



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN
Magistrada Ponente

AP136-2022
Radicación n.º 59986
Acta No. 12

Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO

Sería del caso que la Corte resolviera las apelaciones interpuestas por los defensores de **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ** y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, y la presentada directamente por este último, contra la decisión del 6 de julio de 2021, emitida por la Sala de Conjuces del Tribunal Superior del Distrito Judicial Barranquilla, por cuyo medio decidió las solicitudes probatorias, sino fuera porque se advierten algunas irregularidades que obligan a la declaratoria de nulidad.

2. HECHOS

Según el escrito de acusación, **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, Juez 13 Penal Municipal con función de control de garantías de Barranquilla, en su calidad de Coordinador del Centro de Servicios Judiciales de dicho municipio, se habría asociado con su Secretario ENISBERTO JOSÉ MAESTRE FERNÁNDEZ, CÉSAR MIGUEL VILLADIEGO HERNÁNDEZ y LUIS CARLOS TOVAR VANEGAS –programadores de audiencias preliminares- así como con **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, homólogo 12 Penal Municipal y ORLANDO ANAYA DURÁN, abogado litigante, con la finalidad de asignar de manera irregular diligencias judiciales y emitir decisiones que se tildan de prevaricadoras, conforme a los siguientes eventos:

3.1 EVENTO IRREGULAR CONCERNIENTE AL PROCESO PENAL RADICADO N° 110016001276201400205

3.1.1 Hechos Jurídicamente Relevantes

1. El 02 de diciembre de 2014, el Dr. **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, quien para esa época era Juez 13 Penal Municipal con función de Control de Garantías, fue designado como Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales, en remplazo del doctor DAVID HASSAM SADDE. Ello consta en resolución 00016 del 02 de diciembre de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.
2. En esa nueva calidad el 10 de diciembre, el Dr. **URIBE HENRÍQUEZ**, cambió de puesto de trabajo a los siguientes funcionarios del Centro de Servicios Judiciales, así; CÉSAR MIGUEL VALLADIEGO, trabajaba en el Grupo de Registro y Actuación y pasó a ser programador de audiencias preliminares, a cambio de LISSETH DEL CARMEN AYUS BERMEJO; y ANA OLMOS DE QUESADA, quien laboraba en la ventanilla de reparto pasó a fungir como citadora del Juzgado 8 penal Municipal con función de conocimiento, a cambio del señor LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ.
3. El mismo 10 de diciembre CÉSAR MIGUEL VILLADIEGO, en contravía de las normas sobre fijación de fechas de audiencias, alteró el orden de llegada de las solicitudes y programó la audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento dentro del caso

110016001276201400205 para el 19 de diciembre, excluyendo carpetas que estaban radicadas con antelación.

4. El 19 de diciembre, ENISBERTO JOSÉ MAESTRE FERNÁNDEZ se comunicó telefónicamente con LEISVERT ÁLVAREZ y le indicó que esa audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento debía ser repartida al doctor EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS.

5. LEISVERT ÁLVAREZ, con la colaboración de ROSSANA DIAZGRANADOS, buscó los datos de la carpeta referenciada para realizar ese reparto. Entre tanto, el doctor RAFAEL DE JESUS URIBE HERNÁNDEZ ingresó a la oficina de reparto y ordenó a LEISVERT ÁLVAREZ asignar la carpeta del TURCO al doctor EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS, Juez 9 Penal Municipal con función de Control de Garantías, situación que efectivamente se concretó.

6. Ese mismo día se llevó a cabo esta audiencia y el Juez EDWIN VOLPE IGLESIAS, accedió a la solicitud de la defensa en el sentido de revocar la medida de aseguramiento a Alfonso Hilsaca Eljaude, dentro del radicado ya mencionado, decisión que fue apelada por la Fiscalía.

7. El 20 de marzo de 2015, en audiencia de segunda instancia, la Dra. GLORIA AMPARO GIRALDO RUIZ, Juez 4 Penal del Circuito de Barranquilla, confirmó la decisión proferida caprichosamente por el Dr. EDWIN VOLPE IGLESIAS.

3.2 EVENTO IRREGULAR CONCERNIENTE AL PROCESO PENAL RADICADO N° 080016001067201080076

3.2.1 Hechos Jurídicamente Relevantes

1. En el mes de febrero de 2015 el Dr. **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, Juez 13 Penal Municipal con función de Control de Garantías, según consta en la resolución 00015 del 02 de diciembre de 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, fue electo como Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales de Barranquilla.

2. El 26 de febrero de 2015, aproximadamente a las 6:00 de la tarde cerca de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, los señores ORLANDO ANAYA DURÁN, abogado, ENISBERTO JOSÉ MAESTRE FERNÁNDEZ “BETO”, Secretario del Juzgado 13 Penal Municipal con función de Control de Garantías y LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS, funcionario del Centro de Servicios Judiciales y quien actuó como Agente Encubierto, entablaron una comunicación en la cual los dos primeros construyeron al tercero, para que éste a su vez indujera a ROBERTO MARIO MERCADO, funcionario encargado de asignación de audiencias en el Centro de servicios a redireccionar el reparto de la Audiencia de Suspensión del Poder Dispositivo concerniente a la carpeta radicada 080016001067-201080076.

3. Efectivamente el Agente Encubierto LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS habló con ROBERTO MERCADO y le solicitó asignar la audiencia de suspensión del poder dispositivo del Juez 12 Penal Municipal con función de Control de Garantías, lo cual ciertamente se hizo por parte de éste de manera irregular.

4. El 27 de febrero de 2015 se llevó a cabo esta audiencia, y el Juez 12 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Barranquilla, el Doctor **JOSÉ VERGARA OTERO**, resolvió “suspender el poder dispositivo de manera provisional de los registros obtenidos fraudulentamente, esto es: 1) inmueble ubicado en la calle 6 N° 45-94 con matrícula inmobiliaria N° 040-18003 2) las acciones de International Trade Logistic S.A con Nit N° 802024874-3...”

3.3 EVENTO IRREGULAR CONCERNIENTE AL PROCESO PENAL RADICADO N° 080016001055201408419

3.3.1 Hechos Jurídicamente Relevantes

1. El día 17 de diciembre de 2014, la Doctora Zayda del Carmen Guerra Madrid, Fiscal 5 Seccional Antinarcóticos de Barranquilla, remite copia de un informe de investigador de campo contentivo de transliteraciones de unas interceptaciones realizadas en una investigación 080016001256201300073 que se adelantaba contra un grupo denominado “los químicos”; en los audios se evidenciaba que entre algunos de los integrantes de esa organización y miembros de la rama judicial y la Fiscalía, estarían trabajando en conjunto con los defensores de estos, con el fin de otorgarles beneficios a cambio de dinero, mencionando entre otros, la devolución de vehículos incautados con las caletas donde se encontró cocaína al momento de ser inmovilizados, y la concesión del beneficio de libertad domiciliaria a quienes ya se encontraban con medida de aseguramiento de detención preventiva por haber sido capturados en flagrancia en posesión de sustancias estupefacientes.

2. El 30 de septiembre y 01 de octubre de 2014, en el radicado 080016001055201408419, ante el Juez 2 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Barranquilla, se llevaron a cabo audiencias de legalización de registro y allanamiento, legalización de captura en situación de flagrancia, formulación de imputación (por el delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes), imposición de medida de aseguramiento en contra de la señora Steffy Díaz Atencia, alias “BEBA”, (quedando ella privada de la libertad en establecimiento carcelario), y suspensión del poder dispositivo del vehículo de placas MHW932 donde se había encontrado el estupefaciente.

3. Como se aprecia en las conversaciones interceptadas en el radicado 080016001256201300073, adelantado por la Fiscalía 5 Seccional Antinarcóticos de Barranquilla, entre el abogado GABRIEL RAMOS FONTALVO, JAIRO RADA y STEFFY DIAZ, se hablaba que el fiscal exigía dinero a cambio de devolver el vehículo.

4. El 20 de octubre de 2014, en respuesta a una solicitud del abogado GABRIEL RAMOS – apoderado de Steffy Díaz Atencia y de Jairo Rada (cónyuge de la citada) -, el doctor OSCAR CONTRERAS AMARIS, en su calidad de Fiscal 24 Seccional de la Unidad de Seguridad Pública de Barranquilla, dentro del radicado 080016001055201408419 ordenó la entrega del vehículo de placas MHW 932 al señor Jairo Rada Atencia, automotor que tenía suspensión del poder dispositivo por haber sido legalmente incautado por transportar en su interior

sustancia estupefaciente, siendo conducido por su propietaria Steffy Díaz Atencia alias “La Beba”.

5. En conversaciones sostenidas entre la señora DÍAZ ATENCIA, JAIRO RADA y el abogado litigante GABRIEL RAMOS FONTALVO, se menciona que el Juez, allí apodado OREJITAS, estaría pidiendo dinero a cambio de sustituir la medida impuesta a esta señora.

6. El 13 de noviembre de 2014, se sustentó petición de sustitución de medida de aseguramiento a favor de STEFFY DÍAZ ATENCIA, con fundamento en certificaciones expedidas i) por el señor ARMANDO CASTRO BARRAZA, en calidad de Coordinador y Comisario de la Casa de Justicia del barrio La Paz, ii) por la señora NERILDA ISABEL CARE PARRA, en calidad de Presidenta de la Junta de Acción Comunal del Barrio la Estrella, y iii) por el señor FRANCISCO SANABRIA MUÑOZ, en condición de Inspector urbano N° 5; documentos en los cuales se advirtieron irregularidades (falsedades) o, según las interceptaciones obtenidas, haber sido el resultado de negociaciones ilegales con esas personas para la expedición de dichos documentos públicos.

7. En audiencia celebrada ese día 13 de noviembre de 2014, el Juez 12 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Barranquilla, Dr. **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, decidió sustituir la medida de aseguramiento impuesta a STEFFY DÍAZ ATENCIA alias “La Beba”. Decisión apelada por la Fiscalía.

8. El 23 de febrero de 2015, la Juez 4 Penal del Circuito de Barranquilla en decisión de segunda instancia, revocó la sustitución de la medida de aseguramiento de detención intramural a domiciliaria de la señora DÍAZ ATENCIA alias “La Beba”.

3.4 EVENTO IRREGULAR CONCERNIENTE AL PROCESO PENAL RADICADO N° 110016000096201100095

3.4.1 Hechos Jurídicamente Relevantes

1. Del 14 al 22 de noviembre de 2013, ante el Juez 17 Penal Municipal con función de control de garantías de Barranquilla, se llevaron a cabo audiencias concentradas de legalización de registro y allanamiento, legalización de captura, formulación de imputación en contra de Héctor Alejandro Quiroz Gutiérrez y otros, e imposición de lavado de activos, fraude procesal, concierto para delinquir, entre otros, e imposición de medida de aseguramiento, en la cual se accedió a detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. El 11 de marzo de 2014, en audiencia celebrada por solicitud del abogado ORLANDO ANAYA DURÁN, el Juez 12 Penal Municipal con función de control de Garantías de Barranquilla Dr. **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** sustituyó la medida de aseguramiento intramural por domiciliaria a favor de Quiroz Gutiérrez.

3.5 EVENTO IRREGULAR CONCERNIENTE AL PROCESO PENAL RADICADO N° 080016001054201401280

3.5.1 Hechos Jurídicamente Relevantes

1. El 09 de febrero de 2014, se llevaron a cabo audiencias de legalidad de captura, legalización de incautación de vehículo, formulación de imputación en contra de Elmer Naranjo Herrán y otros, por el delito de fabricación, porte y tráfico de estupefacientes, y de imposición de medida de aseguramiento, en la cual se ordenó detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. Aproximadamente, el 16 de julio de 2014, el señor LUIS CARLOS TOVAR VANEGAS (funcionario que asigna salas en el Centro de Servicios Judiciales de Barranquilla), le entregó a LISSETH DEL CARMEN AYUS (funcionaria que programaba fechas de las audiencias) una copia doblada de la solicitud de audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento del señor Elmer Naranjo Herrán, en el radicado 080016001054201401280, con unos billetes adentro con denominación de \$50.000.
3. LISSETH DEL CAMREN AYUS le devolvió estos billetes a LUIS CARLOS TOVAR VANEGAS.
4. El 29 de julio de 2014, a solicitud de la defensa y en audiencia adelantada sin presencia del fiscal, el Dr. **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** Juez 12 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Barranquilla, accedió a la revocatoria de la medida de aseguramiento a favor de Elmer Naranjo Herrán.

3.6 EVENTO CONCERNIENTE AL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR

3.6.1 Hechos Jurídicamente Relevantes

Expuestos los anteriores eventos y analizados en conjunto los hechos, se infiere con facilidad que todo el actuar ilícito acontecido en el Centro de Servicios Judiciales de Barranquilla, obedece a un acuerdo de voluntades con repartición de trabajo criminal, donde existe una jerarquía que controla todo dentro del Centro de Servicios Judiciales y que una vez se radica una solicitud que conlleva una decisión de interés para los sujetos pasivos de la acción penal, inmediatamente se activa todo el andamiaje judicial para asignar irregularmente la fecha para la audiencia y luego asignarla al Juez de Control de Garantías que va a conocer de la solicitud.

En ese orden, encontramos que el Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales, para diciembre de 2014, Dr. **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ** y su secretario ENISBERTO JOSÉ MAESTRE FERNÁNDEZ “BETO”, controlaban e imponían su autoridad e incluso constreñían a subalternos para lograr irregularmente la asignación de fecha de una audiencia determinada y luego direccionar la misma para que le correspondiera al Juez de Control de Garantías que decidiría conforme necesitaba los sujetos pasivos de la acción penal, contrariando de manera manifiesta la ley y la Constitución, incurriendo en ese actuar en delitos de falsedad documental, constreñimiento para delinquir, concusiones, cohechos y prevaricatos por acción, haciendo parte de la operación ilícita a los funcionarios denominados por su gestión pública como “programadores de

*audiencias “ y “saleros” entre ellos CÉSAR MIGUEL VILLADIEGO HERNÁNDEZ y LUIS CARLOS TOVAR VANEGAS, e igualmente haciendo parte de toda esa cadena de actividades ilícitas al más importante por sus decisiones al Juez **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, quienes por su labor cuentan con el captador de solicitudes ilícitas, es decir el abogado litigante ORLANDO ANAYA DURÁN.*

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Del 15 al 28 de agosto de 2015, ante el Juez 9º Penal Municipal de control de garantías de Cartagena se surtieron las audiencias concentradas contra **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ** -falsedad ideológica en documento público, constreñimiento para delinquir agravado, prevaricato por acción agravado y concierto para delinquir- y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** -concusión, prevaricato por acción agravado y concierto para delinquir-, a quienes se les impuso detención preventiva, pero en la actualidad están en libertad.

2. El 15 de diciembre posterior, el Fiscal 6º Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá presentó escrito de acusación en contra de los indiciados.

3. La audiencia de formulación de acusación se adelantó los días 30 de marzo y 21 de abril de 2016 y, 29 de noviembre de 2017¹.

4. En sesión del 9 de septiembre de 2020, en curso de la audiencia preparatoria, la Sala de conocimiento escuchó la petición de preclusión elevada por la defensa de **RAFAEL DE**

¹ Esta Sala mediante auto del 25 de enero de 2017 accedió a la ruptura de unidad procesal, y ordenó abrir un nuevo radicado en contra de los acusados EDWIN RICARDO VOLPE IGLESIAS y GLORIA AMPARO GIRALDO RUÍZ.

JESÚS URIBE HENRÍQUEZ, en punto de los delitos de falsedad ideológica en documento público y concierto para delinquir con fundamento en las causales 1ª y 3ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

5. Reiniciada la audiencia el 10 de septiembre siguiente, el Magistrado JORGE CABRERA JIMÉNEZ² y el Conjuez TEODORO DEYONGH SALCEDO³ manifestaron impedimento para seguir conociendo de esa actuación con sustento en el numeral 4º del canon 56 del Código de Procedimiento Penal. El apoderado de la víctima⁴, por su parte, recusó al Doctor DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA por haber participado en la determinación del 18 de febrero de 2020 ya enunciada.

6. La Sala de Conjueces de esa Corporación, mediante proveído del 2 de marzo de 2021, declaró fundados los impedimentos presentados por el Magistrado JORGE CABRERA JIMÉNEZ y el Conjuez TEODORO DEYONGH SALCEDO, al igual que la recusación elevada en contra del Doctor DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA.

7. Retomada la diligencia, en sesión del 21 de abril de 2021, el representante judicial de **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** elevó una solicitud preclusiva en el mismo sentido de su colega⁵, la cual fue rechazada de plano por el Juez Colegiado⁶.

² A partir del minuto 08:50

³ A partir del minuto 24:45

⁴ A partir del minuto 39:40

⁵ Cfr. Carpeta de la audiencia, a partir del minuto 08:50. Expediente virtual 59986.

⁶ Cfr. Carpeta 5. *Ibidem*.

8. Una vez interpuestos los recursos de apelación por parte de la defensa, la colegiatura los negó, bajo el entendido de que su determinación constituía una orden; en desacuerdo con ello, propusieron el recurso de queja.

9. Esta Corporación mediante proveído AP2065-2021, 26 jun. 2021, rad. 59465, declaró que fueron correctamente denegadas las mencionadas apelaciones, toda vez que al tratarse la decisión adoptada por la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Barranquilla de una orden de manejo o conducción del proceso, no es susceptible de recurso de apelación, pues este mecanismo está previsto como medio de impugnación frente a sentencias y autos interlocutorios⁷.

10. El 20 de mayo de 2021 se reanudó la audiencia preparatoria, sesión que se adelantó hasta la presentación de solicitudes probatorias de los sujetos procesales y, al día siguiente, se continuó la diligencia.

10.1. Concedida la palabra para que las partes solicitaran la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba, el defensor de **RAFAEL DE JESÚS URIBE**⁸ pidió la exclusión de la actividad del agente encubierto LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS, así como de todos los elementos materiales probatorios que se derivaron de su labor, en especial, los siguientes:

⁷ Cfr. Providencia del 21 de abril de 2021 de la Sala de Conjuces del Tribunal de Barranquilla.

⁸ Cfr. Sesión de audiencia fecha 22 de mayo de 2021, récord 00:14:28 y sgtes.

- Impresión de correo electrónico de leisver@hotmail.com, remitido al investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN el 27 de febrero de 2015, donde refiere conversación sostenida el día anterior con ENISBERTO JOSÉ MAESTRE y ORLANDO ANAYA DURÁN y anexa grabación de la misma, esto allegado con informe S-2015-00714 del 2 de marzo de 2015.

- Impresión de correo electrónico de leisver@hotmail.com, remitido al investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN el 3 de marzo de 2015, con el cual se remitieron 5 folios escaneados relativos al caso 201080076; esto allegado con informe S-2015-00714 del 2 de marzo de 2015.

- Informe de investigador de campo S-2015-3154 del 24 de julio de 2015 suscrito por el investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN, donde se da cuenta de actividades realizadas en punto a la suma de \$500.000, los cuales fueron entregados al agente de contacto por parte del agente encubierto.

Aseguró que, el medio de prueba no fue legalizado oportunamente, comoquiera que dicha tarea investigativa finalizó el 26 de marzo de 2015 cuando ÁLVAREZ VARGAS renunció a la figura de agencia encubierta, empero fue solo hasta el 10 de abril de ese año que la fiscalía llevó a cabo el control posterior ante el Juez competente.

Igualmente, indicó que en el informe de investigador de campo S-2015-3154 del 24 de julio de 2015, suscrito por el investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN, se describe una labor que ejecutó LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS el 24 de julio de esa anualidad, fecha para la cual ya había finalizado la figura consagrada en el canon 242 de la Ley 906 de 2004.

10.2. Por su parte, el apoderado de **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**⁹ solicitó la exclusión de todas las pruebas

⁹ Cfr. Sesión de audiencia fecha 22 de mayo de 2021, récord 00:49:40 y sgtes.

deprecadas por el delegado del ente acusador, ante la vulneración de los derechos a la defensa y debido proceso de su representado.

Al respecto, precisó que para vincular a su prohiado a la presente investigación, *«debía haber una resolución por parte de la Fiscalía General de la nación que así lo estableciera, más sin embargo esta investigación adoleció de esta resolución y al contrario se dio unas acumulaciones que no fueron notificadas»*, por consiguiente, la fiscalía no estaba legitimada para adelantar esa actuación penal ni recolectar elementos de juicio en contra de **VERGARA OTERO**.

Igualmente, reclamó la ilegalidad de la figura del agente encubierto, por cuanto el procedimiento no fue objeto de revisión formal y material por parte del juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta.

10.3. **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**¹⁰, a su vez, petitionó la exclusión de las siguientes pruebas:

10.3.1 Contenido de las llamadas interceptadas e incorporadas dentro del radicado 080016001256201300073, aparentemente, sostenidas entre el litigante GABRIEL RAMOS y el allí imputado JAIRO HUMBERTO RADA ATENCIA, por cuanto, por una parte, se legalizaron con vicios de legalidad, al haberse quebrantado

¹⁰ Cfr. Sesión de audiencia fecha 22 de mayo de 2021, récord 01:00:11 y sgtes.

la reserva legal existente entre abogado y su cliente y, por otra, las interceptaciones no fueron controvertidas y debatidas en juicio oral, dado que el implicado se allanó a los cargos atribuidos en la audiencia de formulación de imputación, de ahí que, en su criterio, no se logró determinar que las voces de los interlocutores, en realidad, correspondieran a las personas atrás mencionadas.

10.3.2. La declaración de STEFFY DÍAZ ATENCIA, pues los hechos frente a los cuales depondrá la testigo están relacionados con un evento delictivo que no le fue formulado por la fiscalía al interior de este proceso.

10.3.3. Finaliza su intervención pidiendo la exclusión de todos los elementos de juicio y evidencias requeridas por el representante del ente acusador, por cuanto la investigación por estos hechos inició en el despacho del Fiscal 1º Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, sin que exista una resolución de reasignación del caso. Sobre este punto refirió:

El señor fiscal me convoca para escucharme en interrogatorio, hice descargos, presentando elementos probatorios propios para el archivo de la preclusión de la investigación. Es de anotar que esta investigación (inaudible), mientras que la investigación 1100160717201400149, se inició el 2 de septiembre de 2014 con un escrito falaz. Demostrándose qué, mientras en el spoa 201400134(...) sí fue acumulado, mediante resolución 015992019 de julio de 2015, no ocurrió así conmigo, pues se ha reconocido por parte de la Fiscalía 6 ante el Tribunal de Bogotá que no existe resolución de reasignación o acumulación del radicado 080016001257201400204 al spoa 11001600717201400149, por eso se me ha violado el debido proceso por el Fiscal 6 del Tribunal de Bogotá, por cuanto no tenía competencia para capturar me e

imputarme, ni mucho menos para imponerme medida aseguramiento dentro de esos spoa.

11. Luego de las peticiones probatorias de las partes y las solicitudes de exclusión, el 6 de julio de 2021, la Sala de Conjueces, después de varias aclaraciones requeridas por las partes ante lo «*confuso*» de la decisión¹¹, decretó pruebas testimoniales y documentales de la Fiscalía, los defensores y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, al tiempo que negó para esta última, un medio probatorio.

12. Contra esa determinación los defensores y **VERGARA OTERO** interpusieron recursos de apelación los que, una vez sustentados y corridos los traslados a los no recurrentes, fueron concedidos en el efecto suspensivo ante esta Corporación.

4. LA DECISIÓN RECURRIDA

La Sala de Conjueces del Tribunal Superior de Barranquilla¹² se pronunció sobre sobre las diferentes peticiones probatorias formuladas por las partes en la audiencia preparatoria. Para los efectos de esta decisión, solo se relacionarán las necesarias a efecto de resolver los recursos de apelación, teniendo como parámetro las solicitudes de exclusión de evidencias exteriorizadas por los apoderados de los procesados y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA**

¹¹ La determinación se leyó en audiencia pero no existe texto del contenido

¹² Cfr. Audiencia preparatoria del 6 de julio de 2021. A partir del récord 00:09:34.

OTERO, así como la inadmisión de una documental deprecada por los defensores.

Igualmente, se aclara que observada la ambigüedad de las peticiones de exclusión elevadas por **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** y su apoderado, en la medida que cuestionaron la legalidad de todas las pruebas solicitadas por la fiscalía, únicamente, se referirán las que responden a parámetros de concreción, precisión y suficiencia.

No ocurre lo mismo frente al representante de **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, dado que precisó con claridad los elementos de juicio que pretende sean excluidos del juicio.

4.1. En cuanto a los medios de convicción deprecados por la fiscalía, se decretaron:

- 1. Testimonios de LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS y STEFFY DÍAZ ATENCIA.*
- 2. Acta de voluntariedad del 20 de enero del 2015 en la cual se especifica las circunstancias a desarrollar en virtud de la agencia encubierta firmada por LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS, el fiscal GERMÁN ARIAS CORTES y los investigadores RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN LÓPEZ y ELKIN FABIÁN VARÓN.*
- 3. Resolución 0016 del 29 enero del 2015 suscrita por el Director de Fiscalías Nacionales mediante la cual autorizó por el término de tres meses la figura de agencia encubierta a desarrollar por LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS.*
- 4. Acta de inicio de la actividad de agencia encubierta del 30 de enero de 2015 firmada por LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS.*
- 5. Acta de audiencia preliminar de control posterior a orden de agencia encubierta, procedimiento y resultado adelantada el 10 de abril de 2015 ante el Juzgado 18 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.*

6. Acta de finalización de actividad de agencia encubierta en la cual se deja sentado que esta figura culminó el 10 de abril de 2015 firmada por LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS y el agente contacto RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN LÓPEZ.

7. Acta de audiencia de legalización de los resultados de la diligencia de agencia encubierta del 10 de abril del 2015.

8. Impresión de correo electrónico de leisver@hotmail.com, remitido al investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN el 27 de febrero de 2015, donde refiere conversación sostenida el día anterior con ENISBERTO JOSÉ MAESTRE y ORLANDO ANAYA DURÁN y anexa grabación de la misma, esto allegado con informe S-2015-00714 del 2 de marzo de 2015.

9. Impresión de correo electrónico de leisver@hotmail.com, remitido al investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN el 3 de marzo de 2015, con el cual se remitieron 5 folios escaneados relativos al caso 201080076; esto allegado con informe S-2015-00714 del 2 de marzo de 2015.

10. Informe de investigador de campo S-2015-3154 del 24 de julio de 2015 suscrito por el investigador RAFAEL GUILLERMO CALDERÓN, donde se da cuenta de actividades realizadas en punto a la suma de \$500.000, los cuales fueron entregados al agente de contacto por parte del agente encubierto

11. Acta de inspección judicial del 18 de febrero de 2015, en la Fiscalía 2 Especializada de Barranquilla adelantada en el proceso penal 080016001256201300073 contra JAIRO HUMBERTO RADA ATENCIA.

12. Acta de inspección del 18 de febrero de 2015, efectuada en la fiscalía 2 especializada de barranquilla sobre el proceso 080016001256201300073 JAIRO HUMBERTO RADA ATENCIA y donde se obtienen copias de los folios allí relacionados, entre esos lo ateniendo (sic) a la interceptación efectuada.

13. Informe de investigador de campo S-2015-3067 del 17 de julio de 2015 suscrito por el investigador ELKIN FABIÁN BARÓN, contentivo de la transliteración efectuada a las líneas interceptadas en el radicado 080016001256201300073 (JAIRO RADA y otros).

14. Acta de inspección judicial del 17 de julio de 2015, realizada en la Fiscalía Séptima Especializada de Barranquilla sobre el proceso penal 080016000125620130073 seguida contra JAIRO HUMBERTO RADA ATENCIA.

4.2. Por otra parte, rechazó la solicitud probatoria de los defensores de **RAFAEL DE JESÚS URIBE** y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA**

OTERO, relacionada con el auto del 18 de febrero del 2020, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dentro del radicado 110016000201521904808, por cuanto carece de la idoneidad, en la medida que con ella se pretenden imponer valoraciones realizadas por otros jueces sobre los mismos hechos.

5. EL RECURSO

5.1. La defensa técnica de **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ** mostró su inconformidad con la no exclusión de los documentos e informes relacionados con la actividad del agente encubierto.

Sostuvo que la Colegiatura incurrió en un defecto de motivación absoluta, puesto que en el proveído impugnado no se abordaron los argumentos que aquél expuso al momento de postular la ilegalidad de esos medios probatorios, ni explicó las razones por las cuales no era procedente su oposición.

Adujo que, la labor investigativa no contaba con autorización previa por parte de un Juez de control de garantías, además, pese a que el agente renunció al encargo el 26 de marzo de 2015, solo hasta el 10 de abril siguiente se realizó la revisión judicial posterior, es decir, después de que ya había fenecido el término legal para ello.

De otro lado, reprochó la negativa de admitir el auto del 18 de febrero del 2020, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dentro del radicado 110016000201521904808 en la que se decretó la preclusión en favor de ORLANDO ANAYA DURÁN, por cuanto lo pretendido con ese elemento no es desacreditar la responsabilidad penal de su prohijado, sino demostrar que uno de los hechos jurídicamente relevantes atribuidos por la fiscalía no tuvo ocurrencia, tal como concluyó esa Corporación en la precitada providencia.

Solicitó se revoque la decisión y, en su lugar, (i) se ordene la exclusión de ese medio probatorio y (ii) se decrete como prueba el proveído del 18 de febrero del 2020.

5.2. El apoderado de **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**¹³ pidió que se derogue la admisión de las evidencias derivadas de la agencia encubierta, toda vez que el control posterior de esa actividad no se realizó dentro del término legal, por ende, resultan ilegales.

En ese sentido, recordó que el particular encargado como agente renunció a la colaboración voluntaria el 26 de marzo de 2015, pero, únicamente, hasta el 10 de abril de ese año, se efectuó la verificación respectiva ante el juez competente.

¹³ Cfr. Audiencia de sustentación del 22 de julio de 2021, récord 01:20:17-1:54:22.

Destacó que la petición de exclusión de dicho medio de prueba no fue objeto de pronunciamiento por parte del *a quo*, quien lo admitió sin hacer referencia alguna a las oposiciones de la bancada defensiva, vulnerando de ese modo el debido proceso por ausencia de motivación de la decisión.

Igualmente, reclamó que se «*deje sin efectos*» el auto apelado en lo concerniente a las pruebas decretadas a la fiscalía, por cuanto el representante de esa entidad no está facultado para adelantar la presente causa, debido a que no cuenta con designación especial por parte del Fiscal General de la Nación para ese propósito, de ahí que todos los elementos probatorios aducidos en contra de su prohijado se recolectaron de forma ilegal y, por consiguiente, deben ser excluidos del juicio oral.

Aseveró que, a pesar de que esbozó esos mismos argumentos en la oportunidad procesal indicada, la Sala de Conjuces no los analizó ni debatió en la determinación reprochada. Catalogó como incompleta y anti metodológica la providencia del Tribunal, por falta de claridad.

5.3. Por su parte, el acusado **VERGARA OTERO** solicitó la revocatoria del auto del 6 de julio de 2021, teniendo en cuenta que el Juez plural, tácitamente, denegó las solicitudes de exclusión que elevó frente al testimonio de STEFFY DÍAZ ATENCIA y la incorporación de algunas piezas de otras actuaciones, tras haberlas admitido como prueba, sin exponer en la providencia opugnada las razones por las

cuales no eran procedentes tales postulaciones, es decir, no expuso los fundamentos que lo llevaron a no declarar la ilegalidad los citados elementos de juicio.

Resaltó que la declaración de STEFFY DÍAZ ATENCIA no hace parte del tema de prueba de la acusación formulada en su contra, por tanto, debe ser excluida, agregando que, en cualquier caso, el delegado de la fiscalía no se encuentra legitimado para adelantar este proceso, porque no cuenta con la respectiva resolución en la que se le hubiera reasignado la investigación de los hechos que aquí se ventilan.

6. NO RECURRENTES

6.1. El ente investigador¹⁴ petitionó que se desestimen los alegatos de la defensa del implicado **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, porque sí cumplió con la carga argumentativa de las solicitudes probatorias que elevó y no se produjo vulneración alguna en las garantías constitucionales de ese acusado.

En relación con la exclusión probatoria del agente encubierto y el testimonio de STEFFY DÍAZ ATENCIA aseguró que son aspectos que deben ser debatidos en el juicio oral, por consiguiente, no tienen cabida los pedidos de los defensores y el acusado **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**.

¹⁴ Cfr. sesión de la tarde 22 de julio de 2021, a partir del récord 03:02.

6.2. La representante del Ministerio Público¹⁵ predicó la confirmación de la decisión frente a la no exclusión de la agencia encubierta, en razón a que el acta final de la actividad fue suscrita por LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS – agente- el 10 de abril de 2021, día en el que se efectuó el control posterior ante el juez de garantías, de tal manera que dicha labor no adolece de algún vicio de legalidad. Además, en su parecer, la fiscalía argumentó de manera suficiente las pretensiones probatorias.

Asimismo, pidió que se mantenga incólume la providencia impugnada en cuanto al rechazo del auto del 18 de febrero de 2020, emitido por el Tribunal Superior de Barranquilla, a través del cual precluyó el proceso penal seguido en contra de ORLANDO ANAYA DURÁN, pues, como lo señaló en el momento procesal pertinente, aquella evidencia no se descubrió ni enunció oportunamente.

Adicionalmente, reclamó la improsperidad de los recursos propuestos por **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** y su abogado, referentes a la exclusión de todos los medios de convicción recopilados por la fiscalía, al estimar que la argumentación es etérea y ambigua, comoquiera que no se especificaron los motivos de ilegalidad originarios por la presunta incompetencia del representante del ente acusador.

Finalmente, destacó que, si bien, **VERGARA OTERO** deprecó la exclusión de la declaración de STEFFY DÍAZ

¹⁵ Cfr. sesión de la tarde 22 de julio de 2021, a partir del récord 12:54.

ATENCIÓN, su exposición estuvo dirigida a justificar la impertinencia del testimonio, escenario que está relacionado con la admisión de la prueba, más no con la postulación inicial.

6.3. El apoderado de víctimas¹⁶ se atuvo a los argumentos expuestos por la fiscalía y la procuraduría.

7. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7.1. Competencia

La Sala de Casación Penal de la Corte es competente para conocer de la apelación presentada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de una decisión proferida en primera instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

7.2. Cuestión preliminar

Correspondería a la Sala abordar el examen del recurso de apelación interpuesto por los defensores y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, en contra de la decisión emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual resolvió las solicitudes de pruebas; sin embargo, advierte ciertas irregularidades sustanciales que tornan

¹⁶ Cfr. El apoderado de víctima como no recurrente sustentó en sesión de la tarde 22 de julio de 2021, a partir del récord 47.37.

necesario invalidar lo actuado, como se expondrá a continuación.

7.3. Trámite de las solicitudes de exclusión probatoria

La exclusión de evidencias es una sanción procesal, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política, orientada a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en el proceso de obtención y práctica de las pruebas. Entre sus objetivos sobresale la disuasión de los servidores públicos de adelantar labores investigativas violatorias de derechos fundamentales, en la medida en que la información así obtenida no podrá utilizarse como soporte de la pretensión punitiva estatal (SU 159 de 2002, C-591 de 2005, entre otras).

En desarrollo de este mandato, el Código de Procedimiento Penal de 2004 acoge, en el carácter de norma rectora, el canon 23, que dispone: *«[t]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. (...)»*.

Recuérdese que la Ley 906 de 2004 tiene una marcada perspectiva acusatoria, regida, entre otros, por el principio adversarial, siendo evidente que el trámite de las distintas audiencias opera de manera oral, con inmediación y concentración, pero, sobre todo, con respeto al derecho a la contradicción y controversia, en el llamado proceso de partes.

En esa sistemática procesal, la audiencia preparatoria es el *escenario natural* donde se seleccionan por el juez los elementos de prueba que deben ser practicados o incorporados en la audiencia pública de juicio oral¹⁷. Esta labor exige un pronunciamiento en torno a su inadmisión, rechazo o exclusión.

En ese sentido, el canon 359 *ejusdem* dispone que las partes y el Ministerio Público pueden solicitar en esa diligencia la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba. De igual forma, la víctima también está facultada para realizar este tipo de postulaciones, acorde con lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007.

Superada esta etapa, al juez le corresponde, conforme a lo consagrado en el precepto 360 *ibidem*, excluir la práctica o aducción de los medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el Código Penal.

Así pues, al juzgador le está vedado resolver una *petición de exclusión*, sin habilitar un espacio para que se suscite entre las partes la correspondiente controversia, lo cual garantiza, que el interesado que pretenda aducir la prueba, cuente con la oportunidad, si es del caso, refutar o

¹⁷ Cfr. AP, 7 mar. 2018, Rad. 51882, AP2901-2019, rad. 55136, AP4281-2019, rad. 55798 y AP790-2020, rad. 56616, entre otras.

desvirtuar a través de los medios de convicción que estime necesarios, la alegación de su contraparte.

En efecto, la jurisprudencia señala:

*(...) **para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente:** (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida con violación de las garantías fundamentales.*

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

(...)

De lo anterior se desprende que el Juez no puede tomar la decisión de exclusión sin que se genere el escenario procesal para adelantar el respectivo debate, porque ello puede afectar gravemente los derechos de la parte que pretende aducir la prueba, o de la que asegura que la misma se obtuvo a través de la violación de derechos fundamentales. Ello no

implica, según se anotó, adelantar trámites interminables, contrarios a la rectitud y eficacia de la administración de justicia. Lo que se espera es que el Juez, en ejercicio de sus deberes y atribuciones como director del proceso, propicie un escenario dialéctico garante del debido proceso, celeridad y sustancial, y tome las decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna.¹⁸. (Negrilla ajena al texto original).

Con esto se busca que la circunstancia que sustenta la solicitud de exclusión de la prueba por motivos de ilegalidad o ilicitud esté debidamente acreditada. De lo contrario, no habrá lugar a imponer la «*máxima sanción invalidante*» a la prueba, como se ha definido jurisprudencialmente a este tipo de decisiones¹⁹.

7.4. La motivación de las providencias, una garantía constitucional para todas las partes e intervinientes dentro del proceso penal.

La adecuada motivación, como componente del debido proceso, es un tópico sustancial en la estructura de las decisiones judiciales por cuanto garantiza comprender su verdadero sentido, así como las consecuencias jurídicas, el respaldo fáctico y probatorio de las mismas, las inferencias y los juicios lógicos sobre los cuales se edificó la determinación, todo lo cual posibilita a las partes e intervinientes ejercer su derecho de defensa y habilitar el de contradicción (Cfr. CSJ SP, 29 de julio de 2008, rad. 24143).

¹⁸ CSJ AP, 7 Mar. 2018, Rad. 51882. Reiterada en providencia CSJ AP, 11 abr. 2018, rad. 52.320.

¹⁹ Cfr. CSJ AP2901-2019, rad. 55136.

En ese sentido, la Constitución Política dispone en sus artículos 29 y 229, respectivamente que *«El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...»*, y que *«Se garantiza el derecho a toda persona para acceder a la administración de justicia...»*.

Sobre la garantía de motivación de las decisiones, el canon 55 de la Ley 270 de 1996 impone al juez la obligación de *«referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales»*, exigencia que implica concretar las razones fácticas, jurídicas y probatorias que sustentan la decisión.

Por su parte, el precepto 162 de la Ley 906 de 2004 establece los requisitos que deben contener las sentencias y los autos, entre los cuales se encuentran, la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación originados en el debate, así como la determinación frente a la solicitud invocada, en términos claros y concretos que permitan su eventual control posterior.

En esa medida, si la providencia carece de motivación, o esta es incompleta, ambigua, equívoca o soportada en supuestos falsos, no sólo quebranta el derecho de los intervinientes en el proceso a conocer sin ambages el sentido de la decisión, sino que también imposibilita su controversia a través de los medios de impugnación -principio de

limitación-, con lo que, sin duda alguna, se lesiona el derecho al debido proceso.

Así lo ha precisado esta Corporación (CSJ SP2235-2016 Rad. 45792):

En el Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de los jueces de motivar sus decisiones constituye una garantía frente a los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, a la par que permite realizar a sus destinatarios un control a la actividad judicial, limitando de esa manera la arbitrariedad de quienes están encargados de ejercerla, amén que de contera ampara el principio de legalidad y el derecho de contradicción.

Al respecto tanto la jurisprudencia constitucional²⁰ como la de la Sala²¹, ha sido insistente en sostener que las decisiones judiciales deben estar soportadas en el análisis de los hechos y las pruebas sometidas a su consideración, con expresión de los fundamentos jurídicos en que se apoyan, y en ellas el ejercicio hermenéutico del juez debe estar orientado a justificar su decisión, en orden a demostrar que la resolución de determinado asunto no obedece a su mero capricho o arbitrio, lo cual además de legitimar la actividad jurisdiccional permite a las partes y, en general, al conglomerado social, ejercer un control sobre su corrección.

La debida motivación no exige, tan solo, exteriorizar las razones de orden dogmático o normativo que, para el juez, justifican la determinación, sino, además, las de índole fáctico y probatorio, que llevan consigo la respuesta a las postulaciones que, frente a esos tópicos, hagan las partes e intervinientes.

En cuanto a los defectos en la motivación de las decisiones, la Sala ha identificado²² cuatro situaciones: i)

²⁰ Sentencia CC C-145-1998.

²¹ CSJ SP, 24 jul. 2013, rad. 36448; CSJ SP, 23 may. 2012, rad. 32173 y CSJ SP, 2 feb. 2011, rad. 32018; entre otras.

²² Ver entre otras, CSJ SP, 4 may. 2011, rad. 35977; CSJ SP, 3 mar. 2010, rad. 32199; CSJ SP 21 oct. 2009, rad. 32004; CSJ SP9396-2014.

ausencia absoluta, esto es, cuando no se consignaron los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la decisión; (ii) *incompleta o deficiente*, que se configura cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre alguno de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales destinados a resolver el problema jurídico concreto, de modo que impide saber cuál es el soporte del fallo; (iii) *ambigua, ambivalente o dilógica*, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, (iv) *sofística, aparente o falsa*, que surge cuando el fundamento probatorio de la determinación no consulta la realidad probatoria que exhibe el proceso, de forma que, partiendo de una apreciación incompleta de la prueba, el sentenciador construye una realidad diferente y llega a conclusiones abiertamente equívocas.

La constatación de los tres primeros eventos conduce a declarar la nulidad de la providencia para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de contradicción; en tanto que el último, de salir adelante, conlleva a emitir una determinación sustitutiva (*cfr.* CSJ SP, 4 mar. 2009, rad. 27910; CSJ SP9396-2014, rad. 41567 y CSJ SP4234-2019, rad. 48264, entre muchas otras).

Ahora bien, el recurso de apelación constituye una forma de control, al interior del mismo aparato judicial, de la decisión de primera instancia, y una garantía para la parte

que no ha visto cumplidas sus expectativas ni satisfechos sus derechos, de que una autoridad superior revisará la actuación y decidirá imparcialmente sobre sus pretensiones.

Al respecto, la Sala ha afirmado que

La doble instancia o “juicio del juicio” es para la parte una “ultragarantía” constitucional que materializa el debido proceso, la impugnación, la contradicción, la defensa y el acceso a la administración de justicia y tiene por objeto que se revise una decisión para corregir errores, agravios, arbitrariedades, mantener, restablecer o proteger derechos y lograr que las providencias judiciales acaten el régimen de un orden justo, propósitos que se logran ante un juez (singular o plural) jerarquizado (ad quem) que puede revocar, confirmar, anular, sustituir o modificar el auto o la sentencia del a quo. (CSJ SP740-2015, rad. 39417)

La doble instancia, como garantía del debido proceso, impone al juez *ad quem* adelantar un control judicial efectivo a la providencia controvertida y revisar, dentro del marco de la apelación, las consideraciones exhibidas por el inferior, los eventuales defectos de actividad y los errores o desviaciones en el juicio lógico, a efectos de depurarlos o corregirlos, si es del caso.

Por manera que el límite de la competencia del juez de segunda instancia está delimitado por las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y exteriorizan en la alzada, pero siempre de frente a los argumentos del *a quo*, sin dejarlos de lado, en la medida en que la revisión descansa, justamente, sobre dichos fundamentos.

Entonces, una justificación completa de esa determinación lleva consigo incluir una respuesta o pronunciamiento sobre las reprobaciones propuestas por los impugnantes y la conformidad o no del proveído objeto de alzada, de cara a tales alegaciones.

De lo que surge claro, no se trata de prohibir al superior exprese argumentos adicionales a los señalados por el funcionario de primer grado, sino, que no debe agregar o complementar los argumentos del inferior excediendo el principio de limitación, cuando es evidente la ausencia de motivación, en tanto quebranta el derecho a la doble instancia, habida cuenta que, ante la inexistencia de cualquier fundamento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión de primer grado sobre el asunto en cuestión, se incurre en un vicio de estructura que afecta la validez del trámite judicial, sólo susceptible de ser reparado por quien omitió cumplir con el deber de resolver y motivar conforme a la propuesta de los sujetos procesales, incluidas todas sus postulaciones.²³
(Subrayado fuera del texto original)

7.5. Verificación del caso concreto.

7.5.1. Omisión en el procedimiento del debate sobre exclusión de evidencia.

Como se mencionó en el acápite **7.3.**, las controversias sobre inadmisión, rechazo o **exclusión** de medios de prueba deben suscitarse en la audiencia de preparación del juicio oral –salvo casos excepcionales relacionados con la aplicación del inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004 o las vicisitudes de la prueba de refutación-, de suerte que, al inicio del debate probatorio en la audiencia de juzgamiento, se encuentre superada cualquier discusión en torno de su práctica.

²³ CSJ AP, 29 sep. 2021, rad. 59902

Pues bien, constatado el audio de la audiencia celebrada el 21 de mayo de 2021, la Sala advierte que los representantes de los inculcados y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, en uso de su defensa material, solicitaron la exclusión de diversos medios probatorios de la fiscalía.

Así, el apoderado de **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ** cuestionó la legalidad de la actividad desarrollada por el agente encubierto LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS, así como los documentos e informes que resultaron de esa labor.

Lo anterior, bajo el argumento de que se incumplió lo ordenado en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004, pues el control de legalidad posterior tuvo lugar después de las 36 horas siguientes a la renuncia del particular que fungió como agente. Al respecto, aseveró que esa última situación se presentó el 26 de marzo de 2015, en tanto que la respectiva diligencia de legalización se llevó a cabo el 10 de abril de ese mismo año, es decir, más allá de los 10 días.

De igual forma, **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** y su defensor deprecaron la exclusión tanto del elemento probatorio precitado -con igual sustento-, como de todos las pruebas solicitadas por la fiscalía.

Adujeron los peticionarios la falta de legitimidad del representante del ente acusador que adelanta la investigación, puesto que las denuncias iniciales por estos hechos de corrupción fueron conocidas por el Fiscal 1º Delegado ante el

Tribunal Superior de Barranquilla, y en el plenario no se advierte la existencia de la resolución mediante la cual se le hubiera reasignado este asunto al despacho 6º Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, de ahí que, en sus criterios, todas las actividades promovidas por el funcionario de la fiscalía están viciadas de ilegalidad.

Adicionalmente, **VERGARA OTERO** argumentó que la declaración de STEFFY DÍAZ ATENCIA vulnera sus derechos constitucionales, debido a que los hechos frente a los cuales depondrá la testigo, están relacionados con un evento delictivo que no le fue atribuido por la fiscalía al interior de este proceso.

Igualmente, peticionó la exclusión de las llamadas interceptadas dentro del radicado 080016001256201300073, por cuanto, no solo se legalizaron con vicios de legalidad por desconocimiento de la reserva existente entre abogado y cliente, sino que tampoco se logró determinar que las voces de los interlocutores, en realidad, correspondieran al profesional del derecho GABRIEL RAMOS y el allí imputado JAIRO HUMBERTO RADA ATENCIA, comoquiera que no fueron debatidas en juicio oral.

Esas censuras descansan en premisas que la fiscalía no pudo refutar o justificar. En efecto, no se le brindó la oportunidad de aclarar, como pretendió hacerlo a través de la enunciación y presentación de algunos elementos de convicción, por ejemplo, la fecha en que se suscribió el acta

final de la agencia encubierta y en la que radicó la solicitud de la diligencia preliminar de control posterior. Es decir, no se le permitió informar si, en realidad, se superó el término legal dispuesto en el artículo 242 de la Ley 906 de 2004 y se vulneró algún derecho de los procesados.

Asimismo, no contó con la posibilidad de pronunciarse frente a los reproches elevados respecto de su, aparente, indebido e ilegítimo actuar.

Esas demostraciones que resultaban determinantes para resolver las peticiones de exclusión incoadas por los defensores y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, no ocurrieron porque el Tribunal obvió el *escenario procesal* a que se hizo alusión previamente. Tal irregularidad condujo a la adopción de una decisión en la que las partes, en especial la fiscalía, no tuvieron el espacio para debatir esos importantes aspectos fácticos, lo que afecta claramente su derecho al debido proceso.

Por consiguiente, la Sala de Conjuces no tenía elementos de juicio para decidir las solicitudes de exclusión -las que, en cualquier caso, como se verá, no fueron resueltas-, ni están sentadas las bases para que la Corte pueda tomar una decisión de fondo sobre este aspecto en particular.

7.5.2. Omisión en la motivación de la decisión apelada.

Como se estableció en el anterior punto, durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, los aquí impugnantes postularon la exclusión de los medios probatorios de la fiscalía.

Se reitera, los defensores reclamaron la ilegalidad de la agencia encubierta, tras asegurar que LEISVERT ENRIQUE ÁLVAREZ VARGAS renunció a la calidad de agente el 26 de marzo de 2015 y solo hasta el 10 de abril de 2015 se realizó el control judicial posterior, esto es, cuando ya había fenecido el término legal.

Por su parte, el representante de **JOSÉ DE JESÚS VERGARA** también pidió la exclusión probatoria de todas las pruebas decretadas a la fiscalía, al estimarlas ilegales y violatorias del derecho de defensa de su prohijado. Al respecto, sostuvo:

*«Es entendible que hay una violación al debido proceso en la investigación que se le adelantó a **JOSÉ VERGARA OTERO**. Se trajeron a colación y se solicitaron los documentos que se dirigieron a la ciudad de Bogotá a la Fiscalía General de la Nación, donde se va a demostrar que para que el señor **JOSÉ VERGARA OTERO** se vinculara a la investigación por estos hechos, tal como lo dijo el Ministerio público, debía haber una resolución por parte de la Fiscalía General, que así lo estableciera, más sin embargo esta investigación adoleció de esta resolución y al contrario se dio unas acumulaciones que no fueron notificadas...»*

El inculpinado **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO**, igualmente, deprecó que se excluyeran la totalidad de los elementos de juicio ofrecidos por el ente acusador, al advertir irregularidades procesales que afectan sus derechos en

calidad de procesado y que han venido presentándose desde el inicio de la investigación.

Al revisar la decisión adoptada por el Juez colegiado, la Sala encuentra que limitó el examen de admisibilidad de la solicitud de pruebas de la fiscalía, al cumplimiento de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad, sin resolver las peticiones de exclusión probatoria que sobre ellas se presentaron.

Efectivamente, los argumentos esbozados por los apelantes en el momento procesal oportuno, ciertamente, no fueron objeto de análisis ni pronunciamiento por parte de la Sala de Conjuces del Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla en la decisión del 6 de julio del presente año, por cuyo medio decretó como pruebas todas las ofrecidas por la fiscalía, pues ninguna mención hizo sobre ese particular en la lectura de la determinación. Allí, luego de enunciar los elementos de convicción aducidos por el ente acusador, así como de múltiples interrupciones y pedidos de precisión de las partes, se limitó a señalar: *«Con relación a las pruebas, la Sala concedió cada una de las solicitudes probatorias de los sujetos procesales, a la fiscalía, a la defensa. Las pruebas que pidió la fiscalía en su totalidad»*.

Es que, en ningún momento de la lectura de la determinación, se advierte que la Sala de Conjuces hubiera hecho siquiera alusión a las peticiones de ilegalidad sustentadas por los litigantes y **VERGARA OTERO**, los cuales merecen una respuesta clara, concreta y de fondo, que aquí

no existió, pues el pronunciamiento se encaminó exclusivamente a verificar la conducencia, pertinencia y utilidad del consentimiento de las pruebas enunciadas por el fiscal.

En ese orden, para la Sala es claro que el *a quo* no se pronunció de manera íntegra frente a la totalidad de postulaciones que se produjeron en el decurso de la audiencia preparatoria, incurriendo, de ese modo, en una falta absoluta de motivación, puesto que, no tuvo en cuenta que la admisión de las pruebas de la fiscalía debía superar, previamente, el estudio de exclusión promovido por las contrapartes, conforme a lo descrito en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

Tal proceder es constitutivo de una irregularidad sustancial trascendente, porque afecta de manera concreta las garantías de las partes, desconociendo, a su vez, las bases fundamentales del debido proceso, por cuenta del incumplimiento de los deberes funcionales del operador de justicia, quien por mandato constitucional y legal ha de emitir un pronunciamiento que atienda favorable o negativamente las solicitudes elevadas por los sujetos procesales e intervinientes.

Error que no corresponde reparar en sede de segunda instancia, pues de emitirse pronunciamiento sobre las solicitudes de exclusión probatoria soslayadas por el Tribunal con el fin de emendar el agravio, se estaría

vulnerando, entre otros, el derecho a la doble instancia de las partes con interés para oponerse a una determinación en ese sentido.

7.5.3. Conclusión

Como atrás quedo dicho, al juzgador le corresponde determinar de forma **clara, precisa e inequívoca** cuáles de las probanzas solicitadas por las partes e intervinientes, cumplen con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y licitud, para ser admitidas o, en su defecto, rechazadas o excluidas.

Por consiguiente, el ejercicio cabal del derecho a controvertir las pretensiones probatorias entre las contrapartes cumple su propósito cuando el funcionario judicial establece de manera precisa aquello que va ser objeto de conocimiento y discusión en el juicio oral, mediante el proferimiento de una providencia motivada en la que se señale cuáles de los medios que se pretenden introducir los sujetos procesales son admitidos, rechazados y excluidos, de modo que si el referido escenario no concluye con una decisión integradora de cada una de las respuestas que la judicatura debe otorgar a los múltiples requerimientos probatorios elevados por estos,

*ya sea porque el juez incurre **en una omisión dentro de la dinámica propia de la audiencia preparatoria**²⁴, o a causa de la falta de motivación de su proveído, la afectación al debido proceso y al derecho de contradicción de*

²⁴ CSJ SP, 29 junio 2007, rad. 27608.

las partes es sumamente grave y notoria, tornando inocuo ese importante espacio procesal (audiencia preparatoria), que no habría cumplido el propósito de delimitar, debidamente, las iniciativas probatorias de los intervinientes, atendiendo las exposiciones que las sustentan»²⁵. (Negrillas y resaltos fuera del texto original),

Tales falencias, igualmente, tendrían una incidencia negativa sobre la siguiente fase procesal, puesto que, no existiría claridad y exactitud respecto de aquello que será debatido en el juicio oral, labor que es propia de la audiencia preparatoria, como bien lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ, AP 2421-2014, rad. 43.481):

*Así, la concentración supone la continuidad y fluidez de la audiencia, y esto a su vez implica que las pruebas se practiquen en bloque, para lo cual es imprescindible que se excluya de la audiencia pública cualquier controversia que interfiera con tales propósitos. **Por tanto, al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica, precisamente para ello se diseñó la audiencia preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera;** proveído susceptible de los recursos correspondientes, pero una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto. (Negrillas y resaltos fuera del texto original).*

De tal suerte, que las incorrecciones trascendentes referidas en los acápites **7.5.1.** y **7.5.2.**, como son, (i) omisión en el trámite inherente al debate sobre exclusión probatoria y, (ii) ausencia absoluta de motivación en el proveído impugnado, solo pueden ser corregidas con el remedio

²⁵ CSJ AP, 13 jul. 2016, rad. 47991.

extremo de la nulidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, con el propósito de honrar los derechos al debido proceso, contradicción y defensa, la Sala decretará la nulidad de lo actuado, a partir, inclusive, del momento en que los defensores y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** presentaron las solicitudes de exclusión, para que el Tribunal le imparta a las mismas el trámite que corresponde, según lo indicado en esta providencia.

Superada esta etapa, el *a quo* deberá, emitir nuevamente un pronunciamiento de fondo en el que atienda de forma clara, precisa, y fundada las pretensiones probatorias de las partes y las peticiones de inadmisión, rechazo o exclusión que sobre estas se realizaron.

7.6. De la prescripción oficiosa

Revisada la actuación, la Corte advierte que transcurrió el término previsto por el legislador para que prescriba la acción penal derivada del delito de constreñimiento para delinquir agravado, lo cual aconteció antes de que el Tribunal adoptara la decisión objeto de apelación.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito

atribuido, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superior a 20.

De conformidad con lo previsto en el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación, y comienza a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal, pero sin ser inferior a tres (3) años.

Pues bien, como la fiscalía le formuló a **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, entre otros delitos, el de constreñimiento para delinquir agravado, conducta que aparece descrita en los artículos 184 y 185 del Código Penal con una pena de 21.3 a 81 meses de prisión²⁶; luego, entonces, de conformidad con las normas que vienen de citarse, para efectos de establecer si ha ocurrido el fenómeno de la prescripción se deberá atender el máximo de la pena.

Sin embargo, como la conducta fue presuntamente cometida por quien detentaba la condición de servidor público -Juez 13 Penal Municipal con función de control de garantías-, el lapso de la prescripción se aumenta en la mitad, acorde con el inciso 6º del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, modificado por el canon 14 de la Ley 1474 de 2011²⁷, es decir, 40.5 meses, por lo que el término prescriptivo para el referido injusto, es de 121.5 meses.

²⁶ Con la modificación introducida por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

²⁷ Conforme los hechos en que se sustenta la imputación jurídica del delito de prevaricato por omisión, éstos sucedieron entre el 13 de febrero y 22 de julio de 2013.

Ahora, como la formulación de imputación en esta actuación se verificó el **15 de agosto de 2015**, el término de prescripción de la acción se interrumpió, y a partir de ese momento, comenzó a correr nuevamente por la mitad de ese período, esto es, 60.75 meses o lo que es igual 5 años y 23 días; de manera que el fenómeno prescriptivo de la acción penal se cumplió el **7 de septiembre de 2020**, antes de que el Tribunal profiriera la determinación aquí impugnada -6 de julio de 2021-.

Frente a esa realidad procesal, se impone la intervención oficiosa de la Corte para declarar la extinción de la acción penal del delito de constreñimiento para delinquir agravado que se adelantaba en contra de **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ**, por razón de la prescripción.

7.7. Acotación final

Atendiendo los múltiples yerros detectados en la dirección y control de las audiencias, así como en la determinación adoptada²⁸, se llama la atención de la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Barranquilla para que en lo sucesivo:

- (i) imparta celeridad al trámite procesal y adopte los correctivos necesarios para evitar dilaciones

²⁸ Al punto de que los sujetos procesales durante la sesión del 6 de julio de 2021, se vieron en la necesidad de pedir diversas aclaraciones frente a la decisión proferida.

injustificadas, que puedan ocasionar la prescripción de los demás delitos y,

(ii) resuelva de forma ordenada, hilvanada y justificada las solicitudes probatorias de las partes e intervinientes.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal**,

RESUELVE

Primero: DECRETAR dentro del presente asunto, la nulidad de lo actuado por la Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Barranquilla, a partir, inclusive, del momento en que los defensores y **JOSÉ DE JESÚS VERGARA OTERO** presentaron las solicitudes de exclusión, con el fin de que se rehaga la actuación, bajo los términos indicados en la parte motiva de este proveído.

Segundo. DECLARAR la extinción, por prescripción, de la acción penal derivada de la conducta punible de constreñimiento para delinquir agravado por la que fue acusado **RAFAEL DE JESÚS URIBE HENRÍQUEZ** y, por consiguiente, **DECRETAR** a su favor la **PRECLUSIÓN** por el mencionado delito.

Tercero. DISPONER la devolución de las presentes diligencias al Tribunal de origen.

Cuarto. Contra esta determinación no proceden recursos, salvo frente a lo decidido en el numeral **segundo**, respecto del cual procede el recurso de reposición.

Comuníquese y cúmplase



FABIO OSPITIA GARZÓN

Presidente



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



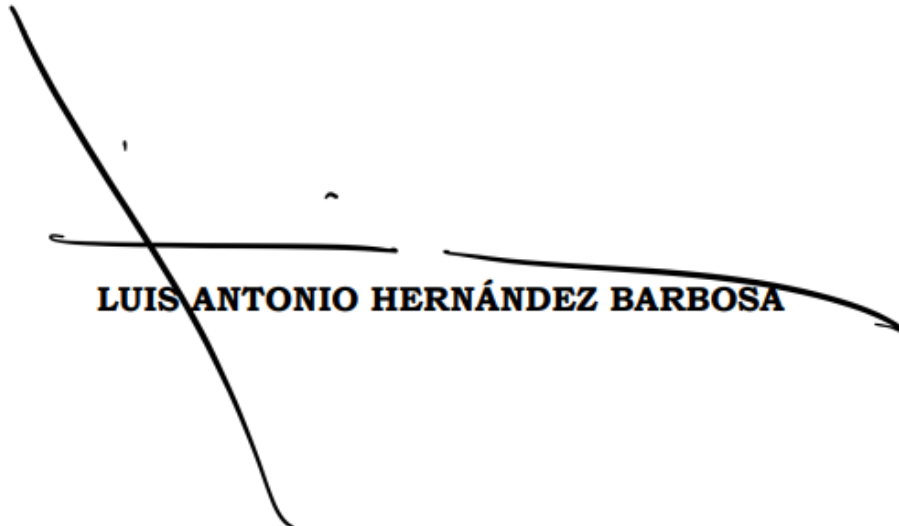
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

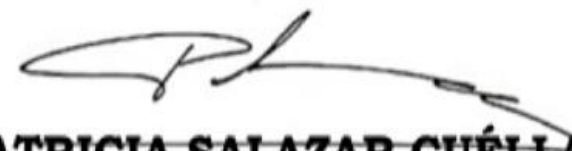


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Sala C...ción Penal@ 2 -



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria