



Boletín Informativo

16 de Julio de 2014

El presente boletín contiene un resumen emitido por la Relatoría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de las providencias relevantes recientemente proferidas por la Sala

**Providencia. N° SP8611-2014 Rad. (34131)
M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**SPA: PROCEDENCIA DE LA PRUEBA DE
REFERENCIA COMO EXCEPCIÓN DE LOS
PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN E INMEDIACIÓN
(DERECHO DE CONFRONTACIÓN)**

ANTECEDENTES RELEVANTES

JEL fue condenado en segunda instancia por el delito acceso carnal violento agravado. El defensor recurrió en casación alegando, entre otros, la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial, debido a que la decisión se fundamentó en la validez excepcional de una prueba de referencia y la valoración de una información aportada «(...)advierte que las pruebas sobre las cuales recae el error, son los testimonios de la víctima, la madre de ésta, la declaración de la médico MCA (testigo perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses), y de la perito en psicología, TDC, siendo estas tres últimas testigos de referencia, respecto de los cuales afirma que “el Tribunal sobredimensionó el valor suasorio de estos testimonios en lo relacionado con el tema del abuso por parte de JEL”».

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: Principio de inmediación, la excepción es la prueba de referencia /SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: Derecho de contradicción, la excepción es la prueba de referencia /SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Testigo: Conocimiento personal, la excepción es la prueba de referencia

«En relación con el tema de la prueba de referencia, cabe señalar, conforme ha sido reseñado por la Sala (Cfr. CSJ SP. 9 oct. 2013, rad. 36518), la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que en el esquema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 operan los principios de oralidad e intermediación, según los cuales todas las pruebas deben practicarse en la audiencia del

juicio oral y público, ante el juez competente y sujetarse a la confrontación y contradicción de las partes.

(...)

Además de satisfacer los principios en mención, precisa la jurisprudencia de la Corte (Cfr. CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 38773), la declaración debe cumplir también la exigencia del conocimiento personal contemplada en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al amparo del cual el testigo sólo podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

Significa lo anterior que, por regla general en el sistema procesal penal de que trata la Ley 906 de 2004, para que una declaración pueda ser considerada en el fallo como sustento del mismo debe reunir al menos los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa.

Excepcionalmente el ordenamiento procesal permite que el sentenciador considere, como soporte del fallo, pruebas practicadas por fuera del juicio oral, como así sucede con las de carácter anticipado (art. 284), y las de referencia (arts. 437 y ss. ejsudem)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: Elementos

«Conforme ha sido advertido por la Corte, (Cfr. CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477), que los elementos de la prueba de referencia son i) una declaración realizada por una persona por fuera del juicio oral; ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir; iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo) y; iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (como por ejemplo la tipicidad de la conducta, el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o

agravación punitivas, o la naturaleza o extensión del daño causado, entre otros aspectos).

(...)

Para la Corte el testimonio de la madre de la menor no constituye prueba de referencia, en cuanto señaló lo directamente percibido por ella al momento en que su joven hija le comentó sobre los abusos de que venía siendo víctima por parte del esposo de la tía, que en esos instantes estalló en llanto, y que observó cambios negativos en la conducta de la menor debiendo someterla a terapia psicológica en el Hospital de (...).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación: Concepto / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Derecho a la confrontación: Diferencia con el derecho de contradicción

«Con respecto al tema del derecho a la confrontación, cabe señalar que si bien encuentra algunos puntos que le son comunes al derecho de contradicción, resulta claro que aquél ostenta naturaleza y alcance diverso de éste en cuanto tiene una cobertura mayor, pues mientras la contradicción dice relación con el derecho que las partes tienen de conocer y controvertir las pruebas que la otra pretenda aducir en el trámite judicial, así como a intervenir en su formación, sea de manera anticipada o en el juicio oral (art. 15), el derecho a la confrontación se halla íntimamente vinculado con el derecho a la presunción de inocencia, es exclusivo del imputado, en tanto garantía judicial mínima reconocida por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Dicha garantía, indefectiblemente ha de ser respetada en todo momento en el curso del proceso judicial, de modo que el sujeto pasivo de la acción penal, si lo desea, puede exigir que, salvo determinadas excepciones normativamente establecidas que involucran la necesidad de proteger otros derechos igualmente importantes, se le dé la posibilidad de tener frente a frente a quienes le acusan, a fin de interrogarlos en audiencia, sea directamente o por conducto de su defensor, y a obtener la comparecencia ante el órgano jurisdicente de los testigos de cargo y de descargo, aun por medios coercitivos (art. 8 literal k).

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: Derecho a la confrontación

«Si bien la incorporación del testimonio de referencia de suyo comporta la inaplicación del principio de inmediación al no permitirle al juez de conocimiento presenciar directamente la recepción de la declaración del testigo o del perito en orden a establecer su credibilidad y mérito persuasivo, así como el desconocimiento del derecho de contradicción en

cuanto impide al acusado la posibilidad de contrainterrogar al testigo y someter a cuestionamiento su dicho, ha de reconocerse que la presentación en el juicio oral de declaraciones obtenidas por fuera de éste, no en todos los casos lesiona el derecho de confrontación.

Para que dicha garantía no aparezca conculcada, resulta indispensable que se acredite la existencia de un motivo legalmente previsto que justifique la no concurrencia del testigo de cargo al juicio oral, que se le respete al acusado el derecho de defensa dándole la oportunidad de controvertir en forma adecuada y suficiente su dicho mediante el ejercicio del contrainterrogatorio a quien trasmite el conocimiento en el debate público, aportar pruebas de refutación y, además, que no se trate de la única fuente de conocimiento en que se apoye la decisión de condena (art. 381), sino que ésta se funde también en otras válidamente practicadas en el juicio oral».

DECISIÓN:

No casa

**Providencia. N° AP3299-2014 Rad. (43554)
M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

SPA: LA AUDIENCIA PREPARATORIA TIENE CUATRO FASES DE DEPURACIÓN PROBATORIA – DESCUBRIMIENTO, ENUNCIACIÓN, ESTIPULACIÓN Y SOLICITUD-

(LA SOLICITUD ESTÁ ENCAMINADA A SUSTENTAR LA PERTINENCIA Y CONDUCTENCIA DE LA PRUEBA)

ANTECEDENTES RELEVANTES

El doctor AVM está siendo juzgado por la presunta comisión de prevaricato por acción. En el trámite de la audiencia preparatoria, el Tribunal negó «la totalidad de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, al considerar que enunció, pero no argumentó su pertinencia y conducencia, tal como lo exige el artículo 357 de la Ley 906 de 2004». La Fiscalía apeló la precitada decisión argumentando que una vez enunció las pruebas, estaba «a la espera de que se le concediera la oportunidad para indicar la pertinencia y conducencia de las mismas».

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia preparatoria: Finalidad / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia preparatoria: Trámite / SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia preparatoria: Diferencia entre enunciación y solicitud de pruebas

«La Corte ha explicado cuál es la finalidad de la audiencia preparatoria y en qué consisten las diferentes etapas que la conforman (Cfr. CSJ. AP. Rad. 27608 del 29 de junio de 2007 y AP. Rad. 36562 del 13 de junio de 2012). En ese sentido, ha indicado que el propósito de dicha audiencia es realizar el principio de “depuración probatoria”, para lo cual se han dispuesto cuatro fases: descubrimiento, enunciación, estipulación y solicitud probatoria, actos que les compete a las partes y cuya secuencia no es un asunto de forma, sino presupuesto de las condiciones de validez de la prueba, necesarias para llevarle al juez el conocimiento “de los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad penal del acusado.”

En efecto: la enunciación precede a las estipulación, debido a que no se puede pactar sin conocer los medios de prueba con los que cuentan la Fiscalía y la defensa para sustentar su teoría del caso; y la solicitud es ulterior, pues la estipulación probatoria como manifestación de voluntad bilateral excluye de la discusión hechos y circunstancias que han sido aceptadas por las partes y que no serán objeto de debate en el juicio, como no sea para confrontarlas respecto de su incidencia en el análisis conjunto de la prueba.

En ese orden, no se puede equiparar la enunciación con la solicitud, pues mientras aquella está dirigida a que la fiscalía y la defensa indiquen los medios probatorios que harán valer en la audiencia del juicio oral, la solicitud está encaminada a sustentar su pertinencia y conducencia (artículos 357 y 375 de la Ley 906 de 2004), cuestiones conceptual y sustancialmente distintas, pues si los dos actos fueran iguales o equivalentes, no tendría sentido que el legislador se hubiera referido a la solicitud de pruebas cualificando su contenido, en el sentido de exigir de manera explícita en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, que las pruebas solicitadas deberán tener relación con los hechos de la acusación (pertinencia), los cuales se podrán demostrar a través de los medios lícitos (conducencia) que las partes libremente deciden que sean aducidos al proceso.

(...)

La Corte ha señalado que:

“Esta facultad, inserta profundamente en el derecho de defensa y su correlato de contradicción, sólo puede ser ejercida, no apenas porque así lo consagre el legislador dentro del derrotero antecedente consecuente consagrado en la Ley 906 de 2004, sino porque la lógica probatoria así lo impone, luego de que se ha hecho la postulación argumental de quien solicita la práctica del medio suasorio y, huelga anotar, previo al

pronunciamiento del juez de conocimiento aceptando o negando su práctica, en el entendido, como se anotó al inicio, de que la decisión resuelve la controversia planteada por los contrarios.” (CSJ. AP, radicado 27.608 del 29 de junio de 2007)

Lo anterior demuestra que no se trata de una secuencia formal, sino de actos con contenidos precisos y distintos que corresponden a la dialéctica del trámite y que imponen a las partes el deber ineludible de precisar en la solicitud de pruebas la pertinencia, conducencia y utilidad de las mismas, con el fin de entregarle al juez, con la garantía de la previa contradicción y confrontación probatoria entre las partes, los elementos de reflexión indispensables para que decida acerca de la validez, eficacia y aptitud de los medios de prueba que habrán de practicarse en el juicio oral y evaluarse en la sentencia, carga que de no cumplir lleva irremediablemente a que se nieguen las que han sido solicitadas».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Pruebas: Carga procesal de demostrar pretensiones

«Como director del proceso y garante de las condiciones de validez de la prueba, el juez debe facilitar, procurar y solicitar a las partes que fundamenten sus solicitudes probatorias, exigencia que de no satisfacerse conduce a su inadmisión si no se cumplen con las exigencias materiales que se ha mencionado; pero cuando es el juez quien no preserva esa secuencia procesal por un indebido entendimiento del rol que le compete, no puede después negarlas argumentando una situación que a él le corresponde preservar en procura de que el proceso cumpla con uno de sus fines supremos: la aproximación racional a la verdad.

En este caso, el Magistrado que presidió la audiencia dirigió el debate en tal forma que le imprimió al mismo el orden indicado en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, propició que las partes enunciaran las pruebas, estipularan hechos que declararon probados, como en efecto ocurrió, y les concedió la oportunidad para formular sus solicitudes probatorias, momento en el cual el Fiscal Delegado ante el Tribunal, quien por la función que ocupa en la escala judicial se supone que debe tener la formación y preparación para llevar a cabo la acusación y el juicio, se limitó, como incluso lo había hecho desde la audiencia de formulación de acusación, a relacionar simplemente los medios de prueba, sin sustentar su utilidad, pertinencia y conducencia.

En esas condiciones, no podía el Tribunal sustituir al fiscal en su rol, complementar su petición, intuir la

finalidad, pertinencia y utilidad de las pruebas solicitadas, pues de hacerlo, en las circunstancias indicadas, el juez rompería el equilibrio entre las partes y, en últimas, tomaría partido, como se dijo, por una verdad sustancial más o menos apriorísticamente intuida por el juez del sistema inquisitivo, cuestión que sin duda no corresponde a la filosofía del sistema y al principio de que son las partes y no el juez, a quienes le corresponde la carga probatoria».

DECISIÓN:

Confirmar

Providencia. N° AP3429-2014 Rad. (42963)
M.P. Dra. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

SPA: DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA PARA PROMOVER LA ACCIÓN DE REVISIÓN Y AQUÉLLA QUE ACREDITA LA CAUSAL INVOCADA

ANTECEDENTES RELEVANTES

DAGZ presentó demanda de revisión con fundamento en la causal 3ª del art. 192 de la ley 906 de 2004, que indica *“Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad.”*

Procede la Sala a verificar las exigencias de admisibilidad de la precitada demanda.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Acción de revisión: Hecho y prueba nuevos: Diferencia entre la prueba para promover la acción y aquella que acredita la causal

«En el marco de los asuntos gobernados por la Ley 906 de 2004, únicamente tiene la condición de prueba la que ha sido producida y sometida a debate ante el juez de conocimiento en el juicio oral, así como la incorporada anticipadamente en audiencia preliminar ante un juez de garantías en los casos y en las condiciones excepcionales previstas en el estatuto procesal penal, tiene sentado la Sala (CSJ AP, 15 oct. 2008. Rad. 29626 y CSJ AP, 16 jun. 2010. Rad. 34711) que en el ámbito de la acción de revisión debe distinguirse entre la prueba requerida para promover la acción, y aquella necesaria para acreditar la causal invocada por el actor.

Para la primera finalidad “es posible utilizar cualquiera de los medios cognoscitivos permitidos por el código en las fases de la indagación e investigación, y también, los que hayan adquirido la entidad de prueba en los términos exigidos por la nueva normatividad, es decir,

los que hayan sido aportados y debatidos en el desarrollo de un juicio oral”; para el segundo, esto es, la demostración de la causal, “sólo son válidos los practicados y controvertidos ante el juez de revisión, en la audiencia del juicio rescindente prevista por el artículo 195 del Código, y por excepción, las que tienen la condición de prueba anticipada, en los casos taxativamente autorizados por el artículo 284 del código”.

Los referidos medios cognoscitivos en las etapas de indagación e investigación corresponden a: (i) elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) información, (iii) interrogatorio al indiciado, (iv) aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipada, siendo en principio cualquiera de ellos apto para promover la acción de revisión, siempre y cuando cumplan las condiciones de licitud, legalidad y autenticidad requeridas para su admisión.

Igualmente se precisó en las citadas decisiones:

“Aunque cualquiera de las categorías comprendidas dentro del concepto de medios cognoscitivos es teóricamente apta para promover la acción de revisión, en tratándose de elementos de juicio como declaraciones o entrevistas, es importante que hayan sido recaudadas o ratificadas bajo juramento ante las autoridades autorizadas por el Código, con el fin de que sus fuentes adquieran vinculación legal con los compromisos de verdad y lealtad procesal, y que la pretensión se torne sumariamente seria”».

DECISIÓN:

Inadmitir

Providencia. N° AP3283-2014 Rad. (37098)
M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

ELEMENTOS DEL PECULADO POR USO

SE TRATA DE PROVIDENCIA DE RESERVA QUE DADA SU RELEVANCIA SE PUBLICA SU EXTRACTO

ANTECEDENTES RELEVANTES

DBJ, representante a la cámara, ordenó a su conductor entregar a OVV un automóvil, que había sido dado en calidad de préstamo por la Cámara de Representantes, en garantía de pago por los arreglos de mecánica, latonería y pintura que realizó a la camioneta que había sido también asignada al servidor. Posteriormente, el vehículo fue recuperado por funcionarios del órgano legislativo. Procede la Sala a calificar el mérito del sumario.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:**PECULADO POR USO - Se estructura: Sujeto activo calificado / PECULADO POR USO - Se estructura: Sujeto pasivo**

«El activo es calificado, por cuanto la conducta debe ser ejecutada por un servidor público en los términos definidos por el artículo 20 del Código Penal.

El pasivo está representado por el Estado como titular del bien jurídico protegido, y puede concurrir como perjudicado un particular en los eventos en los cuales sea el titular de los bienes utilizados indebidamente».

PECULADO POR USO - Se estructura: Bien jurídico tutelado

«El jurídico está compuesto por un objeto genérico que alude al normal funcionamiento de la administración pública, y otro específico referido a la seguridad de los bienes de la administración pública, y al deber de fidelidad que debe observar el servidor público con el patrimonio público.

Así entonces, la protección no sólo cubre el patrimonio sino también a la función en lo que atañe a la lealtad para con la administración, como a la probidad y fidelidad con el patrimonio público, atributos vulnerados cuando el funcionario usa arbitrariamente o permite que otro use los bienes a él entregado para su administración, tenencia o custodia con motivo o por razón de las funciones».

PECULADO POR USO - Se estructura: Objeto material sobre el cual recae la conducta

«El objeto material alude a los bienes sobre los cuales recae la acción de propiedad del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de particulares cuya administración, tenencia o custodia le hayan sido confiados por razón o con ocasión de sus funciones».

PECULADO POR USO - Tipo penal de conducta alternativa / PECULADO POR USO - Se estructura: Verbos rectores

«Es alternativa dado que puede consistir en usar o permitir que otro use los bienes indebidamente. Usar es hacer servir una cosa para algo, darle empleo a un objeto; permitir es consentir que otro haga algo o deje de hacer alguna cosa .

Debe ser indebido o no autorizado por normatividad alguna, es el uso particular y no oficial a favor propio o de un tercero sin la intención de apoderarse de él .

Constituye una especie de apropiación debido a que el autor dispone del bien como señor y dueño pero difiere de ella en cuanto que no existe, como en ésta, el

propósito de apoderamiento pues le asiste el de devolverlo o reintegrarlo .

Desde el punto de vista subjetivo el uso es indebido cuando el sujeto agente carece de autorización para ello, y desde la perspectiva objetiva en los casos en los cuales se usa para lo que no es, teniendo en cuenta el aspecto funcional.

Custodiar significa cuidar, vigilar, proteger el bien; en tanto que administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc. , todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio. Alude pues a una actividad más extensa que cuidar la cual se dirige a conservar las cosas».

PECULADO POR USO - Se estructura: Por razón o con ocasión de sus funciones

«La administración, tenencia o custodia de los bienes tiene que haber sido confiada al servidor público por razón o con ocasión de las funciones. No es suficiente el uso caprichoso para la estructuración del delito, es imprescindible que por virtud de las atribuciones se hayan confiado al sujeto activo la administración, tenencia o custodia del objeto material.

En otros términos, es imprescindible establecer si los bienes están vinculados con el agente través de un nexo de dependencia funcional. No basta la calidad oficial del procesado, además es necesaria la ejecución de la conducta por el servidor a quien se le encomendó la administración, tenencia o custodia de los bienes, por razón de sus funciones.

Esta conexión no sólo se presenta con motivo de las atribuciones sino con ocasión de ellas, de esta forma adquiere relevancia para la tipificación del punible la posesión de hecho que adquiere el servidor público por el desempeño de las facultades a él conferidas por la ley, y que le permiten ejercer poder sobre el bien del cual hace mal uso.

En consecuencia, para su configuración no es fatal que la administración o guarda de los bienes se hayan confiado al servidor público de manera específica porque además puede ser genérica; ni que ejerza la tenencia material es suficiente con la disponibilidad dentro de su órbita funcional.

(...)

La relación funcional entre la administración del automotor y las atribuciones del aforado como congresista no admite discusión. Conexión que lo legitimaban para usarlo, cuidarlo y protegerlo con miras a preservar su buen estado.

Así el automóvil no hubiese sido entregado con una resolución expedida por la Mesa Directiva como ocurrió con la camioneta, como lo reclama el procesado, sino mediante acta de entrega y recibo signada por el Jefe de la División de Servicios por orden expresa de la Presidencia de la Cámara de Representantes, ello en nada degrada la concurrencia de este elemento normativo, si se tiene en cuenta que la administración fue entregada no solo por virtud de las funciones que el aforado desempeñaba sino a través del propio Presidente de esa Célula Legislativa. Con ese acto se le transmitió las mismas facultades puesto que la entrega en préstamo se hizo para suplir la ausencia de la camioneta adjudicada mientras era puesta en condiciones idóneas para utilizarla en desarrollo de las atribuciones de congresista.

Es obvio que si la Sala tradicionalmente viene admitiendo la concurrencia de este elemento cuando la administración, tenencia o custodia se produce de hecho derivada del ejercicio de las funciones legalmente conferidas, con mayor razón concurrirá en casos como el presente cuando la entrega se hace tomando en cuenta la persona y las facultades en ese instante desempeñadas por él».

PECULADO POR USO - Consumación

«La consumación de la conducta se inicia con el primer acto de uso y se prolonga hasta el momento en que cese o se abandone la utilización indebida o ilícita de los bienes obtenidos por razón de las funciones para su custodia, tenencia o administración».

PECULADO POR USO - Se estructura: Dolo

«Demostrado como está que el procesado utilizó indebidamente el automotor, es fácil inferir que con esa conducta estaba actualizando los elementos del tipo objetivo del delito de peculado por uso, no obstante, procedió voluntariamente a ello, es decir, actuó dolosamente».

PECULADO POR USO - Antijuridicidad

«Al usar arbitrariamente el vehículo el procesado afectó el buen funcionamiento de la administración pública en el manejo de sus bienes, pues debiendo estar a su servicio o de otro congresista en desempeño de sus atribuciones, permaneció por varios años en un taller particular en espera de la cancelación que adquirió como un particular.

Si la conducta no causó detrimento al patrimonio de esa célula legislativa, como aduce el aforado, ello no enerva su antijuridicidad por haber actuado de manera desleal e infiel en la administración de los bienes entregados por

razón de sus funciones, atributos protegidos principalmente por este tipo penal».

DECISIÓN:

Acusa

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DRA. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

PECULADO POR APROPIACIÓN - Diferencia con el peculado por uso

«El motivo de mi disentimiento parcial frente a la presente decisión, por cuyo medio se califica el mérito del sumario en contra del ex congresista DJBG, no radica en la determinación de proferir en su contra resolución de acusación, pues comparto el criterio de que en su contra se colman a plenitud los presupuestos legales y probatorios establecidos para tal efecto, sino en cuanto a la modalidad delictiva por la que debe proceder, pues a mi modo de ver su conducta claramente se enmarca en el delito de peculado por apropiación y no en el de peculado por uso, como se señaló en la providencia de la cual me aparto.

En efecto, como en el mismo proveído se precisa (fol. 15), es de la esencia del segundo delito que el “autor dispone del bien como señor y dueño pero refiere de ella (del peculado por apropiación, se aclara) en cuanto que no existe, como en ésta, el propósito de apoderamiento pues le asiste el de devolverlo o reintegrarlo” (CSJ, SP 10 abr. 1985 y 24 jun. 2009, rad. 26909).

En el asunto de la especie es diáfano, de una parte, que cuando el aforado deja el bien como garantía de pago de una obligación, ejerce manifiestos actos de señor y dueño con vocación de permanencia y no de transitoriedad, esto es, a sabiendas de que el impago de la deuda puede determinar la pérdida del dominio que se tiene sobre la garantía.

Pero además, y en segundo lugar, porque el vehículo oficial dejado en garantía fue abandonado por casi cuatro años, lográndose su recuperación por actos ajenos a la voluntad del sujeto agente, lo cual, al menos en el grado de probabilidad exigido para sustentar la acusación, corrobora que su propósito nunca fue el de restituir el bien, pues de haber sido así habría desplegado actos tendientes a recatarlo.

Y ese es, precisamente, como se señala en la jurisprudencia referida y que, se insiste, se destaca en la misma providencia de la cual me aparto en este punto, el elemento diferenciador entre las dos modalidades comportamentales de peculado reseñadas, en tanto resulta contrario a la lógica concebir un uso indefinido, cuando es de su esencia la temporalidad, en cuyo caso

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

se lo debe entender como un típico acto de apropiación».

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

PECULADO POR APROPIACION - Se configura

«Con el respeto y consideración que profeso a todos los miembros de la Sala Penal de esta Corporación, me aparto parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría en el presente caso, por las siguientes razones:

No me cabe la menor duda que se ha proferir resolución de acusación contra el ex congresista investigado, sin embargo no comparto la calificación jurídica que en la resolución de acusación se da a la conducta investigada como peculado por uso (art.398 Código Penal), por cuanto las circunstancias modales que rodearon la conducta imputada revelan más un propósito final de disposición del bien público como señor y dueño, que un simple uso indebido del mismo.

Afirmo lo anterior porque aunque en el proceso se informa que en principio el automotor se entregó en garantía del pago de una obligación personal del imputado, habiendo transcurrido más de 4 años desde entonces, el agente no realizó acto alguno tendiente a recuperar la prenda, con lo que implícitamente autorizó al acreedor para que se pagara con ella el crédito adeudado, actitud que indudablemente constituye un acto de indebida apropiación con vocación de permanencia en el tiempo, no es simple abuso en la tenencia del automotor. Así las cosas, el delito que ha debido atribuirse es el de peculado por apropiación (art.397 Código Penal).

(...)

No es sólo por la estricta tipicidad que me aparto de la calificación jurídica dada por la mayoría a la conducta reprochada, sino también por razones de política criminal que aconsejan un tratamiento riguroso de aquellas conductas que afecten de manera grave el patrimonio del Estado, o que revelan total indiferencia y despreocupación absoluta frente a la suerte de los bienes públicos, como se evidencia en el presente caso».

**Providencia. N° AP3158-2014 Rad. (43025)
M.P. Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**MOMENTO EN EL QUE SE ENTIENDE PRESENTADO UN
RECURSO A TRAVÉS DEL MEDIOS ELECTRÓNICOS**

ANTECEDENTES RELEVANTES

«Se pronuncia la Sala acerca del escrito allegado por el defensor de SGN con el que interpuso recurso de

reposición en contra del auto emitido por esta Corporación, el 30 de abril de 2013, que inadmitió la demanda de revisión presentada a su nombre.»

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

RECURSO DE REPOSICIÓN - Extemporáneo / RECURSOS - Interposición por medios electrónicos: Momento en que se considerado presentado

«El recurrente no agotó la carga de señalar dentro del término correspondiente su inconformidad con la decisión, toda vez que al ser notificada personalmente a los intervinientes y por estado a la defensa, esto último el 21 de mayo de 2014, su ejecutoria se cumplió, de acuerdo con la normatividad aplicable, el 26 siguiente, sin que para ese entonces se hubiese interpuesto la reposición.

Ahora bien, pese a que la defensa remitió, según se anunció, memorial por correo electrónico en el que indicó que impugnaba la decisión, ello se verificó el 27 de mayo de 2014, es decir, de manera extemporánea. Circunstancia que no se desdibuja por el hecho de que la misiva cuente con un sello de presentación personal del día anterior de la oficina judicial de reparto de (...), en atención a que en ese despacho no reposa la actuación a la que iba dirigida tal manifestación, y porque al tenor del Acuerdo PSAA06-3334 de 2006, artículo décimo, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “Los actos de comunicación procesal y los mensajes de datos se entenderán recibidos por el destinatario, bien sea el usuario o la autoridad judicial, en el momento en que se genere en el sistema de información de la autoridad judicial el acuse de recibo junto con la radicación consecutiva propia de cada despacho”, aspecto que se constató, se repite, el día 27, cuando ya había culminado la oportunidad pertinente y con mayor razón para el día 28, cuando se recibió físicamente por servicio postal».

DECISIÓN:

Rechaza

**Providencia. N° AP3595-2014 Rad. (43510)
M.P. Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO**

**LEY DE JUSTICIA Y PAZ: TRÁMITE PARA
AJUSTAR EL ESCRITO DE FORMULACIÓN DE CARGOS
– CONFORME AL DECRETO 3011 DE 2013- CUANDO SE
PRESENTÓ ANTES DE LA VIGENCIA DE ÉSTE Y NO SE
HA LLEVADO A CABO LA AUDIENCIA**

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Fiscalía delegada para Justicia y paz, presentó recurso de apelación contra la decisión que negó la devolución del escrito de formulación de cargos con que pretendía ajustarlo a las previsiones del decreto reglamentario 3011 de 2013. Argumentó que la audiencia de formulación de cargos no fue debidamente instalada y siguiendo las reglas del decreto 3011, debió devolverse el mencionado escrito para que ser corregido.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:**LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Escrito de formulación de cargos: Ajuste a los requisitos del Decreto 3011 de 2013, trámite, cuando se presentó antes de su vigencia pero no se han formulado los cargos**

«En el caso que nos ocupa, la regla reguladora o aplicable al caso es la establecida en el artículo 42, en tanto, se trata de un caso en el que, si bien se presentó escrito de formulación de cargos con anterioridad a la vigencia tanto de la ley como del decreto reglamentario, no se han formulado los cargos de manera formal. Nótese que este es el espacio que transita entre la presentación del escrito de cargos y la formulación de los mismos, a que se refiere el artículo 43.

Como se observa, la norma no hace referencia alguna a la iniciación o no de la concitada audiencia de formulación de cargos, como lo pretende el Tribunal, al negarse a la devolución del escrito de cargos, aduciendo que la audiencia de formulación de cargos ya había sido iniciada. Tampoco es cierto, que pueda entenderse como iniciada dicha audiencia en este particular caso, dado que si bien a la misma concurrió un fiscal, éste lo hizo sólo con el propósito de excusar a su colega, indicando que no podía asistir por encontrarse enferma (incapacitada), tal como lo hace constar el acta de la misma diligencia del 16 de septiembre de 2013, según consta en autos. De manera que, aunque el Tribunal considera que allí se inició la audiencia de formulación de cargos, mal puede colegirse de lo constatado en autos que la audiencia fue iniciada, por cuanto, sencillamente, la Fiscalía no estaba presente, y si un representante de la misma concurrió no fue con el propósito de intervenir en ella sino de excusar a su colega (ver acta folio 173 y s.s.).

De otra parte, se entiende que ha habido formulación de cargos, cuando luego de que se ha definido la competencia, se ha establecido la inexistencia de impedimentos, de causales de recusación o nulidades y se han hecho las observaciones a que hubiere lugar, el juez o magistrado le concede la palabra al fiscal para

que formule los correspondientes cargos (art. 339 Ley 906 de 2004). Esto no ha ocurrido en el caso sub examine.

De esta forma, habiéndose presentado el escrito de formulación de cargos antes de la vigencia del decreto 3011 de 2013, y no habiéndose llevado a cabo la audiencia correspondiente, lo impositivo según las normas referenciadas es devolver el escrito contentivo de los cargos al Fiscal para que proceda a corregirlo, adicionarlo o adecuarlo, necesidad en la que coinciden el Tribunal y el Fiscal, dado que no se han formulado cargos».

DECISIÓN:

Revoca

Providencia. N° AP3611-2014 Rad. (42380)
M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
M.P Dra MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA: POR SER UNA RENUNCIA AL TRÁMITE ORDINARIO, LA CORTE DEBE VERIFICAR QUE HAYA SIDO LIBRE Y VOLUNTARIA, PARA LO CUAL ES INDISPENSABLE LA COMPROBACIÓN DE ESTE PRESUPUESTO POR EL MINISTERIO PÚBLICO (IRRETRACTABILIDAD AL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA SALVO INFRACCIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES.)

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Sala resuelve la solicitud de nulidad del trámite de extradición formulada por el apoderado del ciudadano AGL, quién argumenta que la manifestación de su poderdante de someterse al trámite simplificado obedeció a un vicio del consentimiento. Adicionalmente, alega que el Ministerio Público coadyuvó la solicitud, sin verificar materialmente si fue ilustrado en lo que significa perder (...) *“su derecho a que se le escuchen las razones por las cuales no procede la solicitud de extradición”*

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

NULIDAD - Vicios de estructura y de garantía / EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA - Trámite: Verificación del respeto de las garantías fundamentales por el Ministerio Público / EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA - Nulidad: Vicios de garantía, derecho de defensa

«Recuérdese que la Corte ha distinguido entre actos de rito y actos de garantía. Los primeros dicen relación con la estructura del proceso como es debido y los segundos

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

con el derecho de defensa, garantía sustancial para la validez del trámite que - según se alcanza a inferir del alegato - le sirve al defensor para sustentar la solicitud de nulidad de la actuación, no por conductas imputables a la Corte, sino por la ausencia de control formal y material del consentimiento por parte de la Procuraduría, al no haber constatado si la abdicación del ciudadano venezolano al trámite convencional de extradición por la actuación más ágil y expedita, prevista en el párrafo 1 del artículo 500 de la Ley 906 de 2004, fue libre, voluntaria e informada.

(...)

Por tratarse de una renuncia al procedimiento convencional e involucrar un mecanismo de cooperación internacional, el Ministerio Público no puede constatar su validez mediante inferencias que le corresponde hacer al Juez a partir del examen de los antecedentes que obran en el expediente, como precisamente ocurre ahora, al deducir o inferir a partir de la presentación de la solicitud ante las autoridades carcelarias en donde se encuentra recluso el requerido en extradición y del cumplimiento de las formalidades relacionadas con la presentación personal de ese escrito ante los funcionarios de la División Jurídica de dicho establecimiento, que la renuncia al trámite era libre, voluntaria e informada, pero sin constatar si realmente lo era.

(...)

Como garante de la legitimidad y validez del trámite, la Sala debe corroborar que la renuncia al trámite convencional sea libre y voluntaria, para lo cual es necesaria, imprescindible y sustancial, la comprobación material de ese presupuesto por parte del Ministerio Público, que en modo alguno se cumple mediante el estudio formal de los antecedentes que obran en el expediente, pues de ser así la intervención de la Procuraduría sería innecesaria, debido a que esa reflexión es privativa de la Corte.

(...)

Al no haberse constatado materialmente si la renuncia al trámite fue debidamente informada y si el requerido entendía los pormenores y consecuencias de su manifestación, que es precisamente lo que ahora se coloca en tela de juicio, el trámite se afecta de tal manera que no sería posible emitir un concepto de fondo al no cumplirse uno de los presupuestos procesales esenciales para proferir una decisión de tal magnitud. Por lo tanto, con el fin de sanear el proceso de la irregularidad sustancial que se advierte, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha del 23 de abril pasado, con el fin de que el Ministerio Público constate materialmente si la

información fue libre e informada y si en tales condiciones coadyuva la solicitud».

EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA - Irretractabilidad: Salvo vicios que incidan en la validez del trámite

«El actual código de procedimiento penal no prevé soluciones puntuales para eventos en los cuales se desiste de la solicitud de renuncia al trámite previsto en el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, situaciones análogas, tales como la aceptación de cargos en el proceso penal (artículo 351 ibidem), permiten concluir que dicha petición es inadmisibles e inaceptable, salvo que se demuestre la configuración de vicios en el consentimiento o la vulneración de garantías fundamentales.

Sin embargo, hay diferencias sustanciales entre uno y otro instituto: en la solicitud de renuncia al trámite ordinario de extradición, al contrario de lo que sucede en el proceso penal, no acepta responsabilidad alguna, pues el requerido no renuncia a su presunción de inocencia, sino al término probatorio que tiene como objeto allegar pruebas para controvertir los fundamentos de los requisitos formales de la solicitud de extradición, los cuales le corresponde a la Corte verificar como garante de la legalidad del trámite, sea cual fuere el procedimiento adoptado para proferir el concepto.

(...)

Atendiendo el principio de lealtad y la analogía del concepto de retractación previsto en el artículo 293 ley 906 de 2004, reformada por el artículo 69 de la ley 1453 de 201, si es irrevocable la admisión libre y voluntaria de responsabilidad penal, con mayor razón lo será la retractación al trámite simplificado de extradición e inaceptable la manifestación de retrotraerse a la voluntaria, informada y libre manifestación de no controvertir los presupuestos formales del concepto de extradición, salvo que se demuestre, como no puede ser de otra manera, la infracción de garantías fundamentales.

(...)

La solicitud de trámite simplificado libre, voluntaria e informada es irretractable, siempre y cuando, como en éste caso, no se configuren vicios en el trámite que inciden en la validez del procedimiento por ausencia de control material sobre la petición del requerido de someterse al trámite simplificado».

DECISIÓN:

Decreta Nulidad

SALVAMENTO DE VOTO: Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA - Trámite: Verificación del respeto a garantías fundamentales por el Ministerio Público, no exige la solemnidad del acta de la entrevista con el requerido

**Providencia. N° 8473-2014 Rad. (37361)
M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL
ÁRBOL ENVENENADO**

(ACTUACIONES DEL AGENTE ENCUBIERTO)

ANTECEDENTES RELEVANTES

El 15 de septiembre de 2004, en diligencia de registro y allanamiento solicitada por el Subteniente MBH, adscrito al Batallón de Policía Militar N°(..), y ordenada por la Fiscal Seccional Delegada ante (...) Brigada del Ejército Nacional, fueron hallados 50 kilos de clorhidrato de cocaína, \$62.300.000oo y US 80.200. Como consecuencia, fueron capturados DFL, ABA y DSR, quienes fueron condenados por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado.

El abogado defensor de DSR, presentó recurso extraordinario de casación, motivado en los siguientes cargos: **1)** nulidad por violación del debido proceso al considerar que el Tribunal aprobó la intervención inicial de los militares en las diligencias previas, aun cuando aceptó que era nula ya que estos carecen de funciones de policía judicial; **2)** violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de legalidad ya que el Tribunal aceptó la investigación previa adelantada por los miembros de la fuerza pública, en contra de lo consagrado en el art. 29 de la Constitución Política; **3)** violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de legalidad porque el procesado fue hallado en flagrancia dado el allanamiento realizado por miembros del ejército (quienes carecen de funciones de policía judicial), en compañía de la fiscal, que intentó subsanar la diligencia con una autorización suscrita por ella; y, finalmente, que la diligencia no cumplía con los requisitos del art. 294 de la ley 600

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

PRUEBA ILÍCITA - Prueba derivada: Exclusión, salvo aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado

«No queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida, sin embargo, conforme con criterios basados en

la jurisprudencia anglosajona de la «Teoría de los frutos del árbol envenenado», (fruit of the poisonous tree doctrine), paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma a fin de admitir la validez de la que se deriva de ella.

La salvedad se funda al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja o derivada para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de: (i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal; o (iii) se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery), en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho. También se habla de otros criterios como el de la buena fe en la actuación policial y el acto de voluntad libre cuando la persona asienta la práctica de la prueba.

(...)

Con acierto jurídico el Ad quem al analizar si la ilegitimidad de la actuación de los miembros del Ejército viciaría todo el diligenciamiento, encontró que no se afectaría el conocimiento que tuvo la Fiscalía el propio 15 de septiembre de 2002 acerca de la transacción sobre la droga estupefaciente y que la ilegalidad inicial de la infiltración que aquellos hicieron en la organización criminal no irradiaba la actuación del ente investigador.

(...)

También el Tribunal estableció la salvedad entre la actuación de los militares y la diligencia de allanamiento, en cuanto mediaba una fuente independiente toda vez que desde el día anterior a tal acto judicial, el 14 de septiembre de 2004, la Fiscal (...) Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de (...) había ordenado no sólo la interceptación de los abonados telefónicos de los hermanos C y DS, así como las labores de vigilancia, seguimiento necesarias.

(...)

Los actos de investigación habrían dado lugar inexorablemente al hallazgo que se produjo a través del allanamiento, lo cual constituye un descubrimiento inevitable de acuerdo la doctrina».

AGENTE ENCUBIERTO - Razones para que exista esta figura / AGENTE ENCUBIERTO - Objeto perseguido por la Fiscalía: Debe estar debidamente fundamentado

«Con el fin de frenar nuevas y sorprendentes modalidades delictivas que atentan en mayor medida contra caros bienes de la sociedad las cuales en

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

ocasiones son desarrolladas por empresas criminales, los órganos investigativos deben encarar también de forma ingeniosa tal accionar con miras a evitar la comisión de delitos y desarticular esos aparatos, por ejemplo acudiendo a las modalidades del agente encubierto o la infiltración policial.

Bajo el marco de la Ley 600 de 2000, que rigió este asunto, el artículo 243 establece medidas especiales para aseguramiento de pruebas, permitiendo a la Fiscalía ordenar la incursión o seguimiento pasivo por parte de funcionarios judiciales y de policía judicial en actividades de preparación, ejecución, consumación u obtención de efectos de conductas tipificadas con el fin de identificar y capturar a los autores o partícipes, desarticular empresas criminales, impedir la consumación de delitos, recaudar pruebas, entre otras finalidades

La Corte Constitucional (C-431 de 2003), al examinar tal precepto, señaló que la competencia de la Fiscalía no se debe restringir a la labor represiva, sino que en la lucha contra la delincuencia es posible su intervención en las etapas previas a la comisión de un delito, como por ejemplo con seguimientos pasivos, pesquisas, agentes encubiertos.

(...)

En el mismo sentido, se destacó que esa actividad tendiente a prevenir conductas delictuosas, no puede obedecer al capricho de quienes desempeñen funciones de policía judicial respecto de simples sospechas, sino que ha de ser el resultado del análisis de circunstancias objetivas, externas que permitan al menos indiciariamente justificar la incursión o seguimiento pasivo de alguien».

DECISIÓN:

No casa

Providencia. N° 3466-2014 Rad. (43572)
M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

SPA: CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONTROL DE LEGALIDAD POSTERIOR SOBRE LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

ANTECEDENTES RELEVANTES

«Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de RASM, contra el auto proferido del año en curso, mediante el cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior, negó la exclusión de pruebas y la práctica de otras.»

Considera el impugnante que la exclusión de las pruebas (*interceptaciones telefónicas*) se encuentra

fundada en que las mismas no fueron sometidas al oportuno control de legalidad ante juez competente.

PRINCIPALES ARGUMENTOS:

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Diligencias que requieren control judicial posterior: Interceptación de comunicaciones, no es un control formal

«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».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Diligencias que requieren control judicial posterior: Interceptación de comunicaciones, no sólo lo hace el juez de control de garantías, también el de conocimiento en la audiencia preparatoria

«Por la importancia de los derechos fundamentales, es apenas explicable que el sistema penal disponga de varios tipos de control a la actuación de una de las partes del proceso penal: una, vinculada con el control posterior de legalidad por parte del Juez de garantías para actos de investigación, y otra en el juicio al realizarse la audiencia preparatoria, por el juez de conocimiento, que como garante de la validez probatoria y de las condiciones básicas del juicio, está en el poder deber de rechazar o de excluir las pruebas ilegales, y con mayor razón las ilícitas.

(...)

El examen que le corresponde al Juez de conocimiento no es menor, pues como garante de las condiciones básicas de legalidad del juicio, le corresponde, en estos eventos, determinar si la prueba puede ser llevada al juicio oral y ser confrontada en ese escenario, luego de verificar su legalidad formal y material».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Diligencias que requieren control judicial posterior: Interceptación de comunicaciones, el control abarca todas las actuaciones realizadas durante la vigencia de la orden

«Según se ha explicado, la defensa no ha cuestionado la necesidad de la intervención del derecho fundamental, ni la proporcionalidad de la medida, sino la formalidad

Carrera 8 N° 12 A – 19. Bogotá D.C.

del trámite, pues sostiene que de acuerdo con el artículo 237 de la Ley 906 de 2004:

“Dentro de las 24 horas siguientes al recibimiento del informe de policía judicial sobre las diligencias de la órdenes de ... interceptación de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de control de legalidad sobre lo actuado”

Tal obligación, sostiene el defensor, fue ignorada por la Fiscalía, pues en la audiencia del 19 de febrero del presente año, incluyó los informes de policía judicial de los días 13, 14, 18 y 19 del mismo mes y año, por lo cual, al menos respecto de los dos primeros, no se realizó el control judicial dentro de las 24 horas siguientes, como lo refiere la norma procesal indicada.

Hay dos formas de leer la norma indicada. Una, en la cual el término de 24 horas se cuenta a partir de la recepción de cada informe de policía judicial. Desde ese punto de vista, si se tiene en cuenta que la orden puede tener un plazo máximo de seis meses (artículo 234 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 52 de la Ley 1453 de 2011), cada día que se reciba informes parciales dentro de ese plazo máximo límite, debería el fiscal acudir ante el juez de control de garantías, colapsando la actividad investigativa y la misma actividad jurisdiccional, como consecuencia de una interpretación que no se corresponde con el sentido del instituto y con la teoría del efecto útil de las normas.

Otra manera de interpretar la disposición es la que ha realizado la Corte a partir de articular la eficacia del sistema de investigación y los derechos fundamentales, buscando en la necesidad de interferir derechos fundamentales y en la proporcionalidad de la medida, el mejor entendimiento al término en que el juez de control de garantías debe realizar el control de los actos de intervención de la fiscalía. En ese sentido, una cabal lectura del artículo 235 de la Ley 906 de 2004, permite sostener que la orden de interceptación es una sola compuesta de varios actos que corresponden a una misma unidad y finalidad, por lo cual el control judicial formal y material es uno solo, que abarca la totalidad de la actuación realizada durante el límite de tiempo de la orden impartida y no cada segmento de ella».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Diligencias que requieren control judicial posterior: Interceptación de comunicaciones, oportunidad, cuando el cumplimiento de la orden ocurrió antes de formulada la imputación

«No afecta la legalidad de la prueba el hecho de que el mismo día de la captura del imputado OP se realizara la

audiencia de control de legalidad de la interceptación de comunicaciones. En efecto, si bien el párrafo del artículo 237 de la Ley 906 de 2004, señala que 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” (se resalta), dicha situación es ajena a la situación que se estudia. En efecto, de acuerdo con el registro de las audiencias y de los antecedentes que reposan en la Corte, se tiene que la orden de interceptación de comunicaciones se profirió antes del 19 de febrero y una lectura atenta de la norma señala que se debe convocar al procesado si el “cumplimiento de la orden ocurre luego de formulada la imputación, situación que no acontece en este asunto.

(...)

Precisamente para garantizar plenamente el derecho de defensa, en situaciones como la que se analiza, en las causales el indiciado no es convocado a la audiencia de control de legalidad de la interceptación de comunicaciones, el proceso penal prevé precisamente que en la audiencia preparatoria se discuta la validez de la prueba, como en efecto ocurre, sin que en la discusión le asista razón al recurrente».

DECISIÓN:

Confirma parcialmente