



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO
Magistrado ponente

AP2236-2024
Radicación n.º 64459
(Acta n.º 093)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve los recursos de apelación interpuestos por el defensor de **FERNANDO MORALES LEAL** y directamente por este último contra el auto del 25 de julio de 2023, en virtud del cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué negó la exclusión de algunas de las pruebas pedidas por la Fiscalía en el proceso que se sigue en contra del acusado por el delito de concusión, modalidad continuada, en concurso homogéneo y sucesivo¹.

¹ En el encabezado de la decisión apelada, el Tribunal consignó, erróneamente, que se trataba de un prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

Así los sintetizó la Fiscalía en el escrito de acusación:

Los hechos ocurrieron en el municipio (sic) de Ambalema Tolima, cuando el Dr. Fernando Morales Leal, quien para la época se desempeñaba como juez promiscuo municipal de Ambalema Tolima, abusando de la función nominadora que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia le otorga en tal calidad, solicitó a Aura Nathaly Cárdenas Rodríguez entregarle la suma mensual de un millón de pesos para nombrarla y mantenerla en el cargo como secretaria en provisionalidad en ese mismo juzgado, solicitud dineraria que ante la necesidad de trabajo, especialmente por aquella época de pandemia, fue aceptada y cumplida, sumas de dinero que fueron canceladas directamente al señor juez en su despacho, desde el 10/02/2020 que inició labores hasta el mes de junio de 2021, cuando ya se negó a continuar pagando, lo que determinó que el señor juez le exigiera la renuncia, con excepción de la cuota correspondienteal (sic) mes de marzo de 2020 que fue girada vía Seapto por Óscar Leonardo Parra a la señora Andrea Ávila Parra compañera permanente del señor juez Fernando Morales.

Y también solicitó a José Miguel Montealegre López entregarle la suma mensual de \$500.000 pesos (sic) para nombrarlo y mantenerlo en el cargo como citador en provisionalidad, de ese mismos (sic) juzgado, solicitud dineraria que ante la necesidad de trabajo, especialmenet (sic) por aquella época de pandemia, fue aceptada y cumplida, sumas que efectivamente fueron pagadas a la señora Andrea Ávila Parra compañera permanente del señor juez, conforme a lo que le fue indicado, desde el 01/08/2020 que inició labores hasta el mes de abril de 2021, cuando se le hizo efectiva una carta de renuncia en blanco que se le había exigido firmar sin fecha, como condición para que el juez firmara el acta de nombramiento, conducta absolutamente proscrita como quiera que el decreto 1083 de 2015 por medio del cual se expidió el decreto único reglamentario del sector de la función pública, señala en su artículo 2.2.11.1.7 “Renuncias prohibidas. Quedan terminantemente prohibidas y carecen de absoluto valor las renuncias en blanco, o sin fecha determinada o que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado”².

2. Procesales

² Página 7 del expediente digital, carpeta «Primera Instancia_Cuaderno Prinicpal 1_Cuaderno_2023012808121 (1)».

2.1. La audiencia preliminar concentrada se surtió en el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué los días 22 y 23 de noviembre de 2022. En la *primera* sesión, se legalizó la captura de **FERNANDO MORALES LEAL** y la Fiscalía General de la Nación le imputó la autoría en el delito de concusión, modalidad continuada, en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 404 y 31 del Código Penal), cargo que no aceptó³; y, en la *segunda*, previa solicitud de dicho ente, el Juez le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario⁴.

2.2. El escrito de acusación se radicó el 17 de enero de 2023⁵ -al inicio del formato se consignó prevaricato por acción, pero en el acápite de imputación jurídica se indicó que el punible era concusión, modalidad continuada, en concurso homogéneo y sucesivo- y se adicionó el 10 de febrero siguiente⁶ -solo en lo referente a algunos elementos materiales probatorios-.

2.3. La verbalización tuvo lugar el 14 de febrero de esa anualidad, ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué, cuando se reconocieron como víctimas a Aura Nathaly Cárdenas y José Miguel Montealegre López, y la delegada del ente fiscal, para resolver una inquietud de la defensa, insistió en que la conducta punible es concusión continuada en concurso homogéneo y sucesivo⁷.

³ Acta en páginas 5 a 8 del expediente digital, carpeta «Primera Instancia_Cuaderno Control Garantias_Cuaderno_2023012743860.pdf».

⁴ Acta en páginas 13 a 15 *Id.*

⁵ Páginas 5 a 16 del expediente digital, carpeta *Primera Instancia_Cuaderno Prinicpal 1_Cuaderno_2023012808121 (1)*».

⁶ Páginas 46 a 48 *Id.*

⁷ Minuto 10:44 del disco compacto contentivo de la audiencia.

2.4. La audiencia preparatoria se instaló el 20 de junio de 2023⁸ y el 11 de julio de igual año las partes elevaron las solicitudes probatorias⁹.

2.4.1. La Fiscalía, para lo que interesa al *sub examine*, pidió las siguientes -se enlistan atendiendo la numeración utilizada por dicho ente y por el Tribunal-:

25- Orden de interceptación a la línea telefónica 3124333477 y el oficio respectivo.

26- Informe IC0007531593 del 24/08/2022, suscrito por Jorge Solórzano, que contiene el resultado de labores de monitoreo a la línea 3124333477.

27- Informe IC0007572492 del 08/09/2022, suscrito por Jorge Solórzano, que contiene el resultado del monitoreo a la línea 3124333477.

28- Orden de interceptación a línea 3223034756 y el oficio respectivo.

29- Informe IC0007755914 del 17/11/2022, suscrito por Jorge Eduardo Solórzano, parcial de la interceptación telefónica al abonado 3124333477.

30- Informe IC0007772059 del 24/11/2022, suscrito por Jorge Eduardo Solórzano, que contiene la interceptación al abonado móvil 3124333477 con el anexo: un DVD que está en almacén de evidencias ID 4040476.

31- Informe IC0007772172 del 24/11/2022, suscrito por Jorge Eduardo Solórzano, que contiene resultados de labores de interceptación al abonado móvil 3223034756 con el anexo: un DVD que está en el almacén de evidencias ID 4040484.

La delegada explicó que tales elementos son *pertinentes* porque se relacionan directamente con la conducta punible y se refieren a las interceptaciones a líneas telefónicas del acusado y de su compañera sentimental Andrea del Pilar Ávila Parra, frente a quien -aclaró- compulsó copias para que se adelante la correspondiente investigación penal.

⁸ Acta en páginas 88 a 94 del expediente digital, carpeta «Primera Instancia_Cuaderno Prinicpal 1_Cuaderno_2023012808121 (1)».

⁹ Acta en páginas 123 a 135 Id.

2.4.2. El defensor reclamó la **exclusión**¹⁰ de los referidos medios, para lo cual citó el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal y argumentó que no se cumplieron las ritualidades del precepto 237 *ibidem*, puesto que no se le citó a él ni a su representado, ya imputado para esa data, a la audiencia de control posterior.

2.4.3. El Magistrado, director de la audiencia, apoyado en decisiones de esta Sala de Casación, inició un incidente con el propósito de que esa bancada sustentara su postura y presentara las evidencias a que hubiere lugar¹¹. Luego de la intervención de las partes y del ministerio público, la diligencia se suspendió.

2.4.4. En sesión del 25 de julio posterior, se leyó el auto adoptado por el Tribunal en esa fecha, mediante el cual resolvió negar la pretensión de la defensa y declarar admisibles las peticiones 25 a 31 de la Fiscalía¹².

2.5. Dicha providencia fue impugnada por el defensor, en apelación, y por el procesado, en reposición y apelación. Una vez resuelto negativamente el recurso horizontal, se concedió la alzada en el efecto suspensivo, por lo que el asunto se remitió a la Corte con oficio del 1° de agosto de 2023¹³.

LA DECISIÓN APELADA

¹⁰ Minuto 1:42:21 del registro de video de la audiencia.

¹¹ Minuto 1:50:30 *Id.*

¹² Acta y providencia en páginas 150 a 154 y 157 a 175 del expediente digital, carpeta «Primera Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023012808121 (1)».

¹³ Página 185 *Id.*

El *a quo*, tras recordar los eventos en los que opera la exclusión probatoria y sus consecuencias, según se trate de ilicitud o ilegalidad, así como el contenido del artículo 237 del estatuto procesal penal, afirmó que el juez de control de garantías tiene la carga de citar al imputado y al defensor a la audiencia de control posterior, sin embargo, destacó que su asistencia es facultativa.

En seguida, advirtió que el acta precedente del Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías refleja que ni el entonces imputado ni su apoderado asistieron a la audiencia del 19 de mayo de 2023. No obstante, señaló que, con los elementos aportados durante la audiencia por la delegada fiscal, se evidencia que, vía Whatsapp, ella le avisó al hoy defensor, el 15 de mayo anterior, que se llevaría a cabo tal diligencia; así mismo, que el aludido despacho judicial comunicó, vía electrónica, sobre la realización de la misma, tanto a **FERNANDO MORALES LEAL**, con ubicación en el COIBA, como a su abogado.

Concluyó que, en consecuencia, se cumplió con el deber legal de citación y la no asistencia del abogado obedece a un acto de liberalidad de su parte, que no es relevante para la validez de la diligencia, pues se trata de una comparecencia voluntaria. En relación con el procesado, aseveró que la falta de conexión virtual no es trascendente porque su apoderado tenía conocimiento de la audiencia y ello no implicó algún desmedro en sus derechos, puesto que no se reveló *«qué proposición en concreto no pudo referir sobre el control posterior»*.

LOS RECURSOS

1. El *defensor*¹⁴ pidió la revocatoria de la decisión por lo siguiente:

El artículo 237 del estatuto adjetivo penal es claro en que a la audiencia de control posterior se debe citar al imputado y a su defensor. Aunque no tiene claro si recibió o no el enlace para su participación, la verdad es que **FERNANDO MORALES LEAL** no se hizo presente y estaba privado de la libertad. Esa situación debía ser conocida por el juez de control de garantías, quien pudo desplegar los esfuerzos necesarios para lograr la conexión. Como ello no ocurrió, a su prohijado se le impidió ejercer el derecho de contradicción, por lo cual se incumplió el mandato legal.

Aun de admitir que la defensa técnica no quiso asistir, lo cierto es que no se «*citó al acusado*».

2. El *procesado*¹⁵ reclamó la exclusión de las pruebas bajo el argumento de que no se tuvieron en cuenta disposiciones constitucionales, como los artículos 228 y 29, según los cuales hay que dar prevalencia al derecho sustancial y se debe garantizar el derecho de defensa.

Manifestó que no pudo controvertir lo expuesto en la audiencia de control de garantías y, con independencia de si

¹⁴ Minuto 0:54:28 y ss. del registro de la audiencia del 25 de julio de 2023.

¹⁵ Minuto 0:46:53 y ss. *Id.*

hubiese o no intervenido, ha debido estar presente (cita el artículo 8, numeral j) del Código de Procedimiento Penal).

NO RECURRENTES

1. La delegada de la Fiscalía¹⁶.

1.1. En relación con el recurso formulado por el procesado, pidió ratificar la decisión de primera instancia porque no indicó cómo se lesionaron sus derechos y garantías. Aseveró que el defensor tenía la carga, al momento de reclamar la exclusión, de exhibir las razones por las cuales ocurrió la violación y no lo hizo y, aunque alegó infracción de los derechos a la defensa y a conocer las pruebas en su contra, la verdad es que sí se le garantizaron, tanto así que se le corrió el traslado de todos los elementos probatorios, al paso que en el juicio puede refutar la prueba de cargo. El implicado no explicó la trascendencia por la inasistencia suya y del defensor.

1.2. Frente al recurso de la defensa, solicitó que se declare desierto, ya que no cumplió con las exigencias mínimas en torno a suministrar las razones de hecho y de derecho que reflejan la inconformidad y no mostró el yerro fáctico o jurídico en que pudo incurrir el Tribunal.

Subsidiariamente, reclamó la confirmación del auto impugnado, habida cuenta que al apoderado no le asiste razón en su apreciación porque lo que la norma ordena es

¹⁶ 0:59:55 *Id.*

que se haga la citación, evento que se cumplió en esta ocasión, tanto por la Fiscalía como por el juzgado de garantías. Precisó que el despacho judicial envió los correos electrónicos citando en debida forma al imputado y a su abogado y el ente acusador no ocultó que el procesado estuviere privado de la libertad.

2. El representante de víctimas¹⁷.

2.1. Pidió declarar desierto el recurso promovido por el acusado por indebida sustentación, ya que, pese a ser abogado, no mencionó los puntos de disenso frente a la determinación adoptada por el *a quo* y tampoco identificó la jurisprudencia a la que se remitió.

2.2. En lo que respecta a la apelación de la defensa, indicó que el profesional del derecho debe desempeñar su papel con total responsabilidad y, en esta oportunidad, él no se unió a la audiencia, a la vez que debió oponerse por la no presencia del acusado. Agregó que, en la formulación de acusación, aquél no demandó alguna nulidad.

Afirmó que no se vulneraron los derechos de la defensa ni del procesado, pues la Fiscalía agotó los medios para asegurar la legalidad de la prueba.

3. El representante del ministerio público¹⁸.

¹⁷ Minuto 1:11:36 *Id*

¹⁸ Minuto 1:18:08 *Id*.

En su criterio, los recursos deben declararse desiertos porque no contienen argumentos de hecho y de derecho en los que se demuestre el error de la decisión (cita providencia de la Corte dictada dentro del radicado 43658).

CONSIDERACIONES

Competencia

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 235 -numeral 2- de la Constitución Política, en concordancia con los preceptos 32 y 176 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer de los recursos de apelación, toda vez que se está cuestionando un auto dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué.

Aclaración previa

2. La Fiscalía y los representantes de víctimas y del ministerio público son del criterio que los recursos deben declararse desiertos porque el defensor y el procesado no cumplieron con la carga argumentativa suficiente para concederlos.

3. Al respecto, la Sala debe señalar que, sin duda, la sustentación de la alzada tiene como propósito controvertir la tesis expuesta por el *a quo* en la decisión que se objeta. Por consiguiente, tal como lo refirió el procurador judicial, citando a esta Corporación en CSJ AP324-2016, rad. 43658,

al impugnante le asiste la obligación de exhibir las razones de la inconformidad y destacar las falencias del inferior, mostrando el desacierto de la determinación. Sin embargo, hay ocasiones en las que, pese a lo lacónico del discurso ofrecido, el *ad quem* puede desentrañar los motivos de discrepancia frente a lo resuelto, caso en el cual hay lugar a darle curso y resolver las críticas allí contenidas.

4. La última hipótesis es la que se verifica en esta oportunidad, pues si bien los argumentos del defensor y del acusado son genéricos y algo discordantes, lo cierto es que es posible extraer que su desconcierto reside en que las pruebas pedidas por la Fiscalía, rotuladas con los números 25 a 31, deben excluirse por ilegales, dado que ellos no fueron citados a la audiencia de control posterior, tal como lo prevé el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y se les impidió, por ende, ejercer el derecho de contradicción.

El asunto por resolver

5. Atendiendo lo expuesto por los impugnantes y con plena observancia por el principio de limitación, que impone ceñirse a los planteamientos del recurrente y a las temáticas inescindiblemente vinculadas a aquellos, la Corporación resolverá si la audiencia de control posterior, llevada a cabo el 19 de mayo de 2023 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, cumplió con las exigencias legales para su validez y si la ausencia del imputado y del defensor en ella impone la

exclusión de las interceptaciones telefónicas y de los informes que allí se aseguraron.

El control posterior de interceptaciones

6. Cuando está de por medio la interferencia de derechos fundamentales, el control judicial posterior es determinante para salvaguardar los derechos del ciudadano y la legitimidad de la respuesta penal.

7. En efecto, la Fiscalía tiene la facultad para ordenar la interceptación de comunicaciones, en virtud de lo dispuesto en los artículos 250 de la Constitución Política y 235 del Código de Procedimiento Penal de 2004, no obstante, esas diligencias requieren, para su validez, un control posterior por parte de un juez de la República. El artículo 237 de la Ley 906 de 2004 establece:

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.

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.

8. Ahora bien, en relación con ese aval judicial, la Sala ha sostenido que no se traduce, simplemente, en verificar *«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»* (CSJ AP-3466-2014, rad. 43572). Adicionalmente, ha afirmado que dicha verificación no se agota con la labor desplegada por el juez de juez de control de garantías, sino que se extiende hasta el juez de conocimiento, concretamente durante la audiencia preparatoria, escenario propicio para demandar la ilegalidad de esos medios, a voces de los artículos 359 y 360 de la Ley 906 de 2004.

9. En la providencia citada en precedencia, se explicó:

...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.

Respecto del primer control, esto es, el que le compete realizar al Juez con Función de Garantías, la Corte ha explicado que:

“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.

La exclusión de una evidencia derivada de prueba ilegal

10. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 359 del estatuto procesal penal de 2004, durante la audiencia preparatoria, «las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba» y, según lo previsto en el canon 360 *ibidem*, «El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código». En perfecta armonía con esas disposiciones, el precepto 23 *ejusdem*, establece 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 solo puedan explicarse en razón de su existencia».

11. Pues bien, la jurisprudencia tiene fijado que, para determinar la ilicitud o ilegalidad y, por consiguiente, resolver si hay lugar a adoptar la máxima sanción invalidante, esto es la exclusión, es imperioso que el juez de conocimiento genere un «escenario dialéctico», celere y sustancial, con plena garantía del debido proceso, que le permita contar con la información suficiente para tomar la decisión que en derecho corresponda. Ello porque:

No puede el juez resolver una petición de exclusión, sin habilitar un espacio para suscitar la correspondiente controversia, y garantizar, sobre todo, que aquella parte que pretende aducir la prueba cuente con la oportunidad, si es del caso, de refutar o desvirtuar a través de los medios de convicción que estime necesarios, la alegación de su contraparte (CSJ AP2901-2019, rad. 55136).

12. En torno al punto, específicamente en lo que atañe a la carga que se impone a la parte que reclama la exclusión, la Sala ha puntualizado:

[P]ara resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva

*sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida **con** violación de las garantías fundamentales.*

Tal y como sucede con la solicitud de rechazo por no descubrimiento, a que se aludió en el numeral anterior, los debates sobre exclusión, en los términos previstos en las normas atrás referidas, tienen una específica base fáctica, que, igual, es sustancialmente diferente de los hechos que conforman el tema de prueba en lo que atañe a la responsabilidad penal. En esencia, en los casos de exclusión se trata de dilucidar los aspectos referidos en precedencia, entre los que se destacan la trasgresión de las garantías fundamentales y el nexo causal entre esta y las evidencias cuya exclusión se pretende.

Así, por ejemplo, si se solicita la exclusión de una evidencia porque durante el procedimiento que dio lugar a su obtención el indiciado fue sometido a tratos crueles e inhumanos, tendrá que demostrarse la existencia de los mismos y, además, el nexo causal entre la violación de los derechos y la prueba. De igual forma, si se alega que se realizó un acto de investigación sin que mediara la respectiva orden judicial, tendrá que demostrarse que esta era obligatoria, que la misma no se emitió, y que la evidencia es producto de esa violación de los derechos.

Para establecer si se requería orden judicial o si el acto de investigación estaba sometido a determinados requisitos legales, necesariamente debe precisarse el contenido de la evidencia, pues, a manera de ejemplo, de ello depende el análisis de si una determinada persona tenía expectativa razonable de intimidad frente a la información obtenida, de lo que depende la activación de las salvaguardas constitucionales para la protección del derecho previsto en el artículo 15 de la Constitución Política.

De lo anterior se desprende que el Juez no puede tomar la decisión de exclusión sin que se genere el escenario procesal para adelantar el respectivo debate, porque ello puede afectar gravemente los derechos de la parte que pretende aducir la prueba, o de la que asegura que la misma se obtuvo a través de la violación de derechos fundamentales. Ello no implica, según se anotó, adelantar trámites interminables, contrarios a la rectitud y eficacia de la administración de justicia. Lo que se espera es que el Juez, en ejercicio de sus deberes y atribuciones como director del proceso, propicie un escenario dialéctico garante del debido proceso, celeridad y sustancial, y tome las decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna.

En el anterior contexto, debe aclararse que la defensa tiene la posibilidad de solicitar el descubrimiento de una determinada orden impartida a la policía judicial, cuando ello resulte relevante para analizar la legalidad de los procedimientos y la consecuente

posibilidad de excluir las evidencias halladas durante los mismos. Aunque **esas órdenes no constituyen evidencia del tema de prueba del juicio oral** (la responsabilidad penal del procesado), pueden ser trascendentes para discutir la procedencia de la figura prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la defensa tendrá la carga de explicar por qué es importante ese “descubrimiento”, pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamento. (CSJ AP948-2018, rad. 51882 -esa postura ha sido reiterada por la Corte, entre otras, en CSJ AP1465-2018, rad. 52320 y CSJ AP3128-2021, rad. 59032-).

El caso concreto

13. A juicio de los recurrentes, las pruebas números 25 a 31 de la Fiscalía deben ser excluidas por ilegales, toda vez que no se dio estricto cumplimiento al canon 237 del Código de Procedimiento Penal, que impone la obligación de citarlos a la audiencia de control posterior, y con ello -dicen- se les cercenó su derecho a controvertirlas.

14. De la lectura del párrafo del aludido artículo 237, según el cual «*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*», emerge que, como bien lo entendió el *a quo*, lo que allí ordena el legislador es *citar* al imputado y a su defensor, con el propósito de garantizarles su participación en la audiencia de control de legalidad posterior. En modo alguno establece que su concurrencia sea imperativa, ni que su inasistencia conlleve la ilegalidad de la diligencia. **La obligación que allí se impone es la de convocarlos, mas no la de asegurar su efectiva presencia.**

15. A la luz de esa normativa, la Fiscalía tiene el compromiso de informar al juez de garantías que hay un imputado y dónde puede ser localizado, así como de suministrar los datos de la defensa. El funcionario judicial, por su parte, está compelido a convocarlos.

16. La Sala ha señalado que de la norma en comento se extrae que (i) la presencia del imputado y de su defensor no es obligatoria y (ii) la validez de esa diligencia no está atada a que uno y otro comparezcan. Basta, pues, con que se materialice la citación, obviamente, a la dirección, física o de correo electrónico, correcta. Razonamiento que, por demás, no cercena el derecho de confrontación, en cuanto este puede ser ejercido en la audiencia preparatoria. Así se expresó en CSJ AP, 29 abr. 2020, rad. 56358:

[T]eniendo 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.

17. En esta oportunidad se tiene que, tal cual lo esgrimió el Tribunal, las pruebas pedidas por la Fiscalía -con números 25 a 31- no son ilegales porque, en la audiencia de control posterior, se observaron las previsiones del artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, concretamente la relativa a la citación del imputado y el defensor, motivo por el cual no hay lugar a su exclusión.

18. En efecto, durante la sesión de la audiencia preparatoria del 25 de julio de 2023, con ocasión de la petición de exclusión elevada por la bancada defensiva, la Fiscal delegada aportó lo siguiente:

18.1. Un pantallazo del chat de WhatsApp en el que se visualiza que el 15 de mayo de 2023, a las 9:29 a.m., ella envió mensaje al hoy defensor de **MORALES LEAL** comunicándole sobre la realización de la audiencia de control de garantías así: *“Dr. Viana buenos días el juzgado 2 de control (sic) de garantías provramo (sic) el control pisterior (sic) de las interceptaciones para el dia (sic) viernes 19 de mayo a las 8 y 30 a.M. En el caso de Fernando Morales (sic)”*¹⁹.

18.2. Oficio enviado por dicha funcionaria al Juez Segundo Municipal de Control de Garantías de Ibagué, el 20 de febrero de 2023, en el que le indica que, para efectos de la audiencia de control posterior a interceptaciones telefónicas, **FERNANDO MORALES LEAL** está privado de libertad en el COIBA Picalaña, para lo cual allí habrá de citársele en aras de la conexión respectiva. Así mismo, le hizo saber que el defensor

¹⁹ Página 117 del expediente virtual, carpeta «Primera Instancia_Cuaderno Prinicpal 1_Cuaderno_2023012808121 (1)»

designado es el «Dr. Viana» y le suministró su correo electrónico²⁰.

18.3. Correo electrónico enviado por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué al correo “*luislavp48@hotmail.com*” para la realización de la audiencia del 19 de mayo de 2023 a las 8:30 a.m., expresándole que se realizará en forma virtual por el programa LIFESIZE²¹.

19. Adicionalmente, revisado el registro de video de la audiencia preliminar del 19 de mayo de 2023²², la Corte pudo corroborar que el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, al inicio de la sesión²³, dejó expresa constancia de que, de la práctica de esa diligencia, se informó, vía correo electrónico al imputado y al defensor -la Sala constata que la dirección del último coincide con la que de él aparece en las diligencias-. Así mismo, verificó que ese funcionario judicial tenía conocimiento claro de que **FERNANDO MORALES LEAL** se encontraba privado de la libertad, pues dejó consignado que «*se solicitó al COIBA la presentación del señor Fernando Morales Leal*»²⁴.

20. Lo anterior demuestra que, contrario a lo aducido por el defensor y el acusado, ambos fueron citados a la audiencia de control posterior que se llevó a cabo de manera

²⁰ Página 121 del expediente virtual, carpeta «*Primera Instancia_Cuaderno Prinicipal 1_Cuaderno_2023012808121 (1)*».

²¹ Página 122 *Id.*

²² La misma obra en el sistema de grabación de audiencias de la Rama Judicial.

²³ Minuto 0:02:56.

²⁴ Minuto 0:03:27.

virtual, lo que indica que se cumplió con las previsiones del artículo 237 del Código de Procedimiento Penal.

21. El señor **MORALES LEAL** alega que, pese a ello, a él no lo conectaron desde el penal. Al respecto, la Sala debe decir, que, en el expediente virtual, no se dejó explícita la razón por la cual el entonces imputado no se conectó virtualmente a la audiencia. Sin embargo, su ausencia no conduce a declarar la ilegalidad de las pruebas porque, además, de que, como se anotó, se logró acreditar la citación al COIBA -Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta y Media Seguridad de Ibagué, Picalaña-, en aras de que se realizara la conexión virtual, al acusado se le garantizó, en la audiencia preparatoria, su derecho a discutir la validez de esos medios, cuestión diversa es que en dicha ocasión no ofreciera argumentos orientados a lograr tal propósito.

22. Es que, para esos efectos, no basta, simplemente, con afirmar que se violentaron los derechos de defensa y de confrontación, sino que es indispensable expresar cómo ocurrió esa vulneración y, en el caso concreto, revelar cómo esas interceptaciones irrespetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución, o cómo, durante su proceder, se desconocieron garantías fundamentales.

23. Nada de ello hicieron los apelantes y su postura fue meramente formalista. Olvidaron manifestar -se insiste- cómo esos medios de convicción se obtuvieron con violación de garantías fundamentales, de modo que sea perentoria su

exclusión. En consecuencia, se ratificará la decisión controvertida en lo que a ese aspecto se refiere.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar, en lo apelado, el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 25 de julio de 2023.

Segundo. Devolver las diligencias al despacho de origen.

Tercero. Contra esta determinación no proceden recursos.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA