



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada Ponente

AP1566-2024

C.U.I: 11001600010120190004001

Radicación n° 65359

Aprobado acta n° 045

Bogotá, D. C., seis (6) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

1. La Sala decide la apelación interpuesta por el fiscal, contra la providencia proferida el 16 de noviembre de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por cuyo medio resolvió las solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, disponiendo, entre otras determinaciones, no acceder a la *'petición de exclusión'* formulada por el instructor.

II. HECHOS

2. De acuerdo con la acusación, el 11 y 12 de febrero de 2018, la fiscal sexta **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA**, adscrita a la Dirección Especializada contra el Narcotráfico, formuló imputación en contra de Sair Harvey Chara García (alias 'Chará'), Yuber Córdoba Parra ('Yayo') y Óscar Iván Mosquera Rentería ('Juanito', 'Junito' o 'Muñeco'), por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (artículos 376 y 384-3° del Código Penal, en adelante C.P.), en concurso con concierto para delinquir agravado (art. 340 – inc. 2°, C.P.), a título de coautores (CUI 110016000100-2016-00156, que fue variado al radicado 110016000000-2019-00097, tras una ruptura de la unidad procesal¹).

3. Para fundamentar ese acto de parte, la fiscal **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** acudió al informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la República de Panamá, conforme con el cual, las sustancias incautadas a la orilla del río Ostión (ubicado en la Isla del Rey de Panamá) correspondían a 201.310 gramos de marihuana y 168.740 gr de cocaína. A partir de allí, la funcionaria estimó actualizada la agravante del art. 384-3°, dado que la cantidad de cocaína decomisada (**168.740 gr**, que equivalen a **168.74 kg**) superó los 5 kilogramos referidos en la norma.

4. Además, con base en las interceptaciones telefónicas recabadas en la investigación, **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** expresó que había establecido la identificación, la ubicación, el perfil y el rol de los miembros de la estructura delictual, vinculada al Clan del Golfo y responsable del acopio y envío

¹ c. 1, p. 309, escrito de acusación,

de grandes cargamentos de estupefacientes hacia Centro América.

5. En concreto, expuso que Sair Harvey era el líder de la organización, quien fungía como enlace internacional para la comercialización de las sustancias y era uno de los principales socios de alias '*Kiko*'. A su paso, Óscar Iván y Yuber eran «*socios logísticos*». Este último también era el enlace internacional para la comercialización de la droga.

6. Dado ese contexto judicial, con posterioridad, fue que la fiscal **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** desplegó tres comportamientos de relevancia penal:

7. El 1° de noviembre de 2018, celebró un preacuerdo con Yuber, Óscar y Sair. En esa ocasión, eliminó la agravante del tráfico de estupefacientes, por ende, adecuó la conducta en el inciso 1° del canon 376 del C.P. Sin embargo, el 5 de diciembre de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cali improbió el preacuerdo, en vista de que no se ajustaba al principio de legalidad, pues la situación fáctica, probatoria y jurídica era muy clara en cuanto a que fueron decomisados **168.74** kilos de cocaína, cantidad que superó los 5 kilos del agravante.

8. El 11 de enero de 2019, **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** presentó escrito de acusación en contra de Yuber, Óscar y Sair, por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado (arts. 376 y 384-3°, C.P.), en concurso con concierto para delinquir agravado (art. 340-2°, C.P.), en calidad de coautores. El 31 de julio siguiente, al momento de

formular la acusación ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Cali, **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** modificó la calificación jurídica, en el sentido de que los tres procesados eran **cómplices** y no autores, sin explicar las razones de orden probatorio de esa variación.

9. El 13 de agosto de 2021, en la audiencia preparatoria, **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** presentó un segundo preacuerdo con Sair y Óscar. Esta vez, partió de la pena mínima de 128 meses de prisión consagrada para el tipo base de tráfico de estupefacientes, la cual aumentó en un mes por el concierto para delinquir. Además, concedió la rebaja de la sanción en la mitad. Así fue como tasó la pena definitiva en 64 meses y 15 días de prisión. El 14 de julio de 2022, el Juzgado Tercero improbo dicho acuerdo, en razón de que la rebaja solo podría ser de una tercera parte, debido a que ya se había presentado la acusación. Además, porque evidenció «*un segundo beneficio con la variación de la calificación de a (sic) líderes a partícipes*»².

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

10. El 6 de septiembre de 2022³, ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, la Fiscalía formuló imputación a **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** por el delito de prevaricato por acción agravado en concurso homogéneo (artículos 413 y 415, C.P.), el cual no aceptó.

² c. 1, p. 310, escrito de acusación.

³ c. 1, pp. 330-331. Link: 110016000101201900040-00 FORMULACION DE IMPUTACION-20220906_150600-Grabación de la reunión.mp4.

11. El 4 de octubre de igual anualidad⁴, el Fiscal 67 Delegado ante Tribunal presentó escrito de acusación en contra de la indiciada. El 21 de marzo de 2023⁵, su Homólogo Tercero cumplió con la correspondiente formulación de la acusación ante el Tribunal Superior de Cali.

12. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 24 de mayo y 29 de agosto de 2023⁶, la cual fue suspendida luego de escucharse las solicitudes de prueba.

13. El 16 de noviembre siguiente⁷, el *a quo* resolvió las postulaciones probatorias. Entre otras determinaciones⁸, no accedió a la petición del fiscal, encaminada a que se excluyeran las interceptaciones telefónicas recabadas en el radicado 2016-00156 (posteriormente, numerado 2019-000979), en relación con el cual se investiga a **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** por posibles actos prevaricadores.

14. Contra ese auto el fiscal interpuso y sustentó el recurso de apelación¹⁰, el cual fue concedido en el efecto suspensivo ante esta Corporación.

IV. LA DECISIÓN RECURRIDA

15. En lo que interesa al recurso de alzada, el Tribunal expuso que la falta de descubrimiento de las actas de las

⁴ c. 1, pp. 302-322.

⁵ c. 1, pp. 260-261.

⁶ c. 2, pp. 74-76; 49-50.

⁷ c. 2, pp. 7-8.

⁸ Igualmente, negó unas probanzas a la defensa, la cual solo se opuso mediante el recurso horizontal. El Juez Colegiado no repuso su decisión.

⁹ c. 1, p. 309, escrito de acusación,

¹⁰ c. 2, pp. 7-8.

audiencias del control judicial a las interceptaciones por sí sola no da lugar a repudiarlas. En desarrollo de esta tesis, adujo que la aludida omisión no se trata de una irregularidad sustancial que haga procedente la exclusión probatoria y, en todo caso, el fiscal no cumplió con la carga argumentativa exigida para la medida procesal deprecada.

16. Frente a lo primero -ausencia de irregularidad sustancial-, el *a quo* aclaró que las órdenes de labores investigativas y las actas del respectivo control judicial no tienen la condición de evidencias de hechos jurídicamente relevantes. Por ello, en su caso no es imperativo el deber de descubrimiento previsto en los artículos 250 de la Constitución Política y 344 -y preceptos siguientes- de la Ley 906 de 2004.

17. Para el fallador, si una de las partes tiene interés en analizar la legalidad de los procedimientos investigativos y promover la exclusión de los elementos hallados durante los mismos, puede solicitar el descubrimiento de las actas, para lo cual deberá explicar su importancia (en sustento cita el radicado 51882 del 7 de marzo de 2018, de la Sala de Casación Penal). Pese a esa alternativa, el instructor no formuló observación alguna al descubrimiento de la defensa, aun cuando él mismo colaboró con el trámite interno para que su contraparte pudiera acceder a las interceptaciones.

18. Respecto de lo segundo -carga argumentativa-, advirtió que el fiscal se limitó a expresar su incertidumbre sobre el cumplimiento de las formalidades de ley en relación con el control judicial. No obstante, tal argumentación no satisface las exigencias jurisprudenciales en torno a la materia (rad.

51882), pues el funcionario en ningún momento precisó cuál fue la irregularidad en la captación de las comunicaciones que haga imperiosa su sustracción de la presente causa.

V. LA APELACIÓN

5.1. Recurrente

19. El fiscal insta la revocatoria de la reseñada decisión y, en consecuencia, se excluyan de este proceso las interceptaciones telefónicas acopiadas dentro del radicado 2016-00156 (luego numerado con el serial 2019000-97). En sustento, reitera que el defensor nunca le descubrió los documentos que acreditan el control ejercido por el juez de garantías.

20. Para el impugnante, dicha omisión configura una irregularidad frente al artículo 237 de la Ley 906 de 2004 y, por esa vía, constituye una violación al principio de legalidad de orden constitucional (en respaldo, cita el auto AP3466-2014 del 18 de junio). Igualmente, asegura que *«aquí se ha afectado el derecho a la intimidad»* y la única actuación que permitiría tal intervención sería el control judicial, *«que seguramente en el expediente se hizo, en el expediente que se recogió esta prueba, pero aquí jamás se trajo, no la conocemos»*.

21. Por último, clarifica que, es cierto que él hizo una llamada a la fiscal a cargo del proceso donde reposan las interceptaciones, para que colaborara con la entrega veloz de la documentación. Sin embargo, esto solo fue un favor y una muestra de compañerismo, pero de ninguna manera puede

dar lugar a que se incumpla el control judicial exigido por la Constitución Política y la Ley 906 de 2004.

5.2. No recurrentes

22. Tanto el defensor como el procurador piden la confirmación del auto impugnado. El primero de ellos considera que no es necesario un nuevo control ante el juez de garantías, el cual solo se requiere cuando los derechos a la intimidad y a la no autoincriminación del imputado están en juego, cosa que no sucede en el *sub judice*.

23. Además, califica de '*gravísimo*' el manto de duda que el impugnante pretende extender sobre la legalidad de las interceptaciones, no solo porque implica una desconfianza en sus propios colegas, sino también porque cuestiona la licitud de las escuchas.

24. Por último, recalca que el fiscal estaba al tanto de cuáles eran los elementos probatorios pedidos por la defensa, ya que él mismo colaboró en el acceso a las interceptaciones y fue informado por el defensor cuando se logró su obtención. Entonces, si estimaba necesario el estudio de las actas del respectivo control judicial, debió haber solicitado su descubrimiento, tal como se le exige a la defensa.

25. Por su parte, el procurador advierte que el fiscal confunde el rechazo con la exclusión. Y, de todas formas, aquel no cumplió con la carga exigida para sustentar la segunda de esas medidas (cita el rad. 51852). Es más, al

petionario ni siquiera le asiste interés jurídico, dado que no hay una amenaza a su intimidad.

26. Para concluir, dice que, como el descubrimiento se predica de las evidencias físicas y elementos probatorios, más no de las actas de audiencias preliminares (cita el auto AP948-2018), el fiscal debió pedir en la audiencia preparatoria el acceso a las actas de control de garantías.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

27. De conformidad con lo previsto en el artículo 235 – numeral 2º¹¹ de la Constitución Nacional, modificado por el 3º del Acto Legislativo 1º de 2018, la Sala de Casación Penal es competente para conocer de la apelación presentada en contra de la decisión proferida por el Tribunal de Cali.

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

6.2. Planteamiento del problema jurídico

29. En el marco de la discrepancia jurídica suscitada entre el auto recurrido y la apelación, corresponde a la Sala determinar si ¿hay lugar a la exclusión probatoria de las

¹¹ «Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 2. Conocer del derecho de impugnación y **del recurso de apelación en materia penal**, conforme lo determine la ley.»

interceptaciones telefónicas recabadas en otro radicado penal, por el hecho de que el solicitante de ese elemento probatorio no aportó las actas del control efectuado por el juez de garantías?

30. Para brindar respuesta a esta controversia, la Corte propone la siguiente estructura: **(i)** la exclusión y el rechazo como medidas procesales diversas; **(ii)** el descubrimiento probatorio, con énfasis en sus etapas, objeto y exigencias normativas; **(iii)** el caso concreto; **(iv)** las conclusiones.

6.3. La exclusión y el rechazo como medidas procesales diversas

31. De conformidad con el artículo 29 de la Carta Política, es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. En total consonancia con esa disposición superior, el artículo 23 – inciso 1° de la Ley 906 de 2004 consagra la cláusula de exclusión para toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales. A su paso, el inciso 2° de idéntico canon señala que igual tratamiento recibirán las evidencias que sean consecuencia de aquellas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia (doctrina del fruto del árbol envenenado).

32. A su turno, el artículo 360 de la Ley 906 establece que el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en la normatividad procesal penal.

33. A la luz de esos preceptos normativos, esta Corporación¹² ha determinado que la exclusión es el remedio procedente frente a las pruebas viciadas, ya sea porque su obtención **(i)** se produjo con desconocimiento de los requisitos formales (prueba ilegal); **(ii)** implicó una transgresión de las facultades *ius-fundamentales* (p. ilícita) o; **(iii)** es producto de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado (p. ilícita).

34. En el primer caso (p. ilegal), la jurisprudencia ha matizado el efecto jurídico, en el sentido de que el funcionario ha de sopesar si la exigencia legal pretermitida es esencial. De serlo, tendrá que verificar su trascendencia, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio de conocimiento puede permanecer dentro del proceso.

35. En el segundo evento (p. ilícita) siempre opera la cláusula de exclusión, mientras que en el tercero (p. ilícita fruto de crímenes de lesa humanidad) no basta con la sustracción del medio de convicción. En este último supuesto fáctico, el juez debe decretar la nulidad de todo lo actuado, para así evitar convalidar judicialmente atentados tan graves para la dignidad humana, pilar fundamental de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1º de la Constitución).

36. Ahora bien, para que haya lugar a la exclusión no basta con la mera postulación, sino que es necesario la satisfacción de una carga argumentativa tendiente a

¹² CSJ, AP2140-2023 del 19 de julio, Rad. 63800. CSJ SP757-2020 del 4 de marzo, Rad. 50540; recoge la siguiente línea jurisprudencial “Cfr. CSJ SP 8 jul. 2004, Rad. 18451; SP 1 jul. 2009, Rad. 26836 y 31073; «Cfr. CC C-591, 9 jun. 2005. En el mismo sentido CSJ SP. 10 mar. 2010, Rad. 33621, SP 2 jun. 2014, Rad. 37361 y SP 5 agt. 2014, Rad. 43691”.

demostrar por qué la evidencia o el elemento material probatorio ha de ser sustraído del diligenciamiento penal. Así lo decantó la Corte en el auto AP948-2018 del 7 de marzo (rad. n° 51882, citado por el Tribunal):

*«A la luz de este marco jurídico, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida **con** violación de las garantías fundamentales.»*

37. En contraste, el incumplimiento al deber de descubrimiento está sancionado con el rechazo, más no con la exclusión. Así lo establece el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, a cuyo tenor, los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de las disposiciones 344 y 345 deban descubrirse y no lo sean, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso, ni convertirse en prueba ni practicarse durante el juicio.

38. En este escenario, el fallador está conminado a rechazar las probanzas de la parte que incumpla su deber de revelación de información, salvo que se acredite que el descubrimiento se omitió por causas no imputables a ella.

Esto último implica que el rechazo no opera por mera formalidad, sino que debe acreditarse la mala fe o incuria voluntaria de quien incumple esa obligación¹³.

39. Dicha consecuencia, cabe señalar, tiene su razón de ser en la vigencia de la lealtad procesal como principio rector del procedimiento penal. A la luz de ese apotegma, todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe (art. 12, Ley 906/04), lo cual incluye la socialización de los elementos probatorios que tengan en su poder.

40. Pero, asimismo, en virtud de ese mandato de optimización, es que la parte que olvidó el descubrimiento no es castigada con el rechazo, siempre y cuando esa pretermisión no sea atribuible a un obrar malintencionado o caracterizado por la incuria.

41. Como queda visto, la exclusión y el rechazo son medidas procesales diversas, pues, la primera procede contra la prueba ilegal y la ilícita, mientras la segunda es aplicable ante la inobservancia al deber de descubrimiento. No obstante, existe un supuesto fáctico en el que el descubrimiento se entrelaza a la exclusión. En concreto, en pretérita oportunidad, esta Colegiatura explicó que la defensa puede pedir el descubrimiento de las órdenes a policía judicial, con miras a analizar la legalidad de los procedimientos y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante los mismos (AP948-2018 del 7 de marzo, radicación n° 51882):

¹³ AP3300-2020 del 25 de noviembre, rad. 56650.

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

42. De manera análoga, en esta ocasión, la Sala advierte que el fiscal también cuenta con la facultad para solicitar el descubrimiento de las actas del control judicial a las interceptaciones recabadas en otro radicado penal, cuando ello sea relevante para examinar la legalidad de dicha actividad investigativa y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante esta.

43. Por supuesto, tal como se le exige a la defensa, esa petición de descubrimiento con el objetivo de plantear una eventual exclusión no se satisface con la simple enunciación. No. Para su adecuada fundamentación, el fiscal ha de cumplir con «la carga de explicar por qué es importante ese “descubrimiento”, pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamento.» (AP948-2018).

6.4. El descubrimiento probatorio: etapas, objeto y exigencias normativas

44. A voces del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, el escrito de acusación deberá contener, entre otros, el '*descubrimiento de las pruebas*' (num. 5º). Sin embargo, materialmente, este se inicia desde la audiencia de formulación de acusación, según lo preceptúa el canon 344.

45. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento probatorio y evidencia física de que tenga conocimiento. A su turno, la Fiscalía podrá pedir al juzgador que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (inc. 2º).

46. Ya en la fase de la audiencia preparatoria, el togado dispondrá que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el decisor lo rechazará (art. 356-1º, L. 906/04). Acto seguido, el fallador ordenará que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física (art. 356-2º).

47. Finalmente, en sede de juzgamiento, si alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio o evidencia física muy significativo que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas

las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse¹⁴ (sic) esa prueba (art. 344-4°).

48. Como bien se ve, el descubrimiento depende en gran parte del dinamismo que las partes le impriman, pues son estas las que tienen **(i)** la facultad de solicitar al juez que ordene a la contraparte develar la información en su poder y **(ii)** el deber de revelar los elementos que pretenda hacer valer como prueba en el juicio, so pena de ser sancionadas con el rechazo del medio cognitivo no socializado, cuando medie mala fe en esa omisión. Por supuesto, todo ello bajo la dirección del juez, quien está llamado a velar por que el descubrimiento sea lo más completo posible.

49. Asimismo, es notoria la gradualidad que caracteriza al descubrimiento, pues este no se surte en un único momento, sino que germina desde el mismo escrito de acusación, alcanza su punto máximo en las audiencias de acusación (para la Fiscalía) y preparatoria (para la defensa), e incluso puede llegar a extenderse, de manera excepcional, hasta el juicio oral.

50. Como ya ha tenido oportunidad de resaltar la Corte, en últimas, ese procedimiento complejo persigue: «*la indemnidad del principio de contradicción, que las partes se*

¹⁴ No está de más precisar que, a lo largo del capítulo III (“*Descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física*”, contenido en el Título I “*De La Acusación*” del Libro III “*El Juicio*”), siempre se alude al **rechazo** del elemento no sometido a descubrimiento. Por ello, luce como un error de técnica legislativa ese breve apartado del canon 344 (inc. 4°) que insularmente emplea el verbo **excluir**.

desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal»¹⁵.

51. Dada la suma relevancia del descubrimiento para el desarrollo adecuado del juicio penal, es que su incumplimiento es sancionado con el rechazo de la prueba, salvo que dicha omisión no le sea imputable a la parte afectada (art. 346 *ejusdem*).

52. Bajo ese derrotero jurídico, esta Colegiatura entra a examinar la controversia sometida a su escrutinio.

6.5. El caso concreto

53. El fiscal persigue la revocatoria del auto dictado por el Tribunal de Cali y, en consecuencia, se excluyan de este proceso las interceptaciones telefónicas recabadas dentro del radicado 2016-00156 (con posterioridad, numerado 2019-00097). Basa su reproche en la omisión del defensor en descubrir las actas del control ejercido por el juez de garantías.

54. Esa censura adolece de fallas tanto en el plano formal como en el sustancial y, en últimas, no logra derruir la corrección jurídica de la decisión adoptada por el *a quo*. Por ello, desde ya se anuncia, la Sala confirmará la providencia impugnada.

¹⁵ AP3300-2020 del 25 de noviembre, radicación 56650, cita el rad. 28847 del CSJ 12 de mayo de 2008.

55. Desde la perspectiva formal, lo primero que advierte la Colegiatura es que el fiscal incurre en una confusión de institutos procesales, ya que una cosa es la exclusión como consecuencia jurídica ante la prueba ilícita y la ilegal, y otra cosa totalmente diferente es el rechazo que opera ante la falta de descubrimiento (como acertadamente lo indicó el procurador en su oposición al recurso). Entonces, si la queja se contrae al incumplimiento del deber de revelación de las actas de control de garantías, lo adecuado es que hubiese elevado una petición de rechazo, más no de exclusión.

56. Por supuesto, como quedó visto *ut supra*, existe un supuesto fáctico en el que el descubrimiento se entrelaza a la exclusión. Recuérdese, al igual que el defensor, el fiscal cuenta con la facultad para solicitar el descubrimiento de las actas del control judicial a las interceptaciones recabadas en otro radicado penal, cuando ello sea relevante para examinar la legalidad de dicha actividad investigativa y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante ésta.

57. No obstante, esto no es lo que sucede en el *sub lite*, dado que el fiscal en ningún momento solicitó la socialización de dichas actas, mucho menos cumplió con la carga que se le exige, consistente en explicar por qué es importante el descubrimiento de esos documentos. Simplemente, se limitó a pedir la exclusión de las escuchas, lo cual deja aún más en evidencia la incorrección jurídica de su pedimento desde la óptica sustancial.

58. Súmesele a ello que el fiscal se queja de la falta de descubrimiento de las actas del control judicial, pero la

verdad es que el banquillo defensivo en ningún momento pretendió traer al juicio esos documentos como prueba. No, la petición probatoria se circunscribió a las resultas de las interceptaciones telefónicas ordenadas por la entonces fiscal **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA** dentro del radicado 2016-00156 (con posterioridad, 2019-00097), precisamente, con miras a desvirtuar el comportamiento prevaricador que hoy se le enrostra a su prohijada. De allí que el apoderado no estuviera en la obligación de descubrir, *motu proprio*, unas actas que no jugaban ningún papel en su postulación probatoria.

59. Ahora, si el fiscal consideraba necesario el descubrimiento de las actas por tener dudas sobre el control judicial posterior a las interceptaciones dentro de otro radicado, entonces debió haber solicitado su aporte, lo que incluía argumentar el por qué era importante la revelación de dichos documentos (como se expuso a profundidad párrafos arriba). Todo ello era inexcusable para el servidor, dado que estaba al tanto de la intención de su contraparte de allegar a la causa los resultados de dichas pesquisas.

60. En efecto, desde el inicio de la audiencia preparatoria y no hasta sus postrimerías, la defensa hizo público su interés en pedir como prueba las captaciones telefónicas de alias 'Álex', 'Junito' y 'Chará'. En específico, el abogado dijo: «Aquí es donde, su Señoría, nosotros tenemos conocimiento de la existencia de las interceptaciones, pero no las tenemos, luego nos permitimos descubrirlas nominalmente»¹⁶. Acto seguido, procedió a enlistar una a una las grabaciones¹⁷.

¹⁶ Audiencia del 24 de mayo de 2023, récord 51:10.

¹⁷ Link: <https://playback.livesize.com/#/publicvideo/202b89d6-2fb4-4042-9743-b0fd74fecbef?vcpubtoken=4656bb10-c49d-437e-9d9c-3e9b5b4447a5>

61. Justamente, en ese obrar del apoderado refulge la buena fe y la lealtad procesal, pues, aun cuando no había logrado acceder a los audios de las interceptaciones, con diligencia y transparencia definió cuáles grabaciones en específico requería en sustento de su hipótesis defensiva. Por eso mismo, incluso si en gracia de discusión se asumiera que el abogado no cumplió a cabalidad con el descubrimiento, tampoco habría lugar al rechazo, por cuanto no se avizora un comportamiento malintencionado o incurioso de su parte, elemento subjetivo necesario de cara a la imposición de la sanción prevista en el art. 346 adjetivo.

62. Pero hay más: como bien lo indicó el *a quo* (e incluso el defensor y el procurador en su oposición al recurso), el fiscal omitió pedir el aporte de las actas de control de garantías, muy a pesar de que él mismo colaboró en la obtención de los documentos contentivos de las interceptaciones. Esto último, no está de más recordar, fue reconocido por el propio instructor en la sustentación del recurso:

«Es cierto que yo hice una llamada para que nos colaboraran con facilitar la prueba o el documento o los documentos que fueran necesarios, que pudiera el señor defensor tener acceso a esa Fiscalía y a ese expediente, pero fue un trámite en punto de que por colegaje (sic) y compañerismo, entendiendo que ni siquiera sé quién es la fiscal porque ni siquiera la conozco, nos pudieran colaborar con la, digamos, la velocidad y la entrega de la documentación.»

63. Todo ello solo deja más en evidencia que, estando en la posibilidad de hacerlo, el fiscal pretermitió postular su pretensión de descubrimiento de las actas en la oportunidad

procesal idónea (al inicio de la audiencia preparatoria, cuando la defensa cumplió con su deber de revelación de información). Esa inactividad del instructor, en notoria contravía del dinamismo que ha de caracterizar la actividad de las partes en el descubrimiento, denota la falta de diligencia en su propio interés procesal, lo que en últimas deja huérfano de sustento su requerimiento probatorio.

64. Resta estudiar el argumento de la afectación al derecho a la intimidad. Esta Corporación concuerda con el fiscal en que las interceptaciones implican una limitación a esa facultad fundamental de la que es titular la persona cuyas comunicaciones son escuchadas. Así lo recordó la Sala en el AP3128-2021 del 28 de julio (rad. 59032):

«Ahora bien, la interceptación de comunicaciones es un acto de investigación que implica la afectación al derecho fundamental a la intimidad, que no es absoluto, por cuanto admite privaciones y limitaciones temporales en el marco del proceso penal, siempre y cuando medie orden judicial (reserva judicial) y se cumplan las formalidades que establece la ley (reserva legal), como expresamente lo prevé el artículo 15 de la Constitución Política.»

65. Sin embargo, la Sala advierte que la ausencia del correspondiente control judicial dentro del otro radicado penal no pasa de ser una conjetura del impugnante, como se extrae de sus propias palabras, cuando afirma:

*«Aquí se ha afectado el derecho a la intimidad y la única situación que acredite y permita esa intervención de las llamadas a los números celulares por interceptación de las comunicaciones es a través del control y de la autorización judicial, **que seguramente en el expediente se hizo, en el***

expediente que se recogió esta prueba, pero aquí jamás se trajo, no la conocemos»¹⁸.

66. Pero más importante aún, esta Colegiatura toma nota de que la acá procesada no es la ciudadana respecto de la cual se realizaron las captaciones telefónicas. Realmente, los abonados celulares intervenidos pertenecen a las personas identificadas con los alias de 'Álex', 'Junito' y 'Chará', quienes fueron investigados dentro de la causa 2016-00156 (que luego fue variado al rad. 2019-00097 tras una ruptura de la unidad procesal¹⁹), a cargo de la entonces Fiscal Sexta **MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA**. Por manera que no es dable afirmar que los derechos de las partes y, en especial, de la acusada, se encuentran en riesgo -como bien lo señaló su defensor en oposición a la apelación-.

67. Y, aunque es cierto que en este expediente (20190004001) no se compartieron las actas del control de garantías a dicha actividad investigativa, de allí no se sigue que esta haya sido irregular (como lo sugiere el libelista, quien termina entremezclando el instituto de la prueba ilegal con el de la ilícita). En el fondo, la tesis de ilegalidad, tal cual como es presentada por el fiscal, se edifica en una falacia de ignorancia ('*argumento ad ignorantiam*'), ya que defiende tal conclusión a partir del argumento de que no existe prueba de lo contrario.

6.6. Conclusiones

68. Para la Corte, no hay lugar a decretar el rechazo, que sería la medida procedente ante la falta de

¹⁸ Audiencia preparatoria del 16 de noviembre de 2023, récord 1:20:30.

¹⁹ c. 1, p. 309, escrito de acusación,

descubrimiento (más no la exclusión, como erróneamente pidió el fiscal), por cuanto la petición probatoria del defensor solo versó sobre las resultas de la captación de comunicaciones, más no sobre su control judicial. Por ello, le correspondía al fiscal pedir el descubrimiento de las actas y fundamentar su petición, si es que le asaltaban dudas sobre la legalidad de la actividad investigativa, todo lo cual soslayó el servidor. Pero incluso, si se asumiera que la defensa sí debía aportar las actas, no se avizora mala fe e incuria en su actuar, elemento subjetivo necesario de cara a la sanción del artículo 346 de la Ley 906 de 2004.

69. Así, conforme a lo expuesto, la Sala confirmará, en lo que fue objeto de apelación, el auto proferido el 16 de noviembre de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por cuyo medio dispuso, entre otras determinaciones, no acceder a la '*petición de exclusión*' formulada por el fiscal.

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

RESUELVE

Primero: Confirmar, en lo que fue objeto de apelación, el auto proferido el 16 de noviembre de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por cuyo medio resolvió las solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, disponiendo, entre otras

determinaciones, no acceder a la *'petición de exclusión'* formulada por el fiscal.

Segundo. Contra esta determinación no proceden recursos.

Comuníquese y cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Presidente

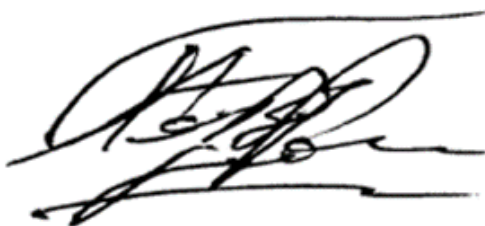
Sala ~



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

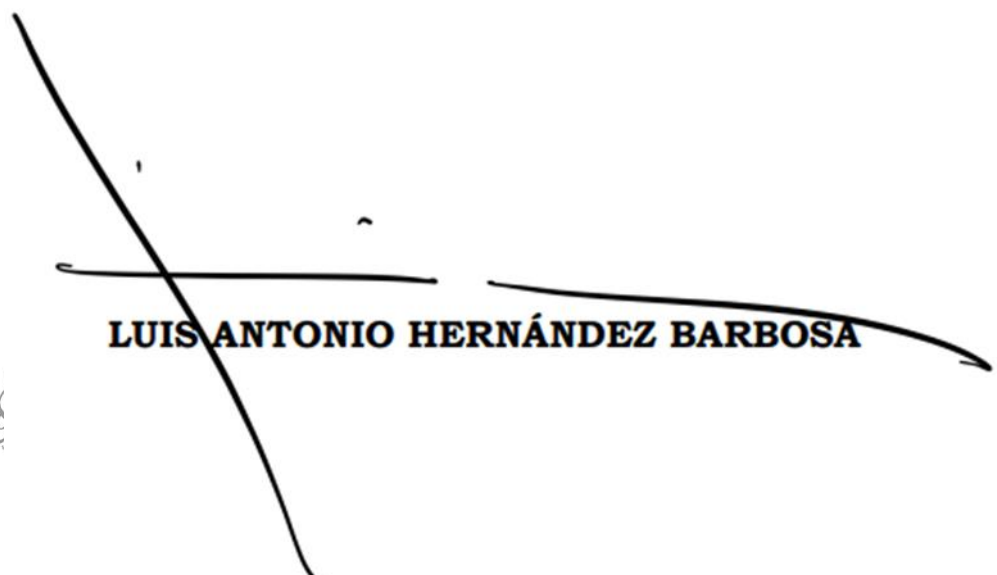
San



GERSON CHAVERRA CASTRO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge', with a thick horizontal line drawn underneath it.

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Antonio Hernández', with a horizontal line drawn underneath it.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugo Quintero', with a horizontal line drawn underneath it.

HUGO QUINTERO BERNATE

Segunda instancia Auto de pruebas

Radicado interno: 65359

C.U.I: 11001600010120190004001

MARÍA TERESA SUÁREZ OCHOA



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal@ 2024