



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN PENAL

JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
Magistrado Ponente

C.U.I. 13-001-6000000-2015-00023-02
Radicación n°. G14 0018-2024
Acta 210

Cartagena de indias, D, T y C., dos (2) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024).

OBJETO

Decidir el recurso de apelación presentado por el defensor público de **LEWIS CARABALLO TORRES** contra el auto proferido el 7 de octubre de 2024 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Cartagena a través resolvió las controversias probatorias suscitadas en audiencia preparatoria, dentro de la causa penal que se le adelanta junto a **CLAUDIA PATRIA VALDÉS BOHÓRQUEZ, DELSY CELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ y MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ** por los delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

LEWIS CARABALLO TORRES, DELSY CELENE SÁNCHEZ CAMARGO y CLAUDIA PATRIA VALDÉS BOHÓRQUEZ, en calidad funcionarios de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, y actuando como calificadores jurídicos de dicha entidad, *“conceptuaron inscribir diferentes escrituras públicas mediante la cual se hicieron aclaraciones*

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

a linderos y medidas, que incrementaron injustificadamente áreas” de terreno “que posteriormente eran vendidas a la Empresa Transcaribe S.A.”.

Con la inscripción de las escrituras públicas de aclaraciones de linderos y medidas N° 577 de 2010 del 17/02/2010 de la Notaría 4ª; N° 2553 del 30/12/2010 de la Notaría 4ª; N° 1652 del 4/05/2010 de la Notaría 1ª; N° 2552 del 30/12/2010 de la Notaría 4ª; N° 1261 del 4/05/2010 de la Notaría 1ª; N° 1187 del 9/06/2010 de la Notaría 4ª; N° 0386 del 17/02/2010; N° 1866 de la Notaría 5ª, todas de Cartagena, las cuales no contaban con la protocolización de las Resoluciones del IGAC, se transgredió manifiestamente el Decreto Ley 1250 de 1970, la instructiva 03 de 2017 de la Superintendencia de Notariado y Registro, y la Instructiva Conjunta de 2010 del IGAC y la Superintendencia de Notariado y Registro.

Se señala que los acusados han debido rechazar mediante una nota devolutiva los actos jurídicos en lugar de proceder a su inscripción, incurriendo en conceptuar circunstancias manifiestamente contrarias a la normatividad en mención, lo que facilitó que, con “*el visto bueno*” del gerente de Transcaribe S.A. junto con su asesor jurídico se apropiaran en favor de particulares de aproximadamente \$2.200.000.000 en disfavor del Distrito.

De igual forma, se señala que, la señora **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ**, mediante escritura pública número 1522 del 18/09/2009 de la Notaría Quinta de Cartagena, incrementó de 450 mts² a 600 mts² su propiedad. Posterior a ello, con E.P. N° 1866 del 7/10/2010 aclaró los linderos y medidas del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 060-16316, lográndose la inscripción del mismo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, por intermedio del señor **LEWIS CARABALLO TORRES**, actuación que era irregular, por cuanto se debía justificar jurídicamente el aumento de más 200 metros del predio y ello no ocurrió.

RADICACIÓN: 13-001-600000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

En cuanto a la actuación de **EFRANIO MARTELO LÓPEZ**, destaca el ente acusador que éste le vendió a la empresa Transcribe S.A., a través de Escritura Pública N° 4135 del 20 de noviembre de 2009 de la Notaría Tercera de Cartagena un inmueble de 61.74 mts².

El señor **EFRANIO MARTELO LÓPEZ**, *“adicionó su predio mediante una aclaración de linderos y medidas que hizo mediante escritura pública N° 814 del 5 de junio de 2009”*, no obstante, dicha escritura no había podido ser inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, por no reunir con los requisitos de ley, ya que *“la ampliación de área que se pretende no está justificada en títulos de tradición anteriores Decreto 1711/84”*, pero posteriormente y sin subsanarse dicha irregularidad, la misma logró ser inscrita por parte de *Eduardo Duque Pupo*.

Se indica que, *“todas las aclaraciones de linderos y medidas realizadas por quienes vendieron áreas de tierra a Transcribe violentaron la instructiva de la superintendencia de notariado y registro No. 03 de 2007, la cual establece que, para poder aclarar linderos y medidas de un predio, se requiere contar con una resolución o acto administrativo de la autoridad catastral o sea del IGAC, situación que no ocurrió en estas ventas”*.

ANTECEDENTES

Los antecedentes de este proveído vienen relacionados en otrora auto de fecha 16 de abril de 2024, por lo tanto se indicará que, luego de acusados los señores **LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRIA VALDÉS BOHÓRQUEZ, DELSY CELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ y MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ** y, tras un gran cúmulo audiencias fallidas que han precedido distintas compulsas de copias, la audiencia

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

preparatoria¹ se instaló el 25 de septiembre de 2023, continuó en sesiones de fecha 3 de octubre de 2023, 11 de octubre de 2023 y el 18 de octubre de 2023, en esta última calenda el Juez profirió auto donde se pronunció: *i)* de una propuesta de nulidad elevada por el defensor público de **LEWIS CARABALLO TORRES**; *ii)* sobre las oposiciones realizadas por el referido profesional del derecho y *iii)* de las solicitudes probatorias que resultaban pertinentes cuya practica ordenó. Contra el anterior pronunciamiento, la defensa de **CARABALLO** presentó recurso de apelación.

El 16 de abril de 2024, por auto aprobado en acta n° 64 la Sala resolvió la alzada en el sentido que sigue:

1°. CONFIRMAR el fragmento del auto de fecha 18 de octubre de 2023 emitido dentro de la audiencia preparatoria por el juzgado 1° penal del circuito de Cartagena, en lo que atiende a negar la nulidad propuesta por el defensor público de **LEWIS CARABALLO TORRES**, conforme a las razones expuestas en precedencia.

2°. ABSTENERSE de resolver la apelación en lo que toca al pronunciamiento relacionado con la solicitud probatoria del testimonio de **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ**. En consecuencia, deberá el juez 1° penal del circuito de Cartagena emitir decisión sobre el particular.

3°. ABSTENERSE de resolver la apelación en lo que toca a la propuesta de ilicitud relacionada con la ausencia de controles del acto investigativo: interceptaciones telefónicas que luego fueron objeto de transliteración. En consecuencia, deberá el juez 1° penal del circuito de Cartagena emitir decisión de fondo respecto a esa postulación.

4°. ABSTENERSE de resolver la apelación en lo que toca a la decisión de admitir como la prueba pericial topográfica en cabeza de la fiscalía, por no estarse lo discutido a una violación de garantías fundamentales en el tamiz de la exclusión o el rechazo del medio probatorio.

5°. CONFIRMAR el fragmento del auto de fecha 18 de octubre de 2023 emitido dentro de la audiencia preparatoria por el juzgado 1° penal del circuito de Cartagena, en lo que atiende a negar el rechazo de un medio probatorio denominado por la defensa “audios de interceptaciones telefónicas”, conforme a las razones expuestas en los considerandos...”

El Juez obedeció y cumplió lo resuelto por auto de fecha 23 de abril de 2024.

¹ Fracasada el día 26 de febrero de 2021, 15 de abril de 2021, 4 de junio de 2021, 25 de agosto de 2021, 4 de octubre de 2021, 3 noviembre 2021, 17 de febrero de 2022, 26 de abril de 2022, 25 de mayo de 2022, 3 de junio de 2022, 21 de septiembre de 2022, 21 de octubre de 2022, 18 de noviembre de 2022, 17 de enero de 2023, 10 de marzo de 2023, 18 de abril de 2023, 15 de mayo de 2023, 26 de junio de 2023, 19 de julio de 2023, 17 de agosto de 2023.

RADICACIÓN: 13-001-600000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

La continuación de la audiencia preparatoria, para efectos de definir algunos temas probatorios, tuvo lugar el día 7 de octubre de 2024. Inconforme con lo allí decidido, la defensa de **LEWIS CARABALLO TORRES** presentó recurso de apelación. Descorrido dicho traslado el asunto fue repartido a esta Sala el 30 de octubre de los cursantes. El proceso pasó al Despacho Ponente el día **xxx**.

CONSIDERACIONES

Conforme al numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para decidir el recurso de apelación presentado por la defensa de **LEWIS CARABALLO TORRES** contra el auto proferido el 7 de octubre de 2024 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Cartagena.

Solución del caso

La Sala dispuso por auto del 16 de abril de 2024 que el Juez 1° Penal del Circuito de Cartagena se pronunciara sobre algunos temas que habían quedado pendientes en el transcurso de la audiencia preparatoria.

De cara a adoptar la decisión que en derecho corresponda se emplearán argumentos sencillos para hacer esta providencia lo más clara posible.

Recuérdese que la defensa del señor **LEWIS CARABALLO TORRES** solicitó el testimonio de MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ para que, sin afectar su derecho de no auto

RADICACIÓN: 13-001-600000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

incriminarse, refiriera lo que le constaba del señor **CARABALLO** para así demostrar que no se conocen y probar que no pudieron llegar a algún acuerdo de voluntades encaminado a actualizar los delitos por los que se procede en esta actuación penal.

Seguidamente, el *a quo* omitió referirse a esa postulación por lo que la Sala se abstuvo de resolver ese punto en la apelación y pidió al director del proceso que decidiera, con independencia de su sentido.

A la par, en sesión de fecha 7 de octubre de 2024 el Juez admitió condicionadamente el testimonio de **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ**, se citan sus razones:

*“... siendo la señora **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ** una procesada no está obligada ella porque tiene esa garantía de no auto incriminarse, no está obligada a declarar, es decir que si en cualquier momento ella renuncia a ese derecho puede declarar, parecía que el Tribunal entendía que **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ** era un particular, y entonces si se omitió pronunciarnos, pero todos sabemos que la, sin embargo, el Juzgado se pronunciara sobre este aspecto...”*

*... El Juzgado 1° Penal del Circuito en relación con la solicitud que hace el apoderado del señor **LEWIS CARABALLO** ordena, si la persona renuncia a su derecho a guardar silencio, el testimonio de **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ** es decir que el Juzgado ordena ese testimonio...”*

Esto quiere decir, que, en un errado entendimiento del argumento de pertinencia elevado por la defensa, el Juez admitió el testimonio de la señora **MERCADO HERNÁNDEZ**, pero condicionándola a la renuncia de su derecho a guardar silencio y no auto incriminarse.

Por este motivo, el recurrente se duele y pide que se confirme el decreto, pero entendiendo que lo es bajo el marco de pertinencia que se postuló y no se condicione a las prerrogativas que a **MERCADO** le asisten como procesada, dado que se le preguntará sobre aspectos que le constan de un tercero los cuales no irradian en sus garantías constitucionales.

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

De lo anterior, puede la Sala concluir que sí procede el recurso de apelación teniendo en cuenta que se trata de un auto que no decretó un uso determinado del medio de prueba, esto es, no obedece a un decreto puro y simple.

Así, desde los proveídos AP4812-2016 y AP1403-2019, entre otros, la jurisprudencia viene sosteniendo que contra el auto que admite pruebas únicamente procede el recurso de reposición. No obstante, existen dos excepciones a esa regla: *i.* cuando media solicitud de exclusión sobre el medio probatorio o *ii.* en los eventos donde ha existido oposición de rechazo por indebido descubrimiento.

Adicionalmente, en auto AP4640-2022, la Corte moduló el sentido legal, de manera que, si un medio probatorio es admitido para un determinado uso y negado frente a otro, también procede el recurso de apelación, esto es, de forma condicionada².

De lo anterior se concluye que, si el tema de prueba está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes acusados para la Fiscalía y para la defensa por su teoría alternativa, es diáfano que el defensor sí dio cuenta del propósito perseguido con el medio probatorio, el cual no es otro sino dar cuenta de la ausencia de relación de toda índole entre su prohijado y la señora **MERCADO HERNÁNDEZ.**

² “... si bien el legislador enunció solo los eventos en que procede el recurso de apelación, en aspectos probatorios, limitando esta posibilidad a los casos anteriormente enunciados; le corresponde a la Corte, modular, –sin que ello signifique arrogarse funciones de configuración legislativa–, aquellas situaciones en las que pese a admitirse la práctica de la prueba, **la misma se hace de manera condicionada o limitada, vulnerando los intereses de la parte interesada en su práctica.**

Concluyendo, que, si bien la Corte ha considerado que contra la decisión que admite el decreto de la prueba, no procede el recurso vertical de apelación y la parte favorecida con la prueba, carece de autorización legal para refutarla, postura que se ha mantenido de forma pacífica; esta regla debe ser entendida **frente aquellos eventos en los que la admisión del medio probatorio es pura y simple, es decir no ocasiona ningún perjuicio para la parte interesada en su realización. En tal evento se carecería de interés jurídico para recurrir, pues no se ha sufrido un daño o perjuicio concreto con la decisión.**

Otra situación ocurre en los supuestos en que pese a admitirse la prueba, ésta se hace provocando un perjuicio que la parte interesada estima injustificado en su práctica. En tal evento surge el derecho a su impugnación, como garantía Constitucional tendiente a depurar el debate probatorio, en correspondencia con los postulados principalísticos del procedimiento adversarial, que propenden por la realización material de los derechos y la primacía del derecho sustancial

Presupuestos relacionados directamente con los objetivos del proceso penal, ello es con la aproximación racional a la verdad y la recta aplicación del derecho material, especialmente, cuando están de por medio derechos de protección superior que demandan una intervención más eficaz de los Jueces, ajustada a los estándares internacionales sobre el debido proceso, la doble instancia, consonante con los compromisos Convencionales del Estado Colombiano y la función que el legislador le asignó a los jueces, en la salvaguarda de los derechos al interior del proceso penal...”

De manera que, se confirmará el decreto de ese medio de prueba, bajo el entendido que lo será teniendo en cuenta el marco de pertinencia fijado por la parte.

Como razón de apoyo, aquí no se está discutiendo el derecho que le asiste a la procesada de guardar silencio —el cual comporta la característica de no ser absoluto ya que se flexibiliza en el momento en que decide renunciar al mismo, pues le asiste el derecho de ser oída— sino, que pueda declarar acerca de su conocimiento directo sobre un tercero, y eso la connota como testigo de descargo sin deprecio de las prerrogativas que tiene.

Por otro lado, la Sala pidió al Juez que se pronunciara sobre la propuesta de ilicitud de la defensa, relacionada con la ausencia de controles de las interceptaciones telefónicas que derivaron en las transcripciones que fueron descubiertas, enunciadas, y solicitadas como prueba.

En ese punto se aclararán algunas realidades procesales que permitirán perfilar el panorama.

i. La Fiscalía no descubrió, enunció ni solicitó grabaciones magnetofónicas, sino que decidió llevar al juicio oral transliteraciones de esas conversaciones e introducirlas con un investigador judicial.

Desde el auto de fecha 16 de abril de 2024 la Sala indicó que aquí la Fiscalía no ha descubierto y menos solicitado como prueba interceptaciones telefónicas; por ende, inane resultaba realizar un pronunciamiento de rechazo o ilicitud relativo a un medio probatorio que nunca ingresó al universo procesal, vale la pena traer a cuenta aquellas consideraciones:

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

“... La fiscalía solicitó como prueba el documento denominado: transliteración de las de las interceptaciones realizadas dentro del proceso matriz con radicado 1300161128201008837 que serían introducidas con el investigador Enrique Medina Perdomo quien las relaciona en el informe de fecha 18 de abril de 2013 así como en el acta de inspección a lugar del 16 de abril de ese mismo año.

Debe la Sala señalar que por libertad probatoria puede la fiscalía acreditar los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso por cualquier medio probatorio siempre que no viole los derechos humanos (Art. 373 Ley 906 de 2004).

Así, el argumento de apelación desconoce que es la parte interesada en incorporar la evidencia física la que, de manera autónoma, selecciona los medios de prueba con los que demostrará cada uno de los hechos necesarios para autenticarla.

De una laya distinta es que la fiscalía logre su cometido, es decir, que cumpla o no con la carga de demostrar la autenticidad de las evidencias que presenta; pero, este es un aspecto propio de la valoración probatoria que hace el juez para posteriormente plasmarla en la sentencia.

Así las cosas, en estricto sentido la fiscalía no descubrió y menos solicitó como prueba unos audios relacionados con interceptaciones telefónicas.

Por tanto, la pretensión del apelante torna inane cualquier debate que en esta sede se produzca frente a la falta de descubrimiento de los referidos audios.

Nótese que el recurrente reconoce que la fiscalía descubrió la transliteración de unas interceptaciones telefónicas “la transliteración sí está, pero los audios se precisan”.

Por tanto, el recurrente básicamente está incursionando en una intromisión hacia su adversario quien eligió un canal probatorio distinto al que pretende, es decir, no trajo directamente CDS en los que estuviesen contenidas las escuchas interceptadas, sino que hará uso en el juicio oral de lo que se anuncia como unas transliteraciones de aquellas.

*La norma que el defensor pretende sobre aplicación es el artículo 346 del código de procedimiento penal que dispone: **“SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN DE INFORMACIÓN DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESCUBRIMIENTO.** Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada...”. No obstante, en nuestro caso la aplicación de esa preceptiva no procede porque la fiscalía sí descubrió las transliteraciones de las escuchas y las entregó materialmente a la defensa tal como lo reconoce esta parte descartándose cualquier ocultamiento o sorpresa en lo que a este medio probatorio respecta.*

Tal como se reseñó el juez expuso que la defensa era una sola por lo tanto no era viable alegar ausencia de descubrimiento del medio probatorio, dicho aserto es verdadero.

No obstante, en este asunto la fiscalía no descubrió audios que contuvieran interceptaciones telefónicas sencillamente porque en la investigación dentro de este radicado no se registró esa pesquisa sino en otra causa penal, disponiendo autónomamente el persecutor la forma (transliteraciones) en las que traerá el contenido probatorio al juicio oral, lo que es viable porque con ello no viola derechos humanos.

Lo que ha pretendido el legislador, es que las partes con anterioridad a esa audiencia fundamental como es el juicio oral donde se realiza la práctica probatoria, conozcan la aspiración probatoria de su adversario, lo que permitirá inicialmente enfocar su estrategia de acuerdo al panorama que su contrincante le ha presentado, pero en segundo punto y un aspecto absolutamente procesal: realizar el saneamiento en el

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

tema probatorio; ambos fines se colmaron en este asunto en lo que atiende a el medio probatorio referido.

Por lo tanto, conforme a las razones expuestas la Sala confirmará el fragmento del auto en lo que atiende a negar la solicitud de rechazó del medio probatorio denominado audios de “interceptaciones telefónicas”

ii. En ese propósito, sobre el único elemento descubierto, solicitado y decretado, **las transliteraciones de las interceptaciones telefónicas**, la defensa deprecia una ilicitud, por ausencia de controles previos y posteriores.

En ese contexto, la Sala en el auto de marras también se explayó acerca de ese debate e ilustró de manera pedagógica que dichas transliteraciones lo que hacen es documentar y servir de vehículo de las interceptaciones, así mismo, se precisó que el Juez debía despejar en la audiencia preparatoria la oposición de ilicitud y no diferirla para la práctica probatoria:

“... El Juez no accedió a la oposición relacionada con el rechazo y exclusión de las interceptaciones telefónicas; frente a ello se limitó a exponer que la defensa era una sola por lo tanto no era viable alegar ausencia de descubrimiento de los controles previos y posteriores tampoco de dichas interceptaciones. Adicional a ello, difirió el pronunciamiento de la ilicitud para la práctica probatoria con el fin de tener mejores elementos de juicio para la toma una decisión.

De otra guisa, el defensor pide la exclusión de las interceptaciones telefónicas contenidas en la transliteración pues considera que la fiscalía no descubrió el control previo y posterior de aquellas, lo que torna el medio probatorio ilegal.

Debe precisar la Sala que el canal elegido por la fiscalía, estas son, las transliteraciones, no hacen más que documentar las escuchas telefónicas...

De este modo “las interceptaciones de comunicaciones de los imputados, si bien pueden ser ordenadas por la fiscalía (artículos 250 de la Constitución Política y 235 de la Ley 906 de 2004), solamente adquieren validez si un juez les confiere su aval, el cual no consiste en verificar simplemente un dato formal atinente al deber de comparecer durante las 24 horas siguientes a la recepción del informe policial ante el Juez de Control de Garantías (artículo 237 de la Ley 1142 de 2007), sino en establecer, desde el punto de vista material, la proporcionalidad de la medida y la impostergable necesidad de interferir, sin orden judicial previa, el derecho a la intimidad con fines de investigación” (AP3466-2014).

Precisamente, en relación con ese tema, la Corte señaló en el proveído que viene de citarse lo siguiente:

“Recapitulando, entonces, se tiene lo siguiente: (i) la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones..., es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

la recolección de elementos y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.” (CSJ. SP. Rad. 28.535, 9 de abril de 2008)

“... El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia”.

En ese sentido dos premisas: la primera es que el control previo exigido por el apelante no es necesario pues acorde con la normatividad procesal penal y la jurisprudencia puede el fiscal ordenar las interceptaciones de abonados telefónicos siempre y cuando realice audiencia de legalidad ante el juez de control de garantías dentro de las 24 horas siguientes al cumplimiento de la orden.

...

Ahora, el juez de primera instancia decidió diferir el pronunciamiento de ilicitud para la práctica probatoria con el fin de tener mejores elementos de juicio para la toma una decisión en el juicio oral.

La Sala no es partidaria de dicha postura teniendo en cuenta que la audiencia preparatoria es el escenario ideal para depurar los debates acerca de exclusión de evidencias como lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia especializada (ver radicado AP3827-2022)

Contrario a ello, era tarea del juez por virtud del artículo 27 del CPP... [debió] definir allí la postulación, esto es, depurar si se surtió el control posterior del acto investigativo, pero no lo hizo.

Si bien el fiscal en la solicitud probatoria expresó que las interceptaciones que se encuentran contenidas en las transliteraciones fueron obtenidas en legal forma, dicha afirmación fue contradicha por la defensa quien aseveró que su contraparte no acreditó que... haya tenido “control previo” y posterior.

En ese camino, debía el juez ventilar este incidente de ilicitud en lugar de posponer la decisión otorgándole la posibilidad a la fiscalía, estando aún en el escenario de la audiencia preparatoria, para depurar este tópico de forma acorde.

Recordando que, a tono con la jurisprudencia citada:

“la falta de descubrimiento de las órdenes de las labores investigativas que permitieron el recaudo de las evidencias y de los soportes de las audiencias de controles previos y posteriores correspondientes no era necesario, pues el deber de descubrimiento opera frente a las evidencias físicas y elementos materiales probatorios, como lo indican el artículo 250 de la Constitución Política y el 344 y ss. del C.P.P. que regulan la materia. Sin embargo, las órdenes de labores de investigación constituyen actos preparatorios del caso de cada una de las partes, mientras que las actas de las audiencias de control previo y posterior de aquellas acreditan la regularidad de los medios cognoscitivos. Tales documentos, entonces, no tienen -ni tendrían- la condición de pruebas de hechos jurídicamente relevantes, frente a las que sí es imperativo el descubrimiento...”

*En el citado auto AP948-2018, mar. 7, rad. 51882, se advirtió que las órdenes de actos de investigación «no constituyen evidencia del tema de prueba del juicio oral» y, por tal razón, si la defensa tiene interés en «**analizar la legalidad de los procedimientos y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante los mismos**», tiene la **posibilidad de solicitar su descubrimiento y no de cualquier forma***

RADICACIÓN: 13-001-6000000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

porque «tendrá la carga de explicar por qué es importante ese “descubrimiento”, pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamento»

En este puntual caso, aunque extemporáneamente, la defensa solicitó que la fiscalía exhibiera las diligencias en las que se controlaba el acto investigativo, por lo tanto, era procedente que el juez abriera el espacio procesal para que ese debate quedara zanjado con una decisión de fondo.

Conforme con lo anterior, Sala devolverá la actuación en este punto para que el juez 1° penal del circuito de Cartagena se pronuncie frente a la anterior postulación...”

Ahora, en la sesión de audiencias de fecha 7 de octubre de 2024 el fallador se refirió a este puntual aspecto indicando que estaba pendiente de efectuarse pronunciamiento acerca de los controles efectuados a las interceptaciones telefónicas, seguido a lo cual dijo:

*“...el juzgado entiende que, y de alguna manera queda claro, que la prueba que se solicitó fue y tiene relación en su estrategia por la Fiscalía **con las transliteraciones de esas transcripciones**, entonces hay libertad probatoria y como esta es la estrategia de la Fiscalía, el Juzgado **entiende que no guarda relación lo que se solicita respecto de una ilicitud, ósea la prueba que se está solicitando es válida que son las transcripciones teniendo en cuenta el principio de la libertad probatoria** ... es decir que lo relacionado con las audiencias previas hacen parte de un contexto diferente a la misma transliteración como prueba independiente...”*

Como vemos, el Juez no abrió el espacio para que la Fiscalía revelara el control posterior necesario para predicar que las transliteraciones o transcripciones de las interceptaciones telefónicas eran legales.

El argumento exteriorizado por el fallador radica en que las transliteraciones son una prueba independiente.

A propósito de ello, en proveído SP13792-2016 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia refirió:

*“Tal y como lo asevera la recurrente, la grabación magnetofónica de una conversación en la que uno de los interlocutores, concluyó la sentencia, era **xxx**; no se incorporó como prueba, **tan solo lo fue la referida transcripción. Entre esas evidencias, es obvio, existe un vínculo causal, por lo que un vicio de ilegalidad de la principal (grabación) podría comunicarse eventualmente a la derivada (transliteración),***

como lo prevé el artículo 23 del C.P.P./2004. Ahora, a pesar de esa vinculación, cada una de tales evidencias es autónoma³ y, por ende, no es la ausencia de una de ellas en el proceso la que por sí sola puede invalidar a la otra sino la acreditación de la ilegalidad de la primigenia, y eso, siempre que no resulte aplicable uno de los siguientes criterios: vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable «y los demás que establezca la ley» (art. 455) ...»

Entonces, no discute la Sala que una grabación magnetofónica y una transcripción, son documentos y pueden incorporarse de forma independiente, esto es, son autónomos y se gobiernan por el principio de libertad probatoria; que la parte decida incorporar uno o ambos queda adscrito a un tema de valoración por parte del Juez, quien debe apreciar las pruebas individualmente y en conjunto.

Ahora, entre las transcripciones y las grabaciones existe un vínculo causal y es por ello que un vicio de ilegalidad que se muestre de la principal podría irradiar a la derivación de esa evidencia.

Detecta la Sala que eso es lo que pretende la defensa, pues está echando mano de la ausencia de un requisito de índole legal (supuesta ausencia de un control posterior) para que una ilegalidad principal (grabaciones magnetofónicas) proceda en el elemento derivado (transcripciones); de este modo, reitera la Sala que el Juez debe habilitar el escenario para que:

- i.* Ante la propuesta de ilegalidad por parte de la defensa de **LEWIS CARABALLO TORRES**, la Fiscalía demuestre que el acto investigativo de interceptaciones telefónicas fue objeto de control posterior ante un Juez de Control de Garantías, como lo exige la ley procesal penal.

³ En anteriores oportunidades, la Corte ha admitido la validez de transliteraciones que no se acompañan por la grabación magnetofónica de la cual nacen (CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 19008, reiterada en el CSJ AP490-2014, 12. feb, rad. 39069).

RADICACIÓN: 13-001-600000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

- ii. El Juez profiera una decisión de fondo en la que resuelva la propuesta de la ilicitud de las transliteraciones que se derivan de unas interceptaciones telefónicas.

De esta manera, quedaron resueltos los reparos del ministerio público frente al testimonio de la coprocesada **MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ** y la petición de rechazar de plano los recursos por parte de la representación de víctimas, pues en esencia sí existió un ataque por parte del recurrente. Por último, recordemos que la Fiscalía no se pronunció en el traslado que se le describió en calidad de no recurrente.

Para finalizar, se previene a la defensa de **LEWIS CARABALLO TORRES** en punto a que no continúe realizando postulaciones reiterativas relacionadas con medios probatorios que no fueron descubiertos, como tampoco enunciados ni solicitados, esto es, frente al rechazo de unas interceptaciones telefónicas, pues se insiste, ese no fue el canal que la Fiscalía escogió para probar los supuestos de hecho que persigue.

En razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

1°. CONFIRMAR el auto de fecha 7 de octubre de 2024 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Cartagena en lo relacionado con decretar en favor de la defensa de **LEWIS CARABALLO TORRES** el testimonio de **MARÍA ESPERANZA**

RADICACIÓN: 13-001-600000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.

MERCADO HERNÁNDEZ, en el entendido que lo será bajo el marco de pertinencia ofrecido por la parte.

2°. ABSTENERSE POR SEGUNDA VEZ de resolver la apelación en lo concerniente a la propuesta de ilicitud por la ausencia de controles del acto investigativo: *intercepciones telefónicas* y que según la defensa irradia en las transliteraciones que se pretenden incorporar en el debate probatorio del juicio oral. En consecuencia, deberá el Juez 1° Penal del Circuito de Cartagena emitir decisión de fondo respecto a esa postulación bajo las directrices enseñadas por la Sala.

3°. Este auto se comunica en estrados de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y Cúmplase,



JOSÉ DE JESÚS CUMPLIDO MONTIEL
MAGISTRADO



FRANCISCO ANTONIO PASCUALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADO

RADICACIÓN: 13-001-600000-2015-00023-02.

I-TRIBUNAL: G14 0018-2023.

PROCEDENCIA: JUZGADO 1° PENAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

PROCESADOS: LEWIS CARABALLO TORRES, CLAUDIA PATRICIA VALDES BOHÓRQUEZ, DELSY SELENE SÁNCHEZ CAMARGO, EFRANIO MARTELO LÓPEZ, MARÍA ESPERANZA MERCADO HERNÁNDEZ.

DELITOS: PECULADO POR APROPIACION AGRAVADO Y PREVARICATO POR ACCIÓN.

MOTIVO: APELACIÓN AUTO DE PRUEBAS.

PROCEDIMIENTO: LEY 906 DE 2004.



PATRICIA HELENA CORRALES HERNÁNDEZ
MAGISTRADA

LEONARDO DE JESÚS LARIOS NAVARRO
SECRETARIO

C.A.P.T.