El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 13 de marzo de 2017

Proceso: Penal - Confirma negativa sobre la exclusión de evidencias contenidas en la acusación

Radicación Nro. : 66001 60 00 035 2016 00356 01

Acusado: JORGE ANDRÉS CASTAÑEDA MORA

Magistrado Sustanciador: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

**Temas: LEGALIDAD DE LA EVIDENCIA FÍSICA DEFINIDA COMO “MEDIO DE CONOCIMIENTO” OBTENIDA EN EJERCICIO DE LAS ACTIVIDADES DE POLICÍA JUDICIAL / NO EXISTE INTERCEPCIÓN ILEGAL DE CORRESPONDENCIA.** “Para dar solución al problema jurídico propuesto hay que tener en cuenta que el artículo 205 del CPP faculta a los servidores públicos de Policía Judicial para que una vez tengan conocimiento de la ocurrencia de una conducta punible, realicen sin necesidad de autorización de funcionarios judiciales, los “actos urgentes” contemplados en esa norma, que incluyen “*la inspección en el lugar del hecho”. S*egún reza la misma norma: *“identificarán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física…”,* luego de lo cual deben remitir el correspondiente informe ejecutivo al fiscal encargado del caso. En este caso se advierte que si el PT. Gómez Pineda abrió el sobre que iba dirigido al exterior a través de la empresa “Deprisa Internacional”, fue precisamente porque advirtió el olor a estupefacientes que emanaba del mismo, lo cual fue confirmado con la prueba preliminar que le hizo a las hojas que estaban impregnadas de cocaína. La situación antes mencionada lleva a que se pueda definir la actuación del citado policial como el ejercicio de un acto propio de su cargo en la Policía Antinarcóticos, que se puede asimilar a la actividad prevista en el artículo 208 *ibídem,* que permite a los servidores de Policía Nacional recoger y embalar técnicamente EMP y evidencia física en actos de registro personal o de vehículos, que es lo que se conoce como “registros preventivos” según lo manifestado en la sentencia C-789 del 20 de septiembre de 2007 de la Corte Constitucional. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que según el contexto fáctico del caso, unas hojas caladas con cocaína no se pueden definir como una “correspondencia” protegida por el derecho a la intimidad, siguiendo la definición del diccionario de la Real Academia Española así: *“Correspondencia. Correo: conjunto de cartas que se despachan o reciben.”* (…) Por lo tanto resulta claro que en este caso no se interceptó ninguna “correspondencia” sino unas hojas sobre las cuales se había extendido cocaína para ser enviada al exterior y por ello no había ninguna comunicación privada que estuviera preservada por el derecho a la intimidad, por lo cual el predicamento del recurrente resulta controvertido por el mismo contexto fáctico del caso que demuestra que el PT. Gómez Pineda, en ejercicio de sus labores advirtió que había un sobre de cartón que olía a cocaína, por lo cual lo abrió encontrando en su interior un contrato de arrendamiento impregnado con la sustancia ilícita, que para efectos legales viene a ser una evidencia física definida como “medio de conocimiento”, según el artículo 382 del CPP, que fue obtenido dentro del ejercicio de las actividades de Policía que contempla el artículo 205 *ibídem,* inciso primero, por lo cual no había lugar a aplicar la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 *in fine* de la Constitución y en el artículo 23 del CPP. Por esa razón se considera que la FGN estaba habilitada para presentar las evidencias mencionadas, ya que el artículo 357 del estatuto procesal señala precisamente que las partes deben probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso. En consecuencia se advierte que en este caso no se pretende introducir al juicio ninguna prueba ilícita, que se encuentra viciada por haberse afectado el derecho a la intimidad del señor Castañeda Mora.”.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 210 del diez (10) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Pereira, trece (13) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 2:06 p.m.

1. **ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por el Delegado del Ministerio Público, contra la determinación adoptada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Pereira en la audiencia preparatoria que se adelantó el 25 de octubre de 2016, en la cual se admitieron como pruebas de la FGN, las siguientes: i) Formato acta de incautación fechado 20 de diciembre de 2014; ii) carta de responsabilidad; iii) acta de inspección a correo; y iv) álbum fotográfico ilustrativo de los elementos incautados.[[1]](#footnote-1)

**2. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO ORIGEN AL PRESENTE RECURSO.**

2.1 En la audiencia preparatoria que se adelantó el 25 de octubre de 2016, se cumplieron las siguientes actuaciones relevantes:

2.2 El delegado de la FGN solicitó que decretaran las pruebas que mencionó en el escrito de acusación. Expuso que la prueba documental sería tenida en cuenta para efectos de refutar credibilidad, refrescar memoria, como base de opinión pericial o como prueba de referencia, en caso de ser necesario.

2.3 El delegado del Ministerio Público solicitó que se excluyera como prueba toda la actuación derivada del acto de investigación realizado por el funcionario de Policía Ángel Litini Gómez Pineda.

Para el efecto expuso que ese servidor sin que existieran motivos fundados, había dado apertura a un paquete en el aeropuerto Matecaña de Pereira donde se encontraron 137 gramos de cocaína.

Indicó que se trataba de un acto arbitrario para lo cual hizo referencia a la cláusula de exclusión contemplada en los artículos 23, 232, 455 del CPP, que vulneró el derecho a la intimidad, pues no se contaba con orden de la FGN para abrir esa correspondencia.

2.4 El Fiscal se opuso a esa petición, considerando que no se presentaba un caso de apertura ilegal de correspondencia, sino un evento de descubrimiento inevitable, ya que el mismo patrullero manifestó que en la bodega de la empresa “Deprisa” del aeropuerto local había percibido un fuerte olor a estupefacientes que provenía de un sobre, por lo cual actuó en cumplimiento de la misión institucional de la Policía Nacional, cuyos miembros no podían estar solicitando autorizaciones a la FGN para revisar mercancías, sobres o maletas en el terminal aéreo, máxime si al inspeccionar el sobre comprobó que olía a una sustancia estupefaciente, fuera de que la guía aérea no tenía dirección ni teléfono del remitente y solamente iba destinada a España.

Agregó que en el procedimiento no se vulneró ninguna norma; que ya había una persona condenada por este hecho, quien aceptó haber llevado el sobre al correo para enviarlo a España; que se trataba de labores propias de la Policía Nacional como ocurre cuando se registran personas o bienes y que el hallazgo de un paquete con olor a estupefacientes indicaba que existía una conducta delictiva que el mencionado patrullero debía investigar, sin necesidad de ninguna orden.

2.5 La defensora del procesado se refirió a la garantía de inviolabilidad de la correspondencia. Expuso que al incautar el EMP, el patrullero Gómez Pineda no cumplió con la normatividad sobre la materia, ya que debió haber acudido a la FGN para obtener la orden de apertura del paquete y verificar su contenido. Solicita que se acoja la petición del Procurador.

**3. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.**

3.1 El juez de conocimiento consideró que en el caso en estudio, se debía analizar el contexto de los hechos que dieron lugar al hallazgo del sobre que iba a ser enviado a las Islas Canarias, que indicaba que en este caso se había presentado un evento de descubrimiento inevitable ya que se obtuvo información sobre el fuerte olor a estupefaciente del sobre que fue abierto, lo que llevó al urbano a detectar la presencia de la droga.

Igualmente expuso que luego de que se produjo el hallazgo se orientó la investigación contra Cristian Hernando Moncada Rodríguez quien fue identificado como la persona que llevó el sobre a la empresa de mensajería, lo entregó, le impuso la huella y dio razón respecto al origen del envío, señalando a Jorge Andrés Castañeda Mora, como la persona que le había entregado el citado elemento.

La presente investigación se deriva del proceso contra el señor Moncada Rodríguez quien aceptó su responsabilidad a través de un preacuerdo que fue aprobado, luego de lo cual se dictó sentencia condenatoria en su contra, por lo cual la supuesta ilegalidad de la prueba cuya exclusión se solicita se debió analizar en el proceso que se adelantó contra Moncada Rodríguez y no en el juicio que se lleva a cabo contra el señor Castañeda Mora.

En consecuencia no accedió a la solicitud del Procurador Judicial No. 149, para que se excluyeran esas evidencias.

3.2 La decisión fue recurrida por ese funcionario.

**4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.**

4.1 Representante del Ministerio Público (recurrente)

* El miembro de la Policía Nacional debió acudir ante la FGN al darse cuenta que existían motivos fundados para abrir el paquete que contenía la droga, y al no hacerlo se entiende que ese elemento fue inspeccionado de manera arbitraria por el patrullero Gómez Pineda.
* En este caso existe una relación directa entre la responsabilidad que se predica del acusado Castañeda Mora y el hallazgo de la droga en la encomienda en mención.
* Repitió su argumentación inicial. Citó un precedente de la SP de la CSJ y las normas que invocó para sustentar su solicitud de exclusión probatoria.
* Considera que en este caso no se cumplieron los requisitos legales para interceptar la correspondencia que es inviolable, lo que afectó el derecho a la intimidad, máxime si en la doctrina internacional (TS de España) se ha desarrollado un concepto amplio de lo que se entiende como “correspondencia“ que es enviada a través de un sistema de mensajería.
* El paquete fue abierto de manera arbitraria por el PT. Gómez Pineda. No hubo un evento de descubrimiento inevitable ya que no se presentó una búsqueda previa, ni una circunstancia de vínculo atenuado ya que aunque fue señalado el señor Castañeda Mora, no se habría llegado hasta el acusado, sino fuera por la actuación irregular del urbano que abrió el paquete.
* Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y que se decrete la exclusión de los EMP relacionados con la actuación ilegal que efectuó el mencionado patrullero Gómez Pineda.

4.2 Delegado de la FGN (no recurrente)

* Se presentó una situación de descubrimiento inevitable de la droga en mención efectuada por un integrante de la Policía Antinarcóticos que prestaba sus servicios en el aeropuerto de esta ciudad, lo que obligaba al PT. Gómez Pineda a actuar al advertir la presencia de estupefacientes, situación que fue comprobada ya que existe una persona que aceptó cargos por enviar droga al exterior, la cual fue condenada.
* El informe policial indica que no había ni dirección ni identificación del remitente del envío. Por lo tanto no existió ninguna afectación del derecho a la intimidad, ya que no se supo quién enviaba el paquete.
* La actuación fue adelantada por un patrullero especializado en la materia, quien advirtió la presencia del material estupefaciente en ese sobre, por lo cual no se trató de una sospecha, sino de un descubrimiento real de una droga que realizó el mencionado urbano.
* Pide que se confirme la decisión recurrida, ya que el procedimiento fue ajustado a la ley.

4.3 Defensora (no recurrente)

* Se adhiere a los argumentos del delegado del Ministerio Público, ya que se omitió el trámite previsto en la ley para interceptar una correspondencia, teniendo en cuenta la normativa internacional que resulta aplicable al caso, lo que demuestra que si se violó el derecho a la intimidad como consecuencia de la actuación irregular del PT. Gómez Pineda, quien previamente debió haber solicitado la orden respectiva a la FGN, al advertir que el sobre contenía estupefacientes.
* No se presentó el vínculo atenuado referido por el Fiscal, ya que la condena del señor Moncada Rodríguez se basó en la apertura irregular de la correspondencia donde se halló la droga y no existe un evento de descubrimiento inevitable, ya que en ese momento no se adelantaba ninguna búsqueda que determinara la apertura de ese paquete, lo cual no se puede excusar por el hecho de que el PT. Gómez estuviera adscrito a la Policía Antinarcóticos.
* Pide que se revoque la decisión recurrida,

**5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**.

5.1 Esta colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en el artículo 179C del CPP

5.2 Al examinar la decisión recurrida, se advierte que la solicitud puntual del delegado del Ministerio Público era que se excluyeran unas pruebas mencionadas en el escrito de acusación así:

*DOCUMENTOS:*

*Informe de fecha 20 de diciembre de 2014, suscrito por el patrullero ANGEL LITINI GÓMEZ PINEDA, adscrito a la Policía Nacional de Pereira, con anexos:*

* *Formato acta de incautación fechado 20 de diciembre de 2014.*
* *Carta de responsabilidad,*
* *Acta de inspección a correo.*
* *Álbum fotográfico ilustrativo de los elementos incautados.[[2]](#footnote-2)*

5.3 Dicha pretensión fue denegada por el juez de conocimiento, lo que se traduce en que esa evidencia fue admitida como prueba para el juicio, decisión que fue apelada por el delegado del Ministerio Público.

5.4 En consecuencia, luego de que el recurrente sustentara el recurso propuesto y se presentara la intervención de los no recurrentes, el juez de conocimiento concedió el recurso de apelación que se formuló.

5.5 En este caso específico el delegado del Ministerio Público solicitó que se excluyeran las evidencias antes mencionadas por ilegalidad de la prueba, para lo cual adujo en lo esencial que el agente Gómez Pineda debió haber obtenido una orden de la FGN para abrir el sobre donde se encontró la droga y se debió someter ese acto a un control posterior por parte de un juez con funciones de control de garantías, con lo cual vulneró los derechos a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia.

5.6 En ese orden de ideas es necesario aclarar que el debate propuesto no se centra en las condiciones de admisibilidad de los EMP referidos, previstos en el artículo 375 del CPP.

Por lo tanto no resulta aplicable al caso el precedente CSJ SP del 27 de julio de 2016, radicado 47469, en el aparte relativo a la no procedencia del recurso de apelación contra el auto que admite la práctica de una prueba para el juicio oral, con base en lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 177 del CPP, ya que se entiende que esa decisión está condicionada al estudio de los factores de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba ya mencionados, situación que no se presentó en el caso *sub examen.*

En ese sentido se citan apartes del precedente mencionado, donde se hace la distinción respectiva así:

(…)

*“ … Ahora, en punto del numeral 5 del canon 177 ib., que regula el recurso de apelación contra el «auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral», y que en la decisión del 13 junio de 2011, (CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562) fue interpretado como una norma en la cual no se hace distinción alguna sobre el sentido de la decisión, la Corte en esta oportunidad debe indicar lo siguiente:*

*En su sola verificación textual, la confrontación de los numerales 4° y 5° del artículo 177, parece entrañar una clara desarmonía o, mejor, una distinta solución para circunstancias que aparentemente operan similares.*

*Y, claro, la cuestión fundamental estriba en definir por qué si la solicitud de pruebas a practicar en el juicio únicamente permite el recurso de apelación cuando se niega, no ocurre igual con la exclusión de pruebas a introducir en ese momento procesal, que permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga.*

*La razón de la diferenciación emerge evidente.*

*Es que, cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.*

*En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudirse al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.*

*Lo anterior encuentra fundamento en que, como desde el principio se definió, la facultad del legislador para regular el recurso vertical se encuentra limitado por los casos en que se afecten derechos fundamentales, apenas natural surge que en tratándose de la exclusión probatoria, íntimamente ligada con éstos, se facultara en toda su extensión la posibilidad de impugnación.*

*Precisamente, ello se acompasa con la cita jurisprudencial referenciada al inicio (sentencia C-738 de 2006), en cuanto definió que la libertad de configuración normativa respecto del tópico opera «siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales».*

*En este punto, la Corte quiere hacer hincapié en la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.*

*Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías…”* (Subrayas fuera del texto)

5.7 Con base en estas consideraciones la Sala abordará el estudio del recurso propuesto que en lo esencial se basa en lo dispuesto en los artículos 233 y 234 del CPP, cuyo texto es el siguiente:

*“ARTÍCULO 233. RETENCIÓN DE CORRESPONDENCIA. El Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la policía judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que existe información útil para la investigación.*

*En estos casos se aplicarán analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.*

*Así mismo, podrá solicitarse a las oficinas correspondientes copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado.*

*Similar procedimiento podrá autorizarse para que las empresas de mensajería especializada suministren la relación de envíos hechos por solicitud del indiciado o imputado o dirigidos a él.*

*Las medidas adoptadas en desarrollo de las atribuciones contempladas en este artículo no podrán extenderse por un período superior a un (1) año.”*

*“ARTÍCULO 234. EXAMEN Y DEVOLUCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA. 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 doce (12) horas, informará de ello al fiscal que expidió la orden.*

*Si se tratare de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente ordenará el desciframiento por peritos en criptografía, o su traducción.*

*Si por este examen se descubriere información sobre otro delito, iniciará la indagación correspondiente o bajo custodia la enviará a quien la adelanta.*

*Una vez formulada la imputación, o vencido el término fijado en el artículo anterior, la policía judicial devolverá la correspondencia retenida que no resulte de interés para los fines de la investigación.*

*Lo anterior no será obstáculo para que pueda ser devuelta con anticipación la correspondencia examinada, cuya apariencia n o se hubiera alterado, con el objeto de no suscitar la atención del indiciado o imputado.”*

5.8 En el caso *sub lite* no se ha controvertido el *factum* del escrito de acusación según el cual el 20 de diciembre de 2014 a las 11.20 horas el PT. Ángel Litini Gómez Pineda, quien prestaba servicio en el aeropuerto “Matecaña” de esta ciudad, estaba efectuando una inspección antinarcóticos al correo que tenía destino al exterior y que en las instalaciones de la firma “Deprisa Internacional”, encontró un sobre de cartón con logotipos de la empresa “UPS EXPRESS ENVELOPE”, que contenía en su interior un contrato de arrendamiento de una vivienda rural en ocho (8) hojas que llevaban impregnada una sustancia con un olor fuerte característico de estupefacientes, por lo cual lo realizó la prueba de “narco test”, comprobando que era positivo para cocaína, la cual arrojó un peso de 137 gramos.

Se expone igualmente que el documento, denominado “carta de responsabilidad” aparecía como remitente Cristian Hernando Moncada Rodríguez, quien luego rindió una diligencia de interrogatorio donde dijo que el procesado Jorge Andrés Castañeda Mora le había entregado el sobre en mención que según le dijo contenía un contrato de arrendamiento.

5.9 Para dar solución al problema jurídico propuesto hay que tener en cuenta que el artículo 205 del CPP faculta a los servidores públicos de Policía Judicial para que una vez tengan conocimiento de la ocurrencia de una conducta punible, realicen sin necesidad de autorización de funcionarios judiciales, los “actos urgentes” contemplados en esa norma, que incluyen “*la inspección en el lugar del hecho”. S*egún reza la misma norma: *“identificarán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física…”,* luego de lo cual deben remitir el correspondiente informe ejecutivo al fiscal encargado del caso.

5.10 En este caso se advierte que si el PT. Gómez Pineda abrió el sobre que iba dirigido al exterior a través de la empresa “Deprisa Internacional”, fue precisamente porque advirtió el olor a estupefacientes que emanaba del mismo, lo cual fue confirmado con la prueba preliminar que le hizo a las hojas que estaban impregnadas de cocaína.

5.11 La situación antes mencionada lleva a que se pueda definir la actuación del citado policial como el ejercicio de un acto propio de su cargo en la Policía Antinarcóticos, que se puede asimilar a la actividad prevista en el artículo 208 *ibídem,* que permite a los servidores de Policía Nacional recoger y embalar técnicamente EMP y evidencia física en actos de registro personal o de vehículos, que es lo que se conoce como “registros preventivos” según lo manifestado en la sentencia C-789 del 20 de septiembre de 2007 de la Corte Constitucional.

5.12 Ahora bien, debe tenerse en cuenta que según el contexto fáctico del caso, unas hojas caladas con cocaína no se pueden definir como una “correspondencia” protegida por el derecho a la intimidad, siguiendo la definición del diccionario de la Real Academia Española así: *“Correspondencia. Correo: conjunto de cartas que se despachan o reciben.”*

5.13 Y en ese orden de ideas lo real es que al no haberse interceptado ninguna “correspondencia” en sentido estricto, no resultaba aplicable al caso el artículo 15 del texto superior que dispone lo siguiente: *“La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.”.*

5.14 A su vez el asunto *sub lite* no se asemeja a la situación regulada por el primer inciso del artículo 233 del CPP, ya que no se trata de un caso en que la FGN tuviera *“motivos razonablemente fundados”*, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en ese estatuto, para inferir que el señor Jorge Andrés Castañeda Mora estuviera realizando alguna de las conductas descritas en esa norma, que ameritara la expedición de una orden de un delegado de la FGN para *“obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado”.*

5.15 Por lo tanto resulta claro que en este caso no se interceptó ninguna “correspondencia” sino unas hojas sobre las cuales se había extendido cocaína para ser enviada al exterior y por ello no había ninguna comunicación privada que estuviera preservada por el derecho a la intimidad, por lo cual el predicamento del recurrente resulta controvertido por el mismo contexto fáctico del caso que demuestra que el PT. Gómez Pineda, en ejercicio de sus labores advirtió que había un sobre de cartón que olía a cocaína, por lo cual lo abrió encontrando en su interior un contrato de arrendamiento impregnado con la sustancia ilícita, que para efectos legales viene a ser una evidencia física definida como “medio de conocimiento”, según el artículo 382 del CPP, que fue obtenido dentro del ejercicio de las actividades de Policía que contempla el artículo 205 *ibídem,* inciso primero, por lo cual no había lugar a aplicar la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 *in fine* de la Constitución y en el artículo 23 del CPP.

5.16 Por esa razón se considera que la FGN estaba habilitada para presentar las evidencias mencionadas, ya que el artículo 357 del estatuto procesal señala precisamente que las partes deben probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

5.17 En consecuencia se advierte que en este caso no se pretende introducir al juicio ninguna prueba ilícita, que se encuentra viciada por haberse afectado el derecho a la intimidad del señor Castañeda Mora.

En torno al tema propuesto se debe citar el precedente CSJ SP del 7 de septiembre de 2006, radicado 21529, donde se examinaron los conceptos de “prueba ilícita” y “prueba ilegal” así:

*“(…)*

*5. El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

*La exclusión opera de maneras diversas y comporta consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.*

*5.1 Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima;  y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.*

*La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopese para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de confirmad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta…”*

*(…) .*

*5.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior.*

*En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba…” .*

5.18 Las razones antes mencionadas llevan a concluir que las evidencias presentadas por la FGN no tiene esa connotación, por lo cual se considera que le asistió razón al juez de primer grado al negar la exclusión de esos medios probatorios, lo que conduce a confirmar la decisión protestada.

En consecuencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada por el juez de primer grado en la audiencia preparatoria realizada el 25 de octubre de 2016, en el sentido de no excluir las evidencias referidas en el apartado 5.2 de esta determinación.

**SEGUNDO:** Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

1. Folio 5 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 5 [↑](#footnote-ref-2)