



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

## **GERARDO BARBOSA CASTILLO**

Magistrado ponente

**AP3439-2024**

Segunda Instancia n.º 65859

Acta n.º 148

Bogotá D. C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinticuatro (2024).

### **VISTOS**

La Corte resuelve los recursos de apelación interpuestos por la defensa técnica y material de CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA, exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia el 19 de julio de 2023 y el 18 de enero de 2024, en desarrollo de la audiencia preparatoria, relacionadas con la práctica de pruebas.

## HECHOS

1. La Fiscalía General de la Nación acusó a CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA de cometer los delitos de prevaricato por acción (art. 413), prevaricato por omisión (art. 414) y cohecho propio (art. 405), cuando se desempeñó como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en relación con tres procesos que fueron asignados a su estrado judicial, denominados por el delegado del ente persecutor como: «MACROMED», «PROTAG» e «ICEIN».

2. Se afirma que perpetró los delitos en connivencia con Kelly Andrea Eslava Montes, quien, antes de ejercer el litigio, trabajó con él en las dependencias de esa Corporación entre los años 2007 y 2010; época en la que entablaron una «*amistad íntima*». La Fiscalía destaca que también mantuvieron diversos vínculos económicos, al punto que el acusado le arrendó una oficina para que ella ejerciera su profesión y posteriormente le transfirió la titularidad del inmueble a sus padres.

### **1. Caso «MACROMED» (Rad. 250002336000-2014-00823)**

#### *1.1. Prevaricato por omisión*

3. El 16 de junio de 2014, la abogada Kelly Andrea Eslava Montes, en representación de MACROMED S.A., Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca -

COMFACUNDI - y la Caja de Compensación Familiar del Huila - COMFAMILIAR, integrantes de la Unión Temporal MEDISAN, radicó demanda de control de controversias contractuales en contra del Ministerio de Defensa, el Hospital Militar Central y otros. La demanda correspondió por reparto al despacho que regentaba el acusado, y fue admitida el 7 de julio de 2014. El 17 de febrero de 2016, una vez celebrada la audiencia de pruebas, dictó sentencia aceptando las pretensiones de MACROMED S.A. y condenando al Hospital Militar y a la Dirección de Sanidad al pago de \$25.000.000.000.

4. Se le atribuye el delito de prevaricato por omisión al exmagistrado, en razón a que no se declaró impedido para conocer de la actuación *«como lo imponía el deber consagrado en los artículos 130 de la Ley 1437 de 2011 y 149 y 150 numeral 9 del Código de Procedimiento Civil»* y *«desde el mismo momento de la presentación de la demanda»*, a pesar de los íntimos lazos de amistad y económicos que tenía con Eslava Montes, quien fungía como apoderada de los demandantes de la causa.

#### *1.2. Prevaricato por acción*

5. Se le endilga la comisión del delito de prevaricato por acción al haber proferido el fallo del 17 de febrero de 2016, incurriendo en una causal de impedimento para atender el asunto y, en consecuencia, vulneró el principio de imparcialidad que rige las actuaciones judiciales, de acuerdo a lo consagrado en los artículos 3 y 130 de la Ley 1437 de

2011 y 150 del Código de Procedimiento Civil. Esto último encuentra fundamento en la evidente relación de amistad íntima que lo unía a la abogada representante de la activa en la referida causa, la señora Kelly Andrea Eslava Montes.

### *1.3. Cohecho propio*

6. Se afirma que, en el curso del mismo proceso, en junio de 2014 el acusado aceptó, a través de la abogada Kelly Andrea Eslava Montes, promesa remuneratoria equivalente «al 25% de la cuota litis a cambio de acceder a las pretensiones del demandante».

## **2. Caso «PROTAG» (Rad. 250002336000-2015-02358)**

### *2.1. Cohecho propio*

7. El 14 de octubre de 2015, el abogado Edgar Fernando Gaitán Garzón, con la colaboración de Kelly Andrea Eslava Montes, presentó varias demandas en representación de Gerardo Gastón Castillo Rodríguez y otros empleados de la sociedad Protección Agrícola S.A.S. - PROTAG, en contra de la Superintendencia de Sociedades. La demanda de Castillo Rodríguez fue admitida por el acusado el 28 de octubre de 2015, y posteriormente acumuló otra demanda en la que concurrían las mismas partes.

8. El 20 de junio de 2018, con ponencia del aforado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitió

sentencia de primera instancia en la que acogió las pretensiones del demandante y condenó a la Superintendencia a pagar \$506.160.186 a favor de Gerardo Gastón Castillo Rodríguez y \$29.890.638.519 a la sociedad PROTAG por daños materiales a título de daño emergente y lucro cesante.

9. Se le atribuye la comisión del ilícito de cohecho propio, en virtud de que, por solicitud de VARGAS BAUTISTA y con el fin de favorecer los intereses de los demandantes, la abogada Eslava Montes recibió a nombre de aquel un automóvil Mercedes Benz Cabriolet 200 y un apartamento en Mosquera (Cundinamarca).

### **3. Caso «ICEIN» (Rad. 250002326000-2004-01631)**

#### *3.1. Cohecho propio*

10. El 11 de agosto de 2004, la empresa Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN demandó al Instituto Nacional de Concesiones INCO y a la sociedad Concesión Autopista Bogotá - Girardot S.A., proceso asignado al acusado en el año 2006.

11. El 18 de agosto de 2011, el exmagistrado negó la práctica de una prueba pericial y el 5 de diciembre del año siguiente, profirió sentencia accediendo parcialmente a las pretensiones del accionante. Posteriormente, el 15 de marzo de 2013, negó el incidente de nulidad propuesto por los demandados.

12. El 2 de marzo de 2017, el Consejo de Estado emitió providencia favorable a los accionados al declarar la nulidad de lo actuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a partir del 9 de febrero de 2011; lo que incluyó la decisión que negó el dictamen pericial y la sentencia de primera instancia que había emitido el aforado. Todo ello, para que procediera a practicar la experticia que inicialmente despreció.

13. El 30 de mayo de 2017, el procesado VARGAS BAUTISTA aceptó, a través de Kelly Andrea Eslava Montes, una promesa remuneratoria para beneficiar con sus decisiones a ICEIN.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

14. El 9 de septiembre de 2020, la Fiscalía imputó ante el Tribunal Superior de Bogotá al exmagistrado CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio en concurso heterogéneo.

15. La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo en sesiones del 26 de mayo, 19 de agosto de 2021 y 31 de marzo de 2022.

16. La audiencia preparatoria se desarrolló, inicialmente, los días 11 de agosto, 9 y 16 de noviembre de

2022, sesión en que las partes e intervinientes realizaron las peticiones probatorias y manifestaron sus solicitudes de inadmisibilidad, rechazo y exclusión.

16.1. La diligencia se continuó el 10 de agosto de 2023, fecha en que la Sala Especial de Primera Instancia dio lectura al auto AEP093-2023 del 19 de julio de 2023, en el que resolvió las mencionadas solicitudes. La fiscalía, la defensa técnica y material interpusieron recursos de reposición y apelación.

16.2. Finalmente, el 19 de febrero de 2024 se dio lectura al auto AEP003-2024 del 18 de enero de 2024, decisión que resolvió los recursos de reposición y concedió en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra las pruebas 2.1.1.24, 2.1.1.25, 2.1.1.28, 2.2.2.2.3, 2.2.2.2.4, 2.2.2.2.5, 2.2.2.2.6 y los bloques 13-A, 13-B y 13-C, así como el interpuesto por el procesado contra las pruebas 2.1.1.29 y 2.1.1.30.

16.3. La misma decisión AEP003-2024 denegó el recurso de alzada presentado subsidiariamente por el procesado contra las pruebas 2.1.1.24 y 2.1.1.25, ante lo cual este interpuso recurso de queja.

17. Esta Corporación, mediante decisión AP1992-2024, 19 abr. 2024, rad. 65858, declaró que el recurso de apelación se denegó correctamente.

## **DECISIÓN RECURRIDA**

18. La Sala Especial de Primera Instancia de esta Corte, mediante auto AEP093-2023, resolvió:

*PRIMERO-. DECRETAR a la fiscalía las pruebas documentales y testimoniales referidas en los acápites 2.1.1. y 2.1.2., respectivamente.*

*SEGUNDO-. NEGAR a la fiscalía las pruebas documentales y testimoniales señaladas en los puntos 2.1.3. y 2.1.4., respectivamente.*

*TERCERO-. DECRETAR a la defensa las pruebas documentales relacionadas en los acápites 2.2.1.1. y 2.2.2.1. y las pruebas testimoniales 2.2.1.2. y 2.2.2.3.*

*CUARTO-. NEGAR a la defensa las pruebas documentales relacionadas en los acápites 2.2.1.3. y 2.2.2.2. y las pruebas testimoniales 2.2.1.4. y 2.2.2.4.*

19. Posteriormente, con ocasión de los recursos interpuestos por las partes, en proveído AEP003-2024 resolvió:

*PRIMERO-. REPONER la decisión que admitió al testigo de descargo FRANKLIN PÉREZ (2.2.2.3.12) y, en su lugar, NEGAR la prueba por impertinente. Contra esta específica determinación, procede el recurso de apelación.*

*SEGUNDO-. MODIFICAR la determinación que limitó la prueba documental de descargo 2.2.2.1.5, en el sentido de INCLUIR la admisión del «contrato que sirvió de base para la demanda ejecutiva».*

*TERCERO-. NO REPONER la decisión de admitir las pruebas documentales de cargo 2.1.1.24, 2.1.1.25, 2.1.1.29 y 2.1.1.30.*

*CUARTO-. CONCEDER en efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica contra las pruebas 2.1.1.24, 2.1.1.25, 2.1.1.28, 2.2.2.2.3, 2.2.2.2.4, 2.2.2.2.5, 2.2.2.2.6 y los bloques 13-A, 13-B y 13-C, así como el incoado por el encausado contra las pruebas 2.1.1.29 y 2.1.1.30.*

*QUINTO-. DENEGAR el recurso de alzada presentado subsidiariamente por el procesado contra la determinación que admitió las pruebas 2.1.1.24 y 2.1.1.25.*

20. En lo que interesa al recurso de apelación, resulta relevante resaltar las siguientes pruebas, respecto de las cuales se presentó controversia:

***i. Pruebas documentales de cargo 2.1.1.24 y 2.1.1.25<sup>1</sup>***

21. Corresponden a las siguientes:

*2.1.1.24. Dos (2) documentos en formato JGP. WhatsApp ALEX NEIRA.*

*2.1.1.25. Un (1) documento en formato PDF y veintisiete (27) documentos en formato JGP. WhatsApp BERNARDO PACHECO.*

22. El defensor sustentó recurso de apelación en contra de esta determinación<sup>2</sup>, y el *a quo* lo concedió mediante auto AEP003-2024<sup>3</sup>, debido a que, no obstante, se solicitó la exclusión del decreto, el reparo fue desestimado.

---

<sup>1</sup> Cf. CSJ AEP093-2023, 19 jul. 2023, p. 16.

<sup>2</sup> Acta de audiencia del 10 de agosto de 2023, cuaderno de primera instancia No. 4, fol. 611.

<sup>3</sup> CSJ AEP003-2024, 18 ene. 2024, p. 21.

**ii. Prueba documental de cargo 2.1.1.28. Sentencia de primera instancia del 20 de junio de 2018 proferida por la sección tercera, subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con ponencia del magistrado CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA<sup>4</sup>**

23. El defensor interpuso recurso de apelación<sup>5</sup>, y la Sala Especial de Primera Instancia lo concedió mediante auto AEP003-2024<sup>6</sup>, debido a que alegó que la aclaración introducida por la fiscalía modifica los hechos de la acusación e incide en el derecho de defensa, conforme se detallará más adelante.

**iii. Pruebas documentales de cargo 2.1.1.29 y 2.1.1.30<sup>7</sup>**

24. Corresponden a las siguientes:

*2.1.1.29. Formulario de solicitud de trámites del registro nacional automotor del vehículo NCR-142.*

*2.1.1.30. Contrato de compraventa de vehículo automotor NCR-142 entre César Augusto Rojas García y Kelly Andrea Eslava Montes.*

25. El procesado interpuso recurso de reposición y, en subsidio apelación contra el decreto de estas pruebas<sup>8</sup>. La

---

<sup>4</sup> Cf. CSJ AEP093-2023, 19 jul. 2023, pp. 22-30.

<sup>5</sup> Acta de audiencia del 10 de agosto de 2023, cuaderno de primera instancia No. 4, fol. 611.

<sup>6</sup> CSJ AEP003-2024, 18 ene 2024, p. 21

<sup>7</sup> Cf. CSJ AEP093-2023, 19 jul. 2023, pp. 22-30.

<sup>8</sup> Acta de audiencia del 10 de agosto de 2023, cuaderno de primera instancia No. 4, fol. 611.

Sala Especial de Primera Instancia no repuso la decisión, pero concedió la apelación<sup>9</sup>, debido a que el procesado alegó una vulneración a sus garantías fundamentales en razón de que aquellas se encuentran incluidas en el bloque No. 6 de pruebas de la fiscalía, a través del cual se aclaró que la fecha de la sentencia del caso PROTAG fue el 20 de junio de 2018 y no el 5 de julio de ese año. Los argumentos de esta solicitud de exclusión serán detallados más adelante.

***iv. Bloques de pruebas de cargo número 13-A, 13-B y 13-C<sup>10</sup>***

26. Corresponden a las siguientes:

*Bloque No. 13-A*

- 2.1.1.43. Interceptación Id. 116699531*
- 2.1.1.44. Interceptación Id. 120541673*
- 2.1.1.45. Interceptación Id. 134367292*
- 2.1.1.46. Interceptación Id. 134369452*
- 2.1.1.47. Interceptación Id. 135040158*
- 2.1.1.48. Interceptación Id. 114552966*

*Bloque No. 13-B*

- 2.1.1.49. Interceptación Id. 129403898*
- 2.1.1.50. Interceptación Id. 129746530*
- 2.1.1.51. Interceptación Id. 129793031*
- 2.1.1.52. Interceptación Id. 129050135*
- 2.1.1.53. Interceptación Id. 129059886*
- 2.1.1.54. Interceptación Id. 129262202*
- 2.1.1.55. Interceptación Id. 129397374*

<sup>9</sup> CSJ AEP003-2024, 18 ene 2024, p. 16.

<sup>10</sup> Cf. CSJ AEP093-2023, 19 jul. 2023, pp. 39-48.

2.1.1.56. *Interceptación Id. 129402962*

*Bloque No. 13-C*

2.1.1.57. *Interceptación Id. 120635217*

2.1.1.58. *Interceptación Id. 120903185*

2.1.1.59. *Interceptación Id. 122468991*

2.1.1.60. *Interceptación Id. 162330546*

2.1.1.61. *Interceptación Id. 126887223*

27. El defensor interpuso recurso de apelación contra el decreto de estas pruebas<sup>11</sup>, y la Sala de primera instancia lo concedió<sup>12</sup>, toda vez que se solicitó el rechazo y exclusión de los medios probatorios, pero los reparos no fueron atendidos.

**v. Evidencias documentales de descargo 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.2.5 y 2.2.2.6<sup>13</sup>**

28. Corresponden a las siguientes:

*2.2.2.2.3. Auto interlocutorio 23 de noviembre del año 2021 de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes dentro del proceso penal seguido contra el doctor Angelino Lizcano Rivera.*

*2.2.2.2.4. La constancia de ejecutoria de la decisión adoptada por la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes del 10 de febrero de 2022, por medio de la cual se certifica que la decisión anterior está en firme.*

*2.2.2.2.5. La copia del proceso 5574 seguido contra Angelino Lizcano Rivera.*

---

<sup>11</sup> Acta de audiencia del 10 de agosto de 2023, cuaderno de primera instancia No. 4, fol. 611.

<sup>12</sup> CSJ AEP003-2024, 18 ene 2024, p. 21.

<sup>13</sup> Cf. CSJ AEP093-2023, 19 jul. 2023, pp. 89-90.

2.2.2.2.6. *Auto de archivo proferido en favor de Mario Huertas y Fernando Góngora.*

29. La práctica de estas pruebas fue denegada mediante auto AEP093-2023, principalmente porque se tratan de providencias de otras autoridades que no tienen vocación probatoria en el proceso penal. El defensor interpuso recurso de apelación<sup>14</sup>, y el *a quo* lo concedió en proveído AEP003-2024.

30. En resumen, luego de surtidas las solicitudes probatorias y las manifestaciones de inadmisión, exclusión y rechazo en primera instancia, incluido el recurso de reposición, la Sala se pronunciará respecto de las siguientes impugnaciones, conforme fueron concedidas:

30.1. Recurso de apelación interpuesto por el defensor contra las pruebas documentales de cargo 2.2.1.24 y 2.2.1.25, en cuanto fue solicitada su exclusión.

30.2. Recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la prueba documental de cargo 2.1.1.28, por cuanto se postula la posible vulneración de garantías fundamentales.

30.3. Recurso de apelación interpuesto por el procesado contra las pruebas documentales de cargo 2.1.1.29 y 2.1.1.30, debido a que también se discute la vulneración de

---

<sup>14</sup> Acta de audiencia del 10 de agosto de 2023, cuaderno de primera instancia No. 4, fol. 611.

garantías fundamentales con ocasión a la variación de los hechos relevantes.

30.3.1. Debido a que las pruebas documentales de cargo 2.2.1.28, 2.2.1.29 y 2.2.1.30 hacen parte del bloque de pruebas No. 6 de la fiscalía, y que los reproches tanto del defensor como del acusado se dirigen a la presunta vulneración de garantías fundamentales, el examen de la apelación frente a estas tres pruebas será abordado en conjunto.

30.4. Recurso de apelación presentado por el defensor contra los bloques de prueba de cargo número 13-A, 13-B y 13C, en cuanto se solicitó su exclusión y rechazo.

30.5. Recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la denegación de las pruebas documentales de descargo 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.2.5 y 2.2.2.6.

## **IMPUGNACIÓN**

### **1. Defensa técnica<sup>15</sup>**

31. El defensor interpuso recurso de apelación respecto de las solicitudes de exclusión en relación con los elementos materiales probatorios correspondientes al bloque número 5, específicamente los datos relacionados con los ítems 2.1.1.24 y 2.1.1.25. El fundamento de la exclusión

---

<sup>15</sup> Sesión de audiencia del 10 de agosto de 2023, minuto 0:20:14-0:55:17 del registro de video.

propuesta por la defensa es la ausencia de control de legalidad de carácter posterior, y señaló que, aunque se cita la decisión CSJ 3 oct. 2018, rad. 53669, consideró que dicha referencia no es pertinente al caso.

31.1. Subrayó que los elementos no cumplen con el debido proceso probatorio en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, que establece la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso. Asimismo, sostuvo que la posición de la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 2009 no establece una excepción al control del juez de garantías.

31.2. Argumentó que la jurisprudencia de la Corte no es pacífica y citó los autos CSJ AP1465-2018, 11 abr. 2018, rad. 52320 y el SP, 2 jul. 2008, rad. 29991, los cuales establecen que, si la víctima o un tercero entrega una carta o un correo electrónico encontrado en un teléfono, no se puede considerar que ello constituya una interceptación de comunicaciones, lo cual no se corresponde con el concepto de documento electrónico.

31.3. Finalmente, el defensor se refirió al problema de la falta de establecimiento de un nexo de causalidad entre la violación del derecho y la garantía constitucional. Sostuvo que, en el contexto del debido proceso, tal nexo no es necesario, pues no estaba debatiendo el sentido del derecho a la intimidad, sino la exigencia que emana del debido proceso, conforme a la literalidad del artículo 29 de la Constitución. Señaló que cuando se obtiene una prueba

mediante la violación del debido proceso, no corresponde exigir la demostración de un nexo causal entre dicha violación y la prueba. Afirmó que el precepto constitucional es sustancial, afectando el cumplimiento de la Carta Política. Por lo tanto, concluyó que la Sala no debería requerir la demostración de tal nexo, ya que la infracción del debido proceso compromete de manera directa la eficacia de la Constitución en sus términos literales.

32. En segundo lugar, el defensor manifestó su oposición respecto a la prueba número 2.1.1.28, esto es, la sentencia de primera instancia del 20 de junio de 2018 proferida por la sección tercera, subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA. Sostuvo que la admisión de esta prueba documental, basada en un error de transcripción de fecha por parte de la Fiscalía, genera un perjuicio tanto a la defensa material como a la defensa técnica. Según la defensa, la precisión de los hechos en la formulación de la acusación y su preservación a lo largo del proceso son esenciales para que el acusado pueda comprender los cargos y ejercer su defensa.

32.1. La defensa técnica sostuvo que admitir un documento con una fecha incorrecta bajo la premisa de un error de transcripción afecta la interpretación de los hechos consignados en el escrito de acusación, que es la única pieza escrita del proceso según la Constitución. Indicó que la corrección de este error debió realizarse en la audiencia de formulación de acusación y no en la audiencia preparatoria,

y criticó que se le permita a la Fiscalía adicionar información de manera extemporánea.

32.2. Asimismo, refirió que la jurisprudencia ha establecido que el escrito de acusación no tiene control de carácter material, y permitir al fiscal corregir errores en la audiencia preparatoria rompe con el principio acusatorio. Esta acción implicaría una variación sustancial de los hechos, afectando la definición del cohecho en este caso. Consideró que la decisión de la Sala Especial de Primera Instancia de no declarar la vulneración al derecho de defensa es incorrecta, ya que podría argumentarse una incongruencia de carácter fáctico que la sala no debería avalar.

32.3. Finalmente, la defensa solicitó excluir el documento 2.1.1.28 de la fiscalía, ya que su admisión bajo una corrección en la interpretación de los hechos: es ajena a su competencia, y, comoquiera que la Fiscalía debió corregir este error en la audiencia de acusación y no en la audiencia preparatoria, con esta determinación también se invadiría el marco de competencias del fiscal.

33. En tercer lugar, la defensa presentó su oposición a la legalidad de las interceptaciones admitidas por el *a quo*. Solicitó que se declare la exclusión de las evidencias contenidas en los bloques número 13-A, 13-B y 13-C, pues sostiene que fueron admitidas a la Fiscalía de manera extemporánea. El defensor argumentó que estas interceptaciones fueron descubiertas tardíamente, después

de que se le había preguntado al fiscal si iba a hacer adiciones o correcciones en la audiencia de formulación de acusación, a lo cual el fiscal respondió negativamente. Esto contravendría el principio de preclusividad, y en consecuencia afectando el debido proceso.

33.1. La defensa insistió en que la introducción extemporánea de estas interceptaciones de comunicaciones violó el debido proceso, debido a que la acusación debía incorporar el documento con los hechos jurídicamente relevantes y los elementos materiales probatorios en el momento adecuado. La defensa reiteró que permitir que la Fiscalía incluyera correcciones posteriores rompe con las reglas del principio acusatorio, pues el acto acusatorio es competencia exclusiva de la fiscalía y no del juez.

33.2. Además, la defensa replicó que la introducción extemporánea de pruebas viola el principio de congruencia y afecta el derecho de defensa, pues habilita una intromisión indebida del juzgador en la interpretación de los hechos. Señaló que este tipo de correcciones debieron realizarse en la audiencia de acusación, y no posteriormente, ya que la fiscalía había manifestado que no tenía correcciones ni adiciones que realizar en sede de acusación.

33.3. Finalmente, destacó que el secreto profesional es inviolable según el artículo 74 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, particularmente en la sentencia C-301 de 2012. Señaló que admitir interceptaciones telefónicas donde se discuten asuntos

jurídicos entre la abogada Eslava Montes, actuando como asesora, y sus clientes, constituye una violación del secreto profesional. Por lo tanto, solicitó a la segunda instancia que excluya dichas comunicaciones, ya que su admisión viola el debido proceso y los principios establecidos en los artículos 29 y 360 de la Constitución.

34. Por último, frente a las pruebas negadas, el defensor interpuso el recurso de apelación solicitando que la Sala de Casación Penal revisara la decisión respecto a las pruebas documentales 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.5 y 2.2.6. La defensa consideró que la inadmisión de estas pruebas, fundamentada en que se trataba de decisiones tomadas por otras autoridades, era incorrecta, así como el argumento de la Sala Especial de Primera Instancia según el cual las providencias de otras autoridades no debían tener carácter probatorio en el proceso penal, ya que correspondía al juzgador de la causa construir su criterio a través de la prueba debidamente allegada y practicada en juicio.

34.1.El defensor sostuvo que la solicitud probatoria de estos documentos era pertinente para hacer más o menos probable la tesis de la Fiscalía, en relación con los artículos 336, 337 y 375 del Código de Procedimiento Penal. Según la defensa, estas pruebas serían relevantes para definir la probabilidad de verdad de la acusación.

34.2.La defensa insistió en que las decisiones tomadas en otros procedimientos, especialmente en relación con el delito de cohecho, debían ser consideradas. Señaló que si

bien se investigaba un cohecho propio, la Fiscalía archivó varias investigaciones relacionadas con particulares involucrados en estos supuestos, incluido el exmagistrado VARGAS BAUTISTA. Esto debería hacer menos probable la tesis acusatoria de la Fiscalía. Por lo tanto, consideró que la segunda instancia debía admitir estas pruebas documentales para garantizar una adecuada valoración de la probabilidad de la acusación.

34.3. En conclusión, la defensa solicitó a la segunda instancia que revocara la decisión de inadmisión de las pruebas documentales 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.2.5 y 2.2.2.6, puesto que su exclusión afectaba la capacidad de la defensa para contrarrestar la tesis acusatoria de la Fiscalía. Argumentó que estas pruebas eran fundamentales para evaluar la pertinencia y probabilidad de las acusaciones, y su admisión era necesaria para garantizar el debido proceso y una defensa adecuada.

## **2. Defensa material<sup>16</sup>**

35. El procesado interpuso recurso de reposición y apelación contra el auto del 9 de julio de 2023, relativo al decreto de las solicitudes probatorias. Su impugnación se centró en dos pruebas: la prueba 2.1.1.24, que incluye dos documentos en formato JPG de WhatsApp de Alex Neira; y la prueba 2.1.1.25, que comprende un (1) documento en formato PDF y veintisiete (27) documentos en formato JPG

---

<sup>16</sup> Sesión de audiencia del 10 de agosto de 2023, minuto 0:56:01-1:05:40 del registro de video.

de WhatsApp de Bernardo Pacheco. La Fiscalía afirmó que estas pruebas revelarían un acuerdo criminal entre Montes y VARGAS BAUTISTA para desviar el caso MACROMED a favor de los demandantes.

35.1.VARGAS BAUTISTA argumentó que la pertinencia de estas pruebas era cuestionable, señalando que Bernardo Pacheco no fue mencionado en los hechos de la acusación. Indicó que la acusación no mencionaba un acuerdo criminal ni en relación con el prevaricato por omisión ni con el prevaricato por acción. En cuanto al cohecho, la Fiscalía solo afirmó que existían elementos probatorios sobre una relación ilícita entre VARGAS BAUTISTA y Montes Eslava, con una cuota litis del 25 por ciento del caso a cambio de cumplir ciertas peticiones.

35.2.La defensa sostuvo que el fiscal faltó a la verdad al argumentar la pertinencia de las pruebas, ya que es un hecho indiscutible que Bernardo Pacheco no fue mencionado en los hechos jurídicamente relevantes ni en los hechos indicadores. Por lo tanto, no podía compartir la afirmación de la sala, que desestimó el argumento de oposición de la defensa basándose en la supuesta intermediación de Montes para pactar y cobrar dádivas.

35.3.En consecuencia, VARGAS BAUTISTA solicitó que se revoque el decreto de las pruebas de cargo mencionadas, argumentando que la inclusión de Bernardo Pacheco no correspondía con los hechos imputados en la acusación y

que los argumentos de pertinencia presentados por la Fiscalía eran infundados.

36. En segundo lugar, VARGAS BAUTISTA interpuso una segunda petición con relación a las pruebas 2.1.1.29 y 2.1.1.30, que corresponden al formulario de solicitud de trámites del vehículo NCR-142 y al contrato de compraventa de dicho vehículo entre César Augusto Rojas García y Kelly Andrea Eslava Montes. La Fiscalía argumentó que estas pruebas demostraban que VARGAS BAUTISTA recibió coimas a través de Kelly Andrea Eslava Montes para desviar la providencia del 20 de junio de 2018.

36.1.El procesado sostuvo que la pertinencia de las pruebas presentadas por la Fiscalía no correspondía a los hechos de la acusación. Afirmó que en ningún momento se indicó que las coimas fueran para desviar la providencia del 20 de junio de 2018. Según la acusación, las dádivas recibidas fueron para tramitar el proceso, y no para desviar la decisión, ya que la decisión no se cuestionó como prevaricadora. El prevaricato se fundó en no haberse declarado impedido, tanto por acción como por omisión.

36.2.Cuestionó el cambio de fecha de la providencia, del 4 de junio de 2018 al 20 de junio de 2018, indicando que la Corte afirmó que este error no tenía incidencia en la convicción de los cargos. Sin embargo, argumentó que si la sentencia es del 20 de junio de 2018, a partir de esa fecha perdió competencia, según el artículo 285 del Código General del Proceso, que establece que la sentencia no es revocable

ni reformable por el juez que la dictó. Señaló que la Fiscalía y los demás intervinientes guardaron silencio frente a este argumento.

36.3. En conclusión, CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA solicitó que se revoque el decreto de estas pruebas, argumentando que la Fiscalía no presentó razones para justificar la pertinencia de las pruebas 2.1.1.29 y 2.1.1.30. Además, indicó que las pruebas no demostraban que las coimas recibidas fueran para desviar la providencia del 20 de junio de 2018, sino para tramitar el proceso, y que la decisión de la sala no se fundamentó adecuadamente en los argumentos presentados por las partes.

## **NO RECURRENTES**

### **1. Fiscalía<sup>17</sup>**

37. El fiscal se pronunció respecto de los recursos planteados por la defensa material y técnica, señalando en primer lugar que el recurso de apelación presentado por el defensor, en relación con el bloque número 5, carecía de fundamento. En cuanto al alegato de nulidad de pleno derecho por violación al debido proceso probatorio, el fiscal sostuvo que este argumento no tenía razón de ser, pues la defensa no explicó de ninguna manera cómo se vulneraron los derechos de Kelly Andrea Eslava con la actividad de extracción del celular, ya que este fue entregado por ella de

---

<sup>17</sup> Sesión de audiencia del 10 de agosto de 2023, minuto 1:06:10-1:23:27 del registro de video.

manera voluntaria con el fin de colaborar con la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos objeto de acusación. Asimismo, el fiscal destacó que la sala había puntualizado claramente que no era necesario someter la actividad de extracción del celular a ningún control por parte de los jueces de garantías, dado que esta fue realizada con la explícita y clara anuencia y autorización de la titular del derecho a la intimidad.

38. Así mismo, subrayó que en los argumentos del recurrente no se señaló de qué manera, aun habiéndose dado la autorización por parte de Kelly Andrea Eslava para la entrega de su dispositivo móvil y la extracción de la información contenida en él, se estaba quebrantando alguna expectativa de intimidad. Reiteró que Eslava dio su beneplácito para que los técnicos especializados de la fiscalía procedieran con la extracción de la información. Por lo tanto, el fiscal solicitó que la providencia adoptada por la sala de primera instancia sea mantenida, considerando que no se vulneraron derechos ni se incurrió en irregularidades en el procedimiento de extracción de la información del celular de Kelly Andrea Eslava.

39. En segundo lugar, respecto de la apelación del defensor en relación con el reparo formulado acerca de las consideraciones plasmadas respecto del elemento 2.1.1.28, el fiscal señaló que dicho documento se descubrió de manera debida en el anexo probatorio, donde se identificaba su ubicación en el expediente, incluido su contenido resumido. El fiscal argumentó que no se podía evidenciar de ninguna

manera la afectación señalada por el defensor ni por el procesado, ya que lo trascendente era que el elemento se descubrió materialmente y se entregó a todos los intervinientes y sujetos procesales. Además, la defensa material y técnica hicieron solicitudes dirigidas a desvirtuar o hacer menos probable la situación que el documento expresaba. El fiscal concluyó que la corrección realizada era meramente formal y no ocasionó ningún perjuicio a la defensa, motivo por el cual solicitó que se mantenga el pronunciamiento.

40. En tercer lugar, el fiscal se refirió a las interceptaciones, señalando que el defensor no especificó cuáles eran los ID que supuestamente se adicionaron de manera tardía. Indicó que en el anexo probatorio obran unos ID, y otros fueron incluidos en la adición realizada de manera oportuna. Recordó que en la primera sesión de la audiencia acusatoria se presentó una recusación al fiscal por parte del procesado, y en la segunda sesión, antes de que se formulara materialmente la acusación, se introdujo la adición dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

41. Respecto del quebrantamiento del secreto profesional, el fiscal mencionó que ya fue abordado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento AP2016-2021 del 9 de diciembre de ese año. En dicho pronunciamiento se expuso el alcance, contenido y naturaleza de esta prerrogativa constitucional. Sin embargo, el fiscal argumentó que en este caso las interceptaciones ocurrieron en un contexto de relaciones

ilícitas que trascendían las habituales entre abogado y cliente, por lo que estas relaciones desnaturalizan el secreto profesional y, en consecuencia, se exceptúa la protección constitucional. El contexto de las relaciones ilícitas, contenidas en los cargos formulados a VARGAS BAUTISTA, justificaba el decreto de los elementos cuestionados. Por tanto, el fiscal solicitó que se mantenga la decisión de la sala de primera instancia en cuanto a las interceptaciones mencionadas.

42. En cuarto lugar, respecto del cuestionamiento del defensor sobre la negación parcial de los expedientes relacionados con la demanda de Estatus Consultores contra MACROMED, el fiscal argumentó que los argumentos expuestos por la sala para negar parcialmente esta solicitud deben mantenerse. La defensa no cumplió con su carga de señalar cuáles documentos específicos del expediente debían ser incorporados, y la mención tardía de estos documentos no suple esta omisión. Además, el fiscal señaló que lo que se buscaba introducir de manera hábil eran declaraciones, entrevistas e informes que no habían sido descubiertos y que se pretendían practicar en juicio.

43. Por último, en relación con el proceso de Angelino Lizcano y el archivo decretado a Mario Huertas en los elementos 2.2.2.3 y siguientes, el fiscal indicó que las decisiones adoptadas en otros procesos no son debatibles en un contexto diferente como es este proceso y, por tanto, no pueden servir de prueba. Por estas razones, solicitó que la

providencia recurrida sea confirmada, no accediendo al recurso de reposición ni al de apelación.

## **2. Ministerio Público<sup>18</sup>**

44. La delegada de la Procuraduría General de la Nación manifestó que no tenía observaciones frente a la decisión.

## **3. Representación de víctimas<sup>19</sup>**

45. La representación de víctimas apoyó la argumentación de la fiscalía en cuanto al recurso de apelación. En relación con las solicitudes de la defensa material y técnica de CARLOS VARGAS BAUTISTA, la representación de víctimas se opuso. Argumentó que la decisión de primera instancia tenía una presunción de acierto y legalidad que no había sido desvirtuado por los argumentos de la defensa. Indicó que la defensa no presentó argumentos superiores a los de la Sala de primera instancia para justificar el decreto de pruebas solicitado, manteniendo así la presunción de ilegalidad que pretendía el recurrente.

46. También abordó el asunto del secreto profesional, señalando que, aunque este es inviolable, su protección no procede cuando se trata de delitos que deben ser denunciados a las autoridades. Citó jurisprudencia que establece que, en casos de delitos, el interés superior de

---

<sup>18</sup> Sesión de audiencia del 10 de agosto de 2023, minuto 1:23:32-1:23:40 del registro de video.

<sup>19</sup> Sesión de audiencia del 10 de agosto de 2023, minuto 1:23:50-1:27:23 del registro de video.

aclarar los hechos y el deber ciudadano de denunciar prevalecen sobre la inviolabilidad del secreto profesional. Por tanto, la representación de víctimas solicitó que se mantuviera en firme el decreto probatorio y no se accediera a lo solicitado por la defensa material y técnica.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

47. El artículo 3 del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 235 de la Constitución Política, le atribuye a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia para resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Juzgamiento de la misma Corporación.

48. Dicha competencia se rige por el principio de limitación, que implica circunscribir el estudio a los argumentos expuestos oportunamente por los recurrentes y aquellos que estén ligados de manera inescindible.

### **2. Problema jurídico por resolver**

49. Atendiendo a las razones que expusieron tanto el defensor como el procesado en sus respectivos recursos, en cuanto coincidan la Corte abordará el examen de las pruebas en forma conjunta para ambos. Por tanto, se resolverán cuatro problemas jurídicos, correspondientes a (i) la solicitud de exclusión del defensor de las pruebas 2.2.1.24 y 2.2.1.25

por ausencia del control posterior sobre la información extraída del equipo celular de Kelly Andrea Eslava Montes; *(ii)* la presunta vulneración de garantías derivada de las pruebas 2.2.1.28, 2.2.1.29 y 2.2.1.30 por la aclaración que introdujo la fiscalía respecto de la fecha del fallo de primera instancia en el caso PROTAG; *(iii)* las solicitudes de rechazo por falta de descubrimiento de los bloques de prueba 13-A, 13-B y 13-C de la fiscalía, y de exclusión por ilegalidad e ilicitud; y *(iv)* determinar si las pruebas documentales de descargo 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.2.5 y 2.2.2.6 satisfacen los presupuestos de pertinencia y utilidad para ser decretadas, o no reúnen tales condiciones, como lo concluyó la Sala Especial de Primera Instancia.

50. Con el propósito de adoptar la determinación que jurídicamente corresponde, antes de decidir el caso concreto la Sala reiterará algunas breves consideraciones en relación con los postulados que rigen la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba en la Ley 906 de 2004, al igual que sobre la exclusión y el rechazo de elementos probatorios por vulneración de garantías fundamentales o por descubrimiento extemporáneo. Finalmente, por cuanto resulta pertinente, se reiterarán las reglas sobre la forma en que el Estado puede acceder a las comunicaciones privadas.

### **3. Los postulados de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba en el sistema penal acusatorio**

51. De manera reiterada la jurisprudencia de la Corte<sup>20</sup> ha dicho que el análisis sobre la pertinencia de un medio de prueba se centra en establecer su relación con el tema de prueba, es decir, con los hechos que deben probarse en cada caso particular.

52. Así lo determina el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, al indicar que *«el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito»*.

53. En esta sistémica procesal, además, en el artículo 376 se establece como regla general que *«toda prueba pertinente es admisible»*, salvo que se presente uno de los siguientes eventos: (i) que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; (ii) probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio; y, (iii) que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

54. La relación intrínseca entre pertinencia y admisibilidad la ratifica el artículo 357 del mismo estatuto

---

<sup>20</sup> Entre otras decisiones, consultar: CSJ SCP AP2424-2023, 16 ago. 2023, rad. 63679.

procesal, pues en él se señala que en el desarrollo de la audiencia preparatoria el juez concederá la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa *«para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión»* y, que sólo se accederá a la práctica de aquellas pruebas solicitadas *«cuando se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código»*.

55. De otra parte, la jurisprudencia de la Corte<sup>21</sup> ha dicho que la conducencia es una cuestión de derecho, cuyas expresiones se refieren a: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, no obstante que en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por tal razón, la parte que aduce falta de conducencia está obligada a señalar la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado o determina las prohibiciones antes referidas.

56. Ahora bien, al hablar de conducencia en la Ley 906 de 2004, hay que tener presente que el legislador estableció el principio de libertad probatoria, esto es, que a diferencia de otros sistemas procesales caracterizados por la denominada *“tarifa legal”*, en esta sistémica se consagró el principio de libertad probatoria según el cual *«los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se*

---

<sup>21</sup> Entre otras decisiones, consultar: CSJ SCP AP2424-2023, 16 ago. 2023, rad. 63679.

*podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos» (Art. 373. L.906/2004).*

57. Finalmente, en relación con el concepto de utilidad de la prueba, la Sala<sup>22</sup> tiene señalado que con el mismo se hace referencia al aporte concreto respecto del objeto de investigación, en oposición a los conceptos de superfluo e intrascendente.

58. Así mismo, es oportuno destacar que la Corte ha explicado cómo se debe llevar a cabo en debida forma la solicitud probatoria, con el fin de que en el acontecer procesal no se susciten disertaciones innecesarias y repetitivas que perjudiquen el desarrollo célere y eficaz del proceso. En efecto, la Corte ha dicho que<sup>23</sup>:

*«[Resulta] razonable que la parte que solicita la prueba deba explicar su pertinencia, pero que la excepcional falta de conducencia deba ser alegada por la parte que considere que el medio probatorio está prohibido en el ordenamiento jurídico, o que existe una norma que obliga a probar ese hecho en particular con un determinado medio de prueba. De esta manera, debe procederse cuando se alegue que el medio probatorio solicitado carece de utilidad. Este procedimiento, no significa que se pretenda eliminar del debate el análisis correspondiente a la conducencia y utilidad, sino que, como lo ha indicado la Sala, “aclara que la explicación de pertinencia es requisito para el juez decretar la prueba y que las explicaciones*

---

<sup>22</sup> Entre otras decisiones consultar: CSJ SCP AP, 17 mar. 2009, rad. 22053; AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; AP948-2018, 7 mar. 2018, rad. 51882; AP2378-2018, 13 jun. 2018, rad. 52299; AP4613-2019, 23 oct. 2019, rad. 56294; y, AP2913-2021, 14 jun. 2021, rad. 56889.

<sup>23</sup> CSJ SCP AP2424-2023, 16 ago. 2023, rad. 63679.

*sobre conducencia y utilidad deberán expresarse cuando se presente un debate genuino sobre estas temáticas”<sup>24</sup>».*

#### **4. El trámite para resolver las solicitudes de exclusión de evidencia**

59. Respecto a las solicitudes de exclusión de evidencia durante la fase de juzgamiento, el legislador ha estipulado que estos asuntos se resuelvan en la audiencia preparatoria, orientando así el juicio a centrarse exclusivamente en los debates relativos a la responsabilidad penal. Sin embargo, de manera excepcional, puede ser necesario abordar esta cuestión durante el juicio, especialmente en casos de graves afectaciones a derechos fundamentales, tal como lo ha destacado la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

60. Según el artículo 360 del estatuto procesal penal, tanto las partes como el Ministerio público pueden solicitar al juez la exclusión de medios de prueba obtenidos ilegalmente, incluyendo aquellos practicados, aducidos o conseguidos incumpliendo los requisitos formales prescritos por la ley. En el mismo sentido, el artículo 359 del mismo estatuto establece la inadmisión de medios probatorios *«impertinentes, inútiles, repetitivos o dirigidos a probar hechos notorios o que no requieran prueba»*, considerando que las pruebas deben referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relacionados con la comisión del

---

<sup>24</sup> CSJ SCP AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; AP948-2018, 7 mar. 2018, rad. 51882 y AP2913-2021, 14 jun. 2021, rad. 56889.

delito y sus consecuencias, o bien a la identidad o responsabilidad penal del acusado. También pueden apuntar a hacer más o menos probable los hechos o circunstancias del caso o estar dirigidas a discutir la credibilidad de un testigo o perito.

61. A la par, como lo prevén sistemáticamente los artículos 344, 346, 356 y 374 de la Ley 906 de 2004, se rechazarán los medios de prueba que no hayan sido oportunamente descubiertos, enunciados o solicitados, excepto por «*causas no imputables a la parte afectada*» o cuando se trata de (i) pruebas anticipadas, (ii) pruebas sobrevinientes, y (iii) pruebas de refutación.

62. Finalmente, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004, en consonancia con el artículo 29, inciso 5.º de la Constitución Política, establece la cláusula de exclusión para pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales, las cuales son nulas de pleno derecho. Aun así, el artículo 455 señala que se deben considerar el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y otras excepciones legales, restringiendo al juez decretar pruebas cuya obtención haya infringido garantías fundamentales.

63. La Corte ha clarificado los principios que rigen el trámite de solicitudes de exclusión probatoria para asegurar el adecuado debate entre las partes. En este contexto, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el juez deben tener claridad sobre: (i) las pruebas implicadas en el debate, incluyendo aquellas relacionadas directamente con

la violación de derechos o garantías, así como las derivadas de estas; *(ii)* el derecho o garantía supuestamente violado; *(iii)* la faceta específica del derecho o garantía en cuestión, como por ejemplo, en el caso del derecho a la intimidad, que puede implicar aspectos domiciliarios, personales o relacionados con las comunicaciones; *(iv)* la naturaleza de la violación, ya sea una infracción de la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; *(v)* el nexo causal entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, conforme a lo estipulado en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004, que dictaminan que la exclusión procede si la prueba fue obtenida violando garantías fundamentales.

64. Estos debates sobre exclusión se fundamentan en hechos específicos y sustancialmente distintos de aquellos que conforman la cuestión de la responsabilidad penal. En los casos de exclusión, se trata de dilucidar las trasgresiones a garantías fundamentales y el nexo causal con las evidencias cuya exclusión se busca. Por ejemplo, si se pide la exclusión de una prueba obtenida mediante tratos crueles e inhumanos, es necesario demostrar dichos tratos y su relación causal con la prueba obtenida. Asimismo, si se alega una investigación realizada sin la correspondiente orden judicial, debe probarse la obligatoriedad de dicha orden, su ausencia y que la evidencia es producto de dicha violación.

65. El juez, como director del proceso, debe fomentar un entorno dialéctico que asegure un debido proceso rápido y sustancial, y tomar decisiones conforme a lo estipulado en

la ley, evitando trámites innecesariamente prolongados que contravengan la rectitud y eficacia de la administración de justicia. (Cf. CSJ AP948-2018, 7 mar. 2018, rad. 51882; reiterado en AP136-2022, 26 ene. 2022, rad. 59986, entre otros).

### **5. La forma como el Estado puede acceder a las comunicaciones privadas**

66. La Constitución Política (art. 15) reconoce el derecho a la intimidad personal y la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. En consecuencia, ante la protección constitucional de todas las formas de comunicación, el Estado puede acceder legítimamente al contenido de las mismas, básicamente, de dos formas: *(i)* a través de un acto de investigación orientado a su interceptación, retención o recuperación, o *(ii)* por un acto de liberalidad de uno o varios de los partícipes en el acto comunicacional.

67. En el mismo sentido, el artículo 250 de la Constitución Política establece la posibilidad de realizar actos de investigación que afecten el derecho a la intimidad como la interceptación de comunicaciones, evento en el cual *«el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes»*.

68. La Ley 906 de 2004 desarrolló estas facultades en los artículos que regulan los actos de investigación que pueden

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

69. De conformidad con el artículo 15 de la Constitución Política, estos actos de investigación están sometidos a reserva judicial y legal, lo cual fue desarrollado por el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que en tales casos «*el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado*».

70. De otra parte, es posible que el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias personas que participaron en el acto comunicacional. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, en estos eventos no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación de retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de la información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones:

*Ese tipo de renunciaciones a la intimidad frente a las comunicaciones puede darse en contextos como los siguientes: (i) si la víctima que entrega una carta, copia de un correo electrónico, un*

*mensaje de texto guardado en su teléfono, etcétera, como soporte de su denuncia o como evidencia que puede resultarle útil a la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos; (ii) cuando ese mismo tipo de información se encuentre en poder de un testigo, que decide entregarla voluntariamente para que la Fiscalía (o la defensa) la utilice con fines judiciales; (iii) cuando el participe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la Fiscalía o la defensa, así no la haya documentado, entre otros.*

*En los anteriores eventos, puede suceder que la víctima o el testigo plasmen en un documento físico lo que en principio tenía forma digital (como cuando imprimen los correos electrónicos o los chats), como también es factible que pongan a disposición de la Fiscalía o la defensa los aparatos en que los mismos están contenidos (un teléfono, por ejemplo). Bajo estas condiciones no puede predicarse la existencia de una **interceptación** de comunicaciones, según el sentido natural de las palabras, como tampoco podría hablarse de **retenciones**, ni de ninguna otra acción estatal orientada a obtener una determinada información, **precisamente porque el acceso a la misma está determinado por un acto de liberalidad del titular del derecho y no de un procedimiento investigativo orientado a su afectación.***

*En esa misma lógica, cuando la víctima o un testigo decide grabar una conversación en la que ha participado y, luego, suministra esa información a las autoridades, no puede predicarse la existencia de una interceptación de comunicaciones, ni, en general, de uno de los actos de investigación orientados a irrumpir en la intimidad de los ciudadanos, que es precisamente lo que justifica la activación de las reservas judicial y legal, previstas en la Constitución Política y desarrolladas en la Ley 906 de 2004. Y ello es así, porque carece de sentido atribuirle la acción de “interceptar” o “retener”, a una de las personas que participó en la comunicación. (CSJ AP1465-2018, 11 abr. 2018, rad. 52320).*

71. En el mismo sentido, esta Corporación expresó en relación con la recuperación de información dejada al

navegar por internet u otros medios tecnológicos, lo cual resulta pertinente al asunto:

*Por obvias razones, las reservas judicial y legal atrás referidas no se activan cuando el ciudadano, por un acto de liberalidad, decide renunciar a la expectativa razonable de intimidad que tiene frente a sus comunicaciones privadas y opta, como en este caso, por entregar a las autoridades los dispositivos donde las mismas están almacenadas, con la inequívoca intención de que se extraiga la información relevante para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación [...].*

*[...] Debe resaltarse que en la práctica judicial esos actos de liberalidad suelen ocurrir con frecuencia, especialmente cuando las personas renuncian a la expectativa razonable de intimidad que tienen frente a una determinada información con el fin de que el Estado la utilice para fines penales. Ello sucede, por ejemplo, con las historias clínicas que algunas víctimas suministran al momento de la denuncia, la entrega de cartas u otras formas de comunicación privada que contienen información relevante para el esclarecimiento del delito, el suministro de conversaciones telefónicas que quedan registradas en algún dispositivo, etcétera.*

*A la luz del anterior marco normativo, se tiene que la apoderada judicial del senador EV estructuró la petición de exclusión sin tener en cuenta que el teléfono de donde fue sustraída la información objeto de censura fue entregado voluntariamente por quien tenía expectativa razonable de intimidad frente al mismo, tal y como lo ha reiterado ONBB en sus diferentes intervenciones ante las autoridades [...]. Mirado desde la óptica del artículo 29 de la Constitución Política, no explicó de qué manera se trasgredió un derecho o una garantía fundamental (según ella la intimidad), al punto que sea procedente una decisión tan gravosa como la exclusión de "pruebas", con las consecuencias que de ello pueden derivarse para la recta y eficaz administración de justicia [...].*

*Por tanto, no se trató de un acto de investigación orientado a limitar el derecho a la intimidad en los términos de los artículos 15 de la Constitución Política y 236 de la Ley 906 de 2004, lo que hace inoperantes las salvaguardas dispuestas para este tipo de intervención estatal. (CSJ AP 5391-2017. Rad. 49592, reiterado en AP4546-2021, 29 sep. 2021, rad. 59454).*

## **6. Solicitud de exclusión de las pruebas 2.1.1.24 y 2.1.1.25**

72. Estas pruebas consisten en conversaciones de WhatsApp que fueron extraídas del celular de Kelly Eslava Montes, luego de que ella entregara voluntariamente el dispositivo a las autoridades para delatar a VARGAS BAUTISTA, y revelar el presunto acuerdo criminal con él para favorecer a los demandantes en el caso MACROMED.

73. El defensor solicitó la exclusión de estos chats, argumentando que el ente acusador omitió realizar la audiencia de control posterior sobre la información extraída del dispositivo de Eslava Montes. Aduce que esta omisión vulnera el debido proceso probatorio tal como lo prescribe el artículo 29 de la Constitución Política, exigiendo su aplicación literal y estricta para garantizar que no se demande demostración de un nexo causal entre la prueba a excluir y la supuesta vulneración de las garantías de su defendido.

74. Los argumentos del defensor no están llamados a prosperar debido a que desconocen la jurisprudencia

establecida por la Corte sobre el trámite para la exclusión de evidencias. Específicamente, se requiere identificar la garantía considerada como violada, describir en qué consistió la violación y demostrar el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia (Cf. CSJ AP948-2018, 7 de marzo de 2018, rad. 51882). Sin embargo, el defensor insiste en que no debería exigirse tal explicación en este caso particular, sin ofrecer razones válidas para ello, limitándose a reiterar que se debe cumplir con el debido proceso probatorio conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

75. La decisión de primera instancia reconoció y respetó el carácter vinculante y sustancial de las normas constitucionales que rigen el debido proceso penal. Consideró debidamente el debido proceso y la intimidad de CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA, estableciendo que el acceso a los chats entre él y terceros se logró de manera legítima, como consecuencia directa de la entrega voluntaria del equipo celular de Eslava Montes a la fiscalía.

76. Si bien la extracción de información de celulares está regulada por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal y requiere control posterior, la jurisprudencia de esta Sala de Casación Penal ha determinado que cuando el acceso al contenido de comunicaciones entre particulares se logra mediante la entrega voluntaria de uno de los interlocutores, no se configura un acto de investigación sujeto a las técnicas

de retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información reguladas en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004. En tales casos, el acceso se origina en la entrega voluntaria por parte del titular de la información.

77. En consecuencia, como lo ha establecido esta Corporación, específicamente en la providencia CSJ AP1465-2018, 11 abr. 2018, rad. 52320, en estos casos no se activa la garantía de la reserva judicial y legal del derecho a la intimidad de que trata el artículo 15 de la Constitución Política, dado que el acceso a la información se originó en el desistimiento legítimo de la expectativa de intimidad y en la entrega voluntaria de la información. En sentido contrario, cuando el particular no entrega voluntariamente la información, se debe acudir a la iniciativa investigativa del Estado, en la que sí deberá mediar el juez de control de garantías en los controles que correspondan, según el tipo de acto de investigación y grado de intromisión en las garantías fundamentales.

78. En vista de lo anterior, es evidente que la entrega de los chats por parte de Kelly Eslava Montes a la fiscalía se ajusta a los parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales, lo cual legitima esta prueba. En particular, no se ha demostrado por parte del defensor qué tipo de expectativa razonable de intimidad podría tener CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA respecto de esa información, ni tampoco justificó por qué dichas pruebas

emanarían de un acto de investigación con reserva judicial. Por tanto, no se acreditaron los presupuestos para excluir esta prueba, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

### **7. Solicitud de exclusión de las pruebas 2.1.1.28, 2.1.1.29 y 2.1.1.30**

79. Estas se encuentran ubicadas en el bloque No. 6 de pruebas de la fiscalía, referentes al caso PROTAG. La controversia radica en que el fiscal, por medio de este grupo de pruebas, introdujo la evidencia 2.1.1.28, sentencia de primera instancia del 20 de junio de 2018, mientras que en la acusación se había indicado que dicho acto databa del 4 de julio de ese mismo año.

80. El defensor argumentó que, con esta prueba, la fiscalía estaría alterando los hechos de la acusación, ya que desde el inicio del proceso el delegado fiscal había señalado que la sentencia del caso «PROTAG» fue emitida el 4 de julio de 2018, pero posteriormente corrigió la fecha a 20 de junio del mismo año, justificando el cambio como un error de digitación.

81. El acusado también expresó reparos sobre este grupo de pruebas, en particular respecto a las evidencias 2.1.1.29 y 2.1.1.30. Argumentó que afectarían sus derechos al tornar incoherente la acusación, pues sería ilógico que la

fiscalía le acusara de recibir un soborno el 28 de junio, cuando ya no tendría competencia sobre el proceso si la sentencia fue emitida el 20 de ese mes y año. Dado que los reparos planteados por la defensa técnica y material son comunes y que las tres pruebas se enmarcan dentro del mismo bloque probatorio, la Corte abordará el examen de forma conjunta.

82. La Sala Especial de Primera Instancia consideró que con la solicitud probatoria 2.1.1.28 el delegado fiscal buscaba *«elucidar la formulación de acusación»*, pero esa modificación no afectó los derechos de la defensa porque (i) no tiene incidencia en la comprensión de los cargos; y (ii) no menoscaba el ejercicio oportuno y cabal de la defensa. En consecuencia, consideró que la solicitud probatoria 2.1.1.28 no vulnera sus garantías fundamentales. Finalmente, el auto impugnado señaló que, *«con el fin de evitar futuras confusiones o disputas sobre este mismo asunto, se tendrá, para todos los efectos, que la sentencia del caso PROTAG se emitió el 20 de junio de 2018»*.

83. La Sala recalca que en esta instancia se debate estrictamente la solicitud de exclusión de estos medios de prueba, por cuanto el procesado sostiene que se vulneraría su garantía de defensa al haberse modificado los hechos de la acusación en la audiencia preparatoria. Sin embargo, dado que el defensor ha señalado que con la decisión apelada se adoptó una interpretación de los hechos formulados en la

acusación, y que esto habría vulnerado el principio acusatorio, la determinación de tener, «*para todos los efectos*» que la fecha de la sentencia en el caso PROTAG es el 20 de junio de 2018, se convierte en un tema inescindible con la solicitud de exclusión de las evidencias 2.1.1.28, 2.1.1.29 y 2.1.1.30, incluyendo el análisis de la presunta vulneración de garantías fundamentales.

84. Es importante recordar que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que la división de funciones y sujetos entre la acusación y el juzgamiento es una consecuencia directa del principio acusatorio y un pilar fundamental del sistema procesal de la Ley 906 de 2004. De acuerdo con el artículo 250 de la Constitución Política, corresponde a la fiscalía el ejercicio de la acción penal y la presentación de la acusación, de ahí que le corresponda al ente acusador formular las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, procurando la mínima intervención del juzgador respecto del acto acusatorio, conforme al postulado *nemo iudex sine actore* (Cf. CSJ SP6808-2016, rad. 43837). Una vez fijada la pretensión acusatoria, se reconoce la congruencia como una garantía fundamental que rige las relaciones entre la imputación, la acusación y la sentencia (Cf. CC C-025/10).

85. De acuerdo con lo anterior, resulta claro que al juez le está vedado introducir *motu proprio* una modificación

a los hechos jurídicamente relevantes, puesto que con ello vulneraría el principio acusatorio; al igual que tampoco le está permitido, en virtud de los principios de congruencia y de preclusividad de los actos procesales, consentir a la fiscalía una variación de la acusación en el sentido de aclarar, corregir o adicionar los hechos jurídicamente relevantes con posterioridad al momento procesal previsto para el efecto en el inciso 1.º del artículo 339 de la Ley 906 de 2004.

86. En el presente trámite, la fiscalía consignó en el escrito de acusación que *«el 4 de julio de 2018, la Sección Tercera – Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia de primera instancia en la que acogió las pretensiones de la parte demandante» en el caso PROTAG*». Así mismo, en el numeral 86 del anexo probatorio se relaciona la sentencia de primera instancia del *«4 de julio de 2018»*. Posteriormente, en el trámite de la audiencia preparatoria, el delegado fiscal, al argumentar la solicitud de pertinencia del bloque de pruebas documentales número 6, aclaró que la fecha de dicha sentencia y, por lo tanto, de elemento 2.1.1.28 era el 20 de junio de 2018. En consecuencia, corresponde determinar si tal aclaración implica una vulneración de garantías fundamentales.

87. Como lo tiene decantado la Sala de Casación Penal, los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador

en las respectivas normas penales. Por tanto, la relevancia jurídica del hecho debe analizarse a partir del modelo de conducta descrito por el legislador en los distintos tipos penales, sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. Para mayor precisión, la jurisprudencia ha distinguido entre los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores, bajo el entendido de que estos últimos son los datos a partir de los cuales puede inferirse el hecho relevante (Cf. CSJ SP3168-2017, 8 mar. 2017, rad. 44599), y también se han distinguido aquellos de los medios de prueba, los cuales sirven para acreditar aquellos, directa o indirectamente. Así, la relación entre medios de prueba y el tema de prueba implica que los primeros se refieran a los hechos que deben probarse en el caso particular (Cf. CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153, reiterada en AP948-2018, 7 mar. 2018, rad. 51882).

88. Las anteriores precisiones jurisprudenciales sirven para determinar que, ni la aclaración respecto de la fecha de la prueba 2.1.1.28, ni la determinación de la Sala *a quo* de tener por definitiva esa fecha para todos los efectos comporta una variación de los hechos jurídicamente relevantes, ni tampoco incide en la comprensión que de estos ha tenido la defensa, debido a que en el caso PROTAG el cargo consiste en cohecho propio, que al tenor del artículo 405 de la Ley 599 de 2000 consiste en:

*El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o*

*indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

89. De acuerdo con lo anterior, la modalidad de comportamiento que prevé el legislador para este delito es que, por parte de un sujeto activo cualificado, se incurra en las conductas de recibir para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o aceptar promesa remuneratoria, directa o indirectamente, con el fin de retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales. De este modo, el modelo de conducta típica se circunscribe a los verbos rectores de recibir o aceptar, razón por la cual la tesis de la fiscalía en el caso PROTAG consiste en que VARGAS BAUTISTA le solicitó a Kelly Andrea Eslava Montes que recibiera de manos del abogado Edgar Fernando Gaitán Montes, apoderado de la empresa PROTAG y sus empleados, unos bienes para dar trámite al proceso 2015-02358 a fin de favorecer los intereses de la parte demandante, y como resultado, Eslava Montes efectivamente recibió en nombre de VARGAS BAUTISTA dos bienes, de los cuales interesa resaltar el automóvil Mercedes Benz Cabriolet 200, placas NCR-142, el cual fue entregado a aquella junto con los documentos para el trámite de traspaso.

90. En consecuencia, el hecho jurídicamente relevante y, por tanto, el tema de prueba, se circunscribe a que el acusado recibió, por medio de Kelly Andrea Eslava Montes, dos (2) bienes, con el fin de favorecer a los demandantes en el proceso PROTAG. Así las cosas, la fecha de la emisión de la sentencia de primera instancia no es relevante para adelantar el juicio de responsabilidad, como sí lo es que aquel hubiera pactado las coimas y recibido esos bienes. Así lo estableció el *a quo* al señalar que el núcleo esencial de la acusación estriba en que el acusado hubiera exigido y recibido tales dádivas.

91. La aclaración de la fecha de la providencia del 20 de junio de 2018 tampoco menoscaba el ejercicio oportuno de la defensa ni la comprensión que esta ha tenido de la acusación, debido a que el defensor solicitó numerosas pruebas documentales para desvirtuar las coimas que presuntamente recibió por intermedio de Eslava Montes, al igual que el testimonio de Edgar Fernando Gaitán Garzón, para que diera cuenta del pacto que habría fraguado con aquella. Y, en particular, con relación a la evidencia 2.1.1.28, la defensa no echó de menos la pieza documental, por lo cual se puede colegir fundadamente que sí recibieron la prueba correcta, es decir, con fecha de 20 de junio de 2018. Los impugnantes tampoco señalaron qué pruebas habrían dejado de pedir para rebatir lo que resultara pertinente de conformidad con tal variación.

92. Finalmente, téngase en consideración que la Corte ha establecido, con relación al tiempo del delito, que la fecha en sí misma considerada no constituye un componente imprescindible en la definición de los hechos jurídicamente relevantes, siempre que de su presentación pueda establecerse el día o la época de su ocurrencia (Cf. CSJ SP414-2023, 4 oct. 2023, rad. 62801), lo cual no concita ningún tipo de irregularidad en el presente caso, debido a que, de una parte, el aspecto nuclear de la conducta no fue alterado, y de otra, la fecha de la emisión de la sentencia es un dato relacionado con un hecho indicador que no incide en el día o época de la comisión del presunto cohecho propio.

93. En ese sentido, los reparos de la defensa material respecto de la forma en que las evidencias 2.1.1.29 y 2.1.1.30 harían irrazonable la tesis de la fiscalía, no tienen que ver con la afectación de sus derechos, sino con la verosimilitud de la hipótesis acusatoria, cuestiones que se habrán de debatir en el juicio oral, en cuanto resulte o no acreditada la tesis de cargo respecto de la presunta exigencia y posterior recibimiento de coimas para favorecer a los demandantes del caso PROTAG. Por lo tanto, no se encuentran acreditadas los presupuestos para decretar la exclusión de estas evidencias, razón por la cual también se confirmará el fallo de primera instancia en este punto.

## **8. Solicitud de rechazo y exclusión de los bloques de prueba 13-A, 13-B y 13-C**

94. Se trata de las interceptaciones de comunicaciones entre CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA y Kelly Andrea Eslava Montes (13-A), entre esta y los empleados de la empresa ICEIN (13-B), y entre aquella y *«personas relacionadas con el caso MACROMED»*.

95. En primer lugar, el defensor solicitó el rechazo de esta evidencia, pues sostiene que fueron admitidas de forma extemporánea a la fiscalía, habida cuenta de que están contenidas en la adición al anexo probatorio que fue presentada por el delegado fiscal en la sesión de la audiencia de formulación de acusación del 31 de marzo de 2022, *«con posterioridad a que se le preguntara al fiscal si iba a hacer adiciones o correcciones siguiendo el ritual del artículo 336 y 337, y la fiscalía dijo que no»*.

96. Al respecto, es pertinente traer a colación que, en la sesión de audiencia de formulación de acusación del 31 de marzo de 2022, previo a responder a las observaciones que habían planteado la defensa y el Ministerio Público al escrito de acusación, el delegado fiscal manifestó que, comoquiera que no se había agotado el objeto de la audiencia, introduciría aclaraciones y adiciones al escrito de acusación, *«única y exclusivamente en lo que atañe al anexo probatorio»*. El defensor se opuso a tal solicitud, bajo la consideración de que se estaba violando el debido proceso probatorio, y la Sala Especial de Primera Instancia profirió una orden, en los términos del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, por medio de la cual se determinó que la fiscalía aun contaba

con oportunidad para adicionar su descubrimiento probatorio y, adicionalmente, sería la audiencia preparatoria el escenario para discutir este aspecto.

97. La Sala reitera que el descubrimiento, como garantía fundamental del sistema adversarial e integrante del debido proceso probatorio, es obligatoria para la fiscalía, en los términos del artículo 337 CPP:

*Artículo 337.- El escrito de acusación deberá contener:*

*5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...)*»

98. En el mismo sentido, el artículo 344 del mismo estatuto señala que lo relacionado con el descubrimiento de la prueba se cumplirá dentro de la audiencia de formulación de acusación y, excepcionalmente, bajo orden judicial por fuera de la sede de la audiencia. El artículo 346, por su parte, establece como sanción para el incumplimiento al descubrimiento probatorio, el rechazo de los medios probatorios, de forma que *«no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio»*.

99. Desde la decisión CSJ AP de 21 de febrero de 2007, rad. 25920, se dijo que el descubrimiento probatorio comienza con la presentación del escrito de acusación, continúa en la audiencia de formulación oral de aquella,

sigue en la preparatoria —en lo que respecta a la defensa— y excepcionalmente puede llegar hasta el juicio oral, con la prueba sobreviniente (Cf. CSJ AP664-2017, rad. 49183) o de refutación. En consecuencia, comoquiera que la adición del anexo probatorio fue presentada por la fiscalía en desarrollo de la vista acusatoria, el descubrimiento de estos elementos se hizo en la oportunidad habilitada por el legislador, de forma que se ha permitido a la defensa la suficiente controversia respecto de esos medios probatorios a lo largo del juzgamiento.

100. Al respecto, es oportuno recordar que la acusación, en los términos de la Ley 906 de 2004, es un acto complejo, compuesto por el escrito de acusación y la formulación oral que hace la fiscalía en audiencia (Cf. CSJ AP5666-2015, 30 sep. 2015, rad. 45778), y que la audiencia de formulación de acusación, sin perjuicio del principio de concentración, comprende todas las sesiones que se requieran para llevar a cabo el trámite dispuesto por los artículos 339 y siguientes de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, no resulta relevante la crítica del defensor respecto de que en pretérita ocasión se había preguntado a la fiscalía si quería adicionar el escrito de acusación, debido a que, como viene de verse, el ente acusador debe aclarar, adicionar o corregir lo pertinente solo con posterioridad a que las partes planteen sus observaciones, como ocurrió en el presente caso, puesto que se hizo en el desarrollo de la tercera sesión de la audiencia de formulación de acusación, y antes de que el fiscal procediera a responder las

observaciones presentadas por las partes y de que se formulara la acusación en forma definitiva.

101. En segundo lugar, el defensor solicitó la exclusión de esta evidencia por ilegalidad, pues la fiscalía habría trasladado estas evidencias de un proceso a otro, habida cuenta de que aquel expresó conocer su existencia en otra actuación. No obstante, este reparo no está llamado a prosperar, pues, contrario a lo manifestado por la defensa, la fiscalía cumplió con el debido proceso probatorio en punto de agotar el descubrimiento de las interceptaciones en la etapa correspondiente, como viene de verse, luego las enunció en la vista preparatoria y seguidamente explicó su pertinencia, previo a que fueran decretadas por la Sala Especial de Primera Instancia, no sin antes habilitar el espacio de contradicción para la defensa. Lo anterior es razón suficiente para evidenciar que no se cumple con los presupuestos para establecer ningún tipo de ilegalidad en este punto.

102. Finalmente, el defensor solicitó la exclusión por ilicitud, debido a que presuntamente las interceptaciones telefónicas violarían el secreto profesional, porque contendrían conversaciones entre la abogada Eslava Montes y sus clientes. Lo anterior pese a que, según la acusación, Kelly Andrea Eslava Montes se desempeñó como apoderada judicial en el caso MACROMED, mientras que en los otros dos casos (PROTAG e ICEIN) la fiscalía no relató que hubiera actuado en tal calidad. Sin embargo, el defensor no

determinó las personas que habrían intervenido en las llamadas para establecer, al menos en forma sumaria, que en cabeza de esas personas se estableciera la garantía del secreto profesional en virtud de una relación cliente-abogado con Kelly Andrea Eslava Montes. Sin embargo, no estableció ni siquiera que las interceptaciones correspondieran al momento en que aquella se desempeñaba como abogada en el caso MACROMED. En particular, solo mencionó que en el bloque de pruebas 13-C estaban registradas las conversaciones de «*personas relacionadas con el caso MACROMED*», sin que exista ninguna razón fundada para si quiera inferir que se trate de clientes de Montes Eslava. Por tanto, dado que no existe al menos claridad meridiana respecto de los presuntos titulares del derecho al secreto profesional, y teniendo en cuenta que evidentemente tal garantía no cobija la relación entre el acusado y Eslava Montes, la Sala no encuentra acreditadas las circunstancias que darían lugar a la exclusión de estas evidencias. Por tanto, se confirmará el auto de primera instancia en este aspecto.

### **9. Solicitud de admisión de las evidencias de descargo 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.2.5 y 2.2.2.6**

103. Estos elementos corresponden a piezas procesales y decisiones al interior de los procesos penales adelantados contra Angelino Lizcano Rivera, Mario Huertas y Fernando Góngora. La defensa argumenta que estas decisiones evidencian que otras autoridades judiciales han concluido la falta de implicación de estas personas en conductas ilícitas y

han cuestionado la credibilidad de Eslava Montes, lo cual, en su criterio, haría menos probable la tesis acusatoria contra CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA.

104. A este respecto, es pertinente reiterar la regla derivada del artículo 375 de la Ley 906 de 2004, que estipula que toda prueba pertinente es admisible, salvo excepciones como las que menciona el artículo 376 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, en este caso particular, las decisiones judiciales de otros procesos resultan impertinentes como medios probatorios en cuanto no sean relevantes para evaluar directamente los hechos materia de este juicio (Cf. CSJ SP267-2020, 5 feb. 2020, rad. 55955). En ese orden, estas decisiones no se refieren directamente a la conducta del procesado CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA y, por tanto, no tienen la aptitud de hacer menos probable la tesis acusatoria. La introducción de tales pruebas podría inapropiadamente condicionar el criterio del juez natural al de otras autoridades, afectando así el principio de independencia judicial estipulado en el artículo 230 de la Constitución Política.

105. En consecuencia, las providencias emitidas en los procesos que cursaron contra Lizcano, Huertas y Góngora no son pertinentes en el presente caso por dos razones principales: en primer lugar, porque los hechos jurídicamente relevantes del caso, que definen el tema de prueba, no comprenden el desarrollo de tales actuaciones judiciales. En segundo lugar, debido a que las valoraciones realizadas por otros jueces sobre hechos diferentes carecen

de la idoneidad para afectar la probabilidad de verdad de la acusación en el caso actual. En consecuencia, se confirmará la inadmisión de estos elementos probatorios de descargo. Por último, comoquiera que ninguno de los cargos formulados por los apelantes ha prosperado, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto fue objeto de apelación.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

**RESUELVE:**

**PRIMERO. CONFIRMAR**, en los aspectos que fueron objeto de apelación, la decisión del 19 de julio de 2023 de la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación, mediante la cual decidió sobre las postulaciones probatorias de las partes, en el marco del proceso que se adelanta contra CARLOS ALBERTO VARGAS BAUTISTA por los delitos de prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio.

**SEGUNDO. DEVOLVER** el expediente a la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corte.

Contra esta providencia no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**  
Presidente de la Sala



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**



**GERARDO BARBOSA CASTILLO**

24

Sala



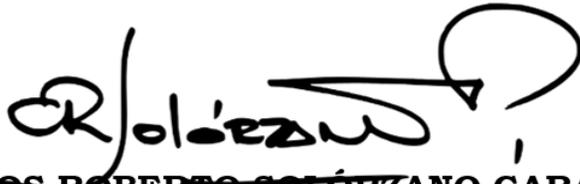
**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**

**JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**  
No firma impedimento

**HUGO QUINTERO BERNATE**  
No firma impedimento



**CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: DA159FC93194ED8519C33207DFC61E3D22BAFFC9E509B5D427537B2B8644D54C  
Documento generado en 2024-07-03