



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Secretaría Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado ponente

Radicación n.° 56.358
Acta 87

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, contra el auto proferido el 25 de septiembre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, mediante el cual excluyó varias de las pruebas solicitadas.

HECHOS:

Durante el 2016 y 2017, OSCAR MARINO QUINTERO VARGAS, en su calidad de Juez 1° Promiscuo Municipal de Florida (Valle), se

concertó con un grupo de personas -abogados y funcionarios del INPEC-, para conceder a través de acciones de tutela tramitadas en forma irregular, traslados de personas privadas de la libertad en cárceles de máxima y mediana seguridad, a establecimientos de reclusión de mínima seguridad ubicados en los municipios de Florida y Miranda. Lo anterior, pese a que: (i) los accionantes no cumplieran los requisitos que para tal efecto prevé el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, y (ii) no estaba demostrada la procedencia excepcional del amparo como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable.

Los procesos constitucionales que en esas condiciones fueron fallados por el doctor QUINTERO VARGAS se identifican con los números de radicación: 2016-00117, 2016-00188, 2016-00183, 2016-00325, 2016-00377, 2016-00100 y 2016-00425.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. El 26 de septiembre de 2018, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, la fiscalía formuló acusación contra QUINTERO VARGAS por los delitos de *concierto para delinquir* y *prevaricato por acción en concurso homogéneo*. No se presentó allanamiento a cargos.

2. En el trámite de la audiencia preparatoria, la fiscalía solicitó que se admitieran, entre otros elementos de convicción, el informe del 8 de febrero de 2018 relativo a los resultados finales de la orden de interceptación de comunicaciones (librada para los días 4 y 18 de agosto, 14 de septiembre, 10, 17, 23 y 28 de noviembre, 19 de diciembre de 2017 y 5 de enero de 2018), el CD contentivo de las conversaciones interceptadas, y la transliteración de esas grabaciones. De igual manera, pidió los testimonios de los policiales Jenny Lili Alegría Loango y Yeison González Rojas, encargados de adelantar dicha labor investigativa. Por último, solicitó escuchar en

juicio a María Elizabeth Martínez González, secretaria del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Florida (Valle).

Respecto de su pertinencia manifestó que las pruebas documentales enunciadas son esenciales para conocer y entender cuál era el «*modus operandi*» de la empresa criminal integrada por el juez procesado. La forma como planeaban los traslados de los internos, la obtención de «*cartas cupo*», y la elaboración de las solicitudes de amparo constitucional. Expresó, también, que la investigadora Alegría Loango fue quien escuchó las conversaciones y realizó la identificación de las personas que participaron en ellas. Así mismo, que el policial González Rojas se encargó de la recolección de evidencias en la cárcel de Florida, y puede dar cuenta del manejo especial de las interceptaciones¹.

3. La defensa, no obstante, solicitó la *exclusión* de dichas pruebas documentales y testimoniales². Básicamente expresó: **(i)** que el CD contentivo de las conversaciones grabadas no fue descubierto oportunamente, y **(ii)** que el control posterior sobre la orden, ejecución y hallazgos de esas interceptaciones se realizó de manera extemporánea. Esto último, teniendo en cuenta que el informe final de resultados suscrito por la investigadora Alegría Loango fue elaborado y presentado ante la fiscalía el 8 de febrero de 2018, empero, 8 días después -es decir el 16 del mismo mes y año según acta de audiencia preliminar-, se llevó cabo la respectiva diligencia de legalización ante el Juzgado 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali.

¹ Cuaderno Tribunal. Folio 116.

² CD. Audiencia Preparatoria. Record (00:54:44 – 01:00:33)

4. Mediante auto del 12 de febrero de 2019 el Tribunal Superior de Buga accedió a la solicitud de exclusión. Aclaró, de entrada, que el reproche del defensor con relación a la falta de descubrimiento del CD contentivo de las interceptaciones telefónicas era infundado. Si bien fue cierto que la fiscalía no cumplió con esa carga en el momento procesal oportuno, la Sala verificó que tal irregularidad se subsanó *«cuando se le ordenó el descubrimiento y entregó el elemento material probatorio a la defensa, antes de la celebración de la audiencia preparatoria, sin que se pueda desconocer que dentro de la oportunidad le descubrió el informe de la transliteración de las conversaciones»*³.

Lo que no admitió discusión para el Tribunal fue la *«ilegalidad»* de las pruebas atinentes a las *interceptaciones telefónicas*, en virtud del incumplimiento por parte de la fiscalía del mandato previsto en el artículo 237 de la Ley 906 de 2004. Indicó la primera instancia que el control posterior de legalidad de ese procedimiento investigativo, se efectuó vencido el término de 24 horas establecido en la mencionada disposición. Irregularidad frente a la cual el ente acusador no presentó ningún argumento que la desvirtuara, refutara o justificara.

5. Contra esta determinación la fiscalía interpuso recursos de reposición y apelación. Negado el primero, el asunto fue remitido a esta Corporación, la cual, mediante decisión del 17 de julio de 2019 resolvió invalidar parcialmente la actuación.

Argumentó la Corte que para determinar si una evidencia es ilícita o ilegal, y por consiguiente, merecedora de la sanción de exclusión del acervo probatorio, jurisprudencialmente se ha establecido la necesidad de que el juez propicie un *«escenario dialéctico»* garante del debido proceso, celeridad y sustancial, que le

³ *Ibíd.* Folio 158.

permita contar con la información suficiente para tomar la decisión que en derecho corresponda (CSJ AP, 7 Mar. 2018, Rad. 51882).

En este caso, sin embargo, constató la Sala que ese espacio procesal no fue habilitado. La primera instancia resolvió la *petición de exclusión* sin que la fiscalía contara con la oportunidad de refutar o desvirtuar, a través de los medios de convicción que estimare necesarios, las alegaciones planteadas por la defensa. No se le permitió explicar las vicisitudes surgidas en torno a la celebración de la diligencia de control posterior del procedimiento de interceptación de comunicaciones, las cuales, en su criterio, desvirtuaban la ilegalidad de la prueba reclamada por su contraparte.

Por tanto, en atención a que el Tribunal no tenía elementos de juicio para resolver sobre la solicitud de exclusión y tampoco estaban sentadas las bases para que en esta sede se pudiera tomar una decisión de fondo sobre ese aspecto en particular, consideró que lo procedente era: «**DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL** de lo actuado, únicamente en lo que concierne al trámite impartido a la solicitud de exclusión, a partir del momento en que la defensa la presentó, para que el Tribunal le imparta a la misma el trámite que corresponde, según lo indicado en la parte motiva».

6. Subsana la irregularidad procesal advertida, mediante pronunciamiento del 25 de septiembre de 2019, el Tribunal Superior de Buga resolvió: «**EXCLUIR** como pruebas pedidas por la Delegada de la Fiscalía, el informe relativo a los resultados de la interceptación de telecomunicaciones, el CD contentivo de las conversaciones interceptadas, las transliteraciones de las grabaciones interceptadas, y los testimonio de los investigadores: Jenny Lili Alegría Loango y Yeison González Rojas con relación a dicho EMP». Las razones fueron las siguientes:

Consideró que de conformidad con la «*escasísima documentación*» aportada por la fiscalía en la sesión de audiencia preparatoria del 29 de agosto de 2019, esto es, con base en las copias de las actas de las audiencias preliminares celebradas el 8, 9 y 16 de febrero de 2019, así como con el CD contentivo del registro de audio de la última diligencia en mención, se advirtió palmaria la «*negligencia extrema*» de la fiscalía en el adelantamiento de las gestiones a su cargo, relacionadas con el trámite de legalización del procedimiento de interceptación de comunicaciones.

Pese a que el mismo día que le fue entregado el informe final de resultados de la orden de interceptación de comunicaciones (8 de febrero de 2018), radicó la petición de audiencia preliminar de control de legalidad posterior: **(i)** no informó en el formato de solicitud que en dicha actuación ya se había formulado imputación contra 14 personas. **(ii)** Sólo después de instalada la diligencia (lo que ocurrió a las 15:45 horas), comunicó esa situación al juez de garantías, motivo por el cual, a iniciativa propia del delegado, se ordenó el aplazamiento de la audiencia para cumplir con la obligación de citar a los imputados y sus defensores, conforme lo exige el parágrafo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004. Ahora, **(iii)** programada la diligencia para el día hábil siguiente, es decir, para el 9 de febrero de 2018, cuando ya se encontraba vencido el término de 24 horas previsto en la disposición referida, ésta no pudo celebrarse como quiera que «*no se logró la citación de todos*» los procesados y apoderados. Por ende, se agendó para el 16 del mismo mes y año, día en que finalmente se impartió legalidad al mencionado procedimiento investigativo.

A la luz de esas constataciones, concluyó el Tribunal que el «*desprecio por los términos del proceso, su desconocimiento abusivo y su arbitraria transgresión*» no encuentran justificación atendible en este caso particular. La exigencia mínima para la fiscalía al momento

de radicar la solicitud de audiencia preliminar, era informar al Centro de Servicios Judiciales los datos de todos los imputados y sus defensores para cumplir con el mandato de citación a dichos sujetos procesales. Procedimiento que, agregó, por sí solo bastaba para realizar la diligencia, dado que la asistencia de éstos sujetos era *«libre, voluntaria y facultativa»*. Por ende, debió acudirse a la *«mejor práctica judicial»*. En lugar de solicitar el aplazamiento de la diligencia instalada el 8 de febrero de 2019, lo adecuado era que ésta se suspendiera por lapso de una hora. Tiempo *«más que suficiente»* para materializar el enteramiento a las partes y poder celebrar la audiencia dentro de los estrictos y perentorios términos constitucionales y legales.

En ese contexto, es contrario a la realidad la afirmación de la fiscalía en torno a que en el proceso de legalización de los resultados de la orden de interceptación de comunicaciones se respetó el debido proceso. La simple contabilización del tiempo transcurrido entre la solicitud de audiencia y su efectiva realización, aunada tanto a las *«circunstancias banales o triviales que gobernaron la prórroga»* de las audiencias, como a la demostración de que existían mejores prácticas judiciales, exigibles para un funcionario avezado en ese tipo de asuntos, *«enseñan de manera cierta y patética, la violación o transgresión flagrante del término constitucional»*.

Por ende, para la primera instancia, la consecuencia lógica en este asunto, conforme lo establecen los artículos 23, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004 es la inexorable *exclusión* de las evidencias solicitadas por la fiscalía, dada su ilegalidad.

7. Inconforme con el pronunciamiento anterior, la fiscalía lo impugnó y solicitó su revocatoria. Adujo que en este asunto todas las actuaciones desplegadas por los diferentes delegados fiscales que han conocido del proceso de la referencia, se han llevado a cabo con

estricto apego al ordenamiento jurídico, respetando los derechos y garantías fundamentales de las partes e intervinientes. Por ello, es un «*error de razonamiento*»⁴ que el Tribunal descalifique el proceder de su antecesor y afirme, entre otros, que éste fue «*negligente*» e incurrió en «*dislates mayúsculos*»⁵.

Las pruebas aportadas, pese a las críticas del Tribunal, son suficientes para demostrar que el cometido de la fiscalía, en todo momento, fue el de «*no vulnerar los derechos fundamentales de quienes podían tener interés en la actuación*»⁶. Aclaró que no existen registros de audio de las diligencias del 8 y 9 de febrero de 2018, dado que el Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali se limitó a suscribir actas en las que hizo constar los motivos del aplazamiento de las dos audiencias. Sin embargo, de la lectura de esos documentos se advierte con facilidad que la no realización de la diligencia obedeció a la necesidad de «*citar a las partes, toda vez que había vinculados con imputación*»⁷. Es decir, se buscó que estos sujetos no quedaran desprovistos de la posibilidad de acudir y participar activamente en la diligencia solicitada.

Es que, para la recurrente, no bastaba simplemente con agotar el procedimiento de citación. Lo correcto era permitir que las partes - en este caso 14 imputados, cada uno con su propio defensor-, se enteraran de la programación de la audiencia y contaran con un término prudencial para asistir y ejercer sus derechos de defensa y contradicción. Posibilidad que sólo se garantizó aplazando la sesión para el 16 de febrero de 2018, día en que finalmente, satisfechas las exigencias legales, se impartió legalidad al procedimiento y a los resultados de la orden de interceptación de comunicaciones librada por la fiscalía.

⁴ CD. Audiencia del 25 de septiembre de 2019. Record. (01:58:48)

⁵ Ibíd. Record (02:01:45)

⁶ Ibíd. Record (02:10:23)

⁷ Ibíd. Record (02:08:58)

En ese contexto, es claro que el fiscal antecesor cumplió con la obligación de acudir ante el juez de control de garantías dentro del término de ley. El mismo día de la recepción del informe final suscrito por la investigadora Alegría Loango (8 de febrero de 2018 a las 11:30 horas) radicó la solicitud de audiencia preliminar. De igual forma, en un *«acto de lealtad procesal»*⁸ informó al juez que dentro de dicho diligenciamiento existían 14 procesados a quienes se les había formulado imputación, motivo por el cual la diligencia fue aplazada. En efecto, no discutió la apelante, para esa fecha inicial, las partes interesadas en la actuación no habían sido citadas por el Centro de Servicios Judiciales. Ni siquiera, un día más tarde (9 de febrero de 2018), logró agotarse dicho procedimiento.

Por ende, lo que debe entenderse en este caso es que, aun cuando la fiscalía *«realizó la gestión de manera inmediata»* y el *«acto quedó instalado»*⁹ desde el 8 de febrero de 2018, fue el juez de garantías quien, al amparo de una argumentación razonable, ordenó su suspensión. Había 14 imputados a quienes debía citarse con sus respectivos defensores. Por lo menos, ofreciéndoles un término prudente para que pudieran comparecer a la diligencia, pues no se trataba solamente enterarlos mediante llamada telefónica o telegrama.

Resulta demostrado, entonces, que quien dispuso los aplazamientos de la diligencia de control de legalidad posterior fue el Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali. *«En un ejercicio discrecional»*, consideró que *«para mejor proveer y garantizar los derechos fundamentales de quienes podían verse afectados»*¹⁰, resultaba necesario postergar la celebración de la

⁸ Ibíd. Record (02:12:55)

⁹ Ibíd. Record (02:11:42)

¹⁰ Ibíd. Record (02:14:11)

diligencia para el 16 de febrero de 2018. Por consiguiente, resaltó: *«no somos nosotros quienes debemos correr con las consecuencias de la forma como dirigió el juzgador, el desarrollo de la diligencia»*¹¹. El *«dislate mayúsculo»* del que habló la primera instancia no puede atribuirse a la fiscalía. Fue el juez de garantías el *«que decidió dar un compás de espera para que se acercaran los 14 imputados»*¹².

Así las cosas, siendo esa la realidad de lo sucedido, el Tribunal no podía excluir las pruebas solicitadas bajo la argumentación de que fueron vulnerados derechos fundamentales. Todo lo contrario, *«se garantizaron los mismos en favor de quienes eran titulares, en aquella actuación, de esos derechos que se querían proteger»*¹³. Motivo que justifica válidamente, la tardanza en la realización de la diligencia de control de legalidad posterior.

8. El defensor, por su parte, pidió confirmar la decisión de primera instancia. Manifestó que pese a que la Corte Suprema de Justicia le ofreció a la fiscalía una oportunidad para explicar las causas y pormenores de la realización tardía de la diligencia de control posterior del procedimiento de interceptación de comunicaciones, ello no fue posible. En realidad, no logró demostrar ningún motivo que justificara su proceder arbitrario, lo que desde luego no podía ser de otra manera, dado que el tiempo excesivo que tardó para llevar a cabo esa audiencia (192 horas), resultó inexcusable desde todo punto de vista.

Por ejemplo, la delegada omitió aportar copia de la solicitud escrita de la audiencia de control posterior presentada ante el Centro de Servicios Judiciales de Cali el 8 de febrero de 2018. Con este documento hubiera podido demostrar, tal y como le era exigible a la

¹¹ Ibíd. Record (02:20:56).

¹² Ibíd. Record (02:22:23)

¹³ Ibíd. Record (02:27:12)

fiscalía, que en el formato de esa petición fueron incluidos los datos completos de identificación y notificación de la totalidad de las personas interesadas en esa actuación¹⁴. Información a partir de la cual el Centro de Servicios Judiciales podía librar las correspondientes citaciones.

Aunado a lo anterior, le atribuyó toda la responsabilidad al juez de control de garantías, como si tal argumento pudiera ser de recibo, en tanto podía oponerse, aclarándole al funcionario que el término de 24 horas era perentorio e improrrogable, por tratarse de la afectación de derechos fundamentales como la intimidad.

9. El procesado coadyuvó los planteamientos esbozados por su abogado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La Corte es competente para conocer de la providencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3°, del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

2. Exclusión de evidencia derivada de prueba ilegal.

El inciso final del artículo 29 de la Constitución establece que *«es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»*. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 906 de 2004 regula la cláusula general de exclusión al disponer que *«toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia»*.

¹⁴ Ibid. Record (02:37:53)

2.1. Frente a la temática que motiva el presente pronunciamiento, resulta importante precisar que de conformidad con los artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004, la fiscalía está facultada para emitir órdenes de *interceptación de comunicaciones*, con el único propósito de buscar y recopilar elementos materiales probatorios y evidencia física de interés para la actuación investigativa.

En esa labor, desde luego, una de las garantías fundamentales que puede resultar afectada es el *derecho a la intimidad* consagrado en el artículo 15 del Estatuto Superior. Según esta disposición: «*la correspondencia y demás formas de comunicación privada son **inviolables**. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las **formalidades que establezca la ley***». (Destaca la Sala).

A partir de ello, resulta válido colegir que el derecho a la *intimidad* comprende esencialmente la protección de la esfera personal y supone la facultad de oponerse a injerencias de terceros y del Estado en ese ámbito de privacidad. Sin embargo, no es absoluto. Se trata de una prerrogativa que admite privaciones y restricciones temporales, principalmente en el marco de las investigaciones penales.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del artículo 15 superior se derivan dos *límites formales* al empleo de las medidas que comporten restricciones a la intimidad personal en cualquiera de sus formas:

*De un lado, se encuentra la **reserva legal** en la creación de tales procedimientos y, del otro, la reserva judicial en la emisión de órdenes que dispongan su práctica. **La reserva de ley implica que las hipótesis y requisitos de la intervención en la intimidad***

competete definirlos exclusivamente al legislador, como garantía de seguridad de los ciudadanos, que les permite conocer previamente las condiciones en las cuales pueden ser objeto de afectaciones en su derecho. (...) Por su parte, la **reserva judicial** de las injerencias a la intimidad en desarrollo de las investigaciones penales es una de las garantías más importantes en la tradición liberal del derecho penal. La intimidad, la privacidad y vida reservada de las personas solo pueden sufrir intromisiones, según el artículo 15 C.P., en virtud de órdenes emitidas por autoridades judiciales, no por otros funcionarios u órganos del Estado. **En los jueces reside la competencia para decretar restricciones a la correspondencia y a las comunicaciones privadas, en los supuestos y conforme a las exigencias establecidas por el legislador.**¹⁵ (Negrilla ajena al texto original).

Una de estas exigencias atañe al *control posterior* ante el juez de garantías, el cual, según lo dispuesto en el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 68 de la Ley 1453 de 2011, debe ser solicitado por el fiscal dentro de las **24 horas** siguientes al recibimiento del informe final de Policía Judicial.

ARTÍCULO 237. AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD POSTERIOR. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de Policía Judicial sobre las diligencias de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Durante el trámite de la audiencia podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-014/18

El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

PARÁGRAFO. *Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar. (Subrayas ajenas al texto original).*

Este requisito ha sido calificado por la Sala como «esencial» y, de no cumplirse, el medio probatorio recaudado adquiere el carácter de *ilegal*. Dijo la Corte sobre el particular:

*(...) entre el poder punitivo del Estado y el procesado siempre debe existir un juez, como garantía de salvaguarda de los derechos del ciudadano y de la legitimidad de la respuesta penal. Por lo mismo, **el control judicial posterior sobre los actos de investigación de la fiscalía es esencial y más aún cuando de por medio está la interferencia de derechos fundamentales.***

*Según ello, las **interceptaciones de comunicaciones** de los imputados, si bien pueden ser ordenadas por la fiscalía (artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004), **solamente adquieren validez si un juez les confiere su aval, el cual no consiste en verificar simplemente un dato formal atinente al deber de comparecer durante las 24 horas siguientes a la recepción del informe policial ante el Juez de Control de Garantías (artículo 237 de la Ley 1142 de 2007), sino en establecer, desde el punto de vista material, la proporcionalidad de la medida y la impostergable necesidad de interferir, sin orden judicial previa, el derecho a la intimidad con fines de investigación.***

(...) De otra parte, respecto del control formal y material de las decisiones que interfieren derechos fundamentales, la Sala ha señalado lo siguiente:

“Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidación y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de la más profunda dimensión de la personalidad, solo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.” (CSJ. AP. Rad. 36.562 del 13 de junio de 2012)¹⁶. (Destaca la Sala).

Significa lo anterior, entonces, que precisamente el acatamiento de las formas procesales preserva los derechos sustanciales. Por la importancia de los derechos fundamentales que resultan afectados con ocasión de las labores de indagación o del programa metodológico dispuesto para la investigación penal, es apenas explicable que el legislador haya determinado que para la realización del control de legalidad posterior –*que opera frente a procedimientos como la interceptación de comunicaciones*–, el fiscal debe «**comparecer**» ante el juez de control de garantías dentro de las **24 horas** siguientes al recibimiento del informe final de Policía Judicial.

De la lectura del inciso primero del artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, precisa la Corte, se advierte con claridad que el término legal allí previsto no está relacionado con el *agotamiento efectivo* de la diligencia, sino, exclusivamente, con el deber de la fiscalía de *solicitar* la intervención del juez de garantías para examinar la legalidad del procedimiento efectuado y los resultados obtenidos.

Dicho en otras palabras, la norma no exige como condición de validez de la diligencia de control de legalidad posterior, que ésta deba realizarse dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe final de resultados. No. La única condición establecida por el legislador está asociada a que, dentro del menor término posible, que

¹⁶ CSJ AP, 18 jun. 2014. Rad. 43.572.

no puede exceder el lapso de 24 horas, el fiscal a cargo de la investigación comparezca ante el juez de control de garantías con miras a legalizar el procedimiento efectuado, ya sea registros o allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones y/o recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Piénsese, por ejemplo, en las siguientes eventualidades. Dentro del lapso de 24 horas contadas a partir de la recepción del informe de Policía Judicial sobre los resultados de una orden de interceptación de comunicaciones, la fiscalía radica la solicitud de audiencia preliminar de control de legalidad posterior. Sin embargo, sucede que: (i) a discrecionalidad del juez de control de garantías su realización se programa por fuera de ese término, o (ii) se instala dentro del lapso señalado, pero por causas de fuerza mayor -verbigracia enfermedad del juez- se suspende y termina celebrándose pasadas las 24 horas indicadas. ¿Serían ilegales esas pruebas en tanto el control de legalidad de dicho procedimiento tuvo lugar después de las 24 horas siguientes a la presentación del informe final de resultados?

La respuesta es negativa. Dado el alcance fijado por la Corte, respecto del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, si el *debido proceso* obliga a la fiscalía a acudir ante el juez de control de garantías dentro de las 24 horas siguientes a la recepción del informe final de resultados del procedimiento investigativo ordenado, es claro que una vez ello ocurre, satisfechas, eso sí, las formalidades impuestas por la norma según lo demande el caso particular, se tiene por cumplido el requisito legal, independientemente de que la celebración de la diligencia se postergue por un término superior a ese lapso referido.

2.2. En el presente asunto, la defensa cuestionó la legalidad de las siguientes pruebas: (i) el informe del 8 de febrero de 2018 relativo a los resultados finales de la orden de interceptación de

comunicaciones, (ii) el CD contentivo de las conversaciones interceptadas, (iii) la transliteración de esas grabaciones, y (iv) los testimonios de los policías Jenny Lili Alegría Loango y Yeison González Rojas, encargados de adelantar dicha labor investigativa. Lo anterior, bajo el argumento de que se incumplió lo ordenado en el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, pues el *control de legalidad posterior* tuvo lugar después de las 24 horas siguientes a la presentación del informe final de resultados.

Explicó el peticionario que ese informe suscrito por la investigadora Alegría Loango fue elaborado y presentado ante la fiscalía el 8 de febrero de 2018 a las 11:30 horas, empero, 8 días más tarde -es decir el 16 del mismo mes y año-, se llevó cabo la respectiva diligencia de legalización ante el Juzgado 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali.

Esa censura, no se discute, descansa en premisas ciertas. Sin embargo, existen razones válidas que exculpan a la fiscalía de ese erróneo proceder. La Corte, en efecto, de acuerdo con antecedentes jurisprudenciales relacionados con el asunto¹⁷, ordenó propiciar un «escenario dialéctico» garante del debido proceso, célere y sustancial, a través del cual la delegada fiscal pudiera confrontar las alegaciones de su contraparte, y la primera instancia contara con la información suficiente para decidir sobre la exclusión probatoria. Ello ocurrió en la sesión de audiencia del 29 de agosto de 2019 celebrada por el Tribunal Superior de Buga, oportunidad en la cual se dio a conocer la siguiente información:

La delegada fiscal presentó copia del **informe final de resultados** de la orden de interceptación de comunicaciones librada

¹⁷ CSJ AP, 7 Mar. 2018, Rad. 51882. Reiterada en providencia CSJ AP, 11 abr. 2018, rad. 52.320

para los días 4 y 18 de agosto, 14 de septiembre, 10, 17, 23 y 28 de noviembre, 19 de diciembre de 2017 y 5 de enero de 2018. Documento elaborado por la investigadora Alegría Loango y presentado ante la fiscalía el **8 de febrero de 2018 a las 11:30 horas.**

Así mismo, aportó *copia de las actas de las audiencias del 8 y 9 de febrero de 2018*. Con base en ellas se advierte que ambas diligencias fueron aplazadas por el juez a causa de la *falta de citación* de las partes interesadas en la actuación. En la primera, se dejó constancia que la misma inició a las 15:45 y se extendió hasta las 15:55 horas, siendo suspendida *«para citar a las partes toda vez que hay vinculados con imputación»*. En la segunda, se observa que la diligencia se instaló a las 13:00 horas, no obstante sufrió un segundo aplazamiento, como quiera que *«no se hicieron presentes todas las partes y a falta de citación»* de otras. Por ello, el funcionario a cargo dispuso su reprogramación para el 16 de febrero siguiente.

Llegada esa fecha -tal y como muestra el registro de audio contentivo de dicha diligencia aportado también por la fiscalía-, el titular del juzgado hizo un recuento de los antecedentes procesales. Señaló que el 8 de febrero de 2018, siendo las 15.45 horas, compareció ante su despacho el Dr. Iván Aguirre Benavides, Fiscal 6° Especializado Delegado ante el Tribunal Superior de Cali con miras a adelantar la audiencia de *control de legalidad posterior*, respecto del procedimiento y resultados de la orden de interceptación de comunicaciones ya mencionada. Allí, refirió el delegado fiscal lo siguiente:

«que dentro de este caso, había 14 personas en condición de imputadas y que en el entendido que el cumplimiento de las órdenes (...) se dio una vez ya se había realizado formulación de imputación, era procedente dar trámite al parágrafo establecido en el artículo 237 del C.P.P., esto es, solicitando el doctor la suspensión de los

***términos referidos en la norma en cita** para que se convoque a los señores defensores y a los señores imputados, fueron convocados en principio para el día siguiente, esto es, para el 9 de febrero de 2018, pero en el entendido que, **no se logró la citación de todos**, se debió aplazar esta audiencia para el día de hoy, fecha en la cual se encuentra verificado el registro de citación y la asistencia de los defensores e imputados».*¹⁸

A partir de estas constataciones, para la Corte no hay duda que, conforme lo exige el artículo 237 de la Ley 906 de 2004, a efecto de legalizar los resultados de la orden de interceptación de comunicaciones, la fiscalía compareció ante el juez de control de garantías, dentro del término legal. Concretamente, pasadas sólo 4 horas y 15 minutos luego de recibido el informe de Policía Judicial.

Es cierto que la primera sesión de audiencia -8 de febrero de 2018, 15:45 horas-, se frustró por causa imputable a la fiscalía. Sabía el delegado fiscal que, tal y como lo dispone el parágrafo de la norma en referencia, si el cumplimiento de la orden –en este caso la de interceptación de comunicaciones- ocurría luego de formulada la imputación, era condición necesaria para el adelantamiento de la audiencia de control de legalidad posterior, convocar a los procesados y sus defensores. Sin embargo, omitió informar que en dicha actuación ya se había formulado imputación contra 14 personas, lo que impidió la inmediata citación a los interesados.

Aunado a ello, una vez instalada la diligencia del 8 de febrero de 2018, el juez director del proceso tampoco trató de conjurar la situación adoptando prácticas razonables que permitieran superar la falta de citación a las partes ese mismo día. De acuerdo con los antecedentes procesales reseñados el 16 de febrero de 2018 por el Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, observó la Corte que la precisión sobre la existencia de 14

¹⁸ CD. Audiencia Preliminar del 16 de febrero de 2018. Record. (00:15:22)

imputados al interior de proceso fue exteriorizada por el fiscal en cuanto inició la audiencia del 8 del mismo mes y año. Debido a ello, el fiscal pidió su «**suspensión**», pero fue el juez quien, en últimas, a sabiendas de que para el día siguiente estaría superado el término legal de 24 horas, optó por aplazarla y reprogramarla para el 9 de febrero de 2018, a las 13:00 horas.

Desde luego, entonces, que el juez de control de garantías se apartó del deber de ejercer una buena dirección de la audiencia, y esa impericia no puede atribuírsele a la fiscalía. A partir del momento en que las diligencias fueron asignadas a dicho funcionario judicial, él quedó investido de la dirección del proceso y, por ende, le correspondía adoptar medidas que permitieran realizar ese acto procesal el mismo día en que fue solicitado, o en el menor término posible.

Reconoce la Corte que el fiscal omitió entregar la información necesaria para el adelantamiento de la diligencia requerida. Sin embargo, para cuando reveló su error, no habían transcurrido ni 5 horas de la recepción del informe de Policía Judicial. En consecuencia, bien podía el juez acatar su solicitud de «*suspender*» la diligencia por algunas horas mientras se cumplía con la labor de citación que se echaba de menos y, una vez agotado dicho procedimiento, retomar el curso de la audiencia. Inclusive el mismo 8 de febrero de 2018.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con dispuesto en el parágrafo del artículo 237 del C.P.P. la presencia de los 14 imputados y sus defensores no era obligatoria. La exigencia de la norma sólo atañe a la necesidad de efectuar la citación de dichos sujetos procesales a la audiencia de control de legalidad posterior, otorgándoles naturalmente un término razonable para que puedan asistir y ejercer su derecho de contradicción.

La norma no exige como condición de validez de la diligencia de control de legalidad posterior, que los imputados y sus defensores comparezcan y desplieguen una participación activa. Por ende, se reitera, para la realización de la audiencia de control de legalidad posterior, sólo bastaba con que se hubiera cumplido, en los términos arriba indicados, la labor de *citación* a las partes interesadas.

Hermenéutica ésta última que en manera alguna restringe o vulnera la posibilidad de confrontación, pues en todo caso y ante situaciones particulares como la que se analiza, en las cuales el imputado no comparece a la audiencia de control de legalidad de la interceptación de comunicaciones, el ordenamiento procesal penal permite, precisamente, para garantizar el derecho de defensa, que la validez de esas pruebas que pretende aducir la fiscalía en el juicio, se discuta en el marco de la audiencia preparatoria.

Así las cosas, era deber del juez en el presente caso, propiciar un espacio para que, con la mayor celeridad posible, dada la naturaleza de la diligencia a su cargo, la fiscalía proporcionara los datos de identificación y notificación de los 14 imputados junto con sus abogados defensores, y el Centro de Servicios cumpliera con su deber de citarlos inmediatamente. No obstante, esa no fue la práctica judicial ordenada. Con total indiferencia, el Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali pospuso la diligencia en las oportunidades vistas, sin proponer soluciones ágiles y concretas que permitieran subsanar la irregularidad advertida en el menor término posible. Inclusive, valga enfatizar, apartándose de toda lógica y razonabilidad, terminó programando la audiencia para 8 días después de la solicitud presentada por la fiscalía. Es decir, el 16 de febrero de 2018, día en el que finalmente se impartió legalidad al procedimiento investigativo.

La conclusión, por ende, es obvia. La no realización de la diligencia de control posterior de legalidad, el 8 de febrero de 2018, sólo es imputable al Juez 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali. **(i)** La fiscalía, ciertamente, cumplió con el deber de solicitar la intervención de dicho funcionario dentro del lapso de 24 horas. Se reitera, compareció ante el juez pasadas sólo 4 horas y 15 minutos luego de recibido el informe de Policía Judicial. **(ii)** Sin que hubiere vencido ese término legal, proporcionó la información sobre el estado de la actuación y la existencia de 14 imputados. Y **(iii)** aunque pidió la «suspensión» de la diligencia a fin de que esos sujetos procesales fueran citados, sin dejar de reconocer que el fiscal omitió información relevante al pedir la audiencia, al final fue el juez de garantías de Cali el que fijó la continuación de la diligencia para el siguiente día, ya cumplidas las 24 horas. Ello en un primer momento. Luego la pospuso 8 días.

Así las cosas, pese a la existencia de mejores prácticas judiciales, el juzgado de garantías postergó en forma injustificada la actuación, desconociendo que la citación de las partes hubiera podido lograrse en pocas horas tras las cuales la audiencia hubiera podido reanudarse. Por ende, no puede la fiscalía, en este caso, resultar lesionada y afectada con la drástica sanción de exclusión probatoria, cuando claramente solicitó el control judicial oportunamente.

En consecuencia, las pruebas documentales y testimoniales relacionadas con las interceptaciones telefónicas son *legales*, en tanto para el control judicial posterior sobre ese acto de investigación la fiscalía cumplió con las exigencias previstas en el artículo 237 de la Ley 906 de 2004. Por ende, se revocará el auto impugnado para, en su lugar, negar la solicitud de exclusión probatoria reclamada por la defensa.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR la providencia del 25 de septiembre de 2019 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga para, en su lugar, **NEGAR** la solicitud de exclusión probatoria reclamada por la defensa.

2. DEVOLVER el diligenciamiento a la corporación judicial de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

GERSON CHAVERRA CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Radicación n°. 56.358
Segunda Instancia
OSCAR MARINO QUINTERO VARGAS