

República De Colombia



*Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal*

Interlocutorio Nro. 060 - 2022

Radicado: 1100160000002019-02857-2ª instancia

PROCESADO: JUAN CARLOS MORENO CAÑAS y HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA

DELITOS: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO; TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO; FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.

DECISIÓN: CONFIRMA

M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado mediante Acta Nro. 125)

(Sesión del 3 de noviembre de 2022)

Medellín, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022). Fecha lectura.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el togado Sidilfredo Hernández Arango, defensor de los señores **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** y **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA**, en la audiencia del 29 de agosto pasado, contra la decisión por la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, no accedió a una exclusión probatoria por aquel solicitada.

1.1 HECHOS: Fueron resumidos por la Fiscalía en la audiencia de acusación del 19 de noviembre de 2020, así:

"La presente investigación surge mediante informe de investigador de campo de fecha 08 de octubre de 2014, mediante el cual adjuntan un memorando fechado 07 de octubre de 2014, suscrito por el agente PERRY ALTADONNA, de la agencia Antidrogas DEA, donde señala que mediante información suministrada por una fuente humana administrada por esa agencia, informa la existencia de una organización delincriminal dedicada al tráfico de sustancia estupefaciente, desde Colombia con destino final los Estados Unidos, que uno de sus integrantes "Jaramillo" alias el "Doctor", estaba utilizando el abonado celular No. 3128438111 mediante el cual adelantaba coordinaciones para el acopio y transporte de cantidades indeterminadas de estupefacientes, así mismo el recibir el dinero ilícito del producto de la comercialización de estas sustancias. Información que permitió generar un

programa metodológico y emitir una gran cantidad de órdenes a Policía Judicial, logrando establecer la existencia de una organización delincriminal dedicada al transporte de estupefacientes a nivel nacional y transnacional, con base en los análisis efectuados a los primeros abonados celulares interceptados, se originan otras interceptaciones, mediante los cuales paulatinamente se comenzó a recopilar información detallada que permitió conocer con exactitud cómo estaba operando esta organización criminal, a la cual se le efectuaron siete incautaciones de estupefacientes y dos eventos no materializados. Mediante los controles técnicos realizados y análisis producto de las interceptaciones realizados a estos abonados y otras interceptaciones hechas previamente, se pudo evidenciar, que la estructura criminal investigada es una compleja red de narcotráfico que permitió establecer el modus operandi, que se basaba principalmente en el transporte de sustancia estupefaciente cuyo coordinación del transporte se efectuaba en el departamento de Antioquia hacia zonas fronterizas, para ser sacado del país con destinos internacionales, para lo cual se utilizaban vehículos doble fondo donde se mimetizaba la sustancia para evitar fuera descubierta. Situación que dio paso a establecer la ocurrencia de diversos hechos delictivos, entre ellos los que se endilgan a las personas vinculadas en la presente acusación en los siguientes términos:

"Hechos relacionados con el delito de concierto para delinquir art. 340 INC. 2 RESPECTO DE JUAN CARLOS MORENO CAÑAS"

*Desde el mes de abril de 2015 y hasta el Agosto de 2016, el señor JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, SE CONCERTÓ CON CARLOS ENRIQUE HUERTAS, YANIRIS MARISOL MORENO CAÑAS, SEBASTIÁN HUERTAS VILLEGAS, CARLOS JEFFERSON HUERTAS VILLEGAS, EN EVENTOS QUE TAMBIÉN PARTICIPARON HERMES LASSO CÓRDOBA, JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, HERNÁN DARÍO SERNA CANO, JORGE DIEGO FRANCO, así como algunas personas que no se pudieron identificar, poniéndose de acuerdo para cometer la conducta punible de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 376 del Código Penal, en varias oportunidades, de las cuales se precisa que **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**, participó en tres eventos señalados así:*

- Uno ocurrido el primero de mayo de 2015, cuando se transportaron de 207 kilos de cocaína, los cuales fueron incautados en Magangué, Bolívar, luego de que se incautara un vehículo tipo camión de placas STZ-543, con carrocería de estacas color blanco, que se encontraba estacionado en un parqueadero de razón social Las Palmas, en el municipio de Magangué, Bolívar, encontrándose en una caleta, encima del chasis, la sustancia estupefaciente en la cantidad anteriormente anotada.

- Un segundo evento ocurrió el 28 de agosto de 2015, donde se transportaron 143 kilos de cocaína que fueron localizados o incautados en Valencia, Córdoba, que eran transportados a través de un vehículo tipo camioneta de placas EBD-201, el cual de igual manera tenía un compartimiento caleta encima del chasis, donde se almacenaba y transportaba el estupefaciente, lográndose la incautación de la sustancia en la cantidad anteriormente indicada.

- Un tercer evento ocurrió el 11 de agosto de 2016, cuando se transportaron 200 kilos de cocaína que fueron incautados en Hatonuevo, Guajira, donde se localizó una camioneta de estacas, marca Nissan de color blanca y placas CKY-519, con una caleta en el planchón de la carrocería, donde fueron localizados los 200 kilos que se produjeron en esta incautación.

*Dicha asociación/concertación tiene vocación de permanencia en el tiempo, dado que el señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**, permaneció en la organización criminal periodo de casi de año y medio, tiempo en el que permaneció cumpliendo el rol de colaborar con CARLOS, el líder de la organización de narcotráfico, para realizar diferentes coordinaciones en el antes cada evento. Principalmente con respecto a la adecuación de vehículos con*



caleta y la adquisición de celulares para mantener una comunicación cerrada durante el desarrollo de la actividad delictiva. Igualmente, en el durante de la actividad de transporte con la seguridad de los estupefacientes en los traslados y movimientos, informando al conductor del vehículo en que transportan la sustancia la presencia de las autoridades en las vías por donde transitarían, con el fin de evitar ser detectados, lo que se conoce en el lenguaje del narcotráfico como Mosca. En el después de cada evento con la participación en reuniones para establecer las circunstancias de las incautaciones y el traslado de vehículos utilizados para la seguridad de los estupefacientes.

*Se puede afirmar con probabilidad de verdad que, **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** conocía que se concertaba con otras para planear el transporte de estupefacientes tipo cocaína y quiso hacerlo. De tal manera que, con su conducta, el señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** puso en peligro efectivo, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado de la seguridad pública. El señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** habría actuado con culpabilidad en tanto al momento de ejecutar la conducta tenía la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión. Así mismo tenía conciencia y que concertarse con otros para traficar estupefacientes, es una conducta prohibida y, al señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** le era exigible que actuara conforme a derecho, esto es, que no se concertara con otros para traficar estupefacientes. Estos hechos lo convierten así en autor de la conducta de concierto para delinquir agravado, establecido en el artículo 340 del C.P. inciso segundo, la cual fue objeto de imputación.*

*Hechos relacionados con el delito de tráfico de estupefacientes, respecto de **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**:*

*Desde la ciudad de Medellín, se coordinó el transporte de estupefaciente, desde este departamento de Antioquia con destinos diversos. El señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**, sin tener permiso de autoridad competente participó junto a otras personas Correspondiéndole al señor **MORENO CAÑAS** colaborar con **CARLOS ENRIQUE HUERTAS**, líder de la organización de narcotráfico, para realizar diferentes coordinaciones en el antes cada evento, con respecto a la adecuación de los carros con caleta y la adquisición de celulares para mantener una comunicación cerrada durante el desarrollo de la actividad delictiva, con la seguridad de los estupefacientes durante los movimientos, informado al conductor del vehículo en que transportan la sustancia, la presencia de las autoridades en las vías por donde transitarían y evitar ser detectados y en el después con la participación en reuniones para establecer las circunstancias de las incautaciones y el traslado de vehículos utilizados para la seguridad de los estupefacientes. (13:12)*

*El señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**, participó junto a otras personas como **CARLOS ENRIQUE HUERTAS MUÑOZ**, **YANIRIS MARISOL MORENO CAÑAS**, **SEBASTIÁN HUERTAS VILLEGAS**, **CARLOS JEFFERSON HUERTAS VILLEGAS**, **HERMES LASSO CORDOBA**, **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**, **HERNÁN DARÍO SERNA CANO**, **JORGE DIEGO FRANCO**, **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA**, **LUZ AMPARO CAÑAS CAÑAS**, **LUIS FERNANDO SILVA ECHAVARRÍA** y otras personas que no se identificaron, mediante llamadas telefónicas, así como en reuniones presenciales, con la finalidad de cometer el delito de Tráfico de estupefacientes, de acuerdo a los eventos ocurridos por lo menos en tres oportunidades, que ya fueron reseñados, como fue el del primero de mayo de 2015, donde se incautaron 207 kilos de cocaína en Magangué Bolívar, el 28 de agosto de 2015 cuando se transportaron 143 kilogramos de cocaína que fueron incautados en Valencia Córdoba y el del 11 de agosto de 2016, que fueron transportados de 200 kilos de cocaína incautados en Hatonuevo, Guajira.*

*Se le acusa así, de realizar actividades para el TRANSPORTE de sustancia estupefaciente en tres oportunidades. El SEÑOR **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**, conocía que sin tener*

RADICADO:	2019-02857
PROCESADO:	JUAN CARLOS MORENO Y OTROS
DELITOS:	CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
DECISIÓN:	CONFIRMA
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



permiso de autoridad competente participaba en el transporte de esos 550 kilos de sustancia estupefaciente cocaína, que es el total de los eventos antes citados. Así, se puede afirmar con probabilidad de verdad que, **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** conocía que actuaba con otras personas para el transporte de estupefacientes tipo cocaína y así quiso hacerlo. Con su conducta, **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** puso en peligro efectivo, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado de la salubridad pública.

El señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** habría actuado con culpabilidad en tanto al momento de ejecutar la conducta tenía la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión. De igual manera, este ciudadano tenía conciencia de que coordinar el transporte de estupefacientes es una conducta prohibida y, al señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** le era exigible que actuara conforme a derecho, esto es que no se concertara con otros para transportar estupefacientes. Estos hechos lo convierten así en calidad de coautor de la conducta de tráfico de estupefacientes agravado, establecido en el artículo **376 del C.P. inciso segundo, así como el agravante establecido en el artículo 384 numeral 3° del C.P.**, puesto que la circunstancia transportada correspondió a más de cinco mil gramos de sustancia tipo cocaína, de lo cual era plenamente consiente el señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**. Estos son los hechos por los cuales se le llama a juicio, que corresponden al señor **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS**.

Ahora los hechos relacionados con el delito de concierto para delinquir art. 340 inc. 2 respecto de HERNAN DARIO MUÑOZ MUNERA.

En la ciudad de Medellín, al menos desde el mes de Julio de 2016 y hasta mayo de 2019, el señor **HERNAN DARIO MUÑOZ MUNERA**, se concertó mediante llamadas telefónicas con **CARLOS HUERTAS**, quien lideraba un grupo de transportadores de estupefacientes desde dicha ciudad hasta la costa atlántica colombiana, integrada a su vez entre otros por **YANIRIS MARISOL MORENO CAÑAS, JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, LUZ AMPARO CAÑAS CAÑAS, HELEODINO USUGA, VILLEGAS JOSE GARCÍA Y ÁLVAREZ**, así como con **JUAN N**, una persona que no se pudo identificar.

Se conformó así una sociedad criminal con vocación de permanencia en el tiempo y a través de llamadas telefónicas se establece que **MUÑOZ MUNERA**, se encuentra vinculado a la actividad de tráfico de estupefacientes como algo propio a través de pluralidad de eventos, en los que le corresponde el rol de consecución del transporte de la droga para sus dueños no identificados en el caso.

Eventos de los cuales se destaca el ocurrido el 11 de agosto de 2016, cuando se transportaron 200 kilos de cocaína que fueron incautados en Hatonuevo Guajira; así también, su participación en otro evento ocurrido antes del anterior y otro ocurrido a partir de la fecha de incautación del 11 de agosto de 2016, de los cuales no se pudo obtener evidencia física.

En el evento ocurrido en los meses de febrero a mayo de 2019, no materializado, tanto el señor **HERNAN DARIO** como una persona conocida como **JUAN N**. y **CARLOS HUERTAS** se encargarían de actividades relacionadas con el transporte del estupefaciente, de propiedad de personas de otras estructuras criminales. Así, se puede afirmar con probabilidad de verdad que, **HERNAN DARIO MUÑOZ MUNERA** conocía que se concertaba con otras para planear el transporte de estupefacientes tipo cocaína y quiso hacerlo. Con su conducta, el señor **HERNAN DARÍO MUÑOZ MÚNERA** puso en peligro efectivo, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado de la seguridad pública. El señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA** habría actuado con culpabilidad, en tanto al momento de ejecutar la conducta tenía la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión. De igual manera tenía conciencia de que concertarse con



otros para traficar estupefacientes es una conducta prohibida y al señor HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA le era exigible que actuara conforme a derecho, esto es, que no se concertara con otros para traficar estupefacientes. Estos hechos lo convierten así en calidad de autor de la conducta de concierto para delinquir agravado, establecido en el artículo 340 del C.P. inciso segundo, la cual fue objeto de imputación.

*Hechos relacionados con el delito de tráfico de estupefacientes artículo 376 del C.P. agravado por el 384 numeral 3 C.P. Respecto de **HERNAN DARIO MUÑOZ MUNERA**.*

*En Hatonuevo Guajira, el 11 de agosto de 2016, el señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA**, sin tener permiso de autoridad competente participó junto a otras personas, correspondiéndole al señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA**, coordinar con terceros los lugares y las fechas de recibo y entrega de la sustancia Acciones que fueron necesarias para que, sin tener permiso de autoridad competente, realizara actividades relacionadas para coordinar para el transporte de la sustancia estupefaciente. Se puede afirmar con probabilidad de verdad que **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA** conocía que se concertaba con otras para planear el transporte de estupefacientes tipo cocaína y quiso hacerlo. Así, con su conducta, el señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA** puso en peligro efectivo, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado de la salubridad pública. El señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA** habría actuado con culpabilidad en tanto al momento de ejecutar la conducta tenía la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión. De igual manera, tenía conciencia de que concertarse con otros para coordinar el transporte de estupefacientes es una conducta prohibida y al señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA** le era exigible, que actuara conforme a derecho, esto es, que no se concertara con otros para traficar estupefacientes.*

*Estos hechos lo convierten así en calidad de coautor de la conducta de tráfico de estupefacientes agravado, establecido en el artículo 376 del C.P. la cual fue objeto de imputación, **aquí hay un error corrijo, inciso 1° de 376 del C.P. y ART. 384 numeral 3° del mismo Estatuto. (21:21) PARA AMBOS PROCESADOS.***

*De igual manera para el caso del señor **MORENO CAÑAS**. La agravante del Art. 384 numeral 3° del C.P. En este caso, la sustancia transportada correspondía a más de cinco mil gramos de sustancia estupefaciente tipo cocaína, como quiera que se trataba de 200 kilos de sustancia estupefaciente los que fueron incautados en esta oportunidad, de lo cual el señor **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA**, tenía pleno conocimiento, conociendo a su vez que se transportaba en cada ocasión, era sustancia cocaína en más de esa cantidad de cinco mil gramos, lo que lo involucra en la causal 3° del Art. 384 del C.P. Con su conducta, de igual manera puso en peligro el bien jurídico de la seguridad pública sin tener justa causa para ello, queriendo hacerlo.*

*Hechos relacionados con el delito de porte ilegal de armas art. 365 del C.P., respecto de **HERNAN DARIO MUÑOZ MUNERA**.*

*En el inmueble destinado a la residencia de **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA**, ubicada en la urbanización Mar del Plata carrera 50D # 77sur – 81, identificado con el número 122 del Municipio La Estrella Antioquia, A las 6:13 horas del 24 de Julio de 2019, **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA** por sí mismo y sin tener salvoconducto expedido por la Oficina de Control y Comercio de armas, tenía en un lugar del inmueble, concretamente en la cocina, Una pistola 9 mm marca Prieto Beretta con un proveedor para la misma, 250 cartuchos 9mm marca Magtech, 6 cartuchos calibre 9 mm para el mismo, siendo estos aptos para disparo.*

***HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA** conocía que, sin tener salvoconducto, tenía una pistola 9 mm con las características anotadas y su proveedor con cartuchos y los 250*



cartuchos para el mismo, era una conducta y sin embargo quiso hacerla, poniendo en peligro efectivo sin tener justa causa, el bien jurídico tutelado de la seguridad pública. Se puede afirmar con probabilidad de verdad que, HERNAN DARIO MUÑOZ MUNERA conocía que tenía armas de fuego sin el permiso otorgado por la autoridad competente, era un delito y quiso hacerlo, poniendo en peligro el bien jurídicamente tutelado de la seguridad pública, habiendo actuado con culpabilidad en tanto al momento de ejecutar la conducta tenía la capacidad de comprender su ilicitud y determinarse de acuerdo con esa comprensión; teniendo de igual manera conciencia que tener armas de fuego accesorios, partes o municiones sin autorización oficina de Control y Comercio de Armas, es una conducta prohibida, siéndole exigible que actuara conforme a derecho, esto es, no tener armas de fuego, partes o municiones. (24:30)

Estos hechos lo convierten así en calidad de autor de la conducta Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, establecido en el artículo 365 del C.P., la cual fue objeto de imputación.”

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

1.2.1 AUDIENCIAS PRELIMINARES:

El 21 de julio de 2019, ante el Juzgado 42 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se realizaron las audiencias preliminares a JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, haciéndose el control de legalidad al procedimiento de su captura, formulándose imputación por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO, los cuales no aceptó. La Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento intramuros a la que no accedió la judicatura, disponiendo de la libertad inmediata, decisión contra la cual se presentó recurso de apelación, por lo cual, el 20 de agosto de 2019, el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín revocó esa decisión e impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

Los días 24, 25 y 30 de julio de 2019, ante el Juzgado 41 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se adelantaron las audiencias preliminares, en las cuales se declaró la legalidad del procedimiento de captura y se le formularon cargos a HERNÁN DARÍO MUÑOZ MUNERA, Luz Amparo Cañas y Otros, por las conductas punibles de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES, al primero de los citados por todas las conductas, mientras que a la dama por TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO, en

RADICADO:	2019-02857
PROCESADO:	JUAN CARLOS MORENO Y OTROS
DELITOS:	CONCIERTO PARA DELINQUIR Y OTROS
DECISIÓN:	CONFIRMA
M. PONENTE:	HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA



calidad de cómplice, cargos que no fueron aceptados; finalmente la Fiscalía declinó de la solicitud de medida de aseguramiento contra Luz Amparo Cañas y a MUÑOZ MÚNERA se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

La Fiscalía presentó escrito de acusación, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, donde se inició la audiencia de acusación, el 25 de septiembre de 2020, debiéndose suspender para que el acusador estableciera en forma clara los presupuestos fácticos de los delitos imputados respecto de cada uno de los implicados. El siguiente 19 de noviembre se continuó con la audiencia de acusación y se rechazó parcialmente su formulación en contra de los procesados **JUAN CARLOS MORENO CAÑAS** y **HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA**, específicamente por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, decisión contra la cual el acusador interpuso apelación y esta Sala, con providencia del 19 de marzo de 2021, revocó la decisión y declaró legalmente formulada la acusación.

El 29 de junio de 2021, fecha fijada para realizar la audiencia preparatorio, la Juez de conocimiento se declaró impedida y remitió la carpeta al Despacho homólogo que le seguía en turno.

El 29 de agosto de 2022, después de varios aplazamientos, se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la cual la defensa solicitó exclusiones probatorias, las cuales no prosperaron, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, siendo esta la causa por la cual nuevamente conoce la Sala del asunto.

2. DECISIÓN APELADA

Refiere la Juez *a quo* que la Fiscalía no presentó oposiciones probatorias frente a la prueba de descargo. Por su parte, la defensa sí hizo solicitudes de rechazo, exclusión e inadmisibilidad de los medios de prueba, en el siguiente sentido:

1. Inicialmente solicita la inadmisibilidad, por impertinentes, de los testimonios de los Subintendentes William Alexander Aponte Melo, Andrés Rodríguez Castro y Doris



Galindo Sastoque, así como el del señor Tulio Hernando Patiño Sierra; en criterio del abogado defensor no se cumplió con la carga de argumentación de la pertinencia, pues si bien la Fiscalía mencionó que ellos conocieron de manera directa los elementos materiales probatorios que encausaron la investigación, no se especificó a qué elementos materiales probatorios se referiría cada uno de los testigos en la audiencia de juicio oral. Al respecto, el Juez considera que no le asiste razón al defensor, pues el acusador sí presentó argumentos de pertinencia de conformidad con el artículo 375 de la Ley 906, entre ellas que la prueba tenga relación directa o indirecta con los hechos investigados y con los fines de la investigación. Veamos:

- Subintendente William Alexander Aponte Melo. Esta prueba es pertinente porque tuvo contacto directo con las evidencias obtenidas y adelantó actividades que conllevaron a los resultados en el caso, además ilustrará ¿cómo se conoció el hecho investigado? y ¿qué actos de investigación se realizaron luego tendientes desarticular un grupo organizado?, identificando las personas que lo integraban.
- Subintendente Andrés Rodríguez Castro. Su testimonio resulta pertinente pues fue analista del caso, tuvo de primera mano contacto con la evidencia recaudada y pudo encausar la investigación de acuerdo con las escuchas telefónicas, en su calidad de analista, por tanto, su testimonio resulta pertinente y a la vez admisible como quiera que se refiere directamente a los hechos y circunstancias de esta investigación.
- Subintendente Doris Galindo Sastoque. Tuvo conocimiento de primera mano sobre el desarrollo de la actividad investigativa a partir de las escuchas de esas interceptaciones.
- En relación con Hernando Patiño Sierra, resulta pertinente por referirse directamente a los hechos que ocupan esta actuación, siendo admisible su testimonio.

A partir de la interceptación se llegó a resultados como la incautación de sustancias estupefacientes y la identificación de los responsables, por lo cual se observa que son absolutamente claras las manifestaciones de pertinencia respecto de estas personas.



En verdad existe el mínimo de argumentación requerido por parte del fiscal para que estos investigadores de la Policía Judicial comparezcan al juicio y puedan declarar sobre las actividades investigativas por ellos desarrolladas, con quienes se pueden utilizar e ingresar los informes rendidos, siendo estos testigos de acreditación; por tanto, la argumentación de pertinencia ha sido cumplida, por lo cual se decreta la práctica de estas pruebas.

2. De otro lado, solicitó la exclusión de los testimonios de los patrulleros Franklyn Rabyt Rodríguez Veliza y José Alexander Cárdenas Cubillos y del subintendente Juan Alfonso Silva Rojas, así como la documentación que con estos se pretende introducir, personas que van a declarar sobre inspecciones a lugares distintos a los de los hechos aquí investigados, así como a las inspecciones a los procesos de los casos 2. de Magangué, 3. de Valencia-Córdoba y 4. de Hato Nuevo-Guajira; considera la defensa que estas personas no pueden acudir a juicio a indicar o a dar fe sobre lo que allá sucedió, señalando que en materia penal no existe la prueba trasladada. A ese respecto la Fiscalía habla de actos urgentes relacionada con estupefacientes y prueba pericial homologada, pero acá se ha solicitado el testimonio de unos peritos y de unas personas que los realizaron.

Insiste el defensor en que los patrulleros Franklyn Rabyt Rodríguez Veliza, José Alexander Cárdenas Cubillos y Juan Alfonso Silva, no podrán hablar de nada distinto de lo que no esté en estos expedientes, pues sobre lo que obre en los otros procesos, no existe la posibilidad de la prueba trasladada.

Entonces se juntan dos objeciones: una sobre la prueba testimonial y otra sobre la prueba documental que eventualmente introducirían estas personas.

La primera instancia consideró que le asiste razón al defensor en punto a que estas pruebas no se pueden practicar e introducir, ni los testimonios, ni la documental de procesos que se llevaron a cabo en Magangué, Valencia-Córdoba y Hato Nuevo-Guajira, toda vez que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se deben establecer son diferentes.



Así, niega la prueba testimonial de Franklyn Rabyt Rodríguez Veliza, José Alexander Cárdenas Cubillos y Juan Alfonso Silva Rojas, así como las pruebas documentales que obran en los tres procesos relacionados, anotando que se trató igualmente de procesos sobre tráfico de estupefacientes en otros departamentos.

3. En cuanto a las pruebas documentales, la defensa solicita que se inadmita por falta de pertinencia el numeral 1 de las solicitudes de la Fiscalía que corresponde a 5 CDS; al numeral 12, sobre 5 CDS de unas interceptaciones de celulares a los abonados 310 606 86 57 aportado por Carlos, el numeral 320 553 52 56 aportado por Juan y el celular 310 529 9523 utilizado por Jorge. Según el defensor, estos CDS no dicen cómo serán utilizados para desvirtuar la presunción de inocencia y en ninguno se menciona cuáles son los hechos jurídicamente relevantes de cada una de estas interceptaciones.

La Juez de primera instancia considera que no tiene razón el abogado defensor, pues son las interceptaciones de estos teléfonos, de conformidad con lo señalado por la Fiscalía, pertinentes, pues necesariamente con la información allí aportada se construye la teoría del caso de la Fiscalía, teniendo en cuenta que a partir de los audios y los testimonios de los investigadores se revela la actuación criminal, es decir, se establecen los delitos que están siendo atribuidos a los procesados.

Es indudable que las interceptaciones a estos celulares revelan la actuación criminal realizada por los acusados, determinándose su participación con estos elementos.

Son admisibles de conformidad con el artículo 346 del C. de P.P., por tanto, se decretan como prueba documental los CDS que aparecen dentro del numeral primero de las pruebas documentales.

4. Dice el defensor que en punto a los numerales 10 (elementos aportados por Yaniris), numeral 11 (línea aportada Heliodino), 12 (línea aportada por Jhon Jairo), 9 (línea aportada por Sebastián), 7 (línea aportada por Jefferson), pareciera que se estuviera investigando a otras personas y no a JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, ni a HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA, pues no se dijo cuál de estas líneas es la que se va a vincular al proceso o utilizar para que desvirtuar la presunción de inocencia,



según la teoría de la Fiscalía. No le asiste razón al defensor, por el contrario, sí se habló sobre la pertinencia. La Fiscalía manifestó que con la información allí aportada se construyó su teoría del caso, pues a partir de los audios y las escuchas de estas interceptaciones, así como de los testimonios de los investigadores, se revela la actuación criminal realizada por los acusados, determinando su participación en los eventos que le han sido endilgados, siendo admisible. Estas pruebas son pertinentes en su integridad.

5. Otra oposición de la defensa es respecto de los documentos obtenidos como resultado de la búsqueda selectiva en bases de datos en Suramericana de Seguros. En su sentir no se discrimina si era para HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA o para JUAN CARLOS MORENO CAÑAS. Solicita su exclusión por ilegal, pues fue presentada ante el Juez de control de garantías pasado el término previsto en la norma: *"el 13 de septiembre de 2017 se elaboró una solicitud de búsqueda selectiva en base de datos, sin hora de la realización, se hace por intermedio del investigador William Alexander Aponte Melo y otro, la Sra. Fiscal especializada, el 14 de septiembre da la orden para que se realice esa búsqueda selectiva en base de datos, o sea el 13 de septiembre la solicitan a los investigadores, el 14 la Sra. Fiscal da la orden, ese 14 el Juzgado 34 Penal Municipal con función de Control de Garantías instaló la audiencia y ordenó esa búsqueda selectiva en base de datos, eso fue el 14, el Juzgado la ordenó; el 18 de septiembre se realizó la solicitud a Suramericana de Seguros, mediante el oficio 587, Suramericana lo recibió el 20 de septiembre de 2017. La respuesta de Suramericana de Seguros fue el 6 de octubre de 2017, el investigador de campo da respuesta de la totalidad de la búsqueda selectiva en bases de datos el 9 de octubre, y dice que el control posterior se realiza el 10 de octubre; esa es la razón por la cual se debe excluir por ilegal, toda vez que pasó, dice, pasó las doce horas con las que cuenta el investigador para que realice dicho informe e informe de la actividad de los resultados investigados, o sea que, dice que, si la información fue recibida el 6 de octubre y el informe se realizó el 9 de octubre, sobrepasaron esas 12 horas con que contaba el investigador como lo establece el artículo 228 y 234 de la Ley 906"*.

No comparte la primera instancia las manifestaciones del defensor, toda vez que la revisión de legalidad de la búsqueda selectiva en base de datos es de 36 horas y no



de 12; las menciones que traen los artículos 234 y 228 del C. de P.P., respecto de 12 horas es para una correspondencia, completamente diferente a la mención que trae el artículo 244 *ibidem*, la cual habla de la búsqueda selectiva en base de datos, cuya revisión de legalidad es ante el Juez de control de garantías, la cual se hará dentro de las 36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva en base de datos, aclarando que cuando se realizó esa audiencia no había pasado las 36 horas.

El artículo 234 del C. de P.P. habla es de la devolución de correspondencia, por lo que la Policía Judicial examinará la correspondencia retenida y si encuentra elementos materiales probatorios y evidencia física que resulten relevantes a los fines de la investigación, en un plazo máximo de 12 horas informará de ello al fiscal que expidió la orden; este no es el caso, pues aquí no se está frente a una devolución de correspondencia, se trata de una búsqueda selectiva en base de datos, que es completamente diferente y en donde, a partir del informe, se tienen 36 horas para la revisión de la legalidad, tratándose de un control posterior; no se observa que se vulneró ese término.

6. Acerca del punto 17 donde el fiscal habla de un documento con resultados obtenidos en una búsqueda selectiva a base de datos de la EPS Sura, respecto a la procesada Luz Amparo Cañas Cañas, le asiste razón al defensor, pues ya no está dentro de este radicado, en tanto que frente a ella se rompió la unidad procesal. Se acata la solicitud del defensor y se dispone que esta prueba no se practique.

7. En relación con el punto 6 de las oposiciones del defensor, que es el punto 19 de la Fiscalía, se habla de un DVD que contiene resultados de actividad investigativa dirigida a vigilancia y seguimiento, frente a lo cual el defensor solicita su exclusión por ilegalidad de este procedimiento para JUAN CARLOS MORENO CAÑAS y Otros procesados, toda vez que fue autorizada el 23 de agosto del 2016 por el Juzgado 76 Penal Municipal con funciones de control de garantías, realizándose el control posterior el 22 de agosto de 2017, autorizado por un año, no obstante se prorrogó.

El informe que consta de 62 páginas, en la página 48, punto 8.2 dice: "*mediante control técnico realizado al abonado celular 310 898 546 utilizado por una persona conocida con el alias de Juan, interceptado mediante orden de Policía Judicial el 30*



de agosto del 2016, cancelado el 17 de febrero del 2017, esta persona mantiene comunicación con otras personas y el día 27 de septiembre de 2016 coordina realizar el transporte de unas herramientas y una dirección Cra 106 Nro. 44 Barrio 20 de julio de Medellín, por tal razón se coordinó a los funcionarios de la Dijín para coordinar dicha vigilancia, el doctor dice que el origen de esa vigilancia y seguimientos fue esa interceptación de comunicaciones y que esa interceptación de comunicaciones no le fue descubierta, dice que la interceptación del 310 898 546 no le fue descubierta dentro de los elementos materiales probatorios y la evidencia física los CDS que le fueron descubiertos y entregados a él, no reposa en ningún momento ese número telefónico y entonces pues considera que no sabe que ese número celular y esos audios no fueron aportados al defensor y mucho menos descubiertos en el escrito de acusación de los numerales 1 al 12 en las pruebas documentales que dio traslado la Fiscalía”.

Al respecto, la primera instancia indicó que no le asiste razón al defensor ya que está solicitando la exclusión por ilegalidad, esto porque no le fueron descubiertos unos elementos, esto es la interceptación del abonado 310 898 25 46; pero es que la Fiscalía nunca solicitó ni descubrió esas interceptaciones de comunicaciones, siendo lógico que no se pudiera decretar; si las echaba de menos el defensor y sentía que era necesario que él las tuviera, las hubiera pedido al ente acusador.

El defensor no puede obligar a que la Fiscalía le descubra algo que el ente considera que no le es útil, lo que sí podría hacer el defensor era solicitarle que la descubriera si era que pensaba que le podía servir, pero no lo hizo, por lo que no puede en este momento pretender afectar la diligencia de vigilancia y seguimiento, lo cual es completamente aparte; nada le quita legitimidad a las labores investigativas de vigilancia y seguimiento que, respecto al punto 19, realizó la Fiscalía.

8. En relación con el punto 7 de las oposiciones del defensor, que se refiere al punto 20 de la Fiscalía, sobre un DVD que contiene resultados de la actividad investigativa de vigilancia y seguimiento, manifestó el fiscal que era con relación a la persona conocida con el alias de “Pipe”, quien se había identificado como HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA; frente a esta situación, señala el defensor que la vigilancia no fue solicitada el 18 de febrero de 2019; que el acta que autoriza vigilancia y seguimiento



por el Juzgado 80 Penal Municipal con Función de Control de Garantías es de las 8:51 y finaliza a las 9:15 del 19 de febrero, observándose que fue un error de digitación y que toda la actividad que se realizó es del año 2019 y no del año 2018; el mismo defensor así lo explica, entonces no ve el despacho que tenga que hacer objeción alguna en relación con ese yerro que éste mismo lo señaló.

9. En relación con el numeral 8º, obra la oposición que se hace al informe de investigador de campo suscrito por los subintendentes William Aponte Melo y Hernando Patiño Sierra, sobre el cual señala que ese control posterior se hizo el 4 de julio del 2019, actividad investigativa que se desarrolló de la siguiente manera: *"dice que la actividad de vigilancia se dio el 27 de marzo, este informe de investigador de campo parece ser que es respecto de un informe de vigilancia que se dio el 27 de marzo del 2019, informe de investigador de campo del 4 de julio del 2019, resultados Alias "Pipe" o Hernán, análisis del abonado 310 506 36 85 utilizado por alias "Pipe"*.

El defensor dice que esta vigilancia y seguimiento no puede ser válida toda vez que no fue descubierta la interceptación al abonado 310 506 36 85, por tal razón se desconoce la suerte por lo que se interceptó esta línea, se desconoce su legalidad, por tanto, este procedimiento carece de toda legalidad probatoria porque se han vulnerado derechos fundamentales.

En el descubrimiento probatorio tampoco fue descubierto este elemento material probatorio en el que se señale la línea 310 506 36 85, por lo cual son válidos los mismos argumentos que se habían señalado en punto a que no se haya descubierto ni solicitado la interceptación del abonado 310 506 36 85, lo cual es absolutamente irrelevante. Lo importante es el informe del investigador de campo que está haciendo referencia al seguimiento y eso fue lo que la Fiscalía consideró que debería el despacho conocer sobre la actividad investigativa de vigilancia y seguimiento a personas, en donde alias "Pipe" es HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA.

En cuanto al vencimiento del término de la interceptación telefónica que no fue llevada en su momento ante el Juez de control de garantías, dice el defensor que esa autorización se dio por el término de un año, al parecer desde el 19 de febrero



de 2019, con fecha de reunión del 2018, hasta el 19 de enero de 2020, entonces su legalización procede cuando se hace la actividad investigativa o se tiene la información útil, o cuando se cumpla el término de la orden; entonces se tiene que la actividad investigativa se hizo el 27 de marzo, sin hacerse control posterior dentro de las 36 horas y se legalizó el 4 de julio, cuando aún no se había cumplido el año para la orden de vigilancia y seguimiento. Al respecto, la primera instancia indicó que toda vez que se le hace imposible verificar esa situación, le corresponde al defensor, en el momento en que se solicite la prueba, traer un elemento material diferente o que establezca esa irregularidad, toda vez que para el Despacho le es imposible en este momento verificar esa falencia de la vigilancia y seguimiento, del que se dice no se hizo control posterior.

En el punto 20 de la Fiscalía está el DVD que contiene ese informe del seguimiento dentro la actividad investigativa vigilancia y seguimiento obtenida como resultado de esta actividad de Policía Judicial del 19 de febrero de 2019, sobre lo que el fiscal dice: *"el DVD que contiene la actividad investigativa de vigilancia y seguimiento obtenida como resultado de la actividad de Policía Judicial en cumplimiento a la orden de vigilancia y seguimiento, de orden a Policía Judicial de fecha 19 de febrero de 2019 con control previo ante el Juzgado 80 Penal Municipal de Bogotá con funciones de Control de Garantías, información que fue legalizada el 5 de julio de 2019 ante el Juzgado 17 de Control de Garantías de la ciudad de Bogotá, se introducirá con el funcionario Yhair Buitrago Páez y la patrullera Daniela Ríos"*. Considera la primera instancia que, si el Juez de control de garantías legalizó esta actividad investigativa de vigilancia y seguimiento a personas, es porque cumple con los requisitos previstos en la ley.

Al final del numeral 20, entre paréntesis dice "Pipe", debiéndose tener de presente que así se individualizó a HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA, entonces es por eso por lo que el Despacho considera que el numeral 20 de la Fiscalía es la que da soporte a esta oposición del defensor y, por ende, considera que fue legalmente obtenida y no hay posibilidad de excluirla por ilegal. Se hizo control posterior ante el Juzgado 17 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, esa legalización es del 5 de julio del 2019, fue legalizada esa actividad investigativa por parte de la Fiscalía, por eso se decreta la prueba.



10. También se opone el defensor a los antecedentes penales pues considera que estos elementos no tienen ninguna relación directa con los hechos, carecen de pertinencia, son útiles para el trámite del artículo 447 del C. de P.P.; sin embargo, la primera instancia considera que los antecedentes, según la Fiscalía, es para hacer más probable la teoría del caso y en este sentido es pertinente.

11. La última solicitud del defensor tiene que ver con la línea celular que pertenece a JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, abonado 320 553 51 56, respecto de la cual se solicitó la exclusión por ilegalidad, por cuanto los motivos fundados que dieron origen a esta orden, en su criterio, no son los que deben ser, pues la finalidad es determinar la existencia de una organización delincriminal dedicada al tráfico de estupefacientes desde diferentes partes del departamento de Antioquia y el Golfo de Urabá, donde se acopian y posteriormente son enviadas en lanchas rápidas hacia países de Centro América y de estos a los mercados de los Estados Unidos. Al respecto, la primera instancia considera que esos elementos fundados están claros y son pertinentes, se establecen las razones por las cuales la Fiscalía realiza la interceptación de comunicaciones; no podría decir otra cosa diferente pues es ese el delito investigado, concierto para delinquir dedicado al tráfico de sustancias estupefacientes.

Dice la defensa que la interceptación de comunicaciones no se legalizó dentro del término estipulado por la ley, lo cual no es cierto, estuvo dentro del marco de las 36 horas que fija el C. de P.P. Por tal razón, no es ajustada la solicitud del defensor y decreta la práctica de esta prueba.

12. En relación con las demás pruebas, tanto de la Fiscalía como de la defensa, se trata de informes que más que todo deben ser utilizados para refrescar memoria e impugnar credibilidad, por lo cual no se ordena su introducción.

3. APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **el defensor** presentó recurso de apelación frente al punto 6, esto es la búsqueda selectiva en base de datos de la empresa



Suramericana. El punto 7, vigilancia y seguimiento al Sr. JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, así como el informe de investigador de campo del 4 de julio, como también la vigilancia y seguimiento del Sr. HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA.

El recurso de apelación es de la solicitud de exclusión probatoria por vulneración a las garantías que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que habla del debido proceso y que será nula de pleno derecho las que sean obtenidas con violación a las garantías fundamentales.

Pide se revoque parcialmente el auto de decreto de pruebas, pues de ser practicadas en juicio se enfrenta a una violación indirecta a esa ley sustancial, exactamente por error de derecho.

Para el caso concreto de la búsqueda selectiva en bases de datos de la Empresa Suramericana se realizó a solicitud del investigador el 13 de septiembre del 2017, la orden la elaboró el fiscal al día siguiente y en esa misma data el Juzgado 34 Penal Municipal con funciones de control de garantías autoriza esa búsqueda selectiva en bases de datos por el término de 30 días. El 18 de septiembre de 2017 fue radicada la solicitud y el 20 de septiembre se recibió por Suramericana. El 6 de octubre se recibió respuesta y el 9 de ese mes, es decir 3 días después, se elaboró el informe de investigador de campo donde establece una respuesta, recordando que esa solicitud no fue solamente para la Empresa Suramericana, sino de varios procesados en diferentes entidades públicas o del Estado, donde solicitaba una serie de información, entre ellas la del Sr. JUAN CARLOS MORENO en la empresa Seguros Suramericana.

El disenso radica en que si bien es cierto el 6 de octubre se recibió la información por Suramericana, es decir dentro de los 30 días otorgados por la legislación para hacer ese acto investigativo, sólo 3 días después se legalizó, precisando que son 12 horas que tiene el investigador para rendir el informe que, con las 24 horas que tiene el fiscal después de recibido, acudir al Juez de Control de Garantías para el control posterior, sumando así las 36 horas que ha establecido el legislador para que se haga este control posterior.



Entonces si la información fue recibida el 6 de octubre, sólo se tenía para acudir ante el Juez de Control de Garantías hasta el 9 de octubre, día en que se hizo el informe y al día siguiente (10) es que asiste la fiscal a hacer ese control posterior, entonces se tiene que no obstante de que eran varios los procesados y varias las personas y entidades a las que había que acudir, resultaba necesario hacer ese control, pues el derecho es individual y la información del Sr. JUAN CARLOS llegó el 6 de octubre.

Es una violación a la reserva legal, se trata de un derecho individual, no obstante que eran varios los procesados; no se discute que el 10 de octubre se legalizó, pero es que se trata de un derecho personalísimo del Sr. JUAN CARLOS MORENO CAÑAS, el cual se debía legalizar 36 horas después del 6 de octubre.

Con relación al segundo y tercer punto, cuya argumentación hace en bloque, por tratarse básicamente de los mismos argumentos y los cuales tienen que ver con la vigilancia y seguimiento, a raíz de la interceptación de las líneas 310 898 95 96 que al parecer portaba JUAN y 310 506 36 85 portada por "Pipe". Cuando la Fiscalía corrió traslado al escrito de acusación y por X o Y motivo falta algún elemento, por cuestiones de legalidad, de lealtad procesal, debe decir "*Sr. Fiscal me hizo falta este elemento*", pero es claro que estos dos abonados telefónicos, ninguno estaba relacionado en el escrito de acusación y siendo ello así, no tenía cómo pedir esa información, por desconocimiento.

Entiende que la Fiscalía puede hacer actos investigativos y no todo lo tiene que descubrir, pero tiene la obligación de descubrir y dar traslado tanto de lo favorable como de lo desfavorable al procesado. Se pregunta si la información era favorable a sus representados y por ello no se aportó. En ese sentido, como podría saber él o sus representados si esa actividad de vigilancia y seguimiento se produjo a raíz de una interceptación de comunicaciones, por lo cual *per se* están vulnerando derechos fundamentales como la intimidad personal y familiar, y que esa intervención que hubo en su contra realmente surtió control de legalidad ante un Juez de control de garantías; se van a quedar con la duda porque no lo saben.

Cita como ejemplo: si se intercepta para obtener otro elemento y se formaliza con un acto investigativo secundario y se hace después control posterior de vigilancia y



seguimiento, considera que tanto lo uno como lo otro debe ser aportado al proceso. El acusador tiene la obligación de acudir al Juez de Control de Garantías, una vez termine la interceptación, en el plazo establecido para ir a hacer el control posterior.

No tiene elementos para decir que no se legalizó o que se vulneró ese derecho que establece el artículo 239 de C. de P.P. No hay duda de que hubo un error de digitación y ello está claro, incluso reconocido por él mismo desde la primera audiencia, pero en este proceso la orden es por un año, 19 de febrero de 2019 a 19 de febrero de 2020, mientras que esa actividad investigativa es del 27 de marzo de 2019 y se le hizo control posterior el 5 de julio, rindiéndose el informe el 4 de julio. El punto concreto a que se opone la defensa es que cuando se tiene la actividad investigativa se debe hacer el control posterior.

Entonces ni cuando se obtuvo la información se legalizó, ni mucho menos cuando se cumplió el tiempo autorizado de un año. No comparte la teoría de la primera instancia, pues la norma es clara en señalar que cuando cumpla un año, para este caso, o cuando se obtenga la información, es proposición disyuntiva, una o la otra. Entonces el control no se hizo el 27 o 28 de marzo, sino el 5 de julio, entonces no se hizo en ninguna de las dos oportunidades que establece la norma.

Por lo expuesto, solicita que se revoque de manera parcial el auto de decreto de pruebas que se han admitido.

4. NO RECURRENTE

La Fiscalía, como no recurrente, manifestó que de conformidad con el artículo 177 del C. de P. P., que señala cuando es procedente la apelación, en ese sentido se tiene que es viable cuando se niega la práctica de prueba, lo cual no ha ocurrido, por lo menos frente a la temática que le comporta el interés a la defensa.

En cuanto a la exclusión de la búsqueda selectiva en base de datos que fuera autorizada su práctica en juicio oral, se tiene que el defensor está pidiendo que se resuelva frente a algo que ya fue decidido en primera instancia por el Juez de Control de Garantías, sin traer elementos distintos al contenido de un acta que es un



resumen de la audiencia, desconociendo total y absolutamente lo que ocurrió en la diligencia.

Frente al tema de la búsqueda selectiva en base de datos consagrada en el artículo 244 del C. de P.P., se tiene que culminada las actividades se cuenta con 24 horas para comparecer a la revisión del procedimiento y los resultados de la actividad investigativa, búsqueda selectiva o vigilancia y seguimiento.

Si bien el defensor no lo menciona, como no recurrente debe referenciarlo, esto respecto a la integralidad de la orden, la cual contempla un total de 7 actividades investigativas, que fueron realizadas y analizadas por el Juez de Control de Garantías, quien además dejó constancia en el acta que, atendiendo la hora de la última actividad investigativa desarrollada, se procedió a disponer del control constitucional de control posterior a la actividad investigativa. Esa última actividad se desarrolló el 9 de octubre a las 15 horas, la Fiscalía compareció dentro de las 24 horas siguientes a la culminación de la actividad investigativa, dejando constancia además de que se recibió a las 18:30 horas, es decir estaba dentro de las 12 horas, a primera hora hábil del día siguiente se acudió al Juez, es decir que a las 6 de la mañana se radicó.

Refiere la fiscal que si se hubiere revisado la información de manera completa como le corresponde al defensor, hubiera establecido que la diligencia inició a las 8: 32 horas, es decir estando dentro de las 12 y también de las 24 horas siguientes a la culminación de la actividad investigativa o como finalmente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia *"un término común de 36 horas"*.

La orden de actividades investigativas de vigilancia y seguimiento se termina cuando la Fiscalía no la necesita más, no cuando se hace la primera, la segunda o la tercera vigilancia, a menos que se llegue al término máximo, que fue lo que ocurrió en este caso. Una vez se presenta la solicitud de cancelación, se tienen 24 horas para acudir ante Juez de control constitucional, quien efectivamente lo revisó y fue así como se legalizó por el Juez 26 de Control de Garantías de Bogotá, a quien se le indicó que efectivamente no se requería continuar con la vigilancia de estas personas.



Tampoco el defensor escuchó la sustentación de la judicatura, pues no se trata del acta, sino de lo que realmente se desarrolló en la audiencia, esto fue lo que debió revisar el recurrente.

En criterio de la delegada, debió de manera responsable el defensor acudir con esa documentación ante Juez de Control de Garantías y revisar el porqué de esas decisiones y no simplemente suponer lo que pudo haber pasado en esas audiencias.

La Fiscalía acudió al Juez de Control de Garantías dentro de las 24 horas siguientes o como constitucionalmente se dice, dentro de las 36 horas comunes. No es posible amarrarse a las 12 horas para que el funcionario se presente, como así lo dispone el allanamiento y registro; no obstante, en este caso el informe fue rendido dentro de las 12 horas, momento en que consideraba pertinente suspender esa actividad investigativa y de igual manera la Fiscalía acudió dentro de las 24 horas siguientes.

Para solicitar la exclusión de una prueba en esta instancia procesal se hace necesario que el petente conozca realmente las minucias de la audiencia; de lo expresado por el Dr. Sidilfredo Hernández, encuentra que éste no escuchó en su integridad la intervención del Juez, siendo ello lo que conduce a su desacertada petición.

La actividad investigativa ha estado acompañada de los correspondientes controles constitucionales, previos y posteriores, para cada uno de los actos frente a los cuales ha presentado recriminación el recurrente.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Le asiste competencia a esta Sala de decisión para abordar el tema sometido a su consideración al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra los autos que en primera instancia profieran los jueces penales del circuito especializados, cuya categoría ostenta el despacho recurrido.

El recurso de apelación va dirigido a solicitar la exclusión probatoria por ilegalidad de los documentos obtenidos como resultado de la búsqueda selectiva en la base



de datos de Seguros Suramericana, así como de las vigilancia y seguimiento a los señores JUAN CARLOS MORENO CAÑAS y HERNÁN DARÍO MUÑOZ MÚNERA, al considerar que la información fue obtenida con violación al debido proceso.

Lo anterior, esencialmente por cuanto considera la defensa que los controles no se hicieron dentro de los términos legales, además que la actividad de vigilancia y seguimiento pudo haberse efectuado en razón a las interceptaciones de las comunicaciones realizadas a los abonados 3105063685 y 3108989596, los que al parecer portaban sus representados, interceptaciones que no fueron descubiertas por la Fiscalía.

Con el propósito de resolver la petición de exclusión de las pruebas, se tiene una aproximación a la temática en la providencia del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, explicó que la ilegalidad probatoria 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 ley..."*. En contraste, la prueba ilícita *"...es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales..."*; es decir, se vulnera de modo directo el núcleo esencial de un derecho de esa categoría.

La consecuencia jurídica en cada una de esas hipótesis varía, pues la prueba ilícita crea una situación incorregible en la que se sanciona con la exclusión del medio probatorio. En esas condiciones, ni siquiera actitudes negligentes de la defensa dirigidas a la adopción de correctivos permitirían soslayar la situación, resultando un imperativo para el funcionario judicial, ante su detección, que adopte medidas tendientes a su exclusión por la vulneración a derechos fundamentales.

Conforme al argumentos del defensor recurrente, el asunto de exclusión tiene que ver con prueba ilegal, también llamada irregular, frente a la cual corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación en orden a establecer si el requisito pretermitido resulta fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido



proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Dado que la intensidad es menor en lo que corresponde a la prueba ilegal, será necesario que, en cada caso particular, la parte interesada no solamente acredite la contrariedad del medio con la ley, por inobservancia de las exigencias para su acopio, sino su trascendencia en los derechos del afectado.

Precisado lo anterior, se dirá en punto a la exclusión que se reclama frente a los resultados obtenidos de la búsqueda selectiva en la base de datos de Seguros Suramericana, no discute el abogado que existió control de garantías por parte de Juez competente, el 10 de octubre de 2017, pero considera que esto se produjo por fuera de los términos legales, esto es 3 días después; precisa que, para este caso, se trata de un derecho personalísimo, pues aunque la orden iba dirigida a varias entidades, el término con que se contaba desde que se obtuvo la información de JUAN CARLOS MORENO CAÑAS corría de forma individual. Por su parte la Fiscalía precisó que la orden era contentiva de 7 actividades investigativas y que precisamente el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, dejó constancia que atendiendo a la hora en que se realizó la última actividad investigativa es que se procede a realizar el respectivo control, además que el informe se rindió dentro de las 12 horas y dentro de las 24 se acudió al control de legalidad, acorde a los mandatos legales.

El procedimiento establecido para la realización de una búsqueda selectiva en base de datos se encuentra contenido en el artículo 244 de la Ley 906 de 2004, el cual señala:

"BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS. La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.



En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

PARÁGRAFO 1o. Los términos para la búsqueda selectiva en base de datos en las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados en etapa de indagación serán de seis (6) meses y en investigación de tres (3) meses, prorrogables hasta por un término igual.

PARÁGRAFO 2o. En las investigaciones que se sigan contra Organizaciones Criminales, el Juez de Control de Garantías podrá autorizar el levantamiento de la reserva y el acceso a la totalidad de bases de datos en las cuales pueda encontrarse el indiciado o imputado, cuando así se justifique por las circunstancias del caso y el tipo de conducta punible que se investiga. Esta autorización se concederá por un término igual al contemplado en el párrafo primero, al término del cual, dentro de las treinta y seis horas siguientes al último acto de investigación se debe acudir nuevamente ante el juez de control de garantías, con el fin de solicitar sea impartida legalidad a la totalidad del procedimiento.

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la referida normal señaló la obligación de que la búsqueda selectiva en las bases de datos que realice la Fiscalía General de la Nación “que no sean de libre acceso”, o del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, deban contar siempre con una **orden judicial previa**:

***"Primero:** Declarar **exequible** la expresión "cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o" del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que se requiere de orden judicial previa cuando se trata de los datos personales, organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello.*

***Segundo:** Declarar **exequible** el inciso segundo del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que se requiere de orden judicial previa cuando se trata de datos personales organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello¹.*

Ahora bien, en este caso la fiscal dio cuenta que la orden de búsqueda selectiva en base de datos contenía 7 actividades investigativas, es decir existió una unidad de orden desde el mismo momento en que fue sometida a control previo ante el correspondiente Juez de control de garantías, con un plazo determinado para su desarrollo.

El control posterior se realizó por el juez competente en término y según lo advirtió la Fiscalía, se atendió a la hora en que se efectuó la última actividad investigativa; no existe razón jurídica, legal o constitucional, para que ese control reclamado por

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.



el apelante se hubiera realizado, pues sería generar congestión y desgaste innecesario a la administración de justicia.

La unidad de orden es lo que determina el plazo del cumplimiento de lo que se autorizó obtener y el control posterior está determinado en términos de razonabilidad por la última investigación que se cumplió.

Al margen de lo anterior, no se puede soslayar que al ser la parte que alega la situación irregular, tiene la carga de acreditar vicio trascendente que esencialmente afectará irrazonablemente un derecho fundamental de los procesados, lo cual no ha ocurrido; por el contrario, se entiende que, al ser legalizadas esas actividades por un Juez de Control de Garantías, lo cual no se discute por el defensor, es porque ciertamente se cumplió con las formalidades dispuestas por el legislador.

De otro lado, en lo que respecta a las interceptaciones de comunicaciones realizadas a los abonados 3105063685 y 3108989596 que al parecer portaban los acusados, se debe señalar que, como el mismo defensor lo advirtió, esa información no fue descubierta, por lo cual la primera instancia concluyó que en ese sentido resulta irrelevante.

Debe tenerse presente que la exclusión opera cuando se hace la solicitud probatoria de un medio de convicción, en este caso frente a esas interceptaciones no se hizo solicitud, entonces carece de objeto pronunciamiento alguno.

No desconoce la Sala que la Fiscalía, según mandato constitucional, tiene el deber de descubrir también lo favorable al procesado, pero en este caso el recurrente hace una "afirmación hipotética", pues no conoce el contenido de esas interceptaciones, entonces no puede suponer, ni que le sean favorables, ni que son el fundamento del seguimiento y la vigilancia; tendría que probarlo, lo cual no ocurrió. La Fiscalía no consideró necesario la aducción de esa prueba a juicio, en este sentido debe precisarse que los fiscales obran con objetividad y los jueces con imparcialidad. El efecto de no descubrir es que tampoco puede ser utilizado en cualquier momento del proceso.



En cuanto a la vigilancia y seguimiento de personas, el mismo defensor señaló que no tiene elementos para decir que ese procedimiento no fue legalizado, su inconformidad radica es en punto a que la actividad investigativa se realizó el 27 de marzo de 2019, el informe se rindió el 4 de julio y el control posterior se hizo el 5 siguiente, pues considera que cuando se tenga la actividad investigativa se debe hacer el control. La norma que regula esta materia es la siguiente:

“Artículo 239. Vigilancia y seguimiento de personas. Sin perjuicio de los procedimientos preventivos que adelanta la fuerza pública, en cumplimiento de su deber constitucional, el fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado pudiere conducirlo a conseguir información útil para la investigación que se adelanta, podrá disponer que se someta a seguimiento pasivo, por tiempo determinado, por parte de la Policía Judicial. Si en el lapso de un (1) año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieren nuevos motivos.

En la ejecución de la vigilancia se empleará cualquier medio que la técnica aconseje. En consecuencia, se podrán tomar fotografías, filmar videos y, en general, realizar todas las actividades relacionadas que permitan recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes, las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

En todo caso se surtirá la autorización del Juez de Control de Garantías para la determinación de su legalidad formal y material, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la expedición de la orden por parte de la Fiscalía General. Vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Parágrafo. La autoridad que recaude la información no podrá alterar ninguno de los medios técnicos anteriores, ni tampoco hacer interpretaciones de los mismos”.

La inconformidad del defensor es en cuanto al control posterior a la orden de seguimiento y vigilancia, que en este caso se dio por un año, al parecer desde el 19 de febrero de 2019, pues no existe duda que la Fiscalía compareció ante el Juez competente para la revisión de legalidad, pero se dice que no lo hizo en término.

La norma, como se acaba de referenciar, establece que *“... vencido el término de la orden de vigilancia u obtenida la información útil para la investigación el fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías”*, lo cual permite concluir que se está frente a una intervención que permanece en el tiempo, en ese sentido la orden ha de terminar cuando se cumple el término otorgado para su ejecución o antes si el Fiscal considera que ya no es necesaria.



No tendría sentido que ante cualquier actividad investigativa se hiciera control posterior, se trata de un solo procedimiento a desarrollar autorizado por un interregno de tiempo, por lo cual resulta lógico y razonable que la cancelación se solicite como en este caso, cuando se advierte que ya no es necesaria dentro de los límites legales, téngase en cuenta que quien verifica con objetividad la utilidad o no de la información es el fiscal.

Como bien lo advierte la fiscal, no es con la primera, segunda o tercera vigilancia que se acude al control posterior, lo cual es obvio, pues la misma norma habla de información útil y, en ese sentido, quien determina con objetividad la utilidad de los hallazgos es el acusador, quien para el caso presentó solicitud de cancelación antes del vencimiento del término otorgado; además, se dice que el informe se presentó dentro de las 12 horas y en las 24 se legalizó ante el Juez competente en la ciudad de Bogotá, es decir dentro de las 36 horas, sin que haya prueba en contrario.

Precisamente en lo que respecta al término de las 36 horas, que fue un disgusto generalizado del recurrente, por cuanto insistentemente piensa que existe distinción tajante entre las 12 horas del investigador para rendir el informe y las 24 del fiscal para su solicitud. Precisa la Sala que frente al control de búsqueda selectiva en base de datos, regulado en el artículo 244 del C.P.P., no opera la distinción entre las 12 horas del investigador y las 24 del fiscal, por cuanto no se trata de actos investigativos que se rijan por las normas de allanamiento y registro, sino que tiene una norma especial y un término general de 36 horas; y; en cuanto al control posterior de la vigilancia y seguimiento a personas, es claro que aunque el término previsto por el artículo 237 *ibidem* es de 24 horas, el mismo no se superó en atención a que en aplicativo de una interpretación teleológica de la norma que rige el acto investigativo, lo que se busca es que finalmente se realice la respectiva revisión de legalidad ante Juez de Control de Garantías, como en efecto se hizo, pues en caso que de que fuera superado el término del artículo 228 del procedimiento penal, este se descontaría del previsto para el artículo 237 *ibid.*, es decir lo que se excedió en la presentación el informe del investigador, sin superar esas 36 horas.

Recapitulando, encuentra la Sala que las solicitudes de exclusión de los elementos materiales probatorios propuestas por la defensa no prosperan, en tanto no hay



circunstancias que permitan deducir ausencia de algunos de los requisitos de legalidad o que se hayan obtenido con violación a garantías fundamentales individuales, quedándole sólo a la juez *a quo*, como en efecto ocurrió, verificar los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba; ciertamente que tampoco se precisó la trascendencia y verdadera afectación a garantías constitucionales.

Las anteriores, son las razones para que se confirma la negativa de exclusiones probatorias.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, esta **Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, RESUELVE: CONFIRMAR** la decisión adoptada por la Juez Tercera Penal del Circuito Especializada de Medellín, en desarrollo de la audiencia preparatoria, tal como se estableció en la parte motiva. Remítase la actuación al Despacho de origen, para lo de su cargo. Así fue aprobada en Sala por los Magistrados que la integran, según consta en el acta respectiva.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente

SANTIAGO APRAÉZ VILLOTA

Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado