

Proceso: 050016000718-2018-00008
Delito: Concierto para delinquir agravado, concusión, peculado y fraude procesal
Imputados: Robinson Jacob León Cuadros y otros
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Girardota
Objeto: Auto que niega exclusión de una prueba
Decisión: Se abstienen de conocer del recurso
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto No: 022-2022



SALA DÉCIMO TERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 110

1. VISTOS

Sería del caso resolver el recurso de apelación presentado por el defensor de **ROBINSON JACOB LEÓN CUADROS** contra la decisión proferida el 27 de julio pasado por el **JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOTA, ANTIOQUIA** de no acceder a la solicitud de exclusión del testimonio del Patrullero Víctor Hugo López Pedroza, en su calidad de agente encubierto, así como la prueba que se derive de sus actos de investigación, de no ser porque se advierte por el Tribunal que se trata de una decisión contra la que no procede la alzada, como a continuación pasará a exponerse:

2. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Según el escrito de acusación, la situación fáctica es la siguiente:

“AMBIENTACIÓN DEL CASO

Desde el mes de enero de 2018, hasta el mes de septiembre de 2020, varios policiales pertenecientes a la Estación de Policía Barbosa, y, en su mayoría integrantes de la Sub Estación de Policía El Hatillo, prevalidos de su investidura, y, de sus funciones han incurrido en varias conductas punibles, entre las cuales se tienen concusiones, peculados por apropiación y fraudes procesales.

Algunos de estos Servidores Públicos, establecieron una RED cuya FINALIDAD principal, era interceptar a todos los transportadores de madera que deben circular con sus vehículos por la Carretera de la Doble Calzada Bello – Hatillo, o por la Carretera Vieja que pasa por el municipio de Barbosa, para CONSTREÑIRLOS, o INDUCIRLOS a darles dinero, o SOLICITARLES directamente dinero.

Con el paso del tiempo, y, tras los excelentes resultados lucrativos, estos Servidores Públicos, tomaron mayor confianza e incrementaron su actuar ilegal, aquellos que permanecían mayor tiempo en la Sub-Estación Hatillo, enseñaban a sus compañeros nuevos, con quienes eventualmente les correspondía conformar la patrulla, su modo de operar.

Adicionalmente, algunos de ellos, con el fin de mostrar resultados de su trabajo, retenían a ciudadanos que portaban pequeñas cantidades de estupefaciente, los trasladaban a la Subestación Hatillo, y allí alteraban el contenido de cara a lograr su judicialización, procediendo a inducir en error la Fiscalía, para proferir un acto administrativo consistente en la creación de noticia criminal y los consiguientes actos judiciales que de una captura en flagrancia se derivan.”

2.1 Entre los días, 4, 5, 8, 9 10 y 14 de marzo del año anterior, ante el Juzgado 17 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta ciudad, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación donde se les atribuyó la ejecución de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado (art. 340 incisos 2º y 3º), en concurso con los delitos de concusión (art. 404 C.P), peculado por apropiación (art. art. 397 inc. 3º C.P) y fraude procesal (art. 453 del C.P). Ninguno de los imputados se allanó a los

cargos. Finalmente, se les impuso medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión.

2.2 El 2 de julio de este año, la Fiscalía General de la Nación, representada por la Fiscal 49 Seccional, radicó ante el Centro de Servicios Judiciales de Medellín, el escrito de acusación, el mismo que le correspondió por reparto al Juzgado 23 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, quien el 5 de agosto siguiente, tras instalar la audiencia de formulación oral se declaró incompetente por el factor territorial, las diligencias fueron enviadas al Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia, mediante auto 018 del 17 de agosto de 2021, proferido por esta Sala.

2.3 El 3 de noviembre de 2021, ante el Juzgado Penal del Circuito de Girardota, Antioquia se realizó la audiencia de formulación de acusación donde finalmente se les endilgó las conductas punibles de concierto para delinquir, concusión, peculado por apropiación y fraude procesal. Art. 340, 404, 397 y 453 del C.P.

2.4 El 8 de febrero de este año, se dio inicio a la audiencia preparatoria, trámite durante el cual uno de los defensores contractuales realizó algunas observaciones al descubrimiento probatorio y solicitó la sanción por incumplimiento a dicho deber, tal y como lo señala el art. 346 del C. de P. P¹. La solicitud fue despachada de manera desfavorable por el funcionario de primera instancia por ser extemporánea por anticipación, pues esta solicitud debía hacerse luego de las solicitudes probatorias².

2.5 De esa manera el 16 de junio de este año, se dio continuidad a la audiencia preparatoria. En dicha sesión los defensores realizaron su descubrimiento probatorio, enseguida se produjo la enunciación de cada una de las pruebas que se solicitarían por las partes y se efectuaron las estipulaciones probatorias, después los acusados indicaron ser inocentes de los hechos por los que se les acusó y se dio paso a la solicitud probatoria de la fiscalía.

¹ Audiencia del 8 de febrero de 2022. Minuto: 57:10

² Audiencia del 8 de febrero de 2022. Minuto: 1:28:49

Par efectos del recurso interpuesto, la delegada del ente persecutor solicitó, entre otros medios de convicción, el testimonio del Patrullero Víctor Hugo López Pedroza de la siguiente manera³:

“Es testigo directo de la mayoría de los eventos, fue patrullero de la Policía Nacional Estación de Policía Barbosa, Sub Estación el Hatillo desde el año 2016 hasta octubre de 2019. Adicionalmente Víctor Hugo fue agente encubierto en este caso desde el 4 de mayo de 2018 hasta el 11 de octubre de 2019 labor en la que suministró elementos materiales probatorios como videos, fotografías y audios, la bitácora de agente encubierto, entre otros, que dan cuenta de los hechos de este caso los cuales serán incorporados con este testigo.

Dará cuenta del concierto para delinquir, de su modus operandi, de su actividad como participante del mismo y de la forma en que se concertaba con los aquí acusados de ese delito. De igual forma dirá cuál fue su participación y de las personas aquí acusadas en hechos identificados como aparece a continuación y que dan cuenta de solicitudes de dinero a camioneros de madera que se transportaban por las vías de Barbosa. Los eventos relacionados con los camioneros de Barbosa y de los que él puede dar cuenta son: Eventos 11^a, 11b, 11c, 19^a, 19b, 23, 24^a, 24b, 27, 29^a, 29b, 33^a, 33b, 34^a, 34b, 34c, 34d, 35^a, 35b, 36^a, 36b, 36^a, 37b, 38, 39^a, 39b, 40^a, 40b, 41c, 42^a, 42b, 42c, 43, 45^a, 45b, 50, 52^a, 52b, 53^a, 54, 56^a, 56b, 57, 76, 80c, 84.

También indicará cuál fue su participación y la de las personas aquí acusadas en hechos identificados como aparecen a continuación y que dan cuenta de solicitudes de dinero a otras personas que se transportaban en motocicletas y otros vehículos por las vías de Barbosa. Evento 32: camioneta de estacas que transportaba ganado. Evento 72 vehículo NPR que transportaba alimentos. Evento 79^a vehículo NPR de estacas que transportaba harina y en él metían estupefaciente. Evento 79b motocicleta con una persona que es posiblemente un cobra diario. Evento 83 motocicleta con persona sin documentos. Evento 85 cuatro personas en dos motocicletas con estupefacientes. Evento 86 una persona en una motocicleta con estupefaciente.

³ Sesión de audiencia preparatoria del 16 de junio de 2022. Minuto: 12:53

Así mismo dará cuenta de su participación y de las personas aquí acusadas de hechos identificados como aparece a continuación relacionados con capturas de personas con estupefacientes a quienes se les adicionó el alucinógeno: evento 73 y 77.

De igual manera mostrará la manera de apropiarse de la gasolina de las motocicletas asignadas para la prestación del servicio como policías e indicará su participación en la apropiación del combustible y la participación que en este hecho tuvieron varios de sus excompañeros que ahora son acusados en este proceso. Valga decir que en este momento por el hecho del combustible solamente está Robinson.

Finalmente manifestará el conocimiento que tuvo de otros hechos constitutivos de concusión y peculado por apropiación en los que no participó, pero si percibió. Con Víctor Hugo se incorporarán los siguientes documentos: Bitácora de agente encubierto constitutiva de 46 folios entre 3 de mayo y 11 de octubre de 2019. Videos del 18 de mayo de 2022 del evento 10”.

Culminada la solicitud probatoria de la fiscalía, se continuó con las de la defensa de cada uno de procesados. El *a quo* dispuso la suspensión de la audiencia.

2.6 El 8 de julio de este año, se continuó con la diligencia, en esta sesión, los defensores de cada uno de los acusados realizaron su oposición probatoria, entre ellos el apoderado contractual de **Robinson Jacob León Cuadros** quien solicitó la exclusión del testimonio del patrullero Víctor Hugo López Pedroza, como agente encubierto, así como los actos de investigación adelantados por él, con fundamento en las siguientes consideraciones⁴:

Inicialmente destacó que ese acto de investigación adelantado por la fiscalía es ilegal pues el art. 242 del C. de P.P en su inciso cuarto señala que “*En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación*

⁴ Sesión de audiencia preparatoria del 8 de julio de 2022. Minuto: 1:36:44

encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos”.

De acuerdo con lo anterior, dijo que era necesario remitirse a las actas de control previo y posterior, inicialmente a la del 3 de mayo de 2019 donde se *“hace control de legalidad posterior de agente encubierto”* y se concede la prórroga por un año a partir del 4 de mayo de 2019.

Resaltó que ese informe marcado como *“Bitácora de Agente Encubierto”* que rindió Víctor Hugo López Pedroza en su parte final indica:

“Para el día 27 de agosto de 2019 sufrí un inconveniente de salud, por lo que debo acudir al médico y de allí salí con un mes de incapacidad total, para el día 29 de septiembre de 2019 me reincorporé a laborar en la estación de policía de Barbosa, ingresé sin inconveniente alguno ni restricción médica, fui designado a laborar en el grupo de logística, hago entrega del dinero que he recibido en los eventos, como los audios y videos antes referidos, también le hago saber al agente de control que no deseo continuar con la figura de agente encubierto por temas de salud y personales”.

Lo que quiere decir, continuó, que, si ese acto de investigación terminó el 27 de agosto de 2019 y al ceñirse a las reglas de los registros y allanamientos, como lo dispone el art. 242 del C. de P.P, el agente encubierto tenía 12 horas para rendir ese informe una vez culminó sus actos de investigación, por tanto, si éste indicó que finalizó el 27 de agosto de 2019 debió presentarlo a las 12 horas siguientes a más tardar, es decir, el 28 de agosto tuvo que remitir el informe a la fiscalía o a la policía judicial, sin embargo, dicho informe data del 11 de octubre de 2019.

Agregó que de conformidad con el art. 237 de la ley 906 de 2004 la fiscalía contaba con el término de 24 horas para realizar la audiencia de control de legalidad posterior, por lo que, en su sentir esos términos no se cumplieron, dado que el acta que declaró legal los actos del agente encubierto data del 10 de octubre de 2019, así entonces, considera, no se dio cumplimiento a lo que ordena el art. 242 ídem, de ahí que se está ante una actividad ilegal de la fiscalía y una violación al debido proceso,

en consecuencia se debe aplicar esa regla de exclusión del art. 232 de la misma obra y a todos los actos de investigación que realizó el agente encubierto.

Luego de varias interrupciones en el audio de esa fecha, la Sala pudo extraer que la fiscalía se opuso a la solicitud de exclusión de ese medio de prueba básicamente porque esa agencia encubierta se desarrolló con todos los protocolos que la ley exigía, es decir, se contó con una orden y con los correspondientes controles de legalidad ante los jueces de control de garantías y recordó que, en efecto, durante ese trámite de agente encubierto, se generó la incapacidad del Patrullero López Pedroza, sin embargo, él regresó *“y días después, solamente hasta que presentó el informe manifestó su interés de no continuar con la agencia encubierta motivo por el que se solicitó de manera inmediata el control posterior y la finalización de dicha agencia, no había manifestado el agente encubierto esa deseo anteriormente”*⁵.

2.7 El 27 de julio pasado, el Juez Penal del Circuito de Girardota, Antioquia resolvió cada una de la solicitudes y oposiciones probatorias presentadas por las partes, respecto de la solicitud elevada por la defensa de **Robinson Jacob León Cuadros** dijo:

3. DECISIÓN IMPUGNADA

El *a quo* luego de hacer algunas precisiones sobre el descubrimiento formal y material por parte de la fiscalía y todo lo relacionado con el trámite y desarrollo de la audiencia preparatoria, explicó cuándo es procedente el decreto de inadmisión, exclusión o rechazo de una prueba y dijo que la solicitud de exclusión procede cuando se advierte que la prueba es ilícita o ilegal.

Recordó que la fiscalía solicitó el testimonio de Víctor Hugo López Pedroza, quien actuó como agente encubierto entre el 4 de mayo de 2018 y 11 de octubre de 2019, sin embargo, frente a este medio de convicción, así como sus derivados se solicitó la exclusión total bajo un argumento- y para efectos del recurso interpuesto- formal, pues el defensor de Robinson Jacob León Cuadros, consideró que la actuación de agente encubierto culminó para el mes de septiembre de 2019 y ese informe se

⁵ Sesión de audiencia preparatoria del 8 de julio de 2022. Minuto: 2:19:12

rindió el 10 de octubre del mes siguiente, violándose ese término de 12 horas con que se contaba por remisión expresa del art. 242 del C. de P. P.

Advirtió que otro de los argumentos que planteó la defensa, fue el no cumplimiento de la formalidad que implica el control posterior dentro de las 36 horas siguientes, asunto que se ha interpretado de forma distinta por parte de la Corte Suprema de Justicia, pues se habla allí de 12 horas para quien realiza el acto de investigación y 24 horas para la fiscalía, pero en todo caso lo que da a entenderse es que luego de culminado el acto de investigación éste se someta a control posterior dentro de las 36 horas siguientes, que es el término general que trae la Carta Política.

Señaló que el defensor no dio traslado de los elementos materiales probatorios que sustentan su petición, no obstante, entiende que en la “*Bitácora de Agente Encubierto*” que es donde se da cuenta de esas actuaciones de forma cronológica, la fecha en que culminaría este acto de investigación es septiembre de 2019 y el informe se rindió el 10 de octubre siguiente, entonces admitiendo en gracia de discusión, como lo informa la defensa, que quien actuó como agente encubierto tuvo una incapacidad hasta el 29 de septiembre y luego de ello le informa a la policía que no quiere seguir con esa actuación, la misma ya había sido prorrogada, de ahí que se entienda que **el control posterior se realizó el 11 de octubre de 2019**, por tanto, consideró no le asiste razón al apoderado de Robinson Jacob León Cuadros y decidió no excluir el testimonio del Patrullero Víctor Hugo López Pedroza en su calidad de agente encubierto y tampoco la prueba derivada de ese acto de investigación⁶.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor de Robinson Jacob León Cuadros, inconforme apeló la decisión y la sustentó de la siguiente forma⁷:

Predicó la existencia de un falso juicio de legalidad por parte del funcionario de primera instancia, pues el art. 242 del C. de P.P ha sido claro en mencionar que los

⁶ Sesión de audiencia preparatoria del 27 de julio de 2022. Minuto: 6:36

⁷ Sesión de audiencia preparatoria del 27 de julio de 2022. Minuto: 1:45:29

actos de investigación por parte del agente encubierto deben presumir de legalidad y que frente a los mismos se deben aplicar las reglas del registro y allanamiento.

Indicó que en la orden proferida por la fiscalía el 3 de mayo de 2018 se incluyó en el texto final del acápite No. 7. Lo siguiente: *“Se les advierte a los funcionarios de Policía Judicial, que terminado lo diligenciado, deberán elaborar el correspondiente informe y ponerlo o disposición dentro del término de la distancia, a efecto del correspondiente control posterior conforme o lo previsto en el artículo 237 del C.P.P., pues esta Delegada tiene 24 horas o partir de ese momento para las labores realizadas y los resultados obtenidos”*.

Insistió que en la *“Bitácora de Agente Encubierto”* se observa que los actos de investigación terminaron el 29 de septiembre de 2019 y no en el mes de octubre como lo indicó el juez de primera instancia y agregó:

“Porque si yo me remito de acuerdo a la norma y hago un análisis de manera consonante, me diría que esa orden de agente encubierto que se postergó desde el 4 de mayo del 2018 al 3 de mayo de 2019 tendría el término de un año lo mismo, lo tendríamos que concatenar como si fuera esa disposición del art. 224 del C. de P.P que da 30 días y 15 días para las órdenes de registro y allanamiento, podríamos decir que ese término que da al agente encubierto para realizar los actos de investigación concierne al mismo del art. 224. Que pasa, se dan 15 y 30 días para las órdenes de registro y allanamiento, lo mismo sucede con la orden que se da para realizar los actos de investigación, que termine antes o después eso es diferente, no quiere decir que, porque se postergue un año el acto de investigación termina precisamente al año por el año en que se postergó la orden, es más aquí se menciona que se terminó el 11 de octubre de 2019, pero eso no es cierto, porque lo que se menciona por parte del agente encubierto es que el acto de investigación terminó el 29 de septiembre de 2019 que precisamente después de esa fecha no existe otro acto de investigación diferente para Robinson Jacob León Cuadros pues hasta ahí llegó la etapa...”

En ese sentido, considera que hay un falso juicio de legalidad “*porque esta prueba no cumplió con ese principio de legalidad*”, así entonces solicitó que la decisión del *a quo* fuera revocada.

5. NO RECURRENTES

5.1 La fiscalía solicitó que se confirme la decisión en tanto, esta actividad investigativa tuvo control previo y dos controles posteriores ante los Jueces de Garantías de la ciudad de Medellín y diferente a como lo manifiesta el defensor, la agencia encubierta no finalizó el 29 de septiembre de 2019 ese día regresó el agente encubierto de una incapacidad médica y fue incorporado a la Estación de Policía Barbosa, es decir, él fue designado a laborar en el equipo de logística como lo dice *el último párrafo de la “Bitácora de la Agencia Encubierta”* y en esos momentos no tuvo acceso a información de utilidad para esta investigación, además una vez le comunicó al agente de control que no estaba interesado en continuar con la agencia se procedió a recibirle la bitácora, a realizar el informe de investigador por parte del agente de control y posteriormente a solicitar el control posterior por parte de la fiscalía.

Recordó que durante algunos días de la agencia encubierta pueden no registrarse eventos, por lo que es una visión errada de la defensa⁸.

5.2 La representación de las víctimas coadyuvó la solicitud de la fiscalía mientras que el defensor de otro de los acusados pidió que la decisión de primera instancia fuera revocada, ya que los términos son claros sin que se pueda alegar una dificultad en la comunicación entre el agente encubierto y el de control⁹.

6. CONSIDERACIONES

1. Este Tribunal posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004. Sin

⁸ Sesión de audiencia preparatoria del 27 de julio de 2022. Minuto: 1:54:10

⁹ Ídem. Minuto: 2:00:27

embargo, tal como se anunciara en el encabezado de esta decisión, la Sala se abstendrá en tal respecto de resolver el recurso, en tanto la decisión apelada no es susceptible de impugnación. Estas las razones:

2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde hace ya cierto tiempo retomó su criterio respecto de los recursos procedentes frente a las decisiones que decretan pruebas¹⁰. Así, la regla general es su improcedencia al seguir el derrotero previsto en el art.177 de la Ley 906 de 2004, que señala:

“La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

- 1. La sentencia condenatoria o absolutoria.*
- 2. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.*
- 3. El auto que decide una nulidad.*
- 4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y*
- 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral*
(...)”

Dicho artículo regula expresamente los efectos en que se concede el recurso de apelación y las decisiones contra las que procede, es decir, para aquellas que niegan las pruebas o para el auto que decide sobre una exclusión probatoria, y no lo contempla para el que decreta las pruebas; así entonces ante la literalidad del precepto, no es viable para el intérprete ampliar el sentido de la norma haciendo extensiva la alzada a la decisión que las admite o decreta.

Tal situación, se reafirma con lo establecido en el artículo 359 de la referida ley, que en su párrafo final consagra que contra la providencia que excluya, rechace

¹⁰ Decisiones CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta

o inadmita una prueba, la cual deberá ser motivada oralmente, “*procederán los recursos ordinarios*”, el que bajo este escenario y al ser una norma especial, concreta el contenido del artículo 177 en comento y reafirma la regla procedimental establecida en la Ley 906 de 2004, en torno a que sólo las decisiones que impidan la práctica de una prueba son susceptible de apelación.

Ese es precisamente el reflejo de la dinámica propia del sistema, en el que una decisión de decreto o admisión de pruebas es apenas el inicio de la fase subsiguiente, donde será rebatida y confrontada y cuando la parte tendrá la posibilidad de controvertirla, siendo ese escenario propio para su discusión, no a través de la alzada.

Por tanto, que éste sea un sistema controversial no implica que todas las decisiones sean apelables, máxime cuando el tema de los recursos siempre ha sido reglado.

Justamente el carácter adversarial del modelo acusatorio que conlleva la facultad probatoria de las partes, permite a su vez que la intervención del *ad quem* se habilite ante una restricción a dicha potestad, pues mientras el *a quo* avale las pretensiones que en tal sentido se le pongan de presente, se estaría respetando tal iniciativa, sin que haya lugar a considerar que la decisión de admitir o decretar una prueba, negando su rechazo, lesiona los derechos de la contraparte, pues como se ha dicho, a su favor se halla la garantía de contradicción frente a la misma, la que se materializa al momento de su práctica en el debate oral, así como en los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos contra la providencia que pone fin al asunto.

3. No obstante, **como única excepción a esa regla general**, está el caso en que se discute la exclusión probatoria por **ilicitud del medio**, sea que se haya decretado o no la prueba. En este particular evento, el recurso de alzada es procedente, pues de lo que se trata es de determinar si el medio de prueba se obtuvo con violación a derechos fundamentales, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etcétera. Esto ha dicho la Corte:

“Acorde con el criterio actualmente imperante (AP4812-2016, Rad. 47469), por virtud del principio de reserva legal, la facultad de establecer los recursos disponibles, su procedencia respecto de determinada decisión y los presupuestos de oportunidad para su ejercicio competen exclusivamente al legislador. De allí que, atendiendo el tenor literal de los artículos 20 y 359 de la Ley 906 de 2004, se advierte que en materia de pruebas, la intención expresa del legislador es que el recurso de apelación solo proceda contra las providencias que impiden la efectiva práctica o incorporación del medio de convicción.

*Tal argumento, reforzado por la distinción que se consigna en los numerales 4 y 5 del artículo 177 Ib., respecto del efecto en que ha de concederse el recurso vertical cuando se intenta contra el auto que niega la práctica de prueba o contra el que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral, diferenciación que solo cobra sentido si se entiende que en ejercicio de la libertad de configuración, el legislador sólo previó la alzada como medio de impugnación del auto que impide la práctica de la prueba mediante su inadmisión o rechazo, **salvo cuando el elemento de convicción adolezca de ilicitud, caso en el cual procede con independencia de si la decisión excluye o acepta el medio de prueba**”¹¹. (Negrilla de la Sala)*

4. Acerca de la regla de exclusión y la diferencia entre ilegalidad e ilicitud probatoria se hace pertinente traer a colación el criterio que ha decantado de manera pacífica la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

Sobre esta temática, en CSJ SP9792-2015, rad. 42307, sostuvo la Sala:

La Corte¹¹ tiene dicho que en materia de la regla general de exclusión probatoria, el artículo 29 de la Constitución Política dispone que «es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso», desarrollada por el artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 52345 del 4 de abril de 2018, ratificado en los Autos AP2344-2020 radicado 57865 y AP2538-2021 radicado 58882.

*Igualmente, que la exclusión probatoria opera de diferentes maneras, dependiendo de si se trata de prueba ilegal o **prueba ilícita**, último supuesto en el que también puede llegar a darse la declaratoria de la invalidez del trámite, cuando sea producto de la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial.*

Así lo ha dicho la Sala^[2]:

«En efecto, mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

*Por su parte la **prueba ilegal o irregular** que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella “en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley¹².*

Ahora bien, la misma Corte en varias oportunidades se ha referido a la exigencia de control posterior dentro de un plazo determinado como un requisito de forma, que no hace relación con el carácter ilícito de la prueba, lo que permitiría a su vez entender que alguna irregularidad en su cumplimiento acarrearía una eventual ilegalidad de la prueba. En efecto la Corporación de cierre ha sostenido:

Según ello, las interceptaciones de comunicaciones de los imputados, si bien pueden ser ordenadas por la fiscalía (artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004), solamente adquieren validez si un juez les confiere su aval, el cual no consiste en verificar simplemente un dato formal atinente al deber de comparecer durante las 24 horas siguientes a la recepción del informe policial ante el Juez de Control de Garantías (artículo 237 de la Ley 1142 de 2007), sino en establecer, desde el punto de vista material, la proporcionalidad de la medida y la impostergable necesidad de interferir, sin orden judicial previa, el derecho a la intimidad con fines de investigación¹³.

En otra oportunidad dijo:

*El vicio de legalidad que se denuncia, tanto en la demanda de casación, como en la impugnación especial, no se refiere a alguna de las situaciones que hacen ilícita la prueba, mucho menos aquellas que imponen la invalidación del proceso. **La queja apunta a la ilegalidad de un medio de convicción porque en su recaudo e incorporación al juicio se incumplieron los requisitos***

¹² CSJ AP1140-2017. Radicado 49423

¹³ CSJ AP 3466-2014. Radicado 43572

*contemplados en la ley, concretamente, el control constitucional posterior que compete al juez de garantías y su falta de descubrimiento a la defensa...*¹⁴

Del caso concreto

4. Reclama la defensa que debe excluirse del testimonio de Víctor Hugo López Pedroza y todos los actos de investigación en relación con la agencia encubierta que le fuera asignada, por haber sido obtenidos de manera ilegal, pues se entiende de su exposición que probablemente no cumplió con los requisitos consagrados en el art. 242 del C. de P.P específicamente en lo relacionado en su inciso cuarto, que impone el control posterior ante juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes al recibo del informe final. En el caso, dijo al defensa que la fiscalía, a pesar del desistimiento del agente encubierto de continuar realizando actos de investigación, no sometió la actuación inmediatamente al control del juez de garantías.

Con base en lo anterior, resulta claro que la discusión radica en si la fiscalía sometió o no la actuación del agente encubierto a control posterior dentro del plazo que le confiere la ley. La actividad de control posterior se dio en dos oportunidades, la primera el 3 de mayo de 2019 cuando se vencía el término inicialmente autorizado y la segunda el 11 de octubre del 2019, cuando se presentó el informe final. No cabe duda que la inquietud de la defensa involucra una discusión acerca de la legalidad de la prueba, no de su ilicitud.

Como se dejó visto en aparte previo de esta decisión, en el que se plasmaron los presupuestos teóricos de la misma, el concepto de **ilegalidad** se refiere al desconocimiento de los requisitos formales que el legislador ha previsto para su recaudo, aducción o aporte al proceso, que es lo que se discute en este evento por controvertirse aspectos eminentemente formales.

En conclusión, como no se pretende ciertamente la exclusión de un medio de convicción probadamente ilícito, sino acaso ilegal, no resulta viable el recurso de

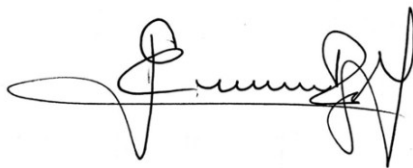
¹⁴ CSJ SP757-2020. Radicado 50540

apelación en relación con la prueba testimonial decretada según solicitud de la Fiscalía y que fuera relacionada con la actividad del agente encubierto Patrullero Víctor Hugo López Pedroza, de esa manera entonces, la Sala se abstendrá de conocer el recurso de alzada propuesto por la defensa de Robinson Jacob León Cuadros.

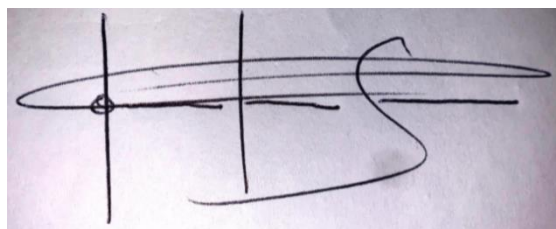
Por lo anterior, la Sala Décimo Tercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, se **ABSTENDRÁ** de conocer el recurso de apelación respecto a la solicitud de exclusión por ilegalidad de la prueba interpuesta por el abogado contractual de **Robinson Jacob León Cuadros**.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

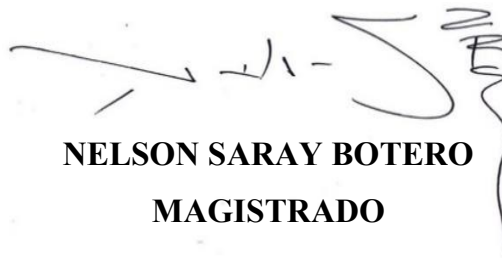
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO