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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: PRUEBAS / LIBERTAD PROBATORIA / CLASIFICACIÓN / INFORMES DE POLICÍA JUDICIAL / NATURALEZA Y ALCANCES PROBATORIOS.**

… la Ley 906 de 2004 consagra expresamente el principio de libertad probatoria. En efecto, el Art. 373 establece que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”.

De acuerdo con lo anterior, en el ámbito del sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, la Sala ha discernido que los medios cognoscitivos se clasifican en cinco categorías, en concreto: “(i) los elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) la información,(iii) el interrogatorio a indiciado, (iv) la aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipa”. A su vez, la Corte tiene dicho que “la información comprende los denominados informes de investigador de campo y de investigador de laboratorios, conocidos también como informes policiales e informes periciales… y toda fuente de información legalmente obtenida que no tenga cabida en la definición de elemento material probatorio y evidencia física, como las entrevistas realizadas por policía judicial». (…)

Aunque por regla general los Informes de Policía Judicial no son considerados como pruebas admisibles en el juicio oral, en el presente asunto los IPJ del 04 de septiembre de 2013 y 07 de marzo de 2014 pueden ser admitidos como prueba de acuerdo a lo dicho atrás, toda vez que en ellos se da cuenta de las actividades realizadas por los investigadores para lograr la identificación y vinculación del ahora Procesado en los hechos delictuales que se le endilgan, además de que están siendo introducidos por medio del investigador que los elaboró y será el A quo quien al momento de apreciar el acervo probatorio determine el poder suasorio que tienen los mismos.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado Acta No. 853 del 27 de septiembre de 2019. H: 11:40 a.m.

Pereira, septiembre treinta (30) de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:06 a.m.

Rad. # 11001-6000-000-2014-01041-03

Acusado: GSE

Delito: Rebelión agravada

Procede: Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía

Decisión: Confirma auto confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del procesado **GSE** en contra del auto proferido el día 15 de julio de 2019 por medio del cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral se abstuvo de excluir unas pruebas y en consecuencia aceptó el ingreso de unos elementos materiales probatorios solicitados por la Fiscalía*.*

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura datan a partir del 27 de diciembre del año 2012, con la denuncia impetrada por el propietario de la mina de oro de nombre el “El Danubio”, ROBERTO DE JESÚS ESTRADA, ubicada en el Corregimiento Puerto de Oro del municipio de Mistrato-Risaralda, a quien un hombre que se identificó con el alias de “Wilson”, cabecilla de finanzas del Frente Cacique Calarcá del ELN, que delinque en esa zona, le solicitaba la entrega anual de $5.000.000 para la organización guerrillera a cambio de permitirle continuar ejerciendo su actividad minera, dinero que él no pagó. Esa fuente humana, suministró los números telefónicos desde los cuales se le estuvieron realizando las llamadas extorsivas.
2. Así las cosas, la Fiscalía General de la Nación dio inicio a las labores investigativas pertinentes, entre ellas la interceptación de varios de esos números de celular, entre ellos la línea 317-2812373 que resultó ser portada por una persona de sexo masculino, que se identificó como **“*GENARO”***, con quien el cabecilla del ELN alias “Wilson” se comunicó en varias oportunidades dándole instrucciones para que coordinara la consecución y entrega de medicamentos, la ejecución de atentados contra habitantes del sector en colaboración con terceros que también hacían parte de ese frente guerrillero; así como de alertar e informar de la presencia de la fuerza pública en el municipio de Mistrato, coordinar y apoyar el ocultamiento de armas de fuego para evitar que fueran incautadas por la Fuerza Pública. Con ese mismo monitoreo a la línea telefónica, se pudo establecer que su propietario era el señor GSE, toda vez que este, en una llamada suministró sus datos personales como nombre, número de cédula, nombre de su esposa, ocupación y lugar de trabajo, esto es Hospital San Vicente de Paul ESE del municipio de Mistrato donde era servidor público; llegando de esa manera a su plena identificación e individualización. Con esa información, el 14 de julio de 2014 se solicitó la expedición de orden de captura en su contra, la que se hizo efectiva el 30 de ese mismo mes y año.
3. Las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento se efectuaron ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Belén de Umbría, el 31 de julio de 2014, en las cuales al entonces indiciado GSE, después de impartírsele legalidad a su aprehensión, se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Rebelión agravada por tratarse de un servidor público, cargos que no fueran aceptados. Finalmente, en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento, le fue impuesta la detención preventiva en establecimiento de reclusión, decisión que fue recurrida por el defensor y que se resolvió el 11 de diciembre de ese mismo año, por parte del Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, quien la modificó por detención domiciliaria.
4. La Fiscalía el 30 de octubre de 2014 radicó escrito de acusación en contra del presunto responsable, correspondiéndole por reparto al Juez Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, quien el 12 de diciembre de 2014 se declaró impedido para conocer el asunto, puesto que ya había conocido en segunda instancia de la apelación de la medida de aseguramiento; razón por la que procedió a remitir el expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, quien aceptó el impedimento y asumió el conocimiento del asunto el 19 de diciembre de 2014, fijando como fecha para la audiencia de formulación de acusación el día 29 de enero de 2015.
5. La audiencia de acusación se llevó a cabo en la fecha programada, en cuya vista se reiteran – a modo de acusación formal- los cargos primigeniamente endilgados al señor GSE, y la audiencia preparatoria se agota el día 18 de marzo de 2016, señalando como fecha para iniciar el juicio los días 6 y 7 de julio del año en mención.
6. En la fecha señalada se dio inició a la audiencia de juicio oral, con la presentación de las partes de sus teorías del caso. Posteriormente se comenzó con la práctica de las pruebas testimoniales del Ente Acusador, cuando se habían escuchado a dos testigos, se solicitó el aplazamiento de la continuación de la diligencia toda vez que no estaban disponibles los demás deponentes, así las cosas se fijó para el día 13 de octubre de 2016. El día mencionado, se reanudó el juicio para continuar con la etapa probatoria de la Fiscalía, por lo que se llamó al estrado al investigador de la Policía Judicial PT. GONZALO OLAYA PULIDO, con el objeto de conocer la actividad investigativa desplegada por él en cuanto a la interceptación de las llamadas telefónicas entrantes y salientes relacionadas con el número celular *317-2812373* que se dice pertenecía al procesado, y su relación con el abonado celular *318-2221989* perteneciente al cabecilla del ELN Alias “WILSON”. Con este funcionario, después de que había rendido parte de su testimonio, la delegada del Ente Acusador, solicitó se ingresaran como pruebas documentales # 1 y 2 los informes rendidos por él y conocidos como formatos PFJ-11 del 24 de abril de 2014 correspondiente a cada uno de los números celulares arriba mencionados. El señor Juez de la causa aceptó el ingreso de esos elementos para ser valorados como complemento a la declaración. Frente a esta decisión el señor Defensor manifestó su inconformidad y solicitó la exclusión de esos dos informes por violación a lo establecido en el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal, ya que en ningún momento se le permitió controvertir esa prueba y ya se aceptó, lo que a su parecer la torna en ilícita, por ende, en aplicación del artículo 23 de ese mismo código deben ser excluidos de plano, frente a lo cual el *A-quo* decidió negar por improcedente lo pedido por el defensor, explicando para ello que la cláusula de exclusión contenida en el artículo 23 del C.P.P., en consonancia con el artículo 378 de esa misma norma, opera en los casos en que a la contraparte no se le dé la oportunidad de contrainterrogar o que la prueba se admita sin habérsele dado traslado de la misma, por lo que el togado interpuso el recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, la cual el 15 de noviembre de 2016 decidió revocar la decisión de la admisión de los formatos FPJ-11 del 24 de abril de 2014 correspondientes a los análisis Link de las líneas celulares 317-2812373 y 318-2221989, difiriendo la misma hasta que finalice la intervención del PT. Gonzalo Olaya Pulido, y se le haya dado la posibilidad al defensor del procesado de contrainterrogar y argumentar las razones por las cuáles no se deben admitir al proceso esos documentos.
7. Luego de varios aplazamientos, el 15 de julio de 2019 se reanudó la audiencia de juicio oral, en la que se continuó con la recepción del testimonio del investigador de la Policía Judicial PT. GONZALO OLAYA PULIDO, con el cual la Fiscalía solicitó la incorporación de pruebas documentales como el resultado de los análisis *link* de las líneas celulares # 317-2812373 y 318-2221989 del 24 de abril de 2014 ingresados como pruebas 1 y 2 y los Informes de Investigador de campo del 4 de septiembre de 2013 y 7 de marzo de 2014. La *A quo* accedió a lo solicitado por la delegada del Ente Acusador, pero la Defensa manifestó su oposición frente a esta determinación, indicando que los informes de investigador no pueden ingresar como prueba documental debido a que la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal han dicho que los informes solo son válidos para refrescar memoria o para impugnar credibilidad, y con respecto al análisis *link* de la línea 3172812373, tácitamente pido su exclusión al expresar que es un informe que va desde el 1º de junio de 2013 hasta el 19 de febrero de 2014, es decir 9 meses y 19 días, lo que indica que la Fiscalía violó lo consagrado en el artículo 235 del C.P.P. que establece que la orden de interceptación tiene una vigencia máxima de 6 meses.
8. Antes de que la *A quo* tomara una decisión frente a esa petición de la defensa, se le concedió la palabra a la delegada de la Fiscalía, la cual indicó que el señor defensor está totalmente errado porque una cosa es la búsqueda en base de datos y otra muy diferente es la orden de interceptación, porque en la búsqueda selectiva en las bases de datos, de donde se obtiene ese análisis *link*, no se rige por el artículo 235 del C.P.P. sino por el artículo 244 del C.P.P., de manera que en este caso no se incumplió con el termino, pues los análisis *link* no guardan relación con la interceptación en cuanto al termino y a la prórroga.
9. En Lo que tiene que ver con el informe del 4 de septiembre de 2013, se solicitó que se admita como prueba documental de la Fiscalía porque en él esta consignada la información relacionada con las interceptaciones al abonado celular 3172812373 y se explica cómo se llegó a esa línea telefónica, además no solo es relevante porque con él se solicitó la interceptación sino que también se puede demostrar el vínculo del señor GSE con el ELN y más específicamente con su cabecilla conocido como alias “WILSON”

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía el 15 de julio hogaño, en el desarrollo de la audiencia de juicio oral celebrado dentro del proceso seguido en contra del señor GSE, por la presunta comisión de la conducta punible de Rebelión agravada.

En el mencionado auto, la *A quo* decidió negar por improcedente lo pedido por el defensor, pues consideró que el informe de investigador de campo FPJ-11 que da cuenta del análisis *link* al abonado telefónico 3172812373, que corresponde a una relación de llamadas entrantes y salientes y mensajes durante el 1 de junio de 2013 y el 19 de febrero de 2014, le asiste razón a la señora Fiscal en el entendido de que un análisis *link* es una búsqueda selectiva en bases de datos lo cual es diferente a una interceptación, ya que una interceptación es escuchar la conversación de quien está hablando mientras que una búsqueda selectiva en bases de datos hace referencia a una información vieja de la cual se solicita que se envíe esa relación de llamadas entrantes y salientes, por lo que es el artículo 244 del C.P.P. el que rige esa búsqueda selectiva en bases de datos y no tiene ese plazo de 6 meses que se establece para las interceptaciones, expresando que ese análisis link ingresará como prueba documental No. 2 de la Fiscalía.

En cuanto a los informes del 4 de septiembre de 2013 y del 7 de marzo de 2014, no encontró el Despacho objeción para que ingresaran toda vez que su contenido fue avalado por la persona que los produjo, además lo realmente importante es establecer la verdad y que los medios de prueba se hayan obtenido a través de las normas que regulan el debido proceso y el derecho de defensa. Aunado a lo anterior llamó la atención a la defensa en el entendido de que debió de haber usado esos argumentos al momento de solicitarse la prueba en la audiencia preparatoria.

En suma el Juzgado de primer nivel ordenó que ingresará como prueba No.3 de la Fiscalía el informe del 7 de marzo de 2014, y de igual forma ingresará como prueba No.4 de la Fiscalía el informe del 4 de septiembre de 2013, ambos suscritos por el Patrullero GONZALO OLAYA PULIDO.

**LA ALZADA:**

**- La Defensa como recurrente**: Solicitó que se revoque la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía por lo siguiente:

* El informe del 4 de septiembre del 2013, con el cual se solicitó la interceptación telefónica, de los números 3172812373 y 3182221989, pero dentro de lo que va del juicio solo se ha tratado lo referente al teléfono 3172812373 mientras que el número 3182221989 no se ha tratado, por lo que no entiende cómo se va a ingresar como prueba una interceptación a un celular del cual no se ha hecho mención en el juicio oral, razón por la cual que este documento no puede ser admitido como prueba.
* En lo referente al informe del 7 de marzo de 2014 se opuso a su admisión por cuanto al rendir su declaración el señor GONZALO OLAYA PULIDO únicamente hizo mención a las actuaciones realizadas por él, las cuales están relacionadas en el primer párrafo de dicho informe, pues los demás párrafos no se pudieron tocar sobre la base de que pertenecían a una lista de comunicaciones del señor DARÍO FERNANDO BURGOS, de manera que si se aceptara como válido ese informe de investigador de campo se estaría dando por cierto lo dicho por DARÍO FERNANDO BURGOS por lo que se tendría que obviar el testimonio del señor BURGOS toda vez que ya se introdujo como prueba lo que él dijo en ese informe.

Por otro lado, afirma que por tratarse de informes de investigador de campo, la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades ha dicho que estos informes de policía judicial solo sirven para refrescar memoria o para impugnar credibilidad, y excepcionalmente como prueba de referencia, pero en este caso el testigo fue claro y habló sobre el informe del abonado celular y se estableció lo pretendido, de manera que no entiende el Togado para que se va a aceptar ese documento.

* Con respecto al análisis *link*, expresó que la Fiscalía General de la Nación manipuló toda la petición pues cuando el Juez le preguntó al señor GONZALO OLAYA PULIDO como apareció el número telefónico 3172812373, le dijo al señor Juez que había surgido como producto de una interceptación de comunicaciones, por lo que se tienen que regir por lo establecido en el artículo 235 del C.P.P. pero cuando se le preguntó en dónde estaba la autorización del Juez de Control de Garantías, respondió que se trataba del acceso a las bases de datos. De manera que lo que quiere hacer la Fiscalía es manipular la prueba de tal manera que si le conviene es interceptación telefónica y si no le conviene entonces es búsqueda en bases de datos, y el análisis *link* tuvo que haber nacido de una audiencia preliminar de control previo.
* Expresó que el Pt. OLAYA PULIDO miente en su testimonio pues inicialmente dijo que se había vinculado al señor GSE con WILSON debido a unos audios, pero luego dijo que había sido gracias a que se había interceptado el teléfono de GENARO, esto es el 3172812373, lo cual permitió identificarlo y vincularlo a la investigación, por lo que el problema es saber si hubo interceptación de comunicaciones o no las hubo, y si no las hubo entonces como aparecieron los audios para determinar que el señor GSE era quien hablaba por el número celular 3172812373.

En ese orden de ideas la Fiscalía debe ser clara y decir que primero ordenó la interceptación de los teléfonos y que después ordenó el análisis *link*, es por eso que se debe analizar todo el testimonio del señor GONZALO OLAYA, pues no puede venir a decir que el *link* nació únicamente de la búsqueda en base de datos sino que nace también de la interceptación de comunicaciones.

Por todo lo dicho solicitó que se excluya, de acuerdo al artículo 23 C.P.P. el análisis *link* del teléfono 3172812373 pues la Fiscalía no probó que hubiese solicitado una búsqueda selectiva en bases de datos y tampoco probó que se hubiese solicitado el control posterior a la búsqueda de datos para poderse dar el *link*, pues la Fiscalía para llevar a cabo el análisis *link* tiene que probar: 1) que solicitó previamente el acceso a las bases de datos, 2) que dentro de las 24 horas siguientes a que le rindieran el informe se hizo el control posterior y 3) Que esos elementos que fueron enviados por la compañía, que en este caso era *movistar*, se le entregaron a un funcionario para que hiciera el examen link.

Por lo anterior concluyó que la prueba nace sobre la base de un hecho que no es lícito, puesto que se vulneró el Código de Procedimiento Penal de manera que la prueba es ilícita dando lugar a lo que se conoce como los frutos del árbol envenenado, puesto que el *link* nace de una prueba que no fue ni legalizada previamente ni legalizada después de que fuera entregada por la empresa *Movistar*.

Por todo lo expresado solicitó que se excluya el análisis *link* del teléfono celular 3178312373 y que no se tengan como pruebas el Informe de investigador de campo FPJ 11 y la solicitud de interceptaciones telefónicas.

**LA RÉPLICA:**

**- La Fiscalía como no recurrente,** solicitó que se confirme la decisión proferida en primera instancia puesto no le asiste razón al señor defensor en el sentido de que esta no es la etapa procesal para solicitar el rechazo de un medio de prueba, por cuanto esa etapa es preclusiva y ya fue desarrollada en el curso de la audiencia preparatoria en la cual el abogado defensor no dijo nada al respecto y era ahí en esa etapa procesal donde debió haber alegado la exclusión de los análisis *link* producto de la búsqueda selectiva en bases de datos, además contrario a lo señalado por el señor defensor si se le exhibió la orden para la búsqueda selectiva en bases de datos de la línea portada por su prohijado, de manera que resulta errado lo manifestado en el sentido de que el termino en esa búsqueda selectiva en bases de datos debe tener el mismo término que la orden de interceptación, pues dado que como lo señaló el Juzgado de Primera Instancia cuando indicó que la búsqueda selectiva en bases de datos corresponde a otros periodos diferentes, ya que ese análisis *link* es producto de una búsqueda a base de datos de información que se obtuvo durante un periodo que es independiente a la orden de interceptación que tiene un término de 180 días.

Consideró la delegada fiscal que no le asiste razón a la defensa al pedir en esta etapa procesal la exclusión de una prueba bajo el argumento de que no es lícita la forma como se obtuvo, a sabiendas de que se le puso de presente el acta de la audiencia donde el Juez accedió a esa solicitud de búsqueda en bases de datos y en segundo lugar era en la audiencia preparatoria donde las partes deben solicitar la inadmisión, exclusión o rechazo de un medio de prueba.

En lo referente a los Informes de Policía Judicial del 4 de septiembre de 2013 y el 7 de marzo de 2014, si bien la Corte Suprema de Justicia ha indicado que los informes de Policía judicial sirven para refrescar la memoria a los funcionarios de policía judicial o como prueba de referencia, también ha sido clara en indicar que estos informes de policía judicial excepcionalmente pueden tener vocación probatoria cuando de ellos se tenga información relevante para la investigación, y en este caso que más relevancia para la teoría del caso de la Fiscalía tiene el contenido del Informe del 4 de septiembre de 2013 en el que se señala cuáles son los motivos fundados por los cuales se pretende la interceptación de la línea 3172812373, además cuando solicitó que se admitiera como prueba se indicó que se trataba específicamente de la línea 3172812373 y se detalló la importancia de las interceptaciones a esa línea pues a través de ella se llevaban a cabo las conversaciones entre el señor GSE y el señor WILSON, por lo que considera la Fiscalía que resulta importante para la teoría del caso que se confirme la decisión de primera instancia dado que la información si es relevante para la investigación.

En lo que se refiere al Informe de Investigador de campo del 7 de marzo de 2014, que igualmente fue suscrito por el investigador GONZALO OLAYA PULIDO resulta ser importante porque corresponde al análisis que este funcionario realizó a los resultados de las interceptaciones de la línea 3172812373, en la que logra corroborar la identidad del señor GSE, lo que resulta relevante para la teoría del caso de la Fiscalía y así lograr establecer la responsabilidad del mismo y poder determinar si se trata o no de la misma persona.

Por todo ello solicitó que se admitan los informes del 4 de septiembre de 2013 y 7 de marzo de 2014 pues a través de ellos se logrará verificar a cual actividad se dedica el señor GENARO así como la función que este cumplía al interior del grupo del ELN.

**CONSIDERACIONES:**

**Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Promiscuo del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

De igual manera no se encuentra irregularidad procesal que haga cortapisa al análisis de fondo y en su lugar se deba declarar la nulidad de la actuación.

**Problema jurídico:**

De la lectura de la situación planteada, se determinan los siguientes problemas jurídicos a resolver por la Sala:

¿Se debe confirmar la decisión adoptada por el Juzgado de primer nivel en la que avaló la admisión al juicio de los informes de Investigador FPJ del 4 de septiembre de 2013 y 7 de marzo de 2014, o si por el contrario le asiste razón al recurrente en el entendido de que estos informes solo pueden ser utilizados para refrescar memoria o impugnar credibilidad de manera que no deben ser admitidos como prueba documental en el juicio?

¿Se debe excluir el resultado del análisis *link* realizado al número telefónico 3172812373, debido a que no se llevó a cabo el control previo del mismo ante un Juzgado que cumpla las funciones de Control de Garantías?

**- Solución:**

A fin de darle una solución a los problemas jurídicos planteados, y teniendo en cuenta la densa argumentación realizada por el Defensor, mediante la cual plantea la existencia de lo que a su juicio son errores de la Fiscalía que afectan la legalidad de los EMP objeto del presente debate, se hace necesario hacer algunas precisiones previas, respecto a los mismos.

* El documento fechado el 04 de septiembre de 2013, no es un informe de investigador de campo, sino una solicitud de interceptación telefónica (Fl. 41) para los abonados celulares 3172812373 y 3183157228.
* El documento signado el 07 de marzo de 2014 por el policial GONZALO OLAYA PULIDO, sí es un informe en donde se señala que se le entregaría a la Fiscal un informe parcial suscrito por el analista en comunicaciones DARÍO FERNANDO BURGOS, respecto a la interceptación realizada al número celular 3172812373, durante el lapso del 12 de septiembre de 2013 a ese día, y que se realizó en razón a orden impartida en septiembre de 2013; es de aclarar que este no viene acompañado del anexo (Fl. 39).
* Los informes presentados como análisis *link* de los abonados celulares # 3172812373 y 3183157228, fueron firmados por el PT. GONZALO OLAYA PULIDO, y en los mismos se señala que tienen como base la información sobre llamadas entrantes y salientes que se hicieron de esos números telefónicos, la cual fue suministrada por la empresa de telefonía móvil MOVISTAR (Fls. 27-29).

Hechas las anteriores precisiones, lo que sigue es pasar a resolver los problemas jurídicos planteados.

1. **Es viable o no admitir como prueba documental los informes del investigador de campo.**

En aras de desarrollar este primer cuestionamiento, resulta válido recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 906 de 2004 consagra expresamente el principio de *libertad probatoria*. En efecto, el Art. 373 establece que “*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos*”.

De acuerdo con lo anterior, en el ámbito del sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, la Sala ha discernido que los medios cognoscitivos se clasifican en cinco categorías, en concreto: *“(i) los elementos materiales probatorios y evidencia física, (ii) la información,(iii) el interrogatorio a indiciado, (iv) la aceptación del imputado, y (v) la prueba anticipa*”[[1]](#footnote-1). A su vez, la Corte tiene dicho que *“la información comprende* ***los denominados informes de investigador de campo*** *y de investigador de laboratorios,* ***conocidos también como informes policiales*** *e informes periciales… y toda fuente de información legalmente obtenida que no tenga cabida en la definición de elemento material probatorio y evidencia física, como las entrevistas realizadas por policía judicial»*[[2]](#footnote-2). (Negrillas fuera del texto).

En ese orden de ideas, si bien es cierto le asiste razón al Letrado recurrente cuando afirma que los informes de policía judicial –IPJ- no son prueba por si solos, y por ende no podrían entrar al proceso como una prueba documental, no es correcto, como lo asegura el apelante, que su única función sea la de refrescar memoria de un testigo o impugnar su credibilidad, pues aseverar tal cosa es desconocer que en muchas ocasiones los informes pueden tener vocación probatoria, en especial cuando contienen información que fue percibida directamente por el investigador que lo signa, lo que implica que ese elemento sí podría llegar a ingresar al proceso, siempre y cuando en el juicio se escuche al investigador que lo realizó, para de esa manera mantener y respetar los derechos de confrontación y contradicción que le asisten a la contraparte. Frente al tema en reciente decisión la CSJ en su Sala de Casación Penal indicó:

“Los informes de Policía Judicial no son, en sí mismos, documentos que como tales puedan ingresar a juicio solo con soportar su pertinencia.

Es posible que los informes de Policía Judicial contengan información directamente percibida por quienes los signan. Pero en este caso, para permitir la confrontación, es necesario que los funcionarios acudan al juicio oral a dar a conocer eso que percibieron de primera mano….”[[3]](#footnote-3).

De igual manera, se debe recordar que aunque se admita el ingreso al proceso de un IPJ, estos, se insiste, por si solos no constituyen prueba, pues ello lo constituiría el testimonio del investigador, y el documento físico como tal únicamente serviría como medio cognoscitivo cuya vocación no es establecer la responsabilidad penal del procesado en los hechos que se le endilgan, sino ilustrar al Juez sobre las actividades investigativas realizadas en la etapa de indagación o investigación; de tal suerte que es el Juez quien debe determinar en el momento del análisis del acervo probatorio, el poder suasorio que le asignará al contenido de los IPJ.

En ese orden de cosas, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que no es posible el ingreso al proceso de los informes de policía judicial como pruebas, pues si bien ello es la regla general, con lo que viene de decirse ha quedado claro que excepcionalmente sí es viable admitir estos informes, especialmente cuando en ellos se consigna información directamente percibida por el investigador que lo signa y es con este que se hace su acreditación en el juicio.

Ahora bien, en cuanto a lo dicho por el recurrente de que no debe admitirse el documento del 4 de septiembre de 2013, es necesario decir que lo allí plasmado es el sustento para la solicitud de una interceptación telefónica al abonado #3172812373, y si bien es cierto allí se hace mención a una línea telefónica que ya estaba siendo interceptada, y sobre la cual, parece ser aún no se ha hablado en juicio, tal cosa no le quita validez, en especial cuando lo allí contenido no es lo que va a ayudar a forjar la certeza sobre la inocencia o culpabilidad el Procesado, pues el poder suasorio de tal documento es limitado y tiene que analizarse en conjunto con las demás pruebas que se practiquen en el juicio.

Respecto al segundo informe, esto es el del 7 de marzo de 2014, se debe decir que tampoco le asiste razón al apelante, en cuanto a que no se puede admitir el mismo porque solo el primer párrafo hace alusión a las labores realizadas por el PT. OLAYA PULIDO, y lo demás se relaciona con el trabajo de otra persona, ello no es del todo cierto, en especial si se tiene en cuenta que con ese documento no se está presentando el informe parcial anexo, el cual sí fue suscrito por otra persona, y que además lo que allí se dice era de carácter informativo a fin de que la Fiscalía solicitara la legalización de los resultados parciales de una interceptación, cuyo informe definitivo a este momento se desconoce. Aunado a lo anterior, se debe decir que, al igual que con el otro documento mencionado párrafos atrás, este tiene un poder de convicción mínimo y en realidad solo sirve para probar las labores investigativas realizadas dentro de la investigación que se adelantó en contra del Procesado.

Con base en lo que viene de decirse, considera esta Colegiatura que es viable permitir que ingresen al proceso los informes de fecha 04 de septiembre de 2013 y 07 de marzo de 2014, los cuales fueron suscritos por el PT. GONZALO OLAYA PULIDO, lo que implica que la decisión del *A quo* en este sentido será confirmada.

1. **Es viable en el presente asunto introducir los resultados del análisis *Link* realizado a las líneas celulares de los abonados # 3172812373 y # 3182221989.**

Para dar solución a este interrogante se hace necesario empezar por indicar que los cuestionamientos planteados por el Letrado apelante, giran en torno a la legalidad de las actuaciones realizadas por el Ente Acusador para obtener la información que sirvió como base para la elaboración de esos análisis, pues él considera que los mismos se dieron como resultado de una interceptación telefónica y no de una revisión de información suministrada por el empresa *Movistar*, tal como lo indica el Ente Acusador; igualmente señaló que el espacio temporal del análisis fue demasiado extenso, sobrepasando los seis meses que autoriza la norma para las interceptaciones telefónicas. Dado lo anterior, consideró que el análisis *Link* nació viciado, pues proviene de una prueba eminentemente ilícita y por ende ese resultado también es ilícito.

Teniendo claros los reparos planteados por el recurrente, es necesario aclarar que de lo obrante dentro del expediente hasta ahora, encuentra la Sala que en todo momento se ha dicho que los investigadores dieron con el abonado celular # 3172812373 perteneciente presuntamente al Procesado, como resultado de unas interceptaciones telefónicas que le estaban haciendo al teléfono de otra persona, razón por la cual en su momento solicitaron a la Fiscalía realizar los trámites legales para intervenirlo también.

Ahora bien, en cuanto a los análisis *Link* materia de controversia, se aprecia dentro del informe con el que se presentan, que el investigador refiere haber logrado ese resultado a partir de una solicitud realizada a la empresa de telefonía móvil *Movistar* para que le suministraran el registro de las llamadas entrantes y salientes de las líneas telefónicas # 3172812373 y # 3182221989, durante determinado periodo, lo cual nos da a entender, si ello en realidad fue así, que estamos ante una típica búsqueda selectiva en base de datos, la que está consagrada en el art. 244 del C.P.P.

Frente a este tema se debe aclarar que la mencionada norma indica que cuando se trata de bases de datos de acceso público, esto es aquellas que pueden ser consultadas por cualquier persona sin ninguna restricción, no requiere el investigador autorización del Fiscal o del Juez de Control de Garantías para acceder a ellas; sin embargo el inciso 2º del artículo 244 del C.P.P. nos dice que cuando se trate de *“información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas”*, se requiere para ello la autorización del Fiscal que dirige la investigación, pero la Corte Constitucional fue mucho más allá respecto a la posibilidad de acceso del Ente Acusador a esta clase de información, y por ello mediante la sentencia # C-336 de 2007 estableció que para la realización de búsquedas selectivas en bases de datos que no sean de acceso público, es necesaria la autorización previa del Juez de Control de Garantías.

Siguiendo esa línea de pensamiento trazada por el Máximo Órgano de Cierre en materia constitucional, ha dicho la CSJ:

“Con todo, apoyó el reproche en un precepto que no aplica al caso, pues el artículo 244 de la Ley 906 de 2004 regula diversas hipótesis fácticas a las que otorga disímil tratamiento.

El inciso primero de la norma en cita establece las actividades que puede desplegar la policía judicial en desarrollo de su labor investigativa sin necesidad de autorización, a saber: las comparaciones de datos registrados en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

El inciso segundo se refiere a la búsqueda selectiva en base de datos que implique acceder a información confidencial del indiciado o imputado, evento en el cual siempre deberá existir autorización previa y control posterior del juez de control de garantías, según precisó la Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007.”[[4]](#footnote-4)

Aterrizando lo anterior al caso concreto, encuentra la Colegiatura que le asiste razón al recurrente cuando señaló que para acceder a ese listado de llamadas tanto del número celular que supuestamente le pertenece a su representado como al otro que se supone era usado por alias *“WILSON”*, debió la Fiscalía acudir ante el Juez de Control de Garantías tanto para obtener la autorización para solicitar esa información a *Movistar*, ello bajo el entendido que esos registros no son de acceso público y que están protegidos por las regulaciones atrás mencionadas, entre ellas el Derecho a la Intimidad, como para que se legalizara su obtención una vez la compañía celular les allegó la misma; situaciones que por el momento no sabe la Sala si se dieron y de ser así cuándo se realizaron, por cuanto la Fiscalía no ha presentado hasta el momento las actas de control de garantías respectivas, lo que hace evidente que para poder admitir esos resultados de análisis *Link* como prueba documental, tal como lo pretende la Fiscalía, se requiere para ello que el Ente Acusador presente las mencionadas actas emanadas de los Juzgados de Control de Garantías que hicieron los controles previos y posteriores, más aún cuando en sus alegatos de no recurrente ha mencionado que tal información sí le fue descubierta de manera oportuna a la Defensa, además escuchados los audios de la audiencia de juicio oral realizada dentro del presente asunto el 15 de julio del año que transcurre, se evidencia que cuando se contrainterrogó al policial GONZALO OLAYA PULIDO, este indicó que efectivamente si se había realizado el control posterior ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Belén de Umbría el 19 de febrero de 2014[[5]](#footnote-5); de tal suerte, deberá la Fiscalía acreditar esos controles de garantías argüidos pues de lo contrario la obtención de los información con base en la cual se elaboró el gráfico de análisis *Link*, resultaría ilegal, y por ende dicho *emp,* como aquellos que se deriven de él, deberán excluirse del proceso tal como lo ordena el artículo 29 de la Carta y el artículo 23 C.P.P.

Claro lo anterior, en lo referente al otro reproche formulado por el censor en cuanto al tiempo que se revisó la información del número celular que se ha dicho pertenecía al acusado GSE, se tiene que no es cierto como lo afirma el recurrente que esta haya sobrepasado los seis meses, pues a pesar de que en el informe el investigador hace saber que pidió el registro de llamadas desde el 1º de junio de 2013 hasta el 19 de febrero de 2014, también es muy claro el mencionado documento en señalar que *Movistar* solo suministró los registros del celular 3172812373 desde el 01 de junio de 2013 hasta el 30 de septiembre de ese mismo año, o sea por un periodo de tres meses, siendo esa la información utilizada en la elaboración del análisis, lo que deja claro que en ningún momento se superaron los seis meses.

Aunado a lo anterior, se debe recordar que las búsquedas selectivas en bases de datos se hacen con información del pasado y la norma hasta el momento no ha limitado el periodo de tiempo respecto al cual se solicita la misma, contrario a lo que sucede con las interceptaciones telefónicas, las cuales son a futuro y pueden extenderse por un máximo de tiempo de 6 meses que puede prorrogarse de existir motivos fundados para ello tal como lo establece el art. 235 del C.P.P.

En ese orden de cosas, se evidencia que el Defensor del Procesado está asimilando la búsqueda selectiva en bases de datos a la interceptación de comunicaciones, pues a su juicio en informe de análisis *Link* que pretende introducir la Fiscalía fue producto de la interceptación al teléfono que se supone pertenecía al señor GSE y no de una búsqueda en bases de datos, tesis que hasta el momento se ha dicho es errada.

**Conclusiones:**

* Aunque por regla general los Informes de Policía Judicial no son considerados como pruebas admisibles en el juicio oral, en el presente asunto los IPJ del 04 de septiembre de 2013 y 07 de marzo de 2014 pueden ser admitidos como prueba de acuerdo a lo dicho atrás, toda vez que en ellos se da cuenta de las actividades realizadas por los investigadores para lograr la identificación y vinculación del ahora Procesado en los hechos delictuales que se le endilgan, además de que están siendo introducidos por medio del investigador que los elaboró y será el *A quo* quien al momento de apreciar el acervo probatorio determine el poder suasorio que tienen los mismos.
* El análisis *Link* realizado a los números celulares de los abonados # 3172812373 y # 3182221989 es producto de la revisión de la lista de llamadas entrantes y salientes que se hicieron de esas líneas telefónicas, con base en los registros suministrados al Ente Acusador por parte de la empresa *Movistar*.
* Hasta el momento la Fiscalía, a pesar de que lo mencionó en su argumento de no recurrente y de lo que el investigador PT. OLAYA PULIDO hizo mención en el contrainterrogatorio, no se sabe de la existencia del acta de las diligencias de control posterior efectuado por un Juzgado que cumplas las funciones de control de garantías respecto de la información brindada por parte de *Movistar*, ni mucho menos de las del control previo que se le debió efectuar la solicitud de esos registros, por ende será deber de la Fiscalía presentarlos para que los resultados de ese análisis sean admisibles.

Finalmente, la Sala quiere llamar la atención en el entendido de que no es la audiencia de juicio oral el escenario para solicitar la exclusión de una prueba, dado que la Defensa debió realizar tal cosa en la audiencia preparatoria, pues este el estadio procesal idóneo para que las partes intervinientes se pronuncien respecto de la oferta probatoria efectuada por su contraparte a través de las herramientas de la exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de conocimiento, lo cual tiene como propósito hacer gala a los principios de legalidad, eficiencia y eficacia, a fin de evitar que el juicio sea permeado con medios de conocimiento ilícitos, ilegales, inconducentes, impertinentes o inútiles.

Pero de igual manera la Sala no puede desconocer que la Defensa actuó como consecuencia de lo resuelto y decidido por la Colegiatura en el pasado, cuando mediante providencia adiada el dieciséis (16) noviembre de dos mil dieciséis 2.016, al desatar un recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de una decisión en la que el Juzgado de primer nivel rechazó la exclusión probatoria de unos documentos descubiertos por la Fiscalía, o sea el IPJ-11 del 24 de abril de 2014, correspondientes a los análisis Link de las líneas celulares # 317-2812373 y # 318-2221989, se ordenó que tal decisión de admisión y exclusión probatoriase difiriera hasta que finalice la intervención del testigo de acreditación, con quien pretenda la Fiscalía General de la Nación introducir esos elementos. Cual sucedió en el presente asunto, por cuando las peticiones de exclusión probatorias deprecadas por la Defensa, tuvieron lugar luego de finalizar la declaración del policial GONZALO OLAYA PULIDO, quien fue la persona que la Fiscalía trajo al proceso como testigo de acreditación, con quien se introdujeron los *emp* redargüidos de ilícitos por la Defensa.

Con todo lo dicho hasta el momento, no le queda duda a este Juez Colegiado que la decisión a tomar en este asunto es la de confirmar parcialmente la decisión adoptada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía dentro de la diligencia de juicio oral realizada el 15 de julio de la presente anualidad, en el proceso seguido contra el señor GSE por el delito de rebelión agravada, y se dice parcialmente, por cuanto se confirmará la admisión para que ingresen como pruebas de la Fiscalía los informes FPJ-11 del 4 de septiembre de 2013 y 7 de marzo de 2014, ello por las razones expuestas en precedencia; sin embargo en lo que respecta al análisis *link* de los abonados telefónicos # 3172812373 y 3182221989, su ingreso se condicionará a que la Fiscalía logre acreditar que se efectuaron los controles previos y posteriores para la búsqueda selectiva en base de datos que sirvió como sustento para la elaboración de los mismos.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada en la audiencia del 15 de julio de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, en lo que tiene que ver con la incorporación al proceso como pruebas de la Fiscalía los informes FPJ-11 del 4 de septiembre de 2013 y 7 de marzo de 2014.

**SEGUNDO: CONFIRMA** parcialmente la decisión confutada de permitir que ingresen como pruebas de la Fiscalía los *emp* que contienen el análisis *link* de los abonados telefónicos # 3172812373 y 3182221989, su ingreso **SE CONDICIONARÁ** hasta tanto la Fiscalía logre acreditar que se efectuaron los controles previos y posteriores para la búsqueda selectiva en base de datos que sirvió como sustento para la elaboración de esos *IPJ*.

**TERCERO: Devolver** el encuadernado al Despacho de origen para que se continué con el trámite de la actuación.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. CSJ AP, 15 de octubre de 2008, Rad. 29.626. Reiterado en CSJ AP, 28 de noviembre de 2012, Rad. 39222. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de abril de 2015, Rad. 44557. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decisión SP1967-2019 radicado 54227, del 5 de junio de 2019, M.P. Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sala de Casación Penal, decisión AP6562-2016 Radicado 47884 del 28 de septiembre de 2016, M.P. Dr. Luis Antonio Hernández Barbosa. [↑](#footnote-ref-4)
5. Audiencia de Juicio Oral 15 de julio de 2019 59:19 [↑](#footnote-ref-5)