

**INDAGACION E INVESTIGACION** - Control de legalidad de las interceptaciones de comunicaciones y otras diligencias

<b>Número de radicado</b>	:	43572
<b>Numero de providencia</b>	:	AP3466-2014
<b>Fecha</b>	:	18/06/2014
<b>Tipo de providencia</b>	:	AUTO INTERLOCUTORIO
<b>Clase de actuación</b>	:	SEGUNDA INSTANCIA

« [...] 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 intimidad 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)*

Ello demuestra que 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.

[...]

*“En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con las que el fiscal pudiera realizar las*

*intervenciones o limitaciones a los derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y a la intimidad.*

*“La pregunta que debe hacerse dicho funcionario en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la fiscalía debe ser si existieron, o existen – según se trate de control previo o posterior – motivos fundados para tal proceder, o si por el contrario, tal actividad responde al mero capricho de quien ostenta el máximo poder de represión como es el ejercicio de la acción penal, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.*

*“Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo y si el sacrificio compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de declararse legal dicho procedimiento.” (CSJ. AP. Rad. 36.562 del 13 de junio de 2012).*

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.

[...] 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 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.

Precisamente, en relación con ese tema, la Corte ha señalado lo siguiente:

*“Recapitulando, entonces, se tiene lo siguiente: (i) la audiencia de **control de legalidad posterior** de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones..., **es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.**” (CSJ. SP. Rad. 28.535, 9 de abril de 2008. Resaltado fuera de texto)*

Y a partir de esos elementos, la Sala precisó:

*“... El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice **la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes**, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.” (Resaltado en el texto. Sentencia citada).*

En consecuencia, los informes 25-32120 OT 003 del 14 de febrero, el 25-32146 OT 008 del 14 de febrero de 2013, 25-32391 -T 008 del 18 de febrero de 2013, y el 2532401 OT 003 del 19 de febrero de 2013, que contienen los análisis de monitoreo de las interceptaciones telefónicas, corresponden a una única orden impartida por la fiscalía con el número 110016000686201200002, y en esa medida, no era necesario, según se ha mencionado, realizar tantos controles judiciales cuantos informes se

rindieron, sino uno solo que comprende el examen de legalidad de todos los actos realizados en esa unidad de propósito, con lo cual ni se afecta excesivamente los derechos fundamentales, y de otra, un control material del todo y no de la parte, es la mejor garantía de la protección del derecho fundamental interferido.

[...]

[...] 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 parágrafo 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.

[...]

Además, 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».

#### **NORMATIVIDAD APLICADA:**

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

Ley 906 de 2004, arts. 234, 235 y 237

Ley 1142 de 2007, art. 237

#### **JURISPRUDENCIA RELACIONADA:**

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 30 may. 2012, rad. 38537 y CSJ. AP, 13 jun. 2012, rad. 36562.

**PARA QUE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS LLEVE A CABO EL CONTROL DE LEGALIDAD NO ES NECESARIO QUE SE LE PONGA A DISPOSICIÓN AQUELLO QUE FUE MATERIA DE HALLAZGO, SIENDO SÍ LO DESEABLE**

<b>Número de radicado</b>	:	43092
<b>Número de providencia</b>	:	AP640-2014
<b>Fecha</b>	:	19/02/2014
<b>Tipo de providencia</b>	:	AUTO INTERLOCUTORIO
<b>Clase de actuación</b>	:	SEGUNDA INSTANCIA

«[...] lo que el juez con funciones de control de garantías debe preguntarse en la audiencia de control posterior, es si fue legal la forma en que se intervino la intimidad, para lo cual no es necesario que se le ponga a disposición aquello que fue materia de hallazgo; siendo sí lo deseable, pero la omisión de su presentación no genera, como lo pretende el apelante, la ilegalidad de las labores de investigación mencionadas, dado que el juez que preside las audiencias preliminares, en principio, ningún interés tendría de conocer las conversaciones grabadas, tratándose de interceptación de comunicaciones.

Más aún, cuando la fiscalía determina para efectos de su teoría del caso, si utiliza el material encontrado en las labores de interceptación, o sólo parte de él; el interés sobre su contenido solo se activa a partir de su presentación por parte del fiscal, en el escrito de acusación.

En consecuencia, la omisión de haber dejado a disposición del juez con funciones de control de garantías las conversaciones obtenidas con la interceptación de comunicaciones, no convierte en ilegal dicha labor investigativa y por tanto se hace improcedente su exclusión con fundamento en ello».

## RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LAS REDES DE COMUNICACIONES<sup>1</sup>

<b>Número de radicado</b>	:	35127
<b>Fecha</b>	:	17/04/2013
<b>Tipo de providencia</b>	:	SENTENCIA
<b>Clase de actuación</b>	:	CASACIÓN

«En cuanto a la omisión consistente en no citar el juez de garantías a los defensores de los hoy sentenciados para que comparecieran a la audiencia de control posterior de la extracción de información de los teléfonos celulares incautados y, en consecuencia, negarles la oportunidad para denunciar las anomalías en la obtención de la evidencia física, es preciso señalar, como bien lo hace la representante del Ministerio Público, que el censor se equivoca al asegurar que se ha debido proceder como en los casos de búsqueda selectiva en bases de datos.

Dicha afirmación es del todo errada, porque el aparato celular de donde se extrae la información no es una base de datos y la información que de él se extrae tiene la naturaleza de documento digital, de allí que no sea de aquella susceptible de afectar la garantía al hábeas data.

Por lo tanto, el control posterior de dicho procedimiento de investigación se realiza conforme el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal de 2004<sup>2</sup> y no el 244 de la misma obra, pues esta última se refiere a una diligencia de diferente naturaleza.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha manifestado que *“la información a salvar desde el teléfono celular y la sim card no tienen la categoría de base de datos (inciso 2° del artículo 244 de la Ley 906 de 2004), sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis ejecuta*

---

<sup>1</sup> Denominaba *Recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes* antes de la reforma realizada por el artículo 53 de la Ley 1453 de 2011

<sup>2</sup> ARTÍCULO 236 (original). *“RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN DEJADA AL NAVEGAR POR INTERNET U OTROS MEDIOS TECNOLÓGICOS QUE PRODUZCAN EFECTOS EQUIVALENTES. Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante su navegación por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes, ordenará la aprehensión del computador, computadores y servidores que pueda haber utilizado, disquetes y demás medios de almacenamiento físico, para que expertos en informática forense descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen. En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos. La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados” (esta norma fue modificada por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011)”*.

*la Fiscalía como actividad investigativa propia que está sometida a control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007.”<sup>3</sup>*

Pues bien, la citación que hoy echa de menos el impugnante no era exigible en su momento y, por lo tanto, carece de toda relevancia para incidir en la legalidad de la prueba.

En efecto, es necesario decir que el inciso segundo del artículo 237 original de la Ley 906 de 2004 enunciaba quiénes podían asistir a la audiencia de control posterior, en los siguientes términos: *“durante el trámite de la audiencia solo podrá 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”*.

A lo anterior debe agregarse que, de acuerdo con el párrafo de la misma norma, si el cumplimiento de la orden de extracción de información se había cumplido con posterioridad a la formulación de imputación se debía citar al imputado y a su defensor para que, *“si lo desean”* pudieran ejercer el contradictorio.

Pero esta parte de la norma no era en su momento aplicable al caso, porque cuando se llevó a cabo la diligencia de control de legalidad el 31 de mayo de 2006, aún no se había formulado la imputación, razón por la cual dicha citación no era procedente, pues los hoy procesados tenían entonces la calidad de indiciados.

Ahora bien, para esa época aún no había sido proferida la sentencia C-025 del 27 de enero de 2009, la cual declaró condicionalmente exequible el inciso 2° del artículo 237, siempre que se entendiera que *“cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”*.

De suerte que al tramitarse la audiencia de control posterior a la extracción de información de los teléfonos celulares, sin la presencia del indiciado y su defensor, se cumplió con lo normado en la ley entonces vigente, pues el pronunciamiento de constitucionalidad solamente podría tener efectos para el futuro y no para casos tramitados con anterioridad.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia del 16 de julio de 2008, radicación No. 30022, que reitera el contenido de la providencia del 2 del mismo mes y año, rad. 29991.

Por otra parte, es necesario constatar que el 12 y 29 de julio de 2006 se tramitaron otras audiencias de control de legalidad respecto del mismo procedimiento y que a la última de las mencionadas asistieron algunos de los hoy procesados -entonces ya imputados- y sus defensores. En esas diligencias se hizo referencia a las legalizaciones anteriores, frente a las cuales los apoderados manifestaron su conformidad.

**En conclusión**, el cargo de falso juicio de legalidad no prospera».

**NORMATIVIDAD APLICADA:**

Ley 906 de 2004, art. 244-2 y 424-2

**JURISPRUDENCIA RELACIONADA:**

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 02 jul. 2008, rad. 29991; CSJ AP, 14 jul. 2008, rad. 29992; CSJ AP, 16 jul. 2008, rad. 30022; CSJ AP, 23 nov. 2011, rad. 37431, y CSJ AP967-2016.