



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

COORDINACIÓN DE LA EDICIÓN

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

TOMO IV

*El presente trabajo fue realizado por el equipo de trabajo de la Relatoria de la Sala de Casación Penal, bajo la Coordinación y Dirección del Dr. Eugenio Fernández Carlier, Presidente de la Sala.
Bogotá, D.C. 2017*



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
PRESIDENTE

EYDER PATIÑO CABRERA
VICEPRESIDENTE

MAGISTRADOS

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

AGRADECIMIENTOS

A los funcionarios y empleados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Un merecido reconocimiento y agradecimiento a los funcionarios y empleados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que con su esfuerzo han contribuido día a día a la labor que cumple la Sala en su tarea de administrar justicia. Ellos son:

MAGISTRADOS AUXILIARES

BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA, MARCO ALFREDO MORALES VELA, ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS, CARLOS FABIÁN PEÑA SUÁREZ, ILICH FELIPE CORREDOR, HÉCTOR CASANOVA GONZÁLEZ, HÉCTOR ALARCÓN NOBLES, MAURICIO ALFONSO SENEJOA, HERNANDO BARRETO ARDILA, LUIS FERNANDO BEDOYA SIERRA, FERNANDO DARIO BOHORQUEZ TOVAR, PATRICIA CANTOR, RAÚL CASTAÑO VALLEJO, RAFAEL CALDERÓN BALBUENA, MARIO CORTES MAHECHA, IVÁN ANDRÉS CORTES PEÑA, RODRIGO ECHEVERRI JIMÉNEZ, SOCORRO FERNÁNDEZ MORENO, AGUSTÍN GARCÍA RIVERA, ALEXANDRA GARCÍA PARRA, ORLANDO GARCÍA, MAURICIO GARCÍA CADENA, OSWALDO GARZÓN PAIPILLA, ALEJANDRO GUERRERO TORRES, MIGUEL ANTONIO GUIO BARRERA, JAVIER ENRIQUE HURTADO RAMÍREZ, NELSON ANDRÉS LEÓN RUÍZ, GUILLERMO JOSÉ MARTÍNEZ CEBALLOS, SANDRA LILIANA MAHECHA QUINTERO, BLANCA HELENA MATEUS, CARMEN ROSA MENDOZA NEIRA, NESTOR ORLANDO MILLÁN GÓMEZ, EDUARDO MORENO ACERO, LUIS FERNANDO MURILLO OCAMPO, HENRY MORENO, JOSÉ LIBARDO NIETO, FABIO OSPITIA GARZÓN, CARLOS AUGUSTO OSORIO OROZCO, ALEXANDRA OSSA SÁNCHEZ, MARIA CRISTINA PATIÑO GONZÁLEZ, ÁLVARO PASTAS OBANDO, SANDRA HELENA PORTILLA CONSTAIN, LAURA PATRICIA PRIETO RESTREPO, RICARDO RAFAEL RIVERO RICARO, ROLANDO ROBAYO, LUISA FERNANDA RUEDA VELÁSQUEZ, MARIA MARTINA SÁNCHEZ TRIANA, MARTHA LUCÍA SALGAR RANGEL, CARLOS ARTURO SUAREZ ROBLEDO, XENIA ROCÍO TRUJILLO HERNÁNDEZ, ÁNGEL OVIDIO VARGAS GALÁN, YOMAIRA VALLES ROMERO Y LUIS FERNANDO ZAPATA .

PROFESIONALES ESPECIALIZADOS GRADO 33

GINA KATHERIN AMAYA HUERTAS, LILIBETH ALSINA BUSTOS, MARÍA MONICA CADENA RODRÍGUEZ, LAURA XIMENA OLAVE GUTIERREZ, JEFFERSON EFRÉN RUÍZ, LIDA ANGARITA, SANDRA ÁVILA LÓPEZ, ROBERTO CARLOS ARRAZOLA MORENO, ADRIANA LUCÍA ARIAS LANDINES, GLORIA INÉS ALAIX AGUILAR, EDWIN ALTAMIRANDA RODRIGUEZ, ANYELO MAURICIO ACOSTA, PEDRO FERNANDO BALLESTEROS PEÑARANDA, MARÍA

ANGÉLICA BEJARANO PUELLO, JOSÉ ASDRALDO BONILLA QUINTERO, MAURO CASALLAS, MARÍA MILADY CAÑÓN, JORGE LEÓN CEBALLOS ACOSTA, MARGARITA MARÍA CHINCHILLA LEBOLO, CIRO ALFONSO GÓMEZ CARREÑO, MAYRA LUCÍA GUTIÉRREZ FAJARDO, LUZ HELENA HERNÁNDEZ ÁNGEL, LILIANA ANDREA JOSSA JAMIOY, JORGE LUIS LEIVILLER PALOMINO, DELIO ENRIQUE MAYA BARROSO, WILLIAM MAURICIO MILLÁN VARGAS, ANA CAROLINA MOLINA VILLA, CESAR MONTAÑEZ, ALEXANDER ORTEGA CHACÓN, DIEGO ALEJANDRO PLAZAS GIRALDO, MAURICIO ALEJANDRO PARGA POVEDA, SEVERO RODRIGUEZ, EDUARDO JULIÁN RODRIGUEZ, ANDREA PATRICIA RODRIGUEZ TORRES, SANDRA RODRÍGUEZ, JOSÉ JORGE ROMERO ROJANO, MARIA ISABEL SANTOS MÉNDEZ, INGRID URIBE, VÍCTOR JULIO URIBE GÓMEZ, JOHANA EUGENIA VELÁSQUEZ, XIOMARA JAZMIN VILLOTA RODRIGUEZ, OSCAR HUBER ZUÑIGA CÓRDOBA Y LUIS DANIEL MANTILLA ARANGO

AUXILIARES JUDICIALES GRADO I

CARLOS ALBERTO PIÑEROS ARCILA, MIGUEL ORLANDO BOHÓRQUEZ RINCÓN, ERIKA ALEJANDRA FIGUEROA MONTOYA, GERMÁN GARZÓN SÁNCHEZ, LORIKARYN MORENO RODRIGUEZ, MILLER ALFONSO RAMÍREZ SOLÓRZANO, NUBIA ESPERANZA RODRÍGUEZ APARICIO, FERNANDO AUGUSTO RUÍZ DELGADO Y LAURA JIMENA SEPÚLVEDA GUALDRÓN.

SECRETARÍA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA, ALBA LUZ PIEDRAS ORTIZ, SERGIO LUÍS CLAVIJO RANGEL, VÍCTOR HUGO GUALDRÓN HERNÁNDEZ, ADRIÁN HERNÁNDEZ AGUILAR, DORIS LUCIA MARTINEZ GARCÍA HOLLMAN RENE FUENTES RIAÑO, DORA LILIANA MANRIQUE NARANJO, RODRIGO ERNESTO ORTEGA SÁNCHEZ, MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ, ALEJANDRA CANO CUERVO, EDWIN EDUARDO CASTRO MUÑOZ, MANUEL JOSÉ CARDOZO SAAVEDRA, ALEXANDER CACHÓN VANEGAS, JORGE HUGO BARÓN RUIZ, KAREN ROCÍO BELTRÁN CRISTANCHO, RUBÉN DARIO BOJACA DIAZ, HÉCTOR LEONEL BLANCO MALDONADO, DENNYS LORENA ESPEJO IZQUIERDO, ÁLVARO AUGUSTO GÓMEZ CASTRO, ANA MARÍA GONZÁLEZ CAMACHO, LEONOR GUALDRÓN VARGAS, DANIEL ALBERTO RODRIGUEZ MUÑOZ, LUIS FABIÁN ROMERO AREVALO, LUZ MERY SÁNCHEZ ARIAS, LEIDY YOHANA SUAREZ SÁNCHEZ, INGRID MARQUEZ BERNAL, LUZ ARMILA MARTINEZ BARRERA, DIEGO FERNANDO VERNAL VELANDIA, CAMILA CABRERA GARCÍA, STEPHANIE IVONNE DALIZ CELEDON, PAOLA LÓPEZ LARA, JOSÉ VICENTE LEÓN VARGAS, ALEXANDER RUGELES SÁNCHEZ, GLORIA MARÍA OÑATE Y NÉSTOR RAÚL PATACÓN.

RELATORÍA

MARIA JULIANA ESCOBAR GUTIERREZ, LUZ MARITZA CASTELLANOS USECHE, JHONATAN GARCÍA GARCÍA, FABIO LEONARDO BERNAL GARCÍA, ERIK GIOVANNI MÉNDEZ PEÑA, CARLOS ALFONSO HERRERA DÍAZ, ELSY PAOLA VEGA AURELA, LUZ HELENA ARCINIEGAS CAICEDO, DIANA MARCELA RAMÍREZ MELO, ANDRÉS DARÍO RIVERA CHIAPPE, DANIEL RODRÍGUEZ DUARTE, OLGA LUCIA PÉREZ CÁRDENAS, MARY LUZ BERMUDEZ TOVAR, VIVIANA ANDREA AREVALO BASTIDAS Y LAURA VANESA NAVARRO SOTO.

PRESENTACIÓN

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estima de importancia entregar a la comunidad este documento histórico acerca del pensamiento de la jurisprudencia sobre el sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 y la legislación complementaria.

La obra en cuatro tomos pone a consideración las decisiones que han marcado hito en la aplicación del sistema acusatorio en Colombia.

En este segundo tomo se ofrecen las líneas jurisprudenciales sobre la indagación y la investigación, medios cognoscitivos en la indagación e investigación, formulación de imputación, régimen de libertad y restricción, principio de oportunidad y preclusión de la investigación.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado Corte Suprema de Justicia
Presidente Sala de Casación Penal

SOMOS LA CARA HUMANA DE LA JUSTICIA.

Exaltación.

Saludo con alegría a mi familia, con la que construimos la cara humana de la justicia, un abrazo, mi voz de aliento y felicitación por la labor cumplida.

Este es un reconocimiento a los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, quienes sirven a la justicia en la rama judicial, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

Gracias a los jueces, fiscales, defensores, empleados y magistrados de los Distritos Judiciales de San Gil, Bucaramanga, Bogotá, Cundinamarca, Pamplona, Pasto, Barranquilla, Santa Marta, Riohacha, Sincelejo, Valledupar, Quibdó, Medellín, Manizales y Tunja, por compartir las inquietudes sobre la Cara Humana de la Justicia y haberle regalado a la justicia el corazón para que germinase la semilla del cambio, para que la majestad de la justicia se gane el reconocimiento y la admiración de la sociedad colombiana.

Reconocimiento a quienes me han inspirado.

El mensaje que trasmito en esta oportunidad es exclusivamente la repetición de las enseñanzas que han dejado maestros, filósofos, literatos, psicólogos y pedagogos de la motivación, quienes se han preocupado por promulgar reglas de comportamiento que hagan de los seres personas dignas, de bien, con éxito, reconocidas por sus virtudes.

Valoro y comparto esas enseñanzas, lo que expreso es el pensamiento de Jorge Duque Linares, Nick Vujicic, Miguel Ángel Cornejo, Carlos Kasuga Osaka, Adriana Macías, Daniel Colombo, Pedro Medina, Raúl Mario Castellón, Jerry Báez, Yokoi Kenji, por citar algunos de los que he oído y leído, de los cientos más de personas que por vocación contribuyen al crecimiento de sus semejantes. Mi aporte es solamente difundir sus

mensajes y contar las historias de vida que mis amigos me relatan, aplicándolas a quienes administran justicia en Colombia.

Un regalo para la justicia.

Este instante es muy importante, nos va a permitir reflexionar y tomar decisiones para bien personal, familiar y laboral. Dispongamos, regalémosle el corazón a la justicia, esa fue la decisión que tomamos cuando decidimos estudiar derecho y a mí déjenme depositar en ese corazón la semilla que construyo con estas ideas y que cuidaran como lo más preciado todos los días, para que crezca un árbol frondoso, que dé los frutos que anhelamos.

Los patrones, los principios y los valores de comportamiento deben estar en permanente juicio crítico, al interior de nuestro ser se deben hacer reflexiones para fortalecer, eliminar, mejorar o cambiar si es necesario, hay que alimentar el espíritu y la ética y construir hábitos que nos hagan dignos.

Nunca es tarde para comenzar, para mejorar. Ese esfuerzo la familia, la patria y Dios lo premiaran.

Mirada al pasado: orgullo o vergüenza.

Los invito a recordar el pasado, a examinar nuestra conducta. Después de este repaso, respondámonos si nos sentimos orgullosos o avergonzados de lo que hacemos en casa, en el trabajo, frente a los demás, si somos dignos adalides de ser la cara humana de la justicia.

Lo que hago en el trabajo es una manifestación de lo que ocurre en la vida privada, es necesario verificar el estado de ánimo, las condiciones con las que partimos del hogar a la oficina.

Cómo nos comportamos al llegar al lugar donde laboramos, de qué manera tratamos al auxiliar, a los compañeros, a los empleados de la secretaría, a las partes e intervinientes en las diligencias y audiencias judiciales, en qué

condiciones me encuentro cuando estudio el expediente y procedo a escribir las decisiones.

Lo ideal es que la persona preste el servicio a la justicia sin presiones, contaminación, alteraciones, lo haga sereno, calmado, reposado, dándose el tiempo y haciendo las reflexiones, confrontaciones y análisis que sean requeridos para una acertada decisión.

Hay un incendio que está destruyendo la majestad de la justicia, no se cree en los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, empleados, ni en los abogados, en las leyes, en nuestro trabajo, y, no es cierto todo lo que se afirma, pero algunas de las críticas son fundadas, es por éstas que estoy preocupado y son las que han motivado mi interés por esta plática de la cara humana de la justicia.

Cómo debería ser quien nos investigue y juzgue.

La reflexión a la que invito obliga a sugerir que nos consideremos investigados por haber cometido un delito y a partir de esta hipótesis nos preguntemos: ¿Cómo deberían ser las virtudes del juez, el fiscal, los investigadores, el procurador, el defensor y los empleados que tuvieran a su cargo el proceso penal adelantado en contra nuestra?

Comportamientos indebidos. Al repasar la cotidianidad de las labores ejecutadas en los procesos, debemos interrogarnos si en Colombia los funcionarios, los empleados o los defensores, asumen comportamientos indebidos, como por ejemplo:

Gritar, maltratar, insultar o ultrajar. Me pregunto si los hay soberbios, arrogantes, orgullosos, autoritarios, intolerantes o arbitrarios, si no observan en el trato las buenas maneras, o si la razón de los argumentos está en la investidura, en el miedo, la soberbia o el poder, si el orgullo se sustenta en la vanidad, si los ascensos no corresponden ciertamente a las virtudes o si la codicia puede más que la justicia.

Las particularidades señaladas no constituyen la regla de comportamiento en la justicia, pero hay que admitir que excepcionalmente se presentan, estas actuaciones aisladas no pueden seguirse repitiendo, hay que cambiarlas por las buenas maneras, hay que mejorar para ser personas éticas.

Qué jueces y justicia queremos para que nos juzguen, ese trato, esa forma de obrar que reclamamos para nosotros es el mismo que debemos dar a los demás, a los usuarios del servicio que prestamos. No puede haber diferencia, si la hacemos no sería justo.

Se dice que en una comercializadora de alimentos perecederos, del centenar de trabajadores, solamente uno al entrar saludaba y al salir se despedía del celador, por su nombre, le daba una palmada en el hombro y le deseaba bienestar, esta conducta se repetía diariamente. Un día después de terminada la jornada laboral, el celador se percató que su compañero entró pero no se había despedido, por lo que hizo una revisión de las instalaciones y lo encontró atrapado en uno de los cuartos fríos, de donde lo rescató, salvándole la vida.

El cumplimiento del deber actuando como personas dignas da frutos inesperados, así debemos obrar los que administramos justicia, como ese trabajador y el celador de la empresa de alimentos perecederos, hay que dar trato digno a todos para salvar la justicia.

Tenemos ya una tarea, demos a los demás el trato que exigimos para nosotros.

La formación en el hogar.

En casa los padres nos educan para la vida y en Colombia en la escuela o la universidad se capacita para el trabajo.

La trascendencia de la crianza de los padres en la conducta personal y de los futuros administradores de justicia es indiscutible, es tan importante la educación en el hogar que desde allí se pueden estar formando hijos con

capacidad para ser injustos, indignos o corruptos, o ciudadanos honestos, responsables y dignos.

Los antivalores se arraigan en los menores cuando los padres en lugar de corregir a tiempo a sus hijos les celebran la mentira, los malos hábitos, las apropiaciones indebidas (en casa o en el colegio), la irresponsabilidad en el cumplimiento de los deberes como hijo, como persona, como estudiante, si a los niños se les deja crecer engañados que el dinero, el juego, el ocio o la diversión son un modo y una razón de vida. Qué esperanzas podemos tener si estos hijos son los que van a dirigir el país, si serán los futuros abogados, los que administraran justicia.

El patrimonio que les dejemos al morir a los hijos no tiene ninguna importancia, lo valioso es “qué hijos formamos y le dejamos” a Colombia.

La importancia del conocimiento, los títulos, los cargos y la autoridad.

Desde que sentimos inclinación por estudiar derecho nos mostramos decididos a conocer y estudiar la ley, la ciencia, la doctrina y la jurisprudencia.

El conocimiento, la capacitación y la sabiduría se convierten para los penalistas en lo más importante, en la razón de ser de nuestros ascensos, de la autoridad y la justicia. Así lo enseñan las universidades y las instituciones comprometidas con ese servicio, así lo aprendimos y lo practicamos.

Los hogares y la educación en las universidades, colegios y escuelas deben cambiar la ecuación profesionales por signo pesos por la de profesionales por personas éticas. Los profesores deben suministrar bases elementales en sus materias, promover la autoformación y ofrecer más capacitación en áreas de comportamiento, valores y humanismo.

Un estudiante, un principiante en el área del derecho, en la prestación del servicio de la justicia, es un molde, los profesores, jefes y compañeros

deben aportar para configurar la persona digna, aquella que a futuro será la cara humana de la justicia. De qué se nutrió el molde, el hijo, el alumno, el juez, el fiscal, el abogado, de ternura, amor, comprensión, imparcialidad, honestidad, o de odio, rencor, deshonestidad, ambición o venganza.

Formemos a quienes nos ayudan para que sean optimistas, alegres, dedicados, es un compromiso de nosotros que los demás crezcan, no podemos ser meros espectadores, tenemos que ser protagonistas del éxito de nuestros semejantes, hay que forjar seres dignos que nutran la sociedad, al gremio de quienes trabajan con la justicia y también propiciar la rehabilitación de los procesados, son seres humanos que tienen derechos, dignidad, valores que hay que rescatar.

No se pueden evitar los tropiezos, se presentaran, pero hay que superarlos, jamás hay que renunciar a intentarlo, tiene que seguirse dando lo mejor de nosotros, pero no hay que hacerlo con mano cerrada, así no se da ni se recibe, formemos con la mano tendida, abierta, para construir, levantar, ayudar y crecer, con una mano que enseñe a mejorar las relaciones y aprovechar las oportunidades.

El error de formación. Después de cuarenta años de ocuparme del conocimiento, de titularme y especializarme, de recibir las investiduras de magistrado, juez, fiscal, defensor y empleado, advierto de su importancia, pero descubro mi error, ahí no está la esencia de la justicia.

La esencia de la justicia: es ser persona digna. La esencia de la justicia está en ser persona digna, tener don de gentes, ser humilde, sencillo, comprensivo, prudente, sensible, honesto, mostrar la cara humana de la justicia en el cumplimiento de esa misión y de las funciones.

Ser persona ética es lo más importante, es lo más sublime, es lo más valioso.

Qué justicia queremos en Colombia.

No hay nada más injusto que los juicios sustentados en criterios que no representan la identidad de una sociedad, de un Estado, esta afirmación está en el Preámbulo de la Carta Política al propugnar por la unidad de la Nación, de la justicia y del orden social justo.

Cuando la Carta Política en su artículo 232 impone para el ejercicio de la magistratura ser colombiano de nacimiento, le da sustento a una administración de justicia con base en la idiosincrasia, la cosmovisión, la cultura, la costumbre, los principios y valores que rigen a los colombianos.

Entonces, por mandato constitucional, las instituciones judiciales y la justicia deben tener aroma colombiana, como lo canta Jorge Celedón, la Constitución Política ordena vivir esta vida bonita con mi gente y que la justicia en mi tierra sea dulce como la caña y tenga aroma a un traguito de café.

En Colombia no se sustenta la justicia únicamente en los números, los resultados materiales, prácticos, contables, en las estadísticas; no se multiplica la justicia por el signo pesos, por el interés, la operación de la justicia colombiana se agota multiplicándola por el signo personas éticas, con valores y principios.

Los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados deben buscar el conocimiento de la ciencia penal y sus instituciones haciendo siempre prevalecer las interpretaciones que identifiquen la justicia con los principios y valores de los colombianos. La confrontación con la legislación foránea debe alimentar la cultura, pero las decisiones y las convicciones se deben forjar con criterio propio, jamás el esnobismo debe ser el fundamento de las determinaciones judiciales.

La información, la capacitación y la experiencia de los que sirven a la justicia en Colombia ha sido lo suficientemente ilustrada y desarrollada, a tal grado que debemos admitir que tenemos una identidad propia en la

rama judicial, la Fiscalía, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, construida con la legislación nacional, la doctrina y la jurisprudencia. Este perfil hay que mantenerlo y fortalecerlo más en lo sucesivo.

La justicia debe decidir los problemas de los colombianos con criterios y caracterizaciones propias, se insiste, con sabor a caña dulce y aroma a un traguito de café.

Quiénes administran justicia y deben ser personas éticas.

No podemos continuar nuestra reflexión si no identificamos a las personas que administran justicia en Colombia.

La justicia no la administra únicamente el magistrado o el juez, también los que participan en el proceso penal en calidad de fiscal, procurador, defensor y los empleados que contribuyen con el trámite del proceso. Cada uno de ellos es el alma de la justicia, la conducta desarticulada de uno afecta la cara humana de la justicia, su imagen, su majestad.

Me pregunto, qué sería de la búsqueda de la verdad, del propósito de acertar y de dar a cada quien lo que le corresponde en un proceso, si el citador no cumple con la función de hacer saber al testigo que debe comparecer a declarar, si el oficial mayor y el escribiente, así como el secretario, no agregan los memoriales a la actuación, no elaboran los oficios comunicando al perito las inquietudes que deben ser resueltas y no rinden los informes que a tiempo deben conocer los jueces para decidir. Qué sería de la justicia sin el trabajo de los investigadores, o las opiniones, los juicios y la labor que desde su rol cumplen los fiscales, procuradores, defensores o víctimas, dialéctica necesaria para que el juez decida en derecho el problema jurídico planteado.

¿Qué sería de la justicia, vuelvo y me pregunto, si la conducta de todos no cumple la misión de ser su cara humana?.

Cuál es el perfil de los administradores de justicia.

Cuál es el perfil que le conviene a la justicia colombiana para sus magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, para ser la cara humana de la justicia?

Si aceptamos que cometemos errores, que nos equivocamos, si admitimos que la esencia de la justicia está representada en los valores y el humanismo de nuestras conductas, la única solución es cambiar, corregir, para que la justicia sea un servicio de calidad que deje satisfacción en nosotros, en la sociedad y en los usuarios del servicio, mejoras que no se logran con una ley ni con la jurisprudencia, mucho menos escribiendo tratados de derecho sobre un tema jurídico, solo se alcanza ese propósito siendo personas éticas.

El cambio gira en torno a ser personas dignas, ofrecer un servicio de calidad y satisfactorio, ser funcionarios excelentes, no incurrir en defectos y excesos, en hacer del proceso penal una oportunidad para resolver problemas.

Necesitamos servidores que no se rindan, que luchen por los propósitos y los cambiamos anhelados, que intenten transformar el servicio de justicia hasta lograrlo.

Por qué ser personas dignas.

En la vida hay dos opciones: hacer el bien y ser felices o hacer daño y vivir amargados. Por cuál optamos?.

El propósito que debe orientar la conducta de un servidor de la justicia en la vida es luchar por hacer el bien y ser felices, con todo lo que ello implica.

La felicidad no se obtiene con la satisfacción material, sin afecto o amor por lo que hacemos no hay realización. No hay que hacer el mal, solamente el bien y seguir con ese rumbo.

A la humanidad hay que educarla para que aprenda a ser feliz y no materialista, hay que enseñar a las personas a que se fijen en el valor de las cosas y no en el precio únicamente, a “diferenciar entre un ser humano y ser un humano”.

Para no hacer daño, para ser felices, hay que organizar la vida, eliminar lo indeseable, lo negativo, alejarnos de los conflictos, no mirar a los semejantes como seres distintos y con distancia, hay que rescatar lo positivo, en fin hay que identificar lo malo para elegir lo bueno, hay que construir y no destruir, no hay que optar siempre por lo más fácil, hay que optar por las utilidades que dejan las dificultades.

Los gritos, las miradas, las palabras, el trato, las decisiones, son bienvenidos cuando disparan afecto, amor, justicia, verdad, felicidad.

El valor y la dignidad de lo que hacemos no está en las explicaciones sino en las reflexiones, estas me deben permitir saber lo que quiero para no marchar desorientado, conocerme a mí mismo y a los demás, identificar el talento, las debilidades, las fortalezas, para obrar como un líder, siendo el primero en luchar e inspirar a otros.

Quiénes tienen que mejorar.

Pero, quiénes tienen que cambiar?. Acaso los demás?. No. Los que tenemos que cambiar somos nosotros, los que administramos justicia.

La justicia nos da todo, el trabajo, el alimento, lo necesario para la familia, para realizarnos, nos da felicidad, ¿Por qué entonces, permitimos con nuestra conducta que la majestad de la justicia se afecte?.

Tenemos que convencernos que hay que cambiar, nadie nos va a convencer si no queremos, si no lo admitimos.

Hay que mejorar, somos los únicos que podemos hacerlo, los demás no van a hacer nada por nosotros, el prestigio de la justicia está en manos de quienes la construimos y la administramos.

Los invito a cambiar, a ser la cara humana de la justicia.

Los invito a buscar la verdad, a dar todo de nosotros, a rescatar la humildad, obrar con dignidad, honor y honradez, con acierto, imparcialidad, respeto y consideración.

Los invito a perdonar si es necesario, a acudir a la sabiduría y probidad para ganarnos la confianza y la admiración. A veces el perdón en el campo de la justicia no conlleva la exoneración de la sanción que la ley establece, pero lo perdonable desde lo ético restablece la armonía, el sosiego, la paz, las condiciones necesarias para comenzar de nuevo.

Pongámonos como tarea cambiar y mejorar por el bien de la justicia. Los invito a dar un no rotundo a la mentira, la intolerancia, el interés personal, la soberbia, la ambición y la codicia. Así se rescata la imagen de la justicia.

Los valientes que van a cambiar. Y, dicho lo que he dicho, me pregunto dónde están los valientes?. Esta no es una tarea para cobardes, ni para mediocres, sino para valientes, no me cabe la menor duda que aquí están los valientes, los asistentes a la conferencia o los lectores de este escrito, su presencia o la lectura es la prueba que aquí están decididas a ponerse de pie las personas que harán que la justicia sea majestuosa, que ella con nuestro esfuerzo alcanzará la cima y se convertirá en un símbolo admirado y respetado por los colombianos.

Los abogados, empleados, estudiantes, defensores, procuradores, fiscales, jueces y magistrados somos los valientes, nos comprometemos de ahora en adelante a no preguntar quién lo hará, diremos yo lo haré, yo seré:

Yo seré el más humano,

Yo seré honesto,

Yo seré humilde,

Yo seré imparcial,

Yo seré objetivo,

Yo daré a cada cual lo que le corresponda,

Yo seré persona digna para con mis semejantes,

Yo obrare y decidiré con base en la buena fe y lo probado en el expediente,

Yo seré comprensivo, prudente y sensato,

Yo perdonare a quien haya que perdonar y condenare al que sea responsable,

Yo me comprometo a que los colombianos tengan confianza, se sientan satisfechos y orgullosos de la justicia que se administra.

¿Es imposible cambiar?.

Es, acaso, imposible cambiar?.

Imposible es solamente lo que nunca intentamos, los invito a que desde ahora iniciemos el cambio para que la justicia sea digna.

Fijémonos metas. Nosotros tenemos que fijarnos metas, propósitos, ilusionarnos que sí podemos mejorar el servicio de justicia, que no es imposible cambiar.

La rana sorda. Tenemos que obrar como lo recomienda el profesor JORGE DUQUE LINARES, cuando alude a la parábola de la rana sorda:

Dos ranas jugando caen dentro de un balde que contiene leche. Comienza su lucha por salir, pasado un tiempo y dados los resultados negativos de su esfuerzo las demás desde afuera comenzaron a gritarles que no lucharan más; son incapaces de lograrlo les decían; no pierdan el tiempo; déjense morir.

Una de ellas al oír la arenga hizo caso, dejó de nadar y se ahogó, la otra entre más le gritaban las de afuera, más aceleraba el ritmo de sus brazos, con la velocidad la leche comenzó a batirse, a convertirse en mantequilla y con el ambiente a solidificarse, así la rana salió y salvo su vida. Inmediatamente le preguntaron cómo lo había logrado y ante la insistencia

de la pregunta sin respuesta, descubrieron que la ranita que se había salvado era sorda.

No es imposible, sí podemos mejorar. Que nuestros sueños no se trunquen por no creer en nosotros, intentémoslo, hagamos un esfuerzo, comencemos, sí podemos ser la cara humana de la justicia, debemos comportarnos como la rana sorda.

De qué depende la imagen de la justicia.

La imagen de la justicia depende de la calidad, el servicio y la satisfacción.

La calidad de la justicia. La calidad de la justicia está relacionada con la capacitación e idoneidad profesional, con el propósito de acertar y hacer bien las cosas, hay que acatar las reglas de sensatez, pulcritud, razón y muchas veces acudir a la sabiduría, esa que el Rey Salomón utilizó para descubrir la verdad y decidir el juicio de la maternidad del hijo disputada por dos mujeres.

Las soluciones no siempre las encontramos en el texto de la ley, en el conocimiento, en los libros, en la jurisprudencia; son representativas y ayudan a construir la majestad humana de la justicia las reglas de comportamiento social y familiar, el sentido común, el consejo de nuestros padres y allegados, los valores, la malicia, la suspicacia que aprendemos con la vida y la sabiduría, todas estas reglas, sin sacrificar la verdad y las garantías, nos señalan el camino correcto a seguir, la conducta que debemos observar, recomiendan la decisión a tomar.

El servicio de justicia. El servicio debe mostrar las virtudes y la condición humana del servidor, quien debe estar acompañado de todas las cualidades a las que nos hemos referido, siendo necesario reiterar que esa persona tiene que ser un buen padre de familia, obrar con rigor pero también con amabilidad, respeto, con buenos modales, trato digno e igual.

La justicia como servicio es incompatible con la ley del menor esfuerzo, con las limitaciones que impone un horario de trabajo o hacer exclusivamente lo que por estadística se exige.

La cara humana de la justicia no puede sustentarse en la mentira, las pasiones, la ira, el amor, el odio o el miedo, la intolerancia, los excesos, la soberbia, el ocio o la codicia.

La satisfacción de la justicia. La satisfacción del usuario de la justicia hay que mantenerla como un proceso vivo, es constante, la descubrimos cuando los que trabajamos para ella ofrecemos una sonrisa contagiosa, la que brota fruto de la satisfacción del deber cumplido, de la tranquilidad de conciencia, porque se hizo lo que se tenía que hacer y decidir en el caso concreto.

La satisfacción llega cuando se tiene la confianza que se decidirá con objetividad, imparcialidad y el ánimo de acertar, así el juicio contra la providencia judicial indique que se respeta por obedecer a tales méritos, pero que no se comparte por el interés particular u otros motivos que alimenta el pensamiento de quien critica.

Cuál debe ser la actitud del servidor de la justicia: respira, escucha, piensa, sienta e intenta, sea humano y justo en su obrar.

La actitud en todas las situaciones de la vida, para no arrepentirnos debe obedecer a la sugerencia de Shakespeare: Antes de discutir respira; antes de hablar escucha; antes de escribir piensa; antes de herir siente; antes de rendirte intenta; antes de morir VIVE”.

La prudencia hace sabios, no por correr, por pensar y decidir primero se tiene la razón, lo aconsejable es actuar de tal manera que nunca nos arrepintamos de lo que hicimos.

El compromiso de ser abogado.

Ser abogado, empleado, juez, fiscal, procurador o magistrado no es fácil, pero es la tarea más hermosa de la vida. Este es el compromiso, que

magistralmente fue descrito por autor que no he podido identificar y cuyo pensamiento seguidamente transcribo:

“Es aquél hombre o mujer que no tiene horario de trabajo, es aquél que no tiene tiempo libre, que no tiene derecho a descansar..., que no celebra cumpleaños ni feriados, que no tiene veranos ni inviernos..., es como la bandera nacional, se lava con la lluvia y se seca con el sol..., es aquél que no atiende a su familia porque debe atender y solucionar los problemas de los demás, es aquél que duerme menos que cualquiera por atender un llamado en medio de la noche..., es aquél quien muestra la foto y dice orgullosamente éstos son mis hijos...”

Ese es el legado para los míos, ellos se sentirán orgullosos de mí y yo de ellos por obrar conforme a las enseñanzas dejadas.

La justicia penal es una oportunidad para lograr la paz y no un castigo.

Quien obra como un buen padre de familia enseña como se hace justicia, especialmente la justicia penal, la presenta como una oportunidad, la hace ver como una solución y un medio para lograr la paz, advierte que no es un instrumento para crear otro problema. La justicia penal es un espacio para corregir comportamientos, para rescatar y recuperar a quien se ha puesto al margen de la ley.

No podemos seguir mostrando a la justicia penal como un castigo, como algo perverso, como una venganza. Hasta ahora todos hemos inmortalizado ese concepto y, acaso, me pregunto, a eso llaman justicia?. Hasta las denominaciones son equivocadas, Código Penal, justicia penal, jueces penales, hay que hablar de un Código de Paz, de una justicia de paz y de unos jueces de paz. La justicia no es condenar, ni todos los problemas sociales se solucionan enviando a la cárcel a las personas, la misión no es imponer penas sino sancionar para resolver un problema personal del infractor y un asunto en el que tiene interés la víctima, la sociedad y el

Estado, el fin esencial es rescatar al ser humano o por lo menos controlarlo con medidas que por su política y ejecución realmente resocialicen, eduquen, capaciten, disciplinen y restablezcan.

Una persona procesada y castigada con una pena y no con una sanción, así acepte su responsabilidad, será resignada y cumplirá la prisión en medio del resentimiento, se sentirá maltratado, destruido, humillado, aprenderá en la cárcel las mañas de la delincuencia y no admirará la justicia ni respetará a los servidores judiciales, no confiará en las instituciones del Estado, porque ellas en lugar de beneficios y oportunidades le generan daño irreparable a la persona juzgada y a su núcleo familiar.

El proceso y la sentencia deben hacer algo por el infractor de las reglas sociales, el juez con respeto y objetividad debe presentar su comportamiento para que lo acepte y lo interiorice, reflexione, hay que hacer visible sus debilidades y mostrar las fortalezas, las opciones y oportunidades que el Estado, la sociedad y la familia ofrecen, para que en lo sucesivo tome decisiones constructivas, se determine a obrar con amor por sí mismo y los demás, a construir sueños, planear su porvenir, añorar un futuro diferente, vivir feliz con los suyos, encontrar en la justicia una razón de ser, el motivo para olvidar el pasado y diseñar su futuro.

Un procesado, un preso, es una persona digna, un semejante, en esa condición se encuentra por el destino, por un error, por una circunstancia de la vida, en la que se puede encontrar cualquiera. Pero no todo en él es malo, a partir de sus valores se puede lograr la reflexión y aceptación de no reincidencia.

Si la razón de ser del proceso y de mi trabajo es la justicia, porque construirla a partir de actos que dejan una enseñanza y un registro negativo, como las providencias escritas con lenguaje y mensajes que destruyen en lugar de construir juicios conscientes, positivos y esperanzadores en el procesado, hagamos la justicia de tal forma que

impere la dignidad, que el acto de justicia sea motivo de orgullo, por el respeto y el acierto en todo sentido y bajo ese supuesto todos sin excepción, aún los acusados, se conviertan en colaboradores de la justicia.

La justicia penal es motivo de orgullo cuando hacemos de ella un instrumento del Estado para resolver problemas, recomponer la vida del procesado, del condenado, corregir los errores cometidos, volverlo a que se sienta persona ética y respetada, que recupere la felicidad con los suyos, que obtenga el perdón de la sociedad y de las víctimas, a contar con una nueva oportunidad. Estos propósitos constituyen la misión humanista de quienes prestamos nuestros servicios en la justicia penal.

La invitación es a que seamos imparciales, obremos con rigor y como la ley lo exige, absolvamos a los inocentes y condenemos a los culpables, pero, hay que ir mucho más allá con los que resulten responsables, estamos en el deber de escribir dos párrafos más para mostrar que el proceso es la oportunidad para un corte de cuentas, a partir del cual regresará al seno de la sociedad un nuevo individuo, sí así se lo propone: Una persona recuperada, digna, de la que nos sentiremos orgullosos, porque cambiara para bien de él, de la familia y de todos.

¿Quién es el mejor servidor de la justicia?

La satisfacción la ofrece el mejor magistrado, juez, fiscal, procurador, defensor o empleado y, el mejor, es el que obra como un buen padre de familia.

Los buenos padres de familia son esos que un día tomaron la decisión de guiar a la familia, a los hijos, aceptaron enseñar a amar, ser responsables, disciplinados, respetuosos, no mentir y comportarse bien.

El buen padre de familia es ese viejo querido, sabio, que los hijos admiran, extrañan y lloran cuando se ha ido de este mundo y que hace falta por sus enseñanzas, orientaciones, consejos, opiniones y reproches, porque no hay

otro como él, todos los días lo necesitamos más, orgullosamente es el mejor.

El buen padre de familia juzga a su hijo, lo escucha y decide con rigor y sabiduría. Con amabilidad, cortesía y respeto le hace saber que ha cometido una falta y que es responsable, además le aplica una sanción para construir y fortalecer valores, recuperarlo y habilitarlo, para que se levante y camine por el sendero del bien, lo acerca más al seno de la familia y de la sociedad, nunca para ultrajarlo, ni para destruirlo, jamás para alejarlo.

Los invito a todos los que participamos en la justicia a cumplir nuestros deberes como “mi querido viejo”, como un buen padre de familia.

Cómo se obtiene el reconocimiento, la admiración, el respeto, las distinciones y el aprecio.

El reconocimiento, la admiración y el respeto se gana por hacer las cosas bien, con el alma, con ganas, pasión y dedicación, para ser ejemplo, honrar la profesión y la justicia, para honrarme a mí mismo, a mis padres, esposa (o), hijos, familiares y amigos.

El mérito por la responsabilidad. El mérito en la justicia debe ser el fruto de la responsabilidad, la disciplina, el esfuerzo, el rendimiento, la puntualidad, el trabajo, la organización y el estudio.

Las distinciones por los valores. Las distinciones deben fundarse en las cualidades, los valores, las capacidades y no en los defectos o los excesos.

El aprecio por el coraje. La estima, el aprecio y la magnanimidad de la justicia no se apoyan en el miedo, la inseguridad, se sustentan en el coraje, la valentía, en la capacidad para resolver y no para crear problemas.

El derecho a la infidelidad.

El aprecio y el respeto son propios de la imparcialidad, del obrar con criterio y conforme a valores y principios. Estos supuestos otorgan al elegido el derecho a ser infiel para con su elector, después del nombramiento no se debe obediencia, sumisión, el designado no hipoteca por agradecimiento la autonomía e independencia que debe observar en el ejercicio de la función cuando obra como juez, magistrado, fiscal, procurador, defensor o empleado.

No es digno del justo obrar como esclavo del dominio del elector. Hay que luchar por la individualidad, el respeto, la innovación, la crítica, la independencia, los valores, todos tienen ingenio, dones, fortalezas, tengo fe en las personas que administran justicia y en los que participan en ella, olvídenos el pasado y hagamos realidad el sueño de la justicia que añoramos.

Obrar sin terquedad.

Quien no cree en sí mismo no genera confianza en la justicia, hay que obrar con base en nuestras convicciones, sin caer en la terquedad, que no nos apliquen la ley del terco, a quien hay que darle la razón para que después se convenza que no la tiene.

La fama del excelente.

En la justicia es muy importante la fama y la excelencia: crea fama y échate a la cama. Con la reputación construida cada cual labra su futuro, su imagen.

El excelente es el que está en permanente crecimiento, es constructor de fórmulas positivas, no necesariamente hace lo mismo, siempre busca el éxito, la justicia.

Los excelentes no tienen que pedir, a ellos les ofrecen, los buscan, los tienen en cuenta, les sobran las oportunidades.

La ley del menor esfuerzo.

Las personas que administran justicia no deben asumir actitud de víctimas, el esfuerzo debe ser el máximo, no hay que acudir a los atajos ni a las excusas para dejar de hacer.

Los momentos y los sucesos deben afrontarse con compromiso, con responsabilidad, sin resistencia, las respuestas tienen que ser creativas, transformadoras de algo mejor.

La persona ética en la administración de justicia es propositiva, da más de lo que espera, se atreve, tiene liderazgo, donde esté encuentra opciones, un cómo, una luz, asume que es su compromiso, su deber.

Las derrotas y las dificultades.

Para una persona responsable de administrar justicia las dificultades son el punto de partida para la superación, nunca pierde la paciencia ni la esperanza.

No existen las derrotas, se debe intentar nuevamente. Shakespeare decía “Hay que ser fuertes y levantarse de los tropiezos que nos pone la vida, para avisarnos que después de un túnel oscuro y lleno de soledad, vienen cosas muy buenas”.

Hay que sobreponerse a las dificultades y cambiar lo que se debe modificar, no hay que tomar los atajos, no al camino fácil, los obstáculos hay que enfrentarlos, tomarlos como un reto para que la vida sea interesante, tenga sabor y aroma.

Las equivocaciones acercan a la verdad, a las metas, por eso hay que ser rebelde, perseguir los sueños, ellos nos esperan, no hay que rendirse jamás, el error hay que identificarlo y si es necesario pedir ayuda para superarlo.

Nos equivocamos, lo imperdonable es recaer en el error, no corregirlo. Einstein recomienda que “nunca dejemos de buscar la salida ni de luchar hasta el último momento. En momentos de crisis, solo la imaginación es más importante que el conocimiento”.

El tiempo y el pasado.

El tiempo y el pasado no pueden envejecer a la justicia y a sus servidores, solo los madura y les hace adquirir experiencia.

No se vive el pasado, solamente se recuerda para rescatar lo positivo y no repetir las experiencias negativas.

Los límites y el cambio.

Los límites y los cambios están en nosotros, para nuestro caso, habría que señalar que las fronteras están en los que trabajamos para la justicia.

El valor de los demás.

Cada uno es lo cree ser, seamos nosotros mismos, sin engaños, un acierto es admitir que no lo sabemos todo, a la razón hay que cederle el paso, cualquiera sea el que la tenga.

La imparcialidad y la objetividad son los caminos de los administradores de justicia para descubrir la verdad y el valor inmenso de los demás.

Hay que dimensionar positivamente a la familia que participa en un proceso judicial para administrar justicia, hay que ser inteligentes para resolver los problemas con ellos, hay que aprender a perdonarlos, comprenderlos y con base en nuestras convicciones compartir criterios, hay que cambiar la forma como los percibimos y los ayudamos a corregir, estos cambios hacen personas. Manejemos la autoestima, resaltemos lo bueno, lo positivo, la crítica debe ser constructiva, recordemos los valores, las capacidades, el talento, explotemos las riquezas de quienes nos colaboran.

Pero los esfuerzos que hacemos con los trabajadores de la justicia debemos extenderlos para con quienes han infringido la ley penal, pues es un ser humano a quien debo tratar como mi semejante, para juzgarlo y recuperarlo, un buen padre de familia no renuncia a hacer lo imposible para que la oveja descarriada tome nuevamente el camino del bien.

El dinero y el poder: fuente de corrupción.

El dinero y el poder no son la fuente del éxito personal o profesional del abogado, quien así lo asume está llamado al fracaso, esa percepción es la cuota inicial para cambiar la libertad por la cárcel, la honestidad por la corrupción. En no pocas veces el dinero y el poder se convierten en desgracia, cuando no sabemos adquirirlos ni administrarlos.

La riqueza, la verdadera, está en la felicidad, en la satisfacción de hacer el bien, en el trabajo, en la familia, en los valores y en los dones que orientan nuestra obrar y decisiones.

La ley de la compensación de la vida nos regalara siempre lo que merecemos y necesitamos, no trabajemos por dinero, hagámoslo por servir, el triunfo está en las fortalezas no en las debilidades.

La riqueza está en todo aquello que no cambiaríamos por dinero. ¿Por cuánto cambiaríamos a los padres, hermanos, esposa, e hijos?. El que vende la justicia es un corrupto, no puede hacer parte de la familia de los abogados y funcionarios que alimentamos nuestro ego en la honestidad, la pulcritud, en ser la cara humana de la justicia.

Hay que combatir la corrupción, no hay tregua en este propósito, hay que investigar, juzgar y condenar a quienes resulten responsables de esas conductas, es la única forma de hacerle el bien a quienes quedamos administrando justicia.

Hay sí que hacer caso omiso al rumor, el chisme, a la conjetura, es la certeza sustentada en una sentencia judicial y las pruebas las que deben fundar los juicios de inocencia o responsabilidad. Los fallos pueden no ser

compartidos por la opinión pública pero deben respetarse, acatarse y cumplirse.

Esta referencia a un abogado formado por fuera de los cánones de la cara humana de la justicia, debe dejarnos una enseñanza: una pareja decidió divorciarse, la señora pregunta al marido quién va a quedarse con los dos niños, el esposo le responde quien se quede con el dinero. Al día siguiente vieron al abogado que los asesoró, y que estudio en una Universidad que no se ocupó de formarlo en valores, salir de la casa de los divorciados con una maleta y los dos niños de la mano.

El sabio. El sabio es sabio no por sus conocimientos, es sabio por sus valores, por sus virtudes, porque habla con la inteligencia, la razón y el corazón.

Un sabio en la justicia comprende y se preocupa porque detrás de un expediente existe una familia esperando una decisión, que la cara humana de la justicia no permita que nadie tenga que sufrir por culpa de una conducta indebida de un magistrado, un juez, un fiscal, un procurador, un defensor o un empleado.

Los problemas personales y la sonrisa de Garrick.

No debemos hacer víctimas a los demás de nuestros problemas, los servidores de la justicia debemos ser como el payaso Garrick de Juan de Dios Peza, quien a pesar de llorar internamente sonreía para hacer feliz a los demás.

Las situaciones personales no deben incidir en la justicia que administramos, la alegría debe ser la compañera permanente en el cumplimiento de nuestros deberes, el carisma a proyectar debe ser la consideración, la serenidad y el entusiasmo por facilitar y no obstaculizar la resolución de los problemas.

La inteligencia y la violencia.

La inteligencia es incompatible con la violencia, nunca debemos acudir a la agresividad, a la gritería, al atropello, al insulto.

Tampoco se debe obrar con maldad, crueldad, orgullo, antipatía, indiferencia o arrogancia.

La razón no la otorga el ejercicio de la fuerza bruta sino la fortaleza y solidez de los argumentos.

Shakespeare, aconseja: “No permitas que nadie te insulte, te humille o te baje la autoestima. Los gritos son el alma de los cobardes, de los que no tienen razón”.

La siembra y la compensación.

Lo que se siembra se recoge: Recibiremos en proporción a lo que hagamos y solo una personalidad humanista hace a los funcionarios, a las partes e intervinientes en un proceso penal, dignos de respeto y admiración.

Hay que cultivar sin esperar saborear los frutos, sin que nos den nada a cambio, prestemos el servicio de la justicia solamente por la satisfacción de hacer lo que era nuestro deber y dar lo que correspondía.

Recordemos, nunca lo olvidemos, la gloria no se alcanza superando a los demás sino así mismo.

Cuál es el valor de una persona digna.

Cuánto valemus como personas, es un interrogante que debemos resolver con el matemático Al-Khwarizmi, quien señaló que la persona ética, digna, humanista, tiene un valor igual al número uno (1). Su valor se incrementa en proporción a sus capacidades, por tanto se agregará un cero (0) por ser abogado, otros por ser especialista, maestro o doctor, escritor, y muchos más por ser juez, magistrado, investigador, fiscal, procurador, defensor o empleado.

Pero, agrega el maestro, el resultado del enunciado depende de si se mantiene o no el valor número uno.

Si el servidor de la justicia abandona la condición de ser un humano, una persona ética, justa, objetiva, sencilla, humilde, imparcial, honesta y comprensiva, pierde el valor equivalente al número uno (1), conservará únicamente los ceros, sus títulos y pergaminos, perderá lo único que le daba valor: la condición de persona digna. Cuánto queda valiendo una persona que pierde el valor equivalente al número uno?

Entonces, ¿cuál es el valor de la justicia encarnada por quien la administra si el magistrado, el juez, el fiscal, el procurador, el defensor o el empleado no es persona ética?

La espiritualidad debe estar presente en todo momento en quienes servimos a la justicia.

Por el bien de la justicia, para lograr ser la cara humana de la justicia, es el momento de invitar a los administradores de justicia y a quienes a ello ayudan en sus diferentes roles en el proceso penal a que con espíritu sosegado nos dispongamos a orar y obrar en lo sucesivo de la manera como lo sugirió MAHATMA GANDHI, al reflexionar así:

Señor: Ayúdame a decir la verdad delante de los fuertes y a no decir mentiras para ganarme el aplauso de los débiles.

Señor: Si me das fortuna, no me quites la razón.

Señor: Si me das éxito, no me quites la humildad.

Señor: Si me das humildad, no me quites la dignidad.

Señor: Ayúdame siempre a ver la otra cara de la medalla.

Señor: No me dejes inculpar de traición a los demás por no pensar igual que yo.

Señor: Enséñame a querer a la gente como a mí mismo y a juzgarme como a los demás.

Señor: No me dejes caer en el orgullo si triunfo, ni en la desesperación si fracaso.

Señor: Más bien recuérdame que el fracaso es la experiencia que precede al triunfo.

Señor: Enséñame a que perdonar es un signo de grandeza y que la venganza es una señal de bajeza.

Señor: Si me quitas el éxito, déjame fuerzas para aprender del fracaso.

Señor: Si yo ofendiera a la gente, dame el valor para disculparme.

Señor: Y si la gente me ofende, dame valor para perdonar.

Señor,.... Si yo me olvido de ti, nunca te olvides de mi.

Dar lo mejor de nosotros.

A los magistrados, jueces, fiscales, procuradores, defensores y empleados, los invito a que siempre quede la satisfacción, que dimos lo mejor de nosotros.

No hagamos de la justicia una institución frágil, fortalezcámosla, administrándola con cara humana, enfrentando con rigor y valentía la violencia, el delito, la deshonestidad, las malas costumbres y el trato indebido.

La recompensa.

El único premio que debemos aspirar y esperar es la satisfacción del deber cumplido y el abrazo de los nuestros.

Qué historia queremos escribir.

Una biografía para los conocidos, los amigos y la familia que les recuerde que tuvimos poder, fama y dinero, que nos caracterizamos por ser un profesional más, por dar trato indebido a las personas, por no haber combatido la corrupción y administrado justicia como ha debido ser. O queremos escribir una historia con una imagen que nos persiga toda la vida y aún más allá de nuestra existencia, por lo positivo que construimos,

por lo que dimos, por el significado de lo que hicimos, por las enseñanzas que dejamos, el coraje y el sacrificio en la tarea que nos correspondió cumplir.

Nuestra historia será valiosa y motivo de orgullo por los aciertos, pero también por los errores cometidos y las dificultades que con valor supimos superar, por lo que los demás nos van a recordar, por ser ejemplo para otros, porque se sentirá nuestra partida cuando ya no estemos en el trabajo o en este terruño que Dios nos ha prestado para que lo disfrutemos.

Que nos recuerden como a “mi querido viejo”, por haber sido extraordinarios sin ser perfectos.

Para la justicia somos el gorrión del bosque.

Cuenta el maestro CARLOS KASUGA que ante el incendio del bosque todos sus habitantes huyeron y un gorrión iba hasta el río, mojaba sus alas y regresaba a derramar un gota de agua para apagar el incendio, el elefante al observarlo lo invitó a huir porque iba a morir, pero el gorrión respondió que no le importaba, que el bosque le había dado todo, amigos, familia, felicidad, comida, que trataría de salvar el bosque. Los dioses dejaron caer lluvia que apagó el incendio, el bosque reverdeció y todos fueron más felices que antes.

Con el maestro Carlos Kasuga, comparo el bosque con la justicia, está consumiéndola un incendio, por eso les suplico, les imploro, les ruego que “por favor, por favor, por favor” sean como el gorrión del bosque, todos los días dejen caer una gota de agua, de sudor, de pulcritud, de dignidad, de integridad, de honestidad, en los expedientes, en las decisiones, en el trabajo, para que florezca la ética y el humanismo en la justicia para rescatar su majestad.

Los invito en adelante a hacer la justicia con el alma, el corazón, la razón y con valores éticos.

Hagamos la justicia con la risa del payaso Garrick, la fórmula del matemático Al-khawarizmi , el pensamiento de Mahatma Gandhi y el alma del gorrión de Carlos Kasuga.

Dios nos bendecirá.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Corte Suprema de Justicia.
Presidente Sala de Casación Penal.

ÍNDICE GENERAL

| | Extractos |
|-----------------------|-------------------|
| TOMO I | 1 al 106 |
| TOMO II | 107 al 227 |
| TOMO III | 228 al 300 |
| TOMO IV | 301 al 407 |

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|------------------------------|-----------|
| AGRADECIMIENTOS | 3 |
| PRESENTACIÓN..... | 5 |
| ÍNDICE GENERAL..... | 34 |

CAPÍTULO I

AUDIENCIA PREPARATORIA

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. GENERALIDADES | 46 |
| 2. DEFENSA TÉCNICA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA: EL PROCESADO DEBE ESTAR ASISTIDO POR UN PROFESIONAL DEL DERECHO IDÓNEO PARA LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES | 60 |
| 3. ACTOS RELACIONADOS CON EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA | 65 |
| 4. DEBATE Y DECISIÓN RESPECTO A LA SOLICITUD DE PRUEBAS ELEVADA POR LAS PARTES E INTERVINIENTES | 69 |
| 4.1 OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DE SUSTENTAR LAS SOLICITUDES PROBATORIAS Y EL ROL DEL JUEZ | 69 |
| 4.2 DETERMINACIÓN DE LA PERTINENCIA DE UNA EVIDENCIA FÍSICA SEGÚN LA TEORÍA DEL CASO <i>–RELACIÓN CON LA AUTENTICACIÓN DE LOS ELEMENTOS–</i> | 72 |
| 4.3 PREVIO A LA DECISIÓN DEL JUEZ LAS POSTULACIONES PROBATORIAS DEBEN SER CONTROVERTIDAS O DEBATIDAS POR LOS DEMÁS INTERVINIENTES | 78 |
| 4.4 NO CONSTITUYE IRREGULARIDAD QUE AFECTE EL DEBIDO PROCESO O LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO, EL HECHO DE QUE EN UN MISMO MOMENTO SE HUBIEREN CUMPLIDO LAS FASES DE ENUNCIACIÓN Y SOLICITUD PROBATORIAS | 78 |
| 4.5 SOLICITUD DE UNA MISMA PRUEBA POR AMBAS PARTES <i>–PRUEBA COMÚN–</i> | 80 |

| | | |
|-----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.5.1 | CADA PARTE DEBE ACREDITAR LA PERTINENCIA, CONDUCTENCIA Y UTILIDAD DE LA PRUEBA COMÚN..... | 80 |
| 4.6 | NO ES NECESARIO SOLICITAR LA PRÁCTICA DE LA TOTALIDAD DE LAS PRUEBAS DESCUBIERTAS..... | 88 |
| 4.7 | ESTIPULACIONES PROBATORIAS | 89 |
| 4.7.1 | FINALIDAD | 89 |
| 4.7.2 | ADMITIDA LA ESTIPULACIÓN, NO HAY LUGAR A LA RETRACTACIÓN | 90 |
| 4.7.3 | LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS PUEDEN ESTAR ACOMPAÑADAS DE ANEXOS SUSCEPTIBLES DE SER VALORADOS EN EL CONTEXTO DEL HECHO QUE SE ESTIPULÓ | 91 |
| 4.7.4 | EL INTERROGATORIO AL INDICIADO NO PUEDE SER INCORPORADO AL JUICIO A TRAVÉS DE ESTIPULACIÓN PROBATORIA..... | 129 |
| 4.8 | CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN | 130 |
| 4.8.1 | CONCEPTO Y APLICACIÓN ANTE LA EXISTENCIA DE PRUEBAS ILÍCITAS E ILEGALES: TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO Y SUS EXCEPCIONES – VÍNCULO ATENUADO, FUENTE INDEPENDIENTE Y DESCUBRIMIENTO INEVITABLE– | 130 |
| 4.8.2 | EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS PUEDE DECLARAR LEGALES, ILEGALES O ILÍCITAS LAS ACTIVIDADES INVESTIGATIVAS, PERO LA DISCUSIÓN EN TORNO DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA POR CONSIDERARSE ILEGAL SE REALIZA, NO EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES DE CONTROL DE LEGALIDAD, SINO EN LA PREPARATORIA O, EXCEPCIONALMENTE, EN EL TRÁMITE DEL JUICIO, SEGÚN EL MOMENTO EN QUE SE CONOZCA LA INFORMACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA CUAL SE PREDIQUE SU CONTRARIEDAD CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO | 135 |
| 4.9 | FACULTAD DE LAS VÍCTIMAS EN MATERIA PROBATORIA..... | 141 |
| 4.10 | FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MATERIA PROBATORIA | 148 |
| 4.11 | LA DECISIÓN DEL JUEZ DEBE SER CLARA, PRECISA Y EXPRESA..... | 149 |
| 4.12 | RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE DECIDE ACERCA DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS..... | 154 |
| 5. | PROHIBICIÓN DE QUE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO INCORPORE PRUEBAS DE OFICIO | 166 |
| 6. | CASO EN QUE LA AUDIENCIA PREPARATORIA NO SE ADELANTÓ CONFORME AL CONTENIDO TEMÁTICO Y ORDEN ESTABLECIDOS EN LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA, PERO CUYA IRREGULARIDAD NO TUVO EL ALCANCE SUFICIENTE PARA CONSTITUIR UNA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO O LA AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA... | 167 |

CAPÍTULO II

JUICIO ORAL

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA DE PRUEBAS..... | 172 |
| 2. TRASCENDENCIA DEL CAMBIO EN EL ORDEN EN QUE SE PRACTICA LAS PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL..... | 173 |
| 3. PRUEBA TESTIMONIAL | 175 |
| 3.1 INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO | 175 |
| 3.1.1 FINALIDAD DE LAS REGLAS DEL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO (EL DESCONOCIMIENTO DE ÉSTAS NO CONFIGURA POR SÍ MISMO UNA IRREGULARIDAD CAPAZ DE ENERVAR LA LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN)..... | 175 |
| 3.1.2 JUSTIFICACIÓN DE LAS LIMITACIONES QUE TIENE EL CONTRAINTERROGATORIO RESPECTO AL INTERROGATORIO | 176 |
| 3.1.3 OPOSICIONES | 177 |
| 3.1.3.1 LA DECISIÓN DEL JUEZ RESPECTO A LA OPOSICIÓN –U OBJECCIÓN– A UNA PREGUNTA ES DE CUMPLIMIENTO INMEDIATO Y NO ES RECURRIBLE POR LAS PARTES (FINALIDAD DE LAS OPOSICIONES) | 178 |
| 3.1.3.2 PAPEL DEL JUEZ RESPECTO A LA OPOSICIÓN A LAS PREGUNTAS – IMPARCIALIDAD– | 180 |
| 3.1.4 RECONOCIMIENTO DE IDENTIDAD DEL RESPONSABLE A TRAVÉS DEL INTERROGATORIO DURANTE EL JUICIO | 182 |
| 3.1.5 FACULTAD DEL JUEZ Y EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA HACER PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS | 184 |
| 3.1.6 ATAQUE EN CASACIÓN POR LAS FALENCIAS O IRREGULARIDADES DURANTE EL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO..... | 185 |
| 3.1.6.1 LAS LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL JUEZ EN LA PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO SE PLANTEAN EN CASACIÓN POR LA VÍA DEL ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE LEGALIDAD | 185 |
| 3.1.6.2 LA REALIZACIÓN DE PREGUNTAS PROHIBIDAS AFECTAN SÓLO LA EFICACIA DE LA RESPUESTA ILEGALMENTE OBTENIDA, RAZÓN POR LA CUAL EL ATAQUE POR | |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ESTE MOTIVO DEBE PLANTEARSE POR ERRORES DE DERECHO POR FALSOS JUICIOS DE CONVICCIÓN EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA..... | 187 |
| 3.1.6.3 ERRORES DE LAS PARTES EN LA TÉCNICA DE INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO | 188 |
| 3.2 TESTIMONIO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES..... | 190 |
| 3.2.1 DIFERENCIAS CON LA ENTREVISTA FORENSE DE QUE TRATA EL ARTÍCULO ART. 206A DEL C.P.P. | 190 |
| 3.2.2 INCORPORACIÓN DE LA ENTREVISTA FORENSE DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE AL JUICIO ORAL A TRAVÉS DE SU TESTIMONIO O COMO PRUEBA DE REFERENCIA (LEY 1652 DE 2013)..... | 192 |
| 3.2.3 ADMISIÓN DE OTRAS VERSIONES RENDIDAS POR EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE ANTES DEL JUICIO ORAL ANTE FAMILIARES, PROFESIONALES FORENSES, FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL U OTRAS PERSONAS, COMO PRUEBA DE REFERENCIA (ALCANCE ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1652 DE 2013) | 194 |
| 3.3 ALCANCE DE LAS VERSIONES RENDIDAS POR EL TESTIGO ANTES DEL JUICIO ORAL. | 201 |
| 3.3.1 UTILIZACIÓN DE LAS VERSIONES ANTERIORES AL JUICIO PARA FACILITAR EL INTERROGATORIO CRUZADO O COMO MEDIO DE PRUEBA (PRUEBA DE REFERENCIA Y DECLARACIONES ANTERIORES INCONSISTENTES CON LO DECLARADO EN JUICIO).... | 202 |
| 3.4 ACUSADO COMO TESTIGO..... | 230 |
| 3.4.1 EL OFRECIMIENTO DEL TESTIMONIO DEL ACUSADO PUEDE HACERSE HASTA ANTES DE LAS ALEGACIONES DEL JUICIO ORAL (CARACTERÍSTICAS DEL TESTIMONIO DEL ACUSADO, DERECHO A SER OÍDO COMO EJERCICIO DE LA DEFENSA MATERIAL Y SU DIFERENCIA CON EL DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA, DIFERENCIAS ENTRE UN TESTIMONIO ORDINARIO Y EL DEL ACUSADO, TESTIMONIO DEL ACUSADO COMO MEDIO DE PRUEBA Y DEFENSA, ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y OTROS)..... | 230 |
| 3.4.2 PROCEDE DECRETAR EL INTERROGATORIO DIRECTO DEL ACUSADO PARA LA FISCALÍA COMO CONSECUENCIA DE HABER SIDO AUTORIZADO COMO PRUEBA A PETICIÓN DE AQUÉL. | 250 |
| 3.4.3 ALCANCE DEL JURAMENTO DEL ACUSADO COMO TESTIGO..... | 253 |
| 3.5 TESTIGO DE ACREDITACIÓN | 254 |

| | | |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.5.1 | LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO OBTENIDOS EN ACTOS DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN TÉCNICA O CIENTÍFICA SON EVIDENCIA PROBATORIA DEL PROCESO CUANDO SON PRESENTADOS EN EL JUICIO ORAL A TRAVÉS DEL TESTIGO DE ACREDITACIÓN | 254 |
| 3.5.2 | EL TESTIGO DE ACREDITACIÓN SÓLO SE TORNA INDISPENSABLE PARA INTRODUCIR AL JUICIO ORAL LOS DOCUMENTOS SOBRE LOS CUALES NO RECAE LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD, DE TAL MANERA QUE AQUELLOS QUE GOZAN DE ESA PRESUNCIÓN PUEDEN SER INGRESADOS DIRECTAMENTE POR LA PARTE INTERESADA, A CONDICIÓN DE QUE HAYAN SIDO DESCUBIERTOS OPORTUNAMENTE Y SU PRÁCTICA SOLICITADA Y DECRETADA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA..... | 256 |
| 3.5.3 | PERSONAS QUE PUEDEN FUNGIR COMO TESTIGOS DE ACREDITACIÓN..... | 262 |
| 3.5.4 | LOS TESTIMONIOS DE ACREDITACIÓN, SIEMPRE QUE SE REFIERAN A ASPECTOS RELATIVOS A LA AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO, QUE NO A LA VERACIDAD DE SU CONTENIDO, NO SON PRUEBA DE REFERENCIA | 263 |
| 3.6 | EXAMEN SEPARADO DE TESTIGOS: CASO EN QUE LA SALA INADMITIÓ EL CARGO ELEVADO EN CASACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 396 DEL C. P. P. | 265 |
| 4. | PRUEBA DOCUMENTAL..... | 268 |
| 4.1 | EL TESTIGO DE ACREDITACIÓN SÓLO SE TORNA INDISPENSABLE PARA INTRODUCIR AL JUICIO ORAL LOS DOCUMENTOS SOBRE LOS CUALES NO RECAE LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD, DE TAL MANERA QUE AQUELLOS QUE GOZAN DE ESA PRESUNCIÓN PUEDEN SER INGRESADOS DIRECTAMENTE POR LA PARTE INTERESADA, A CONDICIÓN DE QUE HAYAN SIDO DESCUBIERTOS OPORTUNAMENTE Y SU PRÁCTICA SOLICITADA Y DECRETADA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA. | 268 |
| 4.2 | PAUTAS PARA INCORPORAR PRUEBA DOCUMENTAL ABUNDANTE, COMPLEJA O QUE CONTENGAN DATOS QUE NINGÚN INTERÉS REPORTAN PARA EL PROCESO..... | 274 |
| 4.3 | EL INFORME PERICIAL ES DIFERENTE A LA PRUEBA DOCUMENTAL..... | 276 |
| 4.3.1 | LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICO LEGALES, SI BIEN ESTÁN CONTENIDOS EN UN DOCUMENTO, CONSTITUYEN INFORMES TÉCNICO CIENTÍFICOS QUE TIENEN EL CARÁCTER DE PRUEBA PERICIAL, NO DOCUMENTAL..... | 277 |
| 5. | PRUEBA PERICIAL..... | 279 |
| 5.1 | LA PRUEBA PERICIAL SE COMPONE DEL INFORME PERICIAL QUE CONTIENE LA BASE DE LA OPINIÓN Y LA DECLARACIÓN DEL PERITO EN EL JUICIO ORAL..... | 279 |

| | | |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.2 | INFORME PERICIAL | 280 |
| 5.2.1 | PARÁMETROS PARA PONER EN CONOCIMIENTO EL INFORME PERICIAL PREVIO A LA AUDIENCIA PÚBLICA | 280 |
| 5.2.2 | PROCEDENCIA DE RENDIR EL INFORME PERICIAL EN LA AUDIENCIA PÚBLICA | 281 |
| 5.2.3 | EL INFORME PERICIAL ES DIFERENTE A LA PRUEBA DOCUMENTAL..... | 283 |
| 5.2.3.1 | LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICO LEGALES, SI BIEN ESTÁN CONTENIDOS EN UN DOCUMENTO, CONSTITUYEN INFORMES TÉCNICO CIENTÍFICOS QUE TIENEN EL CARÁCTER DE PRUEBA PERICIAL, NO DOCUMENTAL..... | 284 |
| 5.2.4 | DIFERENCIA ENTRE LA ENTREVISTA DE QUE TRATA EL ART. 206 DE LA LEY 906 DE 2004 Y LA BASE DEL INFORME PERICIAL..... | 285 |
| 5.3 | EN CASOS EXCEPCIONALES, REFERIDOS A LA IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA DE QUE EL PERITO PUEDA RENDIR SU VERSIÓN EN AUDIENCIA PÚBLICA –HA FALLECIDO, SE IGNORA SU PARADERO, NO CUENTA YA CON FACULTADES MENTALES PARA EL EFECTO, ENTRE OTRAS CIRCUNSTANCIAS-, Y A LA PÉRDIDA O DESNATURALIZACIÓN DEL OBJETO SOBRE EL CUAL DEBE REALIZARSE EL EXAMEN O EXPERTICIA, ES POSIBLE QUE ACUDA A RENDIR EL PERITAJE UNA PERSONA DIFERENTE DE AQUELLA QUE ELABORÓ EL EXAMEN Y PRESENTÓ EL INFORME..... | 287 |
| 5.4 | DIFERENCIA ENTRE TESTIGO PERITO Y TESTIGO TÉCNICO | 291 |
| 5.5 | IMPERTINENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL CON LA QUE SE PRETENDE EXPLICAR, ILUSTRAR O EXPONER ASPECTOS JURÍDICOS –PROPUESTAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO– QUE EXCEDEN EL TEMA DE PRUEBA | 291 |
| 5.6 | LA PRUEBA PERICIAL BASADA EN MANIFESTACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL, QUE CONSTITUYEN LA BASE DE LA OPINIÓN EXPRESADA EN ÉSTE, NO ES PRUEBA DE REFERENCIA; PERO LAS VERSIONES QUE REALIZAN LAS VÍCTIMAS ANTE LOS EXPERTOS ACERCA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RODEARON LOS HECHOS, SÍ CONSTITUYEN, EN PRINCIPIO, PRUEBA DE REFERENCIA | 292 |
| 6. | PRUEBA DE REFERENCIA..... | 296 |
| 6.1 | CONCEPTO, ELEMENTOS Y OTRAS CONSIDERACIONES..... | 296 |
| 6.2 | EL DERECHO A LA CONFRONTACIÓN COMO ASPECTO CENTRAL EN EL ANÁLISIS DE LA PRUEBA DE REFERENCIA..... | 298 |
| 6.3 | VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA..... | 300 |
| 6.4 | JUSTIFICACIÓN PARA ADMITIR DE FORMA EXCEPCIONAL LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL JUICIO ORAL Y QUE SU VALOR PROBATORIO SEA REDUCIDO | 303 |

| | | |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.5 | ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA | 304 |
| 6.5.1 | ANTECEDENTES Y GENERALIDADES | 304 |
| 6.5.2 | EVENTOS EN QUE EXCEPCIONALMENTE SE ADMITE LA PRUEBA DE REFERENCIA | 309 |
| 6.5.2.1 | VERSIONES RENDIDAS POR NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTES DEL JUICIO ORAL | 309 |
| 6.5.2.1.1 | INCORPORACIÓN DE LA ENTREVISTA DEL MENOR AL JUICIO ORAL A TRAVÉS DE SU TESTIMONIO O COMO PRUEBA DE REFERENCIA (LEY 1652 DE 2013) | 310 |
| 6.5.2.1.2 | OTRAS VERSIONES RENDIDAS POR EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE ANTES DEL JUICIO ORAL ANTE FAMILIARES, PROFESIONALES FORENSES, FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL U OTRAS PERSONAS (ALCANCE ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1652 DE 2013)..... | 312 |
| 6.5.2.2 | SE PUEDE ADMITIR COMO PRUEBA DE REFERENCIA LA ENTREVISTA DE ALGUIEN QUE SE ENCUENTRA PRÓFUGO DE LA JUSTICIA..... | 319 |
| 6.5.2.3 | LA IMPOSIBILIDAD DE LOCALIZAR AL TESTIGO PARA QUE ASISTA A RENDIR TESTIMONIO PERMITE QUE SU ENTREVISTA SE CONVIERTA EN PRUEBA DE REFERENCIA ADMISIBLE, SIEMPRE QUE ESA INDISPONIBILIDAD OBEDEZCA A SITUACIONES ESPECIALES DE FUERZA MAYOR QUE NO PUEDAN SER RACIONALMENTE SUPERADAS | 322 |
| 6.5.2.4 | LA NO DISPONIBILIDAD DE LA PERSONA PARA COMPARECER AL JUICIO POR SU DESAPARICIÓN VOLUNTARIA AL SALIR DEL PAÍS, SIENDO IMPOSIBLE SU LOCALIZACIÓN, PERMITE ADMITIR SU ENTREVISTA COMO PRUEBA DE REFERENCIA | 327 |
| 6.5.2.5 | PODRÁ LLEVARSE AL JUICIO ORAL COMO PRUEBA DE REFERENCIA LA DECLARACIÓN DE LA PERSONA QUE AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DE LA VISTA PÚBLICA HA FALLECIDO. | 329 |
| 6.5.2.6 | ADMISIÓN COMO PRUEBA DE REFERENCIA DE LA ENTREVISTA RENDIDA POR QUIEN ES VÍCTIMA DE AMENAZAS | 331 |
| 6.6 | LAS DECLARACIONES ANTERIORES AL JUICIO ORAL COMO TEMA DE PRUEBA Y COMO MEDIO DE PRUEBA..... | 335 |

| | | |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 6.7 | DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA DE REFERENCIA Y LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO UTILIZADOS PARA DEMOSTRAR SU EXISTENCIA Y CONTENIDO (VALORACIÓN DE ESTOS ÚLTIMOS)..... | 339 |
| 6.8 | LOS TESTIMONIOS DE ACREDITACIÓN, SIEMPRE QUE SE REFIERAN A ASPECTOS RELATIVOS A LA AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO, QUE NO A LA VERACIDAD DE SU CONTENIDO, NO SON PRUEBA DE REFERENCIA | 342 |
| 6.9 | APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO A LA PRUEBA DE REFERENCIA | 343 |
| 6.10 | ATAQUE EN CASACIÓN POR CONTROVERSAS RESPECTO A LA PRUEBA DE REFERENCIA | 344 |
| 7. | PRUEBA SOBREVINIENTE..... | 348 |
| 7.1 | CONCEPTO Y PARÁMETROS PARA QUE SE ADMITA LA PRÁCTICA DE UNA PRUEBA SOBREVINIENTE..... | 348 |
| 7.2 | DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA SOBREVINIENTE Y DE REFUTACIÓN..... | 349 |
| 8. | DEMOSTRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CASOS EN QUE HA HABIDO CAPTURA EN FLAGRANCIA | 351 |
| 9. | PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN | 353 |
| 9.1 | EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN FRENTE A OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES | 353 |
| 9.2 | EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN NO SE ENCUENTRA INESCINDIBLEMENTE VINCULADO CON EL PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL..... | 358 |
| 9.3 | EL CAMBIO DE JUEZ DURANTE EL JUICIO NO NECESARIAMENTE GENERA LA NULIDAD DEL PROCESO | 360 |
| 9.4 | LAS PRUEBAS DE REFERENCIA Y ANTICIPADA COMO EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN | 364 |
| 9.5 | TÉCNICA PARA ALEGAR EN CASACIÓN LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN | 365 |

CAPÍTULO III

DECISIÓN O SENTIDO DEL FALLO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA..... | 367 |
| 1.1 EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA..... | 367 |
| 1.2 LA PETICIÓN DE ABSOLUCIÓN ELEVADA POR LA FISCALÍA DURANTE LAS ALEGACIONES FINALES PUEDE SER ACOGIDA O DESECHADA POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, QUIEN DECIDIRÁ CON FUNDAMENTO EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS ADUCIDAS EN EL JUICIO ORAL | 368 |
| 1.3 PRESUPUESTOS PARA QUE EL JUEZ PUEDA REALIZAR LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA SENTENCIA SIN VULNERAR EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA | 376 |
| 2. PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN | 380 |
| 2.1 NO ES PROCEDENTE QUE EL JUEZ QUE EMITIÓ EL SENTIDO DEL FALLO POSTERIORMENTE DECIDA ANULARLO ANTE UNA VARIACIÓN DE SU CRITERIO (PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN, CONCENTRACIÓN E INMUTABILIDAD) | 380 |
| 2.2 EL QUE UN JUEZ DIFERENTE AL QUE EMITIÓ EL SENTIDO DEL FALLO SEA QUIEN PROFIERE LA SENTENCIA NO NECESARIAMENTE GENERA UNA NULIDAD EN EL PROCESO.... | 383 |
| 3. COMPETE AL JUEZ DE CONOCIMIENTO DECIDIR RESPECTO A LA SOLICITUD DE LIBERTAD PRESENTADA CON POSTERIORIDAD AL ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO Y ANTES DE QUE LA SENTENCIA COBRE EJECUTORIA | 385 |

CAPÍTULO IV

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO SEGUIDO BAJO LA LEY 906 DE 2004

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. EL JUEZ PENAL CARECE DE COMPETENCIA PARA DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL..... | 387 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

CAPÍTULO V

LA EXTRADICIÓN

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1. PRESUPUESTOS PARA APLICAR LA LEY 906 DE 2004 A UN TRÁMITE DE EXTRADICIÓN Y COMPARACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY 600 DE 2000 | 390 |
| 2. EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA | 394 |
| 2.1 CONCEPTO Y TRÁMITE..... | 394 |
| 2.1.1 OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR EL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA | 395 |
| 2.1.2 PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO | 397 |
| 2.1.2.1 CASO EN QUE EL MINISTERIO PÚBLICO NO COADYUVÓ LA SOLICITUD DE EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA, PORQUE ESTABLECIÓ QUE EL REQUERIDO NO TENÍA CLARIDAD ACERCA DE LA FINALIDAD DEL TRÁMITE ABREVIADO, LAS CONSECUENCIAS DE SU ACEPTACIÓN Y TAMPOCO TUVO CONOCIMIENTO SOBRE LOS DERECHOS A QUE RENUNCIABA..... | 397 |
| 2.1.2.2 ES ACONSEJABLE QUE EL MINISTERIO PÚBLICO PROCURE EL CONTACTO PERSONAL CON EL REQUERIDO Y SU DEFENSOR, PARA ASÍ VELAR POR SUS DERECHOS Y EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD, EJERCIENDO LA COMPROBACIÓN MATERIAL DE QUE LA RENUNCIA AL TRÁMITE CONVENCIONAL DE EXTRADICIÓN SEA LIBRE Y VOLUNTARIA | 399 |

| | | |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2 | DIFERENCIA ENTRE LA EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA Y LA RENUNCIA A TÉRMINOS.... | 401 |
| 2.3 | NO ES PROCEDENTE LA RETRACTACIÓN O RENUNCIA AL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA, SALVO QUE SE DEMUESTRE LA CONFIGURACIÓN DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO O LA VULNERACIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES | 403 |

ANEXO

375

CAPÍTULO I

AUDIENCIA PREPARATORIA

1. GENERALIDADES

Extracto n. ° 301.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 36562 |
| Fecha | : | 13/06/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«La audiencia preparatoria.

Como se sabe, el proceso penal y en particular la fase del juicio, se orienta hacia el debate de la vista pública, episodio central del esquema adversarial, de manera que las audiencias que la preceden se encaminan a lograr su perfecta realización.

[...]

[...], los objetivos de la audiencia preparatoria, al tenor de lo preceptuado por los artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del Código de Procedimiento Penal, están relacionados con el aprestamiento del juicio oral, en tanto escenario de construcción de conocimiento.

Esto básicamente porque el juicio es concebido constitucional y legalmente como el espacio de una disputa de contenido epistemológico, esto es, en torno del conocimiento que se le lleva al juez en relación con una hipótesis delictiva específica formulada por la Fiscalía y la consiguiente postura asumida por la defensa.

El juicio, como proceso de conocimiento involucra varios saberes: en la determinación del objeto problemático se vincula la ontología, en la presentación de los argumentos la hermenéutica, en relación con la forma en que se realizan los razonamientos, se invita a la lógica, y en cuanto a la forma de conocer y utilizar los elementos de prueba, se vincula la epistemología, entre otras.

De ahí que la evaluación de la corrección del fallo que se demanda en desarrollo del recurso extraordinario de casación, se nutre, no propiamente de los principios de dicha impugnación los cuales son eminentemente procesales, sino de la lógica, la hermenéutica, la retórica, la ontología y la epistemología.

Así, el juez es ante todo un científico, en su más elemental acepción, toda vez que su función está ligada a la valoración de si la tesis o la teoría del caso expuesta por la Fiscalía, alcanza el nivel de certeza, con origen en la confiabilidad que ofrecen unos elementos que para dicha conclusión le expuso, exhibió y demostró el acusador. O, si por el contrario, en el evento en que la defensa ofrezca una teoría del caso –a lo cual no está obligada– debe determinar cuál resulta airosa en ese proceso de confrontación. No en vano se le conoce como el juez de conocimiento.

Y, el método por medio del cual se construye la verdad, está dado por el procedimiento penal, en las reglas de prueba, inspirados uno y otras en los valores y principios traducidos en forma de garantías procesales en los últimos siglos, mediante los cuales sólo puede ser fundamento de tal conocimiento aquello que ha sido buscado, asegurado, descubierto, ofrecido, decretado, practicado, incorporado y valorado conforme lo disponen dichos preceptos.

Esto sin perder de vista que detrás de este esfuerzo investigativo y epistemológico se halla la tragedia y la miseria en su más escueta intensidad, lo que implica unas enormes exigencias de combinación en la persona del juez, de científico y humanista.

La hipótesis delictiva con la cual inicia el proceso de investigación es formulada por la Fiscalía como centro de su programa metodológico, según aclara el artículo 207 de la Ley 906 de 2004, y su verificación se puede llevar a cabo de manera libre, de acuerdo con lo informado por el artículo 373 *ejusdem*, siempre que no se vulneren los derechos humanos.

De manera que, una vez que el procesado descarta la posibilidad de renunciar al juicio a cambio de una reducción punitiva, y, por tanto, se hace inminente el debate oral, la audiencia preparatoria se convierte exclusivamente en el escenario en que se alista la controversia que habrá de celebrarse en la vista pública¹.

¹De la audiencia preparatoria la doctrina especializada se refiere de la siguiente manera: Baytelman A. Andrés y Duce J. Mauricio. Litigación penal juicio oral y prueba. Fondo de Cultura Económica. México 2005. Páginas 42 y 43.
“La etapa intermedia o de preparación
Entre la etapa de investigación y el juicio oral se crea un procedimiento intermedio de carácter oral, realizado también ante el juez de garantía y que tiene por objeto principal la preparación del juicio, fijándose de modo preciso su objeto, los sujetos intervinientes, así como la prueba que deberá ser examinada.

Así, en torno a los elementos de convicción a utilizarse en el juicio, debe quedar claro que en la audiencia preparatoria, luego de que se culmina el descubrimiento² (356.1.2), el juez que la preside, debe dar curso a los siguientes pasos:

- 1) la enunciación de lo que cada parte solicitará (356.3), a fin de que antes de que cada una eleve su petición formal, ya sepa lo que será objeto de petición por la otra, en el entendido de que no todo lo descubierto tiene necesariamente que ser solicitado.
2. la concreción de las solicitudes probatorias con la fundamentación de su pertinencia (357).
3. la posibilidad de que cada contendiente pueda pronunciarse sobre las peticiones del otro, siendo procedente en este estadio la realización de estipulaciones probatorias y la solicitud de inadmisión, rechazo o exclusión de los medios de convicción impetrados. Y,
4. finalmente debe emitirse un pronunciamiento (decreto), decisión en la cual el juez, además de indicar cuál será la prueba a practicarse en el juicio, se ocupa de resolver las peticiones formuladas hasta ese momento procesal por las partes e intervinientes³, de señalar el orden en que habrán de practicarse (362); y antes de concluir la audiencia preparatoria procederá a la fijación de la fecha en que habrá de celebrarse el juicio oral.

Esta etapa tiene un desarrollo muy simple que se inicia una vez concluida la investigación y declarado el cierre de ésta por parte del fiscal. Entonces, este último tiene un plazo de 10 días para formular su actuación por escrito, si es que estima que hay mérito para ello. si formula acusación debe enviarla al juez de garantía, quien citará a audiencia intermedia o de preparación del juicio oral.

En la audiencia misma, si no hay problemas formales o de fondo, el juez de garantía procederá a fijar el objeto del debate, a determinar los medios de prueba y a determinar el tribunal que conocerá del juicio. En la determinación de la prueba que puede llevarse al juicio, el juez de garantía está facultado para acordar convenciones probatorias sobre hechos que no requerirán ser probados luego en el juicio.

Roxin Claus. Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires 2000. Página 353

El procedimiento principal se divide, en cada instancia, en dos partes: la preparación del juicio oral y el juicio oral en sí mismo (...). La preparación del juicio oral comprende:

1. la fijación del término (...)
2. las citaciones al juicio oral (...)
3. el procurar los medios de prueba (...)
4. en los juicios en primera instancia ante el LG o ante el OLG, la comunicación de la integración del tribunal (...) y la identificación de los testigos (...)
5. en determinadas circunstancias, la recepción parcial y anticipada de prueba (...)

² Al cual también están obligados tanto el representante de víctimas como del Ministerio Público, en caso de tener pretensiones probatorias, según lo indicó esta Corporación en auto de segunda instancia de 7 de diciembre de 2011, radicado 37596.

³ Sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007.

Frente a las solicitudes probatorias el juez de conocimiento lo primero que debe evaluar es si el medio cognoscitivo resulta **pertinente** en relación con el *thema probandi*, con el problema de investigación, o, si se quiere, con las hipótesis de las partes, vale decir, la relación ontológica del hecho materia de prueba con la norma penal que la fiscalía invoca como violada por el acusado. En segundo lugar si es **admisible**, en el entendido de que todo lo pertinente puede no ser admisible; debiendo además verificar si aquello que se solicita fue debidamente descubierto, y si el proceso de su búsqueda, consecución y aseguramiento fue legal.

En relación con la pertinencia hay que tener en cuenta lo previsto en la parte final del artículo 375, norma según la cual, la prueba *“También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.”*

Así, en el juicio de pertinencia, está autorizado extenderse, entre otros tópicos, a los aspectos relacionados con la credibilidad del testigo o del perito, con el objetivo, precisamente de impugnarla; como un ejercicio válidamente reconocido del principio de contradicción; que consiste, además en la posibilidad de cuestionar al testigo como fuente confiable de información.

En efecto, la **impugnación de credibilidad** como extensión de la pertinencia de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, comprende los siguientes temas:

1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.
2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.
4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquéllas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
6. Contradicciones en el contenido de la declaración.

Por consiguiente, la parte que solicita una prueba con fines de impugnación, debe claramente precisar cuál de estos criterios son los que

utilizará en desarrollo del contrainterrogatorio⁴ realizado al testigo o al perito de la parte contraria, para determinar su pertinencia.

Ahora bien, puede impugnarse la credibilidad del testigo propio, verbigracia en el evento de que cambie la versión inicialmente vertida en la entrevista o en la declaración jurada, para lo cual podrá utilizarse dicha declaración previa.

En todo caso, el juez en la sentencia, deberá responder las impugnaciones de credibilidad formuladas en el debate, al momento de abordar la apreciación de los testimonios, tal y como se lo indica el artículo 404 del estatuto procesal penal.

En materia de **estipulaciones probatorias** hay que destacar que, en la audiencia preparatoria, en torno de lo que se descubre, enuncia, solicita y decreta, puede haber disenso, pero también coincidencia en relación con aquellos hechos o circunstancias que no son materia de “controversia sustantiva”, los cuales, por tanto, pueden ser objeto de acuerdo entre las partes, en el sentido de darlos por probados sin necesidad de debate alguno, lo cual debe ser comunicado al juez, tan pronto como se obtenga.

Por eso, en cumplimiento del principio de lealtad, se debe entender que las estipulaciones probatorias, una vez aprobadas por el juez, no son retractables, y a ellas no se podrá oponer ni el Ministerio Público ni el representante de la víctima. [...]

[...]

En todo caso, de acuerdo con los límites impuestos por el legislador en el inciso 4° del artículo 10° de la Ley 906 de 2004, el juez sólo aprobará las estipulaciones que no impliquen la renuncia a la no autoincriminación y demás derechos de naturaleza constitucional no vinculados directamente con la actividad probatoria [...]

[...]

En consecuencia, los medios de prueba ofrecidos por las partes pueden ser **inadmitidos, rechazados y excluidos**, según lo prevé el artículo 359 *ejusdem*.

En principio, según las voces del artículo 376, toda prueba pertinente es admisible. Sin embargo, hay distintas razones por las cuales el elemento

⁴ Como enseña FONTANET Maldonado, Julio E. Principios y técnicas de la práctica forense. Jurídica editores, San Juan Puerto Rico, 2010, página 247.

de convicción no debe llegar al juicio, no quedándole alternativa distinta al funcionario judicial que inadmitirlo.

En efecto, según la normativa comentada, **se debe inadmitir** la prueba cuando:

1. Con ella exista peligro de causar grave perjuicio indebido, presupuesto de hecho en el cual se incrustan eventos como el previsto en el artículo 359 inciso segundo, en relación con las conversaciones realizadas entre Fiscalía y defensa tendientes a la realización de preacuerdos o al reconocimiento del principio de oportunidad⁵.
2. Se presente la probabilidad de que genere confusión o exhiba poco valor probatorio⁶: como la prueba de referencia, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 379 es generalmente inadmisibles, y solo de manera excepcional podría ingresar al juicio, de presentarse alguno de los eventos previstos en el artículo 438, siendo en todo caso restringido su valor probatorio de cara a la condena según lo determinado por el artículo 381.
3. Sea injustamente dilatoria del procedimiento, como podría ocurrir frente a pruebas repetitivas, o aquellas con las que se pretenda demostrar hechos notorios.

El estatuto procesal también incluye **el rechazo** de aquella prueba que no fue descubierta de manera oportuna, según lo determina el artículo 356.1 ibídem.

A su turno, la prueba ilegal debe ser **excluída**, de acuerdo con el artículo 360, según el cual *“El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.”*

De suerte que, la violación de los requisitos formales, vale decir, la ilegalidad que genera como consecuencia la exclusión de la prueba, puede presentarse, o bien en su práctica, aducción o en la consecución del medio de convicción, tal como sistemáticamente lo advierte el inciso final del artículo 29 Superior, y los artículos 23, 360 y 455 de la Ley 906 de 2004.

⁵ El profesor Chiessa –Tratado de derecho Probatorio, páginas 7 y siguientes- cita como ejemplos de esta causal: a) la prueba de la embriaguez ofrecida por el fiscal, la cual no siendo trascendental para probar el cargo principal, perjudica indebidamente la posición procesal de la defensa; b) las fotografías del cadáver de la víctima, las cuales califica como “particularmente problemáticas por su efecto inflamatorio sobre el juzgador”; y, c) la evidencia de otros delitos o de la mala conducta del acusado.

⁶ El profesor Chiessa, cita como ejemplo la evidencia matemática de probabilidad.

Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de las más profundas dimensiones de la personalidad, sólo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.

Por tanto, corresponde al juez en la audiencia preparatoria ocuparse de todos estos aspectos relacionados con la inclusión de la prueba en el juicio, no pudiendo evadir, ni renunciar, ni evitar las discusiones en torno de su inadmisión, rechazo o exclusión so pretexto de mantener incólume su imparcialidad, toda vez que es aquella el escenario natural de tales discusiones y no otro; al punto que de advertir afectada esa esencial condición para afrontar el juicio, puede hacer uso de las causales de impedimento previstas a fin de separarse del conocimiento del asunto.

Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada **ilegal** con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de **ilícita**, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud.

El punto sobre la diferencia entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y las consecuencias de una y otra ha sido materia de análisis constante por parte de esta Corporación⁷, en uno de cuyos pronunciamientos precisó⁸:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita⁹ es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.”¹⁰

La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

⁷ Entre otras, en autos de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1° de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621.

⁸ Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621.

⁹ *Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103).*

¹⁰ Sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21.529.

“(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

“(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

“(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”¹¹.

Por otra parte, también la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se traducían en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial¹². Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

¹¹ Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152.

¹² Lo cual convalidó en la sentencia T-233 de 2007.

*En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso¹³, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “**motiva la invalidez del proceso** y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.” (Subrayas por fuera del texto original)*

Conviene aclarar que la discusión en torno de la **exclusión** de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.

Frente a dicho tópico, resulta oportuno aclarar que el juez de control de garantías, en relación con los actos de investigación y diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado, tiene tres posibilidades: declararlas legales, ilegales, o ilícitas.

En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y la intimidad.

La pregunta que debe hacerse dicho funcionario en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la Fiscalía debe ser si existieron, o existen –según se trate de control previo o posterior- motivos fundados para tal proceder, o si por el contrario, tal actividad responde al mero capricho de quien ostenta el máximo poder de represión como es el

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

ejercicio de la acción penal, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.

En esto pensó la Corporación cuando aclaró:

*“Valga decir, al Juez de Control de Garantías le corresponde establecer, tal como lo enseña la jurisprudencia constitucional, si determinada medida de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales practicada por la Fiscalía General de la Nación se adecua a la ley, y si es proporcionada, en cuanto contribuya a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”*¹⁴

Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de **declararse legal** dicho procedimiento.

Dicho control es, pues, preliminar, y limitado a estos tópicos y en el evento de no superar el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia de tal conclusión, **es la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación**, sin que le corresponda a dicho funcionario emitir decisión alguna en relación con la exclusión de los elementos hallados en dichas labores. Así lo ha entendido la Sala al precisar¹⁵:

“Por consecuencia, el juez de control de garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del juez de control de garantías.”

Y claro, en esa reflexión debe considerarse que nada de lo hallado u obtenido en desarrollo de aquella labor declarada ilegal, podría ser utilizado como fundamento de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Sin embargo, lo obtenido en labores de investigación que fuere declarado ilegal por el juez de control de garantías, eventualmente podría ser susceptible de valorarse en el juicio, siempre que en la audiencia

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005.

¹⁵ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310

preparatoria, la Fiscalía logre su decreto por parte del juez con funciones de conocimiento, después de superar el análisis de la ilegalidad inicial, acreditando la existencia verbigracia de una de las excepciones a la exclusión, contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Así también, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría conducir a la **declaratoria de ilicitud** de los mismos, la cual se origina en violaciones graves a derechos fundamentales y contagia de manera insuperable a toda la actuación. Así lo ha precisado esta Corporación¹⁶:

“Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Respecto de la ilicitud de dichos procedimientos, la Sala se ha ocupado específicamente de la captura en tales condiciones, sin perjuicio de que cobije también otros actos de investigación, en los cuales se violenten de manera grave derechos fundamentales, en las mismas condiciones de aquélla.

Así pues, a manera de conclusión en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías, sobre los procedimientos sometidos a su valoración:

- a) Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad;
- b) Si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud, con las consecuencias antes mencionadas; y,
- c) Si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad; evento en el cual, los hallazgos con vocación de convertirse en prueba, encontrados en la diligencia, tienen, en principio, vocación de que se analice su presentación en el juicio, tal como lo ha sostenido la Sala¹⁷:

¹⁶ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

¹⁷ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

“Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.”¹⁸

De suerte que, no es como lo plantea la representante del Ministerio Público una nueva discusión sobre los aspectos ya decantados en la audiencia preliminar, sino que, lo que se discute en la preparatoria, es la legalidad de la prueba, la cual, de no superarse, su consecuencia inexorable es la exclusión, y si la fuente de su contaminación es la ilicitud, no sólo se excluye, sino que, además se anula toda la actuación a partir de la realización de dichos actos.

Y en su tarea por dejar alineados todos los detalles relacionados con el éxito del proceso de conocimiento a surtirse en el juicio, el juez debe señalar el orden en que habrá de practicarse la prueba decretada, atendiendo especialmente la precisión hecha por el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, que advierte:

“El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.”

Así, la prueba de la defensa dirigida a impugnar la credibilidad de algún testigo de la Fiscalía, en tanto de refutación, deberá practicarse, en todo caso, antes de la prueba que con ella se pretende cuestionar.

Luego de la decisión sobre las pruebas, y antes de terminada la audiencia preparatoria, el juez debe fijar la fecha, o los días en que habrá de adelantarse el juicio oral, de manera que garantice los principios de inmediación y concentración, tal y como lo ordena la norma constitucional (artículo 250.4); teniéndose en cuenta que el juez que conozca del debate debe ser el mismo que exprese el sentido del fallo, y, en consecuencia, el que profiera la sentencia.

Recientemente se ha insistido por la Sala que los jueces deben tener especial cuidado en la programación de tales eventos de formación del conocimiento, de suerte que de manera responsable deben prever, dentro

¹⁸ *Ibidem.*

del límite de lo posible por supuesto, si tienen la disponibilidad para iniciar y llevar hasta el final la correspondiente audiencia. Así lo ha advertido¹⁹:

“3.- Finalmente, la Corte no puede dejar de llamar la atención a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así como a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, a efectos de que, dentro de la órbita de sus competencias, sin perjuicio de los derechos que les asiste a los servidores judiciales y de aquellos inherentes al sistema de carrera judicial, adopten las medidas que correspondan en orden a evitar el cambio de los jueces de conocimiento después de haber dado inicio al juicio oral y, en consecuencia, se reglamente las fechas, épocas, condiciones y oportunidades para hacer efectivo su retiro temporal o definitivo de los despachos a su cargo, teniendo en cuenta los asuntos en trámite, de forma que se preserven los principios de intermediación, concentración, publicidad, oralidad y de juez natural que rigen el sistema penal acusatorio.

Todo ello con el fin de preaver la configuración de nulidades del tipo de las que mediante esta providencia se decretan, y conjurar al tiempo el desgaste innecesario del aparato de justicia, el deterioro de la imagen de la Rama Judicial y los altos niveles de impunidad que tales desaciertos generan.

Lo anterior, si se toma en consideración que la función judicial implica una altísima responsabilidad social y jurídica, para cuyo ejercicio los jueces han jurado cumplir bien y fielmente la Constitución Política y la ley, de lo cual surge evidente que no pueden abandonar a medio camino (ni imponérselos que lo hagan), el trámite de los juicios orales bajo su responsabilidad y que, por tanto, resulta lógica la exigencia legal de no poder retirarse del cargo hasta tanto se cumpla el deber normativamente establecido de emitir el sentido del fallo y dictar la correspondiente sentencia, a riesgo en caso contrario, de incurrir en motivo de responsabilidad penal o disciplinaria.”».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 10-4, 23, 275, 344-1, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 403 y 455

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 16 may. 2007, rad. 26310; CSJ AP 26 oct. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 08 ag. 2012, rad. 39416; CSJ AP, 16 abr. 2013, rad. 37462; CSJ SP12030-2014, CSJ

¹⁹ Sentencia de casación de 26 de octubre de 2011, radicado 32143.

AP3299-2014, CSJ AP965-2015, CSJ SP10546-2015, CSJ AP4758-2015,
CSJ SP13792-2016, y CSJ AP1526-2016.

2. DEFENSA TÉCNICA EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA: EL PROCESADO DEBE ESTAR ASISTIDO POR UN PROFESIONAL DEL DERECHO IDÓNEO PARA LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES

Extracto n. ° 302.

| | | |
|------------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 48128 |
| Número de providencia | : | SP154-2017 |
| Fecha | : | 18/01/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«El derecho a la defensa se halla inescindiblemente vinculado con el derecho a probar, por ello, la justeza y la legitimidad de la sentencia es inconcebible al margen de la existencia de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos; en este sentido, el derecho que le asiste a la defensa a solicitar y a que le decreten las pruebas requeridas, constituye un presupuesto inexcusable del derecho al juicio justo.

La audiencia preparatoria es, justamente, el acto procesal por excelencia para realizar las solicitudes de las pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral. Por tal motivo, la legislación exige que el procesado deba estar asistido durante esta diligencia por un profesional del derecho, que, como se ha dicho en el apartado anterior, debe ser idóneo para la representación de los intereses que se le confían, lo cual implica, entre otras cualidades, que sea depositario de los conocimientos y las habilidades necesarias para asegurar que el juicio será un escenario contradictorio, en el que su representado pueda ejercitar plenamente el derecho a la defensa, bien sea por medio de la práctica de la prueba postulada y admitida en la audiencia preparatoria o, confrontando y contradiciendo las arrimadas por su contraparte.

Esta cualificación del defensor resulta relevante si se tiene en consideración que no basta con que se mencione la prueba que se desea practicar, sino que es necesario que se justifique su conducencia y pertinencia, por cuanto la norma legal establece las reglas que debe observar el juez respecto de las solicitudes probatorias que se realizan en la audiencia preparatoria, entre las que se encuentra, que su decreto esté condicionado a que éstas se refieran a los hechos de la acusación, y que se adecúen a las reglas de pertinencia y admisibilidad, lo cual hace inexorable una argumentación en tal sentido por parte del defensor.

En efecto, de conformidad con el artículo 355 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004, para la celebración de la audiencia preparatoria, es indispensable la presencia del fiscal, del defensor y del juez, por cuanto la secuencia de actos que éste último dirige buscan garantizar el derecho de las partes a conocer y controvertir las pruebas, motivo por el cual el juez debe velar porque su descubrimiento sea completo, pues su conocimiento se hace necesario para la adecuada preparación del juicio oral.

[...]

Respecto de las observaciones que debía realizar la defensa al descubrimiento probatorio de la fiscalía, la Corte evidencia su falta de preparación, en tanto no revisó los respectivos documentos con la debida antelación que la gravedad del caso demanda, sino que esta labor se desarrolló dentro de la misma audiencia preparatoria.

Recuerda la Sala que el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 establece que la vista preparatoria debe iniciarse dentro de los 45 días siguientes a la audiencia de formulación de acusación, término más que prudente para que las partes la preparen adecuadamente. En el *sub judice*, el término que transcurrió entre uno y otro acto procesal se extendió más de un año - de 9 de octubre de 2013 a 21 de noviembre de 2014, por cuanto argumentar que la defensa no pudo estudiar el material procesal sino hasta el mismo día en que se llevó a cabo la audiencia, evidencia notablemente su falta de interés en el proceso y de una óptima preparación de la defensa de la acusada.

Aun cuando la jurista solo acudió a la audiencia preparatoria en calidad de apoderada suplente, su actuación es disciplinariamente contraria a la de un profesional del derecho diligente y acucioso, pues el hecho de que solo ocho días antes de la audiencia preparatoria se interesara en recoger la documentación que había solicitado hacía dos meses así lo revela.

De igual modo, la afirmación realizada por la letrada, según la cual “*la fiscalía no ha entregado la cadena de custodia de los elementos anteriormente mencionados en el escrito de acusación*”, le permite a la Sala advertir el desconocimiento que ésta tiene respecto de la materia, pues bien tiene decantado la Sala que la cadena de custodia²⁰:

“... es el conjunto de procedimientos encaminados a asegurar y demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física. Está conformada, entonces, por los funcionarios y personas bajo cuya responsabilidad se encuentren elementos de convicción durante las

²⁰ Cfr. CSJ SP de 17 de abril de 2013, Radicado 35.127.

diferentes etapas del proceso; se inicia con la autoridad que recolecta los medios de prueba desde el momento en que se conoce la conducta punible, y finaliza con el juez de la causa y los diferentes servidores judiciales. Así, al momento de recolectar las evidencias -llamadas a convertirse en prueba en el juicio oral- es necesario registrar en la correspondiente acta la naturaleza del elemento recogido, el sitio exacto del hallazgo y la persona o funcionario que lo recogió, así como los cambios que hubiere sufrido en su manejo.”

Entonces, es preciso decir, que si se le hizo entrega de las copias de la totalidad de las carpetas, lo preciso era que la mencionada cadena de custodia estuviera adjunta a los elementos materiales probatorios descubiertos tal y como el fiscal adujo en su momento que estaba.

En este mismo aspecto se logra vislumbrar nuevamente la falta de preparación del caso, de conocimiento y de pericia de la abogada, pues confunde la prueba documental no descubierta, al referirse en menos de cinco minutos a “*la práctica de pruebas de residuos de disparo en éste caso a la señorita PA*”²¹ y, seguidamente, al “*comprobante de dotación de las armas asignadas*”, deprecando, finalmente, la falta de descubrimiento tan solo de la segunda de las mencionadas.

Ahora bien, la negativa de la defensa a realizar el descubrimiento material probatorio en la oportunidad que para tal efecto se halla prevista, y posteriormente pretender que se admitiera la incorporación de informes y fotografías durante el juicio oral y público, no sólo demuestra la falta de preparación de la diligencia, sino la ignorancia de la estructura y de las etapas del proceso adversarial, así como del concepto de descubrimiento probatorio y su esencialidad en el trámite penal.

En la oportunidad procesal correspondiente a la enunciación de las pruebas que las partes procesales pretendían practicar en el juicio, el juez, aduciendo motivos de celeridad, les solicitó que, paralelo a ello, indicaran su conducencia y pertinencia, a lo que la defensora respondió procediendo a leer unas observaciones al descubrimiento probatorio realizado por la fiscalía, razón que condujo al presidente del acto procesal a interrumpir tan improcedente actuar, y a orientarla a realizar la enunciación de las pruebas requeridas. Pese a ello, su nueva intervención corrió con la misma suerte, pues no disponía en el momento de las pruebas, por lo que se hizo necesario un receso. Tal situación hace ostensible, una vez más, la falta de idoneidad de la defensora.

Una vez finalizado el receso, la letrada enunció las pruebas cuya práctica solicitaba en el juicio oral; sin embargo, su intervención no corresponde al nivel de un profesional del derecho con la capacitación y experticia que exige la tarea asignada, pues el desconocimiento de algunos de los

²¹ Cfr. Record 12:25 *ibidem*.

nombres de los testigos, la prescindencia de indicar la conducencia, pertinencia y utilidad solicitada por el juez así lo demuestran.

Respecto de las pruebas testimoniales, menciona solamente a JGV como testigo único de la defensa, pero omite exponer su conducencia y pertinencia. Así mismo, con base en el escrito de acusación, la profesional solicita que se llame a declarar a testigos que en su oportunidad, la fiscalía había requerido como suyos, a saber, AYB, JAF, PAP, la víctima DMPR, el patrullero DEV y el balístico forense José Nelson Pérez. En ese orden de ideas, queda claro que lo que pretendía la defensa era contar con más testigos directos o propios, pero dejó de lado dar cumplimiento a las exigencias jurisprudenciales para la solicitud de testigos comunes²²:

*“Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que **le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el contrainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.**”* (Destacado de la Corporación).

Igualmente, resalta la Sala que la defensora también omitió indicar la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas documentales que enunció, así como el testigo por medio del cual se pretendían introducir [...].

[...]

[...] luego de ser notificada del rechazo de las pruebas por ella solicitadas, la defensora no interpuso recurso alguno que permitiera salvaguardar la notable desigualdad de armas en el desarrollo del juicio oral, en tanto que no contaba con ningún elemento probatorio que sustentara su teoría del caso, ni con el cual pudiera contra argumentar la versión de los hechos propuesta por la fiscalía.

Del mismo momento procesal, advierte la Sala que la profesional del derecho no conocía, no comprendía, o no entendía cada una de las fases preclusivas de la audiencia preparatoria, pues tras el alegato del fiscal respecto del rechazo de las pruebas, afirmó, que una vez realizara las solicitudes, observaciones y demás, procedería con el descubrimiento probatorio.

Su omisión, es demostrativa de su desconocimiento absoluto de las reglas relativas al descubrimiento probatorio, y una apropiada, clara y oportuna

²² Cfr. CSJ SP de 21 de mayo de 2014, Radicado 42864.

solicitud probatoria a favor de su asistida, con lo que ocasionó una evidente desigualdad respecto de las dos teorías del caso enfrentadas en el proceso penal, pues la tesis que la defensa presentara en el juicio oral carecería totalmente de sustento probatorio, afectando gravemente el derecho a la defensa de la enjuiciada.

Como puede observarse, no basta con el que la procesada se halle nominalmente asistida por un profesional del derecho, sino que se requiere que éste sea idóneo para el desempeño de su labor, pues solo de esta forma procurará una óptima defensa de sus intereses y dotará de legitimidad la determinación judicial, sin importar el sentido de ella».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 175, 355 y ss.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 23 may. 2012, rad. 38810, y CSJ SP490-2016.

3. ACTOS RELACIONADOS CON EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

Extracto n. ° 303.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 25920 |
| Fecha | : | 21/02/2007 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La *audiencia preparatoria* es otro de los momentos esenciales para el *descubrimiento probatorio*, que había iniciado propiamente en la *audiencia de acusación*.

En la *audiencia preparatoria* (artículos 356, 357, 358 *ibidem*), el Juez vuelve a cumplir un papel trascendental frente al proceso de *descubrimiento probatorio*, pues el funcionario judicial debe intervenir proactivamente para garantizar un adecuado descubrimiento; y en particular: i) concederá a las partes la oportunidad de manifestar sus observaciones al respecto, “*en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado incompleto*”; ii) ordenará a la defensa descubrir sus *elementos materiales probatorios y evidencia física*; iii) dispondrá que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las *pruebas* que harán valer en la audiencia del juicio oral; iv) concederá un término para que la Fiscalía y la defensa expresen si harán *estipulaciones probatorias*; v), a solicitud de la partes, podrá disponer que se exhiban los elementos materiales probatorios y la evidencia física durante la audiencia preparatoria, con el único fin de ser conocidos y estudiados; y, vi) en todo caso, rechazará los *descubrimientos* incompletos.

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la *audiencia preparatoria*, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial.

De otro lado, por la necesidad de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, aún si la contraparte guarda silencio, el Juez podrá ordenar la

exhibición, si llegare a colegir que tal medida coadyuva a la estructuración de un juicio justo; pues el Juez de conocimiento, es, como el que más, también Juez de garantías.

De otro lado, por la necesidad de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, aún si la contraparte guarda silencio, el Juez podrá ordenar la exhibición, si llegare a colegir que tal medida coadyuva a la estructuración de un juicio justo; pues el Juez de conocimiento, es, como el que más, también Juez de garantías.

Se ha venido destacando la palabra “**suministrar**” que forma parte de la redacción de los textos constitucional y legal, en el sentido que, en el *proceso de descubrimiento*, es deber de la Fiscalía *suministrar* a la defensa todas las evidencias y elementos probatorios de que disponga.

El verbo *suministrar* no puede entenderse necesaria y únicamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. Tal interpretación a menudo desbordaría los límites de lo razonable, conduciría a extremos indeseados, a complejidades extremas, a malversación de recursos o dilatación del juzgamiento, siendo todos estos resultados hipotéticos incompatibles con los fines constitucionales del proceso penal.

Suministrar, en el Diccionario de la Lengua Española,²³ significa “*Proveer a alguien de algo que necesita*”. Y en el mismo Diccionario, el vocablo *proveer* tiene varias acepciones; entre ellas, una que se relaciona con el tema que se viene tratando: “*Preparar, reunir lo necesario para un fin. Suministrar o facilitar lo necesario o conveniente para un fin*”.

En ese orden de ideas, la Fiscalía cumple el deber de *suministrar* las evidencias y elementos probatorios de varias maneras, entre ellas:

- i) Imprescindiblemente y en todos los casos, “*descubriéndolos*”, esto es, informando a la defensa, en las oportunidades procesales antedichas, con plena lealtad y con sujeción al principio de objetividad, sobre la existencia, naturaleza y ubicación de todos y cada uno de los elementos probatorios y evidencias; máxime si la Fiscalía va a utilizarlos para sustentar la acusación y si podrían generar efectos favorables para el acusado.
- ii) Entregándolos físicamente cuando ello sea racional y materialmente posible, como con resultados de un informe pericial o policial, la copia de algunos documentos o algunos elementos o muestras de los mismos.

²³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 2001.

iii) Facilitando a la defensa el acceso real a las evidencias, elementos y medios probatorios en el lugar donde se encuentren, o dejándolos a su alcance, si fuere el caso, de modo que pueda conocerlos a cabalidad, estudiarlos, obtenerlos en la medida de lo racionalmente posible y derivar sus propias conclusiones, de cara a los fines de la gestión defensiva.

Corresponde al Juez, una vez más, velar porque el *suministro*, así entendido, sea oportuno y lo más completo posible, pues se trata de facilitar a la defensa el acceso real a los medios que utilizará la Fiscalía en contra del acusado.

Similares reflexiones caben cuando el descubrimiento corresponda a la defensa.

No debe perderse de vista que el *descubrimiento probatorio* no es absoluto, ya que tiene algunas restricciones, recogidas en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en virtud del cual las partes no pueden ser obligadas a descubrir cierta información, por ejemplo: conversaciones del abogado con el implicado, sobre hechos ajenos a la acusación, sobre hechos que legal y constitucionalmente no puedan probarse, apuntes personales preparatorios del caso, información cuyo descubrimiento genere perjuicio notable para la investigación en curso o posteriores; e información que afecte la seguridad del Estado.

[...]

El *descubrimiento probatorio* es un aspecto sustancial de la actuación, que se enraiza en el debido proceso y que toca en sus cimientos el derecho a la defensa. Por ello, si un descubrimiento defectuoso o incompleto conlleva vulneración de garantías fundamentales, podría generar nulidad de lo actuado, en los términos del artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Igual que en los distintos eventos, la declaratoria de nulidad originada en el *proceso de descubrimiento*, bien sea a solicitud de parte o de manera oficiosa, se rige por el principio de trascendencia, de suerte que no cualquier suceso irregular tiene la virtualidad de invalidar lo actuado; sino que esa medida extrema podrá tomarse únicamente cuando quiera que el Juez verifique la vulneración cierta de las garantías fundamentales, o cuando la parte que alega lo demuestre».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 344, 346, 356, 357, 358 y 457

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también entre otras, las providencias: CSJ SP, 21 mar. 2012, rad. 33999; CSJ AP, 12 sept. 2012, rad. 39602, y CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 39747.

4. DEBATE Y DECISIÓN RESPECTO A LA SOLICITUD DE PRUEBAS ELEVADA POR LAS PARTES E INTERVINIENTES

4.1 Obligación de las partes de sustentar las solicitudes probatorias y el rol del juez

Extracto n. ° 304.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 35130 |
| Fecha | : | 08/06/2011 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«El artículo 374 de la Ley 906 de 2004 prescribe como regla general que “[t]oda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria”, diligencia para la cual el artículo 357 ibídem contempla el siguiente trámite:

“Artículo 357-. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

”El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la actuación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este Código”.

La pertinencia, a su vez, está definida en el artículo 375 del estatuto procesal de la siguiente manera:

“Artículo 375-. Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.

Al respecto, la Corte ha sostenido que las partes tienen la obligación de sustentar las solicitudes relativas a los medios de prueba, de cara a la teoría del caso que pretendan demostrar en el debate público:

“[...] para la parte que demanda allegar un determinado medio de prueba a la audiencia del juicio oral, corre como carga procesal aquella de argumentar

en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, para decirlo en términos elementales, dar a conocer claramente cuál es su objeto, o mejor, qué se pretende, de manera general, demostrar con ese medio, dentro del espectro preciso de la teoría del caso que sustenta su posición dentro del proceso.

”[...] En otros términos, lo requerido como elemento suasorio se halla inescindiblemente ligado a los intereses, soportados en una específica teoría del caso, de cada parte, los cuales, por razones obvias, las más de las veces reflejan controversia o disonancia entre ellos.

”[...] Aquello, entonces, de que la prueba pertenece al proceso tiene amplios matices en lo que respecta a una sistemática acusatoria que desarrolla el principio adversarial, dado que, como ya se vio, la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte, conforme a la pretensión que ésta tabula en el proceso, y su aducción viene mediada necesariamente por una amplia regulación que demanda de esa parte, a título de demanda específica, no sólo verificar su objeto específico, sino defender su legalidad y utilidad”²⁴.

De ahí que la argumentación que en este sentido efectúen las partes dependerá, en cuanto a la relevancia o pertinencia de la prueba, de la mayor o menor complejidad de los enunciados fácticos que los medios de convicción solicitados busquen probar, análisis que deberá hacerse teniendo en cuenta los hechos materia de imputación, así como las pretensiones (ya sean de acusación o de defensa) de los interesados, en razón de la teoría del caso que vaya perfilándose en cada situación particular.

De esta manera, si el enunciado fáctico propuesto con la solicitud probatoria tiene directa relación con el hecho jurídicamente relevante atribuido en el pliego de cargos (ya sea para demostrar su existencia o inexistencia), es obvio que cualquier prueba de este tipo resultará importante para los fines del proceso.

Situación más difícil se produce cuando la proposición fáctica a la que alude el medio probatorio versa respecto de un hecho secundario o accesorio, del cual podrían derivarse consecuencias lógicas relativas a la situación fáctica imputada. En estos casos, a la parte interesada le corresponde argumentar suficientemente dicha relación o, lo que es lo mismo, establecer de manera razonable el criterio a partir del cual sea posible formular la inferencia que va del hecho secundario al que cuenta con trascendencia jurídica y necesita ser demostrado²⁵.

Por su parte, el juez de conocimiento valorará la relevancia de la prueba solicitada en la audiencia preparatoria mediante un juicio preliminar e

²⁴ Auto de 16 de octubre de 2007, radicación 27608.

²⁵ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 365.

hipotético del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar. Para ello, deberá presuponer, en principio, que la prueba tendrá un resultado positivo respecto del enunciado por determinar y de ahí abordará su trascendencia para efectos de verificar o refutar (o también para sumar o restar en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación²⁶.

Si un análisis de tal índole arroja resultados negativos, el juez podrá negar la práctica de la prueba por irrelevante o impertinente, una vez escuchados los argumentos del solicitante, así como los de la otra parte y demás intervinientes. En caso de duda, lo recomendable será decretar la prueba solicitada, tal como lo advierte la opinión dominante en la doctrina:

“Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba”²⁷.

Lo anterior, con más razón para la Ley 906 de 2004, en virtud de los valores e intereses enfrentados. Por un lado, ordenar la práctica de una prueba irrelevante en el juicio oral afectaría los principios de celeridad y actuación procesal, pues se perturbaría la eficacia del ejercicio de la justicia. Pero, por otro lado, omitir la incorporación de un medio probatorio trascendente para los fines del proceso no sólo implicaría el elevado riesgo de vulnerar el derecho de defensa, como ya se señaló, sino incluso los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación (en el evento de que la petición desestimada apoyase las pretensiones de la contraparte)».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 26 oct. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 23 may. 2012, rad. 38382; CSJ AP, 15 may. 2013, rad. 41003; CSJ AP, 29 may. 2013, rad. 40195; CSJ AP, 05 jun. 2013, rad. 41127; CSJ AP, 19 jun. 2013, rad. 40457; CSJ AP, 14 ago. 2013, rad. 41499; CSJ AP, 11 sept. 2013, rad. 41790; CSJ SP, 16 oct. 2013, rad. 42315; CSJ AP1282-2014, CSJ AP5228-2014, CSJ AP5614-2014, CSJ AP7666-2014, CSJ SP8433-2014, CSJ AP5785-2015, CSJ AP5241-2015,

²⁶ *Ibidem*, p. 366: “[...] se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico”.

²⁷ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

CSJ AP5911-2015, CSJ AP2197-2016, CSJ AP5173-2016, y CSJ AP1821-2017.

4.2 Determinación de la pertinencia de una evidencia física según la teoría del caso –relación con la autenticación de los elementos–

Extracto n. ° 305.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 43916 |
| Número de providencia | : | SP12229-2016 |
| Fecha | : | 31/08/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«1.1. La determinación de la pertinencia de una evidencia física, según la teoría del caso

El artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula la pertinencia. Precisa que *“el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado”*. Agrega que el medio de conocimiento *“también es pertinente cuándo sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito”*.

En lo concerniente a las evidencias físicas, esta norma tiene una estrecha relación con lo estatuido en el artículo 277 ídem, que establece dos formas de autenticar estos elementos: (i) a través del sometimiento a las reglas de cadena de custodia; y (ii) por cualquier medio de conocimiento, en virtud del principio de libertad probatoria.

Y se dice que entre estas normas existe una relación indisoluble, porque la pertinencia de una evidencia física depende de lo que la misma **es**, según la teoría del caso de la parte, y la autenticación no es otra cosa que demostrar que una cosa es lo que la parte propone²⁸ (CSJ AP5885, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras). Así, bien puede afirmarse que autenticar una evidencia física no es otra cosa que demostrar los factores que la hacen pertinente. A continuación se desarrollarán estos conceptos.

²⁸ Bajo el entendido de que estos factores deben ser **enunciados** en la audiencia preparatoria (cuando se explica la pertinencia) y **probados** en el juicio oral.

La determinación de lo que una evidencia **es**, depende básicamente de dos aspectos: (i) lo que ontológicamente es, como elemento físico, y (ii) la teoría que la parte ha construido en torno a ella.

Por ejemplo, si se pregona que la evidencia física X corresponde a una huella dactilar del acusado, hallada en el lugar donde se perpetró el homicidio, y con ello se pretende demostrar su presencia en ese lugar, su pertinencia no depende exclusivamente de que se trate de una huella, ni de que corresponda a una huella del acusado, sino, además, de que se demuestre que la huella estaba en el lugar de los hechos.

A la luz de la anterior hipótesis factual, si únicamente se demuestra que es una huella dactilar, el elemento no tendrá ninguna relación con los hechos, como tampoco la tendrá si únicamente se demuestra que es una huella del acusado.

En ocasiones, para la demostración de lo que un elemento físico es se requiere la intervención de expertos. Verbigracia, si en la escena del crimen el investigador encuentra una sustancia roja, probablemente no podrá afirmar que es sangre, ni que es sangre humana, ni que es sangre del acusado. Para establecer estos aspectos puede ser necesario que uno o varios expertos lo verifiquen.

En ejemplos como el anterior, la parte tendrá que establecer con cuál testigo **demostrará** cada uno de los aspectos que hacen pertinente la evidencia. Así, por ejemplo, es posible que el investigador pueda afirmar que la sustancia fue hallada en el sitio de los hechos, pero no podrá afirmar que es sangre; el hematólogo podrá decir que es sangre, pero no podrá afirmar que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera.

Como es obvio, uno de los riesgos que existen en el proceso que se inicia con el hallazgo de la evidencia y termina con su incorporación en el juicio oral, es que el elemento sea cambiado o alterado de alguna manera. De ahí que el artículo 216 de la Ley 906 de 2004 disponga: *“cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en algunas de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para **evitar la suplantación o la alteración del mismo**. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia”*. En el mismo sentido, el artículo 254 precisa que la cadena de custodia tiene como finalidad *“**demostrar** la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física”*.

Este riesgo, de alta trascendencia para la determinación de los hechos en el proceso penal, es más notorio frente a cierto tipo de evidencias, principalmente aquellas que no son identificables a simple vista por sus características externas, como los fluidos corporales, las drogas, etcétera.

Y, en la misma lógica, es menor cuando se trata de evidencias identificables a simple vista por sus características físicas (por ejemplo, un revólver identificado con su número serial), o las que en principio son confundibles pero que son susceptibles de ser marcadas (por ejemplo, una botella producida en serie, pero en la que el investigador plasma su firma como una forma de identificación).

No se requiere de mayores esfuerzos intelectivos para comprender que el proceso de embalaje y rotulación del elemento y, en general, el protocolo de cadena de custodia, es mucho más relevante cuando se trata de evidencias confundibles o alterables, que frente a aquellas que son identificables a simple vista por sus características externas, o las que son susceptibles de ser marcadas y han sido sometidas a este procedimiento como forma de identificación.

En el plano operativo, si una muestra de sangre o un fluido no es debidamente embalado y rotulado, es posible que el policía judicial que lo halló, y los peritos que lo examinaron, no puedan declarar en juicio que el elemento que se les pone de presente es el mismo que encontraron o recibieron para el análisis, o que está en las mismas condiciones (que no ha sido alterado). En sentido contrario, si se trata de un elemento fácilmente identificable por sus características externas, es factible que el investigador pueda asegurar que es el mismo que encontró en la escena, así por alguna razón no se haya cumplido con la obligación constitucional²⁹ y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia.

Lo anterior permite comprender la importancia de cumplir **en todos los casos** la obligación de someter los elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia (artículos 205, 209, 254 y siguientes, 277, entre otros), sin que por ello deba entenderse que cualquier error en este procedimiento necesariamente afecta la autenticidad del elemento físico.

De otro lado, es posible que varios elementos físicos estén integrados, como cuando un fluido se encuentra en una determinada prenda de vestir, o una muestra de sangre está en una navaja o cuchillo.

En estos eventos, la parte debe tener suficiente claridad sobre las evidencias físicas con que cuenta y la manera como estas se articulan en orden a establecer su pertinencia. Por ejemplo, ante la hipótesis de que en la camisa del acusado se halló sangre de la víctima (de lo que pueden

²⁹ El artículo 250 de la Constitución Política dispone que es deber de la Fiscalía: “Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”.

hacerse inferencias relevantes para la solución del caso), la pertinencia está determinada por la articulación de todos estos factores. La sangre no es pertinente por ser sangre, ni por ser sangre de la víctima; la camisa no es pertinente sólo por ser camisa o por pertenecer al acusado; la pertinencia está determinada por la conjugación de todos estos factores: (i) es sangre humana, (ii) esa sangre corresponde a la víctima; (iii) fue hallada en una camisa; y (iv) esa camisa pertenece al acusado.

En la planeación de su teoría del caso la parte tendrá que constatar que puede probar todos estos factores, y sólo podrá hacerlo con testigos que tengan conocimiento *“personal y directo”* de los hechos que pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004³⁰.

Cuando se deben realizar cotejos para establecer lo que el objeto **es**, el elemento de contraste debe ser tratado con el mismo cuidado para que en el juicio oral pueda demostrarse su *“mismidad”*. Ello sucede, por ejemplo, con las muestras tomadas del imputado para realizar cotejos de ADN, las muestras de pisadas, etcétera.

En el plano epistémico, no cabe duda que este tipo de elementos deben ser preservados adecuadamente para evitar que sean cambiados o alterados. En el ámbito legal, este deber no admite discusión, bien por las reglas generales sobre cadena de custodia, ora porque el ordenamiento jurídico lo dispone expresamente. Verbigracia, el artículo 249 ídem, frente a la obtención de muestras caligráficas ordena que

*Obtenidas las muestras y **bajo rigurosa custodia**³¹, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes...*

Estos procedimientos no deben ser mirados como formalismos carentes de contenido, sino como presupuestos básicos de la estructuración y demostración de las teorías que las partes pretenden hacer valer ante el juez. En términos simples, si la Fiscalía pretende que el fallador realice determinadas inferencias a partir del hecho de que en la camisa del acusado fue hallada sangre de la víctima, debe demostrar cada uno de los elementos estructurales de ese aserto: (i) en una camisa se halló sangre, (ii) esa sangre corresponde a la víctima, (iii) la camisa pertenece al acusado, etcétera. Si alguno de estos aspectos no es demostrado, es posible que la fuerza inferencial del *“hecho indicador”* disminuya o desaparezca.

³⁰ Art. 402. Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

³¹ Negrillas fuera del texto original.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que una cosa es demostrar la existencia de un determinado objeto, y otra muy distinta que el mismo sea utilizado como prueba.

En efecto, es posible demostrar la existencia de un determinado elemento físico, así el mismo no sea presentado como evidencia en el juicio oral. Por ejemplo, puede demostrarse con testimonios, documentos y/o dictámenes periciales que el acusado utilizó un cuchillo para causar la muerte de la víctima, así la Fiscalía no haya podido incautar ese elemento.

En el mismo sentido, puede demostrarse la existencia de un arma de fuego, y su idoneidad para disparar, así no se pueda incautar el artefacto, como cuando los testigos se refieren a su utilización para causarle lesiones a la víctima, los proyectiles son recuperados y a través de dictámenes se establece su calibre, el daño que causaron en el cuerpo, etcétera.

1.2 Sentido y alcance de la autenticación de las evidencias físicas

De lo expuesto en el apartado anterior fácilmente se deduce que la autenticación de las evidencias físicas no es otra cosa que **probar** que una cosa **es** lo que la parte plantea según su teoría del caso, tal y como lo ha sostenido de tiempo atrás esta Corporación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

El carácter probatorio de la autenticación está consagrado expresamente en la Ley 906 de 2004. Así, el artículo 277 establece que “*la **demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que la presente***”; y el artículo 426 precisa que “*la autenticidad e identificación del documento **se probará** por métodos como los siguientes...*”.

Frente a estos aspectos prevalece el principio de libertad probatoria que inspira el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004. Ello se hace palmario en la redacción de los artículos 277 (no regula los medios probatorios que deben utilizarse para autenticar evidencias no sometidas a cadena de custodia) y 426 (enuncia algunas formas de autenticación de los documentos), y, principalmente, en lo establecido en el artículo 373 en el sentido de que “*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*”.

Según se indicó en el anterior apartado, la parte corre con la carga de identificar y demostrar los diferentes aspectos que hacen pertinente la evidencia.

Para tales efectos, debe identificar los testigos que tienen conocimiento “*personal y directo*” (Art. 402) de cada uno de esos aspectos. Según los ejemplos utilizados en el numeral anterior, el investigador puede atestiguar que la huella dactilar se halló en la escena del crimen y que las impresiones dactilares fueron tomadas del acusado para efectos del cotejo, y el perito en dactiloscopia podrá dar fe de que corresponden a la misma persona.

Si en el juicio oral sólo declara el perito en dactiloscopia, lo único que se habrá acreditado es que dos huellas dactilares corresponden a una misma persona, pero el experto no podrá dar fe, por ejemplo, de que una de ellas fue hallada en la escena del crimen, simple y llanamente porque ello no le consta.

En el mismo sentido, si un policial le halla al acusado un arma de fuego y la misma es remitida al perito en balística para que dictamine sobre su idoneidad para disparar, es necesaria la declaración de ambos testigos. Si sólo se lleva el testimonio del experto, lo único que se habrá demostrado es que el arma es idónea para los fines que le son propios, pero no habrá prueba de que ese fue el artefacto hallado al procesado, porque el perito no participó en el proceso de incautación.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que las partes estipulen uno, varios o todos los aspectos que determinan la pertinencia de una evidencia física. Por ejemplo, puede estipularse que el arma es idónea para disparar, que le fue hallada al procesado, o ambas cosas; que la muestra examinada corresponde a sangre del acusado, que fue encontrada en la camisa de éste; que las huellas dactilares estudiadas corresponden al acusado, que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 205, 209, 216, 254, 277, 375 y 402

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 23 abr. 2008, rad. 29416; CSJ AP, 21 oct. 2009, rad. 32193; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 34867; CSJ AP640-2014, CSJ AP2202-2015, CSJ AP5785-2015, y CSJ SP160-2017.

4.3 Previo a la decisión del juez las postulaciones probatorias deben ser controvertidas o debatidas por los demás intervinientes

Extracto n. ° 306.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47469 |
| Número de providencia | : | AP4812-2016 |
| Fecha | : | 27/07/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«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 intermediación y concentración, pero sobre todo, con respeto al derecho a la contradicción y controversia, en el llamado proceso de partes.

Frente a tal perspectiva, es obligatorio que las postulaciones que formulen las partes, previo a la decisión del juez, puedan ser controvertidas o debatidas por los restantes intervinientes, procurando, sólo así, que se soporte de manera motivada esa determinación del funcionario unipersonal o colegiado, para luego sí permitir a la parte inconforme con lo resuelto, hacer uso de los recursos a que haya lugar.

En este orden de ideas, en el evento de omitirse el debate entre las partes, previo a proferir una providencia que las afecta, lo dispuesto resulta inmotivado desde el punto de vista dialéctico, pero, además, atentatorio de los derechos de defensa y contradicción».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

4.4 No constituye irregularidad que afecte el debido proceso o las garantías procesales del acusado, el hecho de que en un mismo momento se hubieren cumplido las fases de enunciación y solicitud probatorias

Extracto n. ° 307.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 34719 |
| Número de providencia | : | SP12030-2014 |
| Fecha | : | 03/09/2014 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] la audiencia preparatoria se ciñó a los ritos legalmente establecidos, sin que pueda entenderse constitutivo de irregularidad alguna que resquebraje el debido proceso o las garantías procesales del acusado, el hecho de que en un mismo momento se hubieren cumplido las fases de enunciación y solicitud probatorias.

Yerra en ese sentido el demandante al denunciar no agotado el trámite previsto en los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, específicamente el que hace relación con la previa argumentación que deben las partes exponer en cuanto a utilidad, necesidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que van a hacer valer en el juicio, porque, según se reseñó, dichos razonamientos sí fueron expuestos por la Fiscalía, sólo que lo hizo al momento de la enunciación probatoria y no en uno posterior, lo cual de todas maneras garantizó el correspondiente debate probatorio y con eso la defensa, al punto que ésta se opuso a la práctica de unas, cuya conducencia había expresado la Fiscalía, pero que aquella consideraba inútiles por corresponder finalmente a una estipulación.

Que el juez haya fundido en uno solo los momentos de enunciación y solicitud probatorias no significa que se haya cercenado alguna de dichas fases, como equivocadamente lo entiende el censor, de ahí que mal pueda invocar la existencia de una irregularidad constitutiva de una afectación sustancial al debido proceso o a una garantía debida a cualquiera de las partes.

En ese sentido, por demás, sesga el demandante lo realmente ocurrido en la audiencia preparatoria porque a diferencia de lo argumentado por él, lo patente es que la Fiscalía sí expuso, con excepción del testimonio del denunciante, a medida que enunciaba cada prueba, las razones de su conducencia y pertinencia; no se restringió simplemente a enunciarlas.

Ahora, que en frente del testimonio del quejoso no hubiere expuesto razonamiento alguno, tampoco implica ello anomalía que conduzca a anular el trámite, toda vez que además de que ningún reparo opuso la defensa a su aporte, también ésta solicitó su práctica, por ende si eso constituye alguna irregularidad no puede tener el carácter de sustancial, ni mucho menos la trascendencia tal que conduzca a invalidar lo actuado.

Es que, bien lo señala el Fiscal Delegado, las irregularidades ocurridas en la audiencia preparatoria que generan su nulidad solo pueden ser aquellas que perturban sus efectos sustanciales, por eso no todos los errores suscitados en ella conducen a su invalidez, deben ser de tal naturaleza que desconozcan la estructura del proceso o las garantías del acusado, cosa que en este asunto, por lo ya dicho, no ha acontecido».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 356 y 357

4.5 Solicitud de una misma prueba por ambas partes –prueba común–

4.5.1 Cada parte debe acreditar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba común

Extracto n. ° 308.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 49307 |
| Número de providencia | : | AP2814-2017 |
| Fecha | : | 03/05/2017 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«La audiencia preparatoria es el escenario establecido por la ley 906 de 2004, para que la fiscalía y la defensa soliciten las pruebas que requieran y aducirán en el juicio oral, en orden a sustentar la pretensión que postularán de conformidad con su teoría del caso.

Naturalmente y según lo ha reiterado la Sala, la petición que en tal sentido hagan debe ceñirse a unos parámetros relacionados con la pertinencia, conducencia y utilidad, todo en relación con la acusación, pues no debe perderse de vista que este medio de postulación de las partes, ha de orientarse, según el caso, a consolidar, atemperar o desvirtuar el pliego de cargos. Por manera que, si no se satisfacen esos presupuestos, el requerimiento de medios de conocimiento para la fase del juicio no tendrá vocación de prosperar.

En lo que tiene que ver con las pruebas en común, particularmente la de carácter testimonial, es perfectamente viable dentro de la sistemática

propia de la ley 906 de 2004, que tanto la fiscalía y la defensa coincidan y busquen valerse de los mismos testigos, pues es probable que un declarante pueda aportar información relacionada con el caso, que sirva tanto a la parte que lo requirió como a su contradictor, desde luego dentro del marco de la teoría del caso que cada uno pretende sacar adelante en el juicio, que suele ser antagónica en atención a los intereses que defienden.

En esos casos se justifica plenamente el interrogatorio directo de doble vía, porque según lo ha precisado la Sala, *“en un proceso donde la Fiscalía y la Defensa han anunciado sus pretensiones de responsabilidad e inocencia, el sustento del interrogatorio directo sobre tales supuestos es sustancialmente diferente y por ende más que justificado, no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo, dado que la fiscalía interrogara sobre supuestos de responsabilidad y la defensa acerca de la inocencia.”* (AP896-2015 Radicado 4501, febrero 25 de 2015.)

Naturalmente, a cada parte compete la carga de acreditar la pertinencia, conducencia y utilidad, que es una exigencia de carácter legal, sobre lo cual la Corte también ha puntualizado lo siguiente:

“Insiste la Sala en que no es que le esté vedado al defensor acudir a la práctica del testimonio común, pero si lo hace debe tener en cuenta que le asiste el deber de agotar una argumentación completa y suficiente que le permita entender al juez de la causa por qué el conainterrogatorio no será idóneo ni suficiente para satisfacer las pretensiones probatorias, encaminadas a sustentar la teoría del caso.

(...)

“Lo dicho conduce a recavar que en el caso de pruebas comunes, a la defensa se le exige una argumentación de pertinencia, conducencia y utilidad adicional a la que propone la fiscalía. Lo anterior es lógico, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la parte acusada, entonces la necesidad e interés para acudir a la misma prueba es bien disímil para ambos. Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba “a ver qué pasa” o “por si acaso”, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento -deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del conainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.

Lógicamente, por razón de las distintas pretensiones e intereses encontrados que les asiste a la fiscalía y a la defensa en el resultado del juicio oral, no cabe razonablemente justificar la procedencia de la práctica de pruebas comunes con los mismos argumentos que presenta la contraparte, pues sería tanto como concederle al contradictor la idoneidad de la prueba para demostrar su teoría del caso y no la propia.” (SP radicado 42864, de 21 de mayo de 2014).

Y en el primero de los precedentes citados, posterior al últimamente mencionado, la Sala reiteró:

“Por tanto, de lo que viene de decirse, se infiere que el interrogatorio directo a la contraparte no puede serle autorizado cuando no se vincula con su particular teoría del caso, o sus fundamentos no son objetivos y sólidos, o asume una conducta desleal, o no se justifica en los pluricitados términos del numeral 3.4. de esta providencia, ni cuando el interés no es pertinente, conducente y útil para las preguntas directas que se reclaman, menos puede ser posible el ejercicio de ese derecho a quien hace manifestaciones genéricas, abstractas, aleatorias, indeterminadas o sin un objeto específico diferente a querer repetir lo que se ha propuesto por quien solicitó la prueba, o si se busca no un resultado fructuoso con el interrogatorio sino uno pernicioso porque no se establece ningún objeto que lo justifique, como sería si no se expresan criterios razonables y eficientes y sí por el contrario se acude al ejercicio desbordado para someter al testigo a un innecesario cuestionamiento sobre aspectos fácticos que se agotan con lo inicialmente pedido con la prueba.

En ese orden de ideas, puede concurrir interés del acusador y del defensor en la práctica de determinada prueba testimonial, lo que no está vedado por el ordenamiento jurídico, caso en el cual de autorizarse la declaración a quien la solicitó, la contraparte podrá reclamar interrogatorio directo, pero debe agotar una argumentación completa y suficiente en la audiencia preparatoria que le permita al juez determinar por qué se satisface la pretensión probatoria con ese tipo de interrogatorio, dados los supuestos de licitud, pertinencia, conducencia y utilidad y demás factores ya referidos en esta decisión.”

En este caso la defensa requirió unos testimonios solicitados por la fiscalía, pero no satisfizo la obligación en alusión, limitándose a exponer que la pertinencia, conducencia y utilidad era la misma que había aducido el Fiscal, lo cual no es viable, porque cada quien debe argumentar qué persigue con las pruebas. Por supuesto, ni siquiera el defensor precisó

porque el contrainterrogatorio no le era suficiente para el propósito buscado, en tanto que por otra parte dio a conocer que la utilidad se determinaría durante el desarrollo del juicio, esto es, prácticamente dejó librado al azar ese aspecto, lo cual contraviene sin duda los presupuestos de la solicitud probatoria.

En el anterior orden de ideas, considera la Sala que con fundamento se denegó la práctica del testimonio de LFSS, AMCC, SCAA y EMLC, los cuales también fueron solicitados por la Fiscalía, toda vez que la defensa no dio a conocer dentro del marco de su teoría del caso porque le resultaban pertinentes, conducentes y útiles, en otros términos, no concretó el objetivo de la prueba, lo cual no puede darse por satisfecho a través del argumento de someterse sobre el particular a lo esgrimido por la fiscalía».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 23 may. 2012, rad. 38382; CSJ SP6361-2014, CSJ AP1282-2014, CSJ AP896-2015, CSJ AP2197-2016, CSJ AP4516-2016, y CSJ AP5798-2016.

Vale la pena resaltar que los magistrados Patricia Salazar Cuellar y Luis Antonio Hernández Barbosa aclararon y salvaron voto, respectivamente.

Aclaración de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuellar:

«Con el respeto debido a los demás integrantes de la Sala, me permito aclarar el voto frente a los siguientes aspectos:(i) si la defensa solicita la práctica de uno o varios testimonios utilizados por la Fiscalía para sustentar la teoría del caso, debe explicar por qué el contrainterrogatorio no resulta suficiente para "satisfacer sus pretensiones probatorias"; y (ii) el alcance de la explicación de pertinencia en los eventos de "prueba común".

- 1. Si la defensa solicita la práctica de uno o varios testimonios utilizados por la Fiscalía para sustentar su teoría del caso, debe explicar por qué el contrainterrogatorio no resulta suficiente para "satisfacer sus pretensiones probatorias"**

Esta regla, que fue desarrollada por la Sala en otros pronunciamientos, fue utilizada como fundamento de la presente decisión.

Ante el actual desarrollo jurisprudencial del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, la anterior postura debe ser corregida, por razones como las siguientes:

El legislador expresamente le asignó finalidades distintas al interrogatorio directo y al contrainterrogatorio. En el artículo 391 estableció que el primero "se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad del declarante"; mientras que en el artículo 393 precisó que "la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado".

Es claro que a través del interrogatorio directo la parte que solicitó la prueba pretende que el testigo le transmita al juzgador lo que percibió "directa y personalmente" (Art.402). Es por ello que en este ejercicio están prohibidas las preguntas sugestivas, capciosas o confusas (Art.392).

Acorde con la dialéctica propia de los sistemas de tendencia acusatoria, el contrainterrogatorio cumple una finalidad sustancialmente diferente, pues, en esencia, constituye una de las principales herramientas para que la parte contra la que se presenta el testimonio pueda ejercer a cabalidad el derecho a la confrontación, puntualmente para que pueda refutar lo que el testigo ha dicho (Art.393) o impugnar su credibilidad (Art.403). Para ello, el legislador le brinda diversas herramientas, entre las que cabe destacar la posibilidad de hacer preguntas sugestivas y utilizar declaraciones anteriores del testigo (idem).

[...]

[...] es claro que la ley le asignó al contrainterrogatorio unas finalidades muy diferentes a las que corresponden al interrogatorio directo de testigos, lo que ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de esta Corporación.

A lo anterior debe agregarse que, por razones obvias, la posibilidad de realizar el contrainterrogatorio está supeditada a que la parte que solicitó la prueba practique el interrogatorio directo, de tal suerte que si ésta desiste de la misma, la contraparte no tendrá ninguna posibilidad de interrogar al testigo sobre los temas que considere útiles para su teoría del caso.

Por tanto, si una de las partes (en este caso la defensa) pretende utilizar los testigos de la otra (la Fiscalía) para sustentar su teoría del caso, la decisión sobre la procedencia de la solicitud no depende de que explique por qué el contrainterrogatorio no sería suficiente para lograr dicho cometido, pues dicho ejercicio (el contrainterrogatorio): (i) tiene una finalidad sustancialmente diferente al interrogatorio directo, en cuanto se encuentra estatuido para refutar lo que el testigo declare o impugnar su credibilidad; y (ii) la posibilidad de ejercerlo depende inexorablemente de que la otra parte realice el interrogatorio directo.

2. El alcance de la explicación de la pertinencia en los eventos de "prueba común".

En otras oportunidades la Sala ha precisado el sentido y alcance de la explicación de pertinencia. Por ejemplo, en la decisión CSJ AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, dijo:

“Según lo expuesto, el estudio de pertinencia comprende dos aspectos perfectamente diferenciables aunque estén íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho. La inadmisión de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular.

La Corte ha precisado que el nivel de explicación de la pertinencia puede variar dependiendo del tipo de relación que tenga el medio de conocimiento con los hechos jurídicamente relevantes. Así, cuando la relación es directa, la explicación suele ser más simple, como cuando se solicita el testimonio de una persona que presenció el delito o de un video donde el mismo quedó registrado. Cuando se trata de pruebas que tienen una relación indirecta con el hecho jurídicamente relevante, como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte, ésta debe tener mayor cuidado al explicar la pertinencia para que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para decidir si decreta o no la prueba solicitada. (CSJ 08 Jun.2011, Rad. 35130).

Debe considerarse, además, que el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula con amplitud los ámbitos de pertinencia, razón de más para que la parte deba explicar si una prueba en particular se relaciona directamente con los hechos, se refiere a la identidad del acusado, hace más probable o menos probable alguno de los hechos o circunstancias relevantes, etcétera.

De otro lado, las partes deben explicar la pertinencia de cada medio de prueba, así entre ellos exista relación directa, como cuando un documento va a ser autenticado con un determinado testigo. Esta delimitación es importante para evitar que se utilicen medios de prueba que no tienen relación con los hechos relevantes para la solución del caso, y, además, para que se analice de manera separada los demás requisitos de admisibilidad. Así, a manera de ejemplo, si se solicita la declaración del servidor público que atendió una muerte en accidente de tránsito, la explicación de pertinencia del testimonio no necesariamente se extiende al respectivo informe, y, además, es posible que el reporte no sea admisible por contener prueba de referencia o por cualquier otra razón que afecte el debido proceso probatorio.

Según estas reglas, cuando, como en este caso, la defensa solicita como prueba los testimonios cuya práctica ha pedido la Fiscalía, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes:

Por la dinámica del sistema de enjuiciamiento criminal, especialmente porque el procesado está amparado por la presunción de inocencia y, por tanto, la Fiscalía tiene la carga de demostrar la existencia del delito y los demás presupuestos de la responsabilidad penal, el ente acusador es quien primero solicita la práctica de pruebas y, por razones obvias, quien primero debe explicar la pertinencia de las mismas.

Si la defensa solicita una o varias de las pruebas pedidas por la Fiscalía, y se remite a la explicación de pertinencia realizada por el acusador, ello no implica necesariamente que su pretensión deba ser desestimada. En cada caso debe evaluarse si esa remisión es suficiente para entender razonablemente que la prueba puede ser favorable a los intereses del procesado.

[...]

En todo caso, el orden de las solicitudes probatorias no puede poner a la defensa en una situación desventajosa respecto de la Fiscalía frente a la posibilidad de acceder a los medios de conocimiento.

Otra cosa es que el, Juez, como director del proceso, deba tomar las medidas necesarias para evitar que la posibilidad de utilizar "prueba común" se convierta en un mecanismo de dilación. Así, por ejemplo, si un testimonio es solicitado por ambas partes para demostrar un determinado aspecto, y ese propósito se logra durante el interrogatorio que realice la Fiscalía, ningún sentido tendría que la defensa interrogue al deponente sobre el mismo tema.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el control sobre la pertinencia de las pruebas no se agota en la audiencia preparatoria, entre otras cosas porque en ese escenario procesal el Juez solo cuenta con las explicaciones que dan las partes sobre el contenido de las pruebas y su relación con los hechos jurídicamente relevantes (y con los demás aspectos referidos en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004). Durante el juicio oral ese control puede materializarse durante el desarrollo probatorio, bien porque las partes se opongan a una determinada pregunta o respuesta por su falta de relación con el tema de prueba, ora porque el Juez considere necesario intervenir oficiosamente para evitar la dilación injustificada de la actuación».

Salvamento de voto del magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa:

«Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala mayoritaria, expongo las razones por las cuales salve el voto con relación al auto proferido por la Corte el pasado 3 de mayo, en el cual se confirmó la decisión del Tribunal de Barranquilla de negar en la audiencia preparatoria la práctica de las pruebas solicitadas por el defensor de la procesada CMTZ, acusada por los delitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción.

[...]

Coincido en que corresponde a la defensa, como parte dentro del debate oral, fundamentar en la audiencia preparatoria la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de prueba cuya práctica solicita, según se concluye del artículo 357 de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, considero excesivamente formalista que se niegue a la defensa la práctica de pruebas cuando aduzca que hace suyos los argumentos expuestos por la Fiscalía acerca de la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción solicitados, pues si el sistema procesal penal reglado en la referida legislación adjetiva fue concebido para dar trámite ágil y expedito a cada una de las etapas del proceso, no se aviene con ello exigir que si la defensa coincide con las razones expuestas por la Fiscalía, deba proceder a reproducirlas.

Desde luego, deberá al juez ponderar en el caso concreto, si las razones planteadas por la Fiscalía para la práctica de pruebas también sirven a los propósitos de la defensa, sin que la simple adhesión baste para rechazarlas. Por ejemplo si el ente acusador

solicita un testimonio e indica que con el acreditarla más allá de toda duda la materialidad del delito y responsabilidad del procesado por el punible objeto de acusación, es claro que tal argumentación es contraria a los intereses del acusado, de modo que el defensor no podrá remitirse a ella para demandar la práctica de esa declaración y deberá provechar en su momento la oportunidad del contrainterrogatorio. En tal caso, corresponderá al juez negar la práctica de la prueba solicitada por la defensa al no cumplir la carga de expresar su conducencia, pertinencia y utilidad.

Pero si la Fiscalía manifiesta que el testimonio solicitado es el único elemento de prueba directa que se ofrece en el escenario de los acontecimientos, con el cual podrá arribarse a la verdad sobre la forma en que ocurrieron los hechos investigados, considero que tal planteamiento también puede ser compartido por el defensor, quien conforme a su estrategia podrá esperar beneficios para su representado y, entonces, bastara que se remita a tal argumentación sin necesidad de repetirla, siendo del resorte juez disponer su práctica.

Es claro que si la misma prueba solicitada por Fiscalía y defensa es decretarla, en caso de que el ente acusador desista de su práctica en el debate oral, persiste el derecho del defensor a que se practique, oportunidad de la cual se le priva al ser rechazada por adherirse a los argumentos de la Fiscalía en orden a explicar su conducencia, pertinencia y utilidad, como podría ocurrir en este asunto conforme a la posición mayoritaria.

De acuerdo a lo expuesto, advierto que correspondía al Tribunal analizar, de cara a la argumentación de conducencia, pertinencia y utilidad expuesta por la Fiscalía y que la defensa hizo suya al solicitar las mismas pruebas, si era procedente o no decretarlas a favor del procesado.

En mi criterio, ese mismo análisis debía hacerlo la Sala al resolver la apelación presentada por el defensor contra la decisión que le negó la práctica de las pruebas».

4.6 No es necesario solicitar la práctica de la totalidad de las pruebas descubiertas

Extracto n. ° 309.

| | | |
|------------------------------|---|-------------------|
| Número de radicado | : | 45410 |
| Número de providencia | : | SP8367-2015 |
| Fecha | : | 01/07/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

« [...] en el desarrollo del descubrimiento probatorio, que en lo que respecta a la Fiscalía debe agotarse, en principio, en la audiencia de formulación de acusación, le corresponde a aquélla exhibir y poner a disposición de la defensa la totalidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida recolectada hasta entonces, incluso *«aquéllas que pudieren resultar favorables»*³² a los intereses del enjuiciado.

No obstante, ello de ninguna manera comporta la obligación, en cabeza de la Fiscalía, de pedir como prueba, en la audiencia preparatoria, la totalidad de los medios cognoscitivos acopiados, pues además del absurdo que ello comportaría desde la perspectiva de los principios de celeridad y economía procesal, es claro, en virtud del principio adversarial, que corresponde a las partes en contienda reclamar la práctica de aquéllas que les resultan útiles y necesarias *«conforme su particular teoría del caso»*³³.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ, AP, 02 may. 2011, rad. 34976; CSJ AP1683-2014, CSJ AP3621-2014, CSJ AP1877-2016.

4.7 Estipulaciones Probatorias

4.7.1 Finalidad

Extracto n. ° 310.

³² CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25.920.

³³ CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27.608.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 27281 |
| Fecha | : | 13/06/2007 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Las estipulaciones probatorias están previstas en el artículo 356, numeral 4°, de la Ley 906 de 2004, y consisten en “...acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”.

La finalidad de un tal pacto es depurar el juicio de innecesarios debates respecto de “hechos o sus circunstancias” frente a los que no hay controversia entre las partes, siempre que ello no implique renuncia los derechos constitucionales, lo cual se aviene o resulta armónico con el carácter predominantemente adversarial del nuevo modelo de enjuiciamiento, toda vez que si el objeto del proceso es el enfrentamiento de dos “teorías del caso” opuestas acerca de la situación fáctica investigada, en la medida en que entre ambas posiciones hayan puntos de encuentro o comunes, las partes están facultadas para dar por zanjada cualquier diferencia, haciendo de esta manera operantes los principios de publicidad, concentración e intermediación, propios del nuevo sistema».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 356 - 4

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 26 oct. 2007 rad. 27608; CSJ AP, 08 ag. 2007 rad. 27962; CSJ AP, 19 ag. 2008, rad. 29001; CSJ AP, 30 nov. 2011, rad. 37559; CSJ AP, 28 nov. 2012, rad. 40171; CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41505; CSJ AP5614-2014, CSJ AP6538-2014, CSJ SP16332-2016, y CSJ SP7856-2016.

4.7.2 Admitida la estipulación, no hay lugar a la retractación

Extracto n. ° 311.

| | | |
|---------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 31853 |
| Fecha | : | 15/09/2010 |

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...]siendo las estipulaciones probatorias convenios posteriores al descubrimiento de las pruebas que se produjeron una vez presentado el escrito de acusación, esto es, cuando ya se conocía por los sujetos procesales todo cuanto en materia probatoria se pretendía introducir en el debate oral, el hecho de que Fiscalía y defensores encontraran plausible convenirlas como un medio propicio para depurar el juicio -así la conjunción de voluntades se lograra por la inquietud del juzgador en relación con esa temática-, proviniendo de sujetos independientes y autónomos, elude cualquier posibilidad de retrotraer el debate sobre un acto estructurado en la composición libre propia de actuaciones procesales así regladas».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 27 jul. 2011, rad. 36252; CSJ AP, 21 sep. 2011, rad. 36489; CSJ SP, 15 feb. 2012, rad. 37901; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 37952; CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36562; CSJ AP, 17 oct. 2012, rad. 39475; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40629; CSJ AP2152-2015, CSJ SP16332-2016, y CSJ SP7856-2016.

4.7.3 Las estipulaciones probatorias pueden estar acompañadas de anexos susceptibles de ser valorados en el contexto del hecho que se estipuló

Extracto n. ° 312.

| | | |
|------------------------------|---|-------------------|
| Número de radicado | : | 47666 |
| Número de providencia | : | SP7856-2016 |
| Fecha | : | 15/06/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«El procedimiento penal implementado por la Ley 906 del 2004 estructura lo que se ha denominado como un sistema de partes, en el entendido de que dos partes (fiscalía y defensa) acuden ante un juez imparcial que, sin conocimiento previo de los hechos, habrá de resolver de conformidad con el convencimiento a que llegue según las pruebas que aquellas le pidan, se decreten y practiquen en un juicio público que él debe dirigir.

Con la finalidad de que ese juicio se centre en aspectos sustanciales, el legislador previó la posibilidad de que de común acuerdo entre las partes se haga una depuración anterior al debate en aras de que este verse sobre lo trascendente y no se desgaste en temas sobre los que no se tiene ánimo de controversia,

Así, los artículos 10, inciso 4º (norma rectora, obligatoria, prevalente sobre cualquiera otra y que debe utilizarse como fundamento de interpretación, artículo 26), y 356, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal, facultan a las partes para que lleguen a acuerdos o estipulaciones probatorias que versen sobre aspectos en los cuales no exista controversia sustantiva, sin que impliquen renuncia a los derechos constitucionales.

La última disposición regula que los acuerdos tienen como finalidad tener por probados “algunos de los hechos o sus circunstancias”, en tanto que el principio rector refiere que se pueden estipular “aspectos”, lo cual parece ofrecer una amplia gama de tópicos a convenir.

La jurisprudencia de la Corte se ha ocupado del tema, a efectos de realizar algunas precisiones, de la siguiente manera:

(I) El convenio excluye la actividad probatoria sobre el hecho específico, el que el juez debe tener por cierto, de tal forma que no puede admitirse, por improcedente e inútil, la introducción de una prueba que pretenda dar por demostrado un hecho estipulado, como tampoco puede ejercerse contradicción sobre ese aspecto (sentencia del 10 de octubre de 2007, radicado 28.212).

(II) Admitida la estipulación, cuyo contenido, alcance y límites debe quedar claro para las partes y el juzgador, no hay lugar a la retractación unilateral, en tanto, de admitirse, se rompería el equilibrio entre los adversarios. Es *“factible acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, ese documento puede llevarse a juicio sin necesidad de que el ciudadano A tenga que asistir a la audiencia pública a reconocer tal hecho. En este caso, no se puede discutir la autoría del documento, pero sobre su contenido es factible la controversia probatoria que a bien tengan las partes”* (19 de agosto de 2008, radicado 29.001; 17 de octubre de 2012, radicado 39.475).

(III) El objeto de estipulación es un hecho concreto, no un determinado elemento material probatorio (26 de octubre de 2011, radicado 36.445).

(IV) La estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho, de donde deriva que no hay lugar a anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, pero si las partes convienen hacerlo, solo puede

apreciarse en el contexto del hecho acordado, pues si refiere aspectos fácticos diversos, estos no pueden valorarse en ningún sentido, pues el anexo no constituye prueba alguna, en tanto no ha sido introducido ni controvertido en el juicio (6 de febrero de 2013, radicado 38.975).

De la última decisión reseñada deriva que, siendo la estipulación prueba en sí misma, carece de sentido, resulta inoficioso, que a ella se hagan anexos, como el objeto del convenio, en tanto el hecho está demostrado por aquella y, por ello, ese anexo no debe ser valorado o, de serlo, solo puede apreciarse en el contexto del hecho que se estipuló como probado.

Así, la decisión no descartó de manera tajante la posibilidad de que una estipulación sea acompañada de un anexo, como el objeto del acuerdo, y mientras esta providencia no excluyó esa eventualidad, una anterior, la 39.475, concluyó como viable que ello suceda, en el sentido de que se puede estipular un hecho concreto, no así su contenido, lo cual torna necesario la incorporación del respectivo elemento.

Por vía de ejemplo se previó la posibilidad de acordar o tener por probado que el ciudadano A suscribió el documento B, y, entonces, ese documento puede llevarse a juicio sin necesidad de que el ciudadano A tenga que asistir a la audiencia pública a reconocer tal hecho. En este caso, no se puede discutir la autoría del documento, su existencia física, pero sobre su contenido es factible la controversia probatoria que a bien tengan las partes.

Más claro: supóngase que se acuerda la existencia de un título valor y que, en virtud de la tesis extrema de no acompañar la estipulación con anexo alguno, no se admita la incorporación del documento, pero puede suceder que sobre este se pregonan falsedad y estafa, de donde deriva que si se impide su incorporación por el pretendido acuerdo, el juicio carecería de objeto.

En ese contexto, en el campo de las estipulaciones parece necesario reforzar el criterio ya expuesto respecto de que cuando se acuerde un hecho, por vía de ejemplo, la existencia de un documento, pero las partes plantean controvertir su contenido, de necesidad se impone incorporar el mismo para el debate probatorio.

La norma rectora, artículo 10, inciso 4°, de la Ley 906 del 2004, marca el derrotero que debe seguirse cuando de estipulaciones probatorias se trata, en el entendido de que los acuerdos o estipulaciones pueden versar sobre aspectos (el artículo 356.4, concreta que estos son “hechos o sus circunstancias”) en los que no exista controversia sustantiva, “sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”.

Nótese, entonces, que el criterio orientador apunta a que las partes se encuentran habilitadas para convenir cualquier hecho o circunstancia de este, con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales.

Ese es el único límite impuesto por el legislador a las estipulaciones (no se olvide el carácter prevalente, obligatorio del principio rector), de donde deriva que existe libertad plena al respecto, siempre que lo convenido por las partes no traspase, al punto de vulnerar, aquellas garantías.

En este contexto, cuando el artículo 334 procesal, bajo el título de “Excepciones a la regla de la mejor evidencia”, alude a que hay lugar a exceptuar del criterio general sobre mejor evidencia cuando “se estipule la innecesariedad de la presentación del (documento) original”, se entiende que no se está ante un mandato taxativo, sino simplemente enunciativo.

Desde aquel postulado surge que la razón de ser del tema tratado es el pragmatismo con el que el legislador reguló el asunto, sin que ello comporte desconocer lo sustancial.

En efecto, un criterio que recorre varios de los institutos del sistema procesal de la Ley 906 del 2004 radica en que su puesta en marcha y alcances se deben valorar desde sus efectos prácticos. Así, lo que ha dado en denominarse como “justicia premial” (acuerdos, allanamientos, principio de oportunidad) tiene como finalidad útil que, a cambio de hacerse a prebendas punitivas, el sujeto pasivo de la acción penal incida en la terminación pronta del juicio, colaborando con la descongestión judicial, con la eficiencia del aparato judicial.

Con esa mirada útil, se pretende que solo un porcentaje menor de los hechos delictivos puestos en conocimiento de la Fiscalía, transiten por la totalidad del juicio penal, porque si todas las conductas por investigar fuesen llevadas a debate, el sistema colapsaría.

La regulación de las estipulaciones probatorias tiene la misma connotación, esto es, que el criterio válido para juzgar la legitimidad de lo que las partes pretenden acordar, es el pragmatismo, son sus efectos prácticos, en cuanto si el hecho o su circunstancia acordada apunta a filtrar el juicio de controversias sobre aspectos insustanciales, accesorios, con la finalidad de que el debate se ocupe de su razón de ser, de su objeto, de lo principal, de lo sustancial.

Por lo mismo, la actividad del juez en la audiencia preparatoria resulta trascendente, como que tiene la carga de velar, no solo porque al debate oral lleguen exclusivamente las pruebas que se refieran a los hechos de la acusación, de conformidad con las reglas de pertinencia, conducencia,

utilidad y admisibilidad, sino que en el campo de las estipulaciones, los convenios sean lo suficientemente claros sobre el hecho o circunstancia que se tiene por probado.

Cuando se convenga entregar documentos, igual se impone que el juez vele porque, por las partes, se concrete sin lugar a equívocos tanto el aspecto que se exonera del debate, como aquel que ha de controvertirse, toda vez que, en virtud de las reglas generales señaladas, nada se opone a que, por vía de ejemplo, sobre un solo documento se convenga una parte y se pretenda debatir otra o que se admita su autenticidad total o parcial.

Valga un ejemplo: si en un juicio por prevaricato supuestamente cometido por el juez dentro de un proceso, las partes estipulan la existencia del expediente, conformado por múltiples cuadernos, el juez está obligado a intervenir para que no ingresen todos los folios, en el entendido de que muchos de ellos no tienen incidencia alguna sobre el asunto a juzgar. Así, deberá instar a las partes para que especifiquen cuál fue el acto supuestamente prevaricador, que si la sentencia, entonces será ésta la que se debe incorporar, pero si se aduce que esta se soportó en la valoración de determinadas pruebas, también se anexarán, pero nada más. Debe decantarse el juicio, limpiarse, excluyendo aquella que no es objeto de controversia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 10-4, 26, 334 y 356-4

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 06 feb. 2013, rad. 38975; CSJ AP3987-2016, y CSJ SP11015-2016.

Salvamento de voto Dr. Eugenio Fernández Carlier:

«En el proceso de la referencia, presento los argumentos que me llevan a salvar el voto del criterio mayoritario adoptado por la Sala en el auto de segunda instancia de la referencia, pues a mi juicio, se autorizaron estipulaciones ilegales incorporadas, pues recayeron sobre pruebas y no sobre hechos, o sobre temas que no podían ser objeto de pactos, con lo cual se afectaron garantías del acusado.

Para sustentar la afirmación que se hace en el párrafo anterior, expongo como apoyo el estudio que he hecho sobre las estipulaciones probatorias al amparo de la Ley 906 de 2004, dogmática con base en la cual estimo que la decisión de la Sala mayoritaria no se ajusta a la regulación que la ley procesal permite tener como fundamento probatorio de una decisión.

También se distancia la susodicha providencia de lo que legalmente se permite como objeto de una estipulación, pues por esa vía se desconoce el interés de la parte para oponerse a la incorporación de estipulaciones.

Las estipulaciones probatorias.

1. Registro jurisprudencial.

1.1 Precedente jurisprudencial.

En punto de las estipulaciones, la Sala de Casación Penal, en CSJ AP, 8 ago. 2007, rad. 27.962, precisó:

*«No es entonces, para clarificar con un ejemplo, que si las partes dan por demostrada la causa violenta de la muerte con arma de fuego e incluso el tipo de artefacto utilizado para el efecto, se estipule el informe de necropsia o la diligencia de inspección judicial del cadáver, o el informe de hoplología, sino el hecho concreto, vale decir, que el occiso pereció consecuencia de dos disparos infligidos con un arma de fuego del calibre .38 recogida en el lugar de los hechos, y ello se sustenta con los informes en cuestión, **que para el efecto se anexan a la estipulación introducida como prueba en la audiencia del juicio oral** (subraya fuera de texto).*

No es posible, por ese motivo, que se soliciten o admitan pruebas, en el momento subsecuente de la audiencia preparatoria, encaminadas a demostrar o desvirtuar ese punto, que ya se entiende demostrado.

Por lo tanto, si en este particular evento se estipuló como hecho probado que el acusado RAÁR se encuentra en profundas situaciones de marginalidad y extrema pobreza, es claro que los anexos que soportan dicho aserto que, valga repetirlo, se entiende probado y aceptado por las partes, no son susceptibles de valoración probatoria alguna por parte del juzgador, por la potísima razón que en sí mismos no tienen entidad o virtualidad probatoria y las partes ya, dentro de su capacidad consensual, establecieron en la estipulación cuál es el efecto concreto, en punto de hechos trascendentes para el proceso, que se estima demostrado, sin importar si esos elementos de juicio

abordan otros aspectos, que, desde luego, resultan intrascendentes para lo efectivamente asumido por los sujetos procesales como objeto de estipulación específica».

La Corte, CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26.411, admitió como válida y aceptó la eficacia probatoria de una estipulación que tuvo por objeto una prueba documental. En la citada decisión se registra:

«El Juez de primer grado absolvió al procesado con el argumento de que “...no aparece en su contra una prueba directa o indirecta que lo vincule a los hechos juzgados, sólo que fue retenido en compañía del menor de edad CP y en el inmueble donde fuera capturado había un arma [sic] sin que se hubiesen realizado los estudios correspondientes para determinar que él la portaba....”; no obstante, además de la imprecisión que señaló el Tribunal (eran dos armas las que había en un balde, junto a los capturados), la Sala advierte cosa diversa en materia de pruebas de cargo:

(...).

4) Una estipulación (video de reconocimiento en fila de personas).

*El investigador filmó un video de la diligencia de 1 minuto con 49 segundos que aportó, con cadena de custodia, a la audiencia de juicio oral y fue tenido como prueba **estipulada** en el proceso (la número 15). Al observar las imágenes es perceptible que a petición del funcionario de Policía Judicial, el número 2 de la fila pronunció su nombre “**RAS**”.*

El acta de la diligencia aparece suscrita por los representantes de la defensa, por el representante del Ministerio Público, por el testigo y por dos investigadores de campo; es parte de la Evidencia número 34.

*Ese reconocimiento en fila de personas y el video que da cuenta de que **RAS** efectivamente fue reconocido por una de las víctimas tiene identidad probatoria, en tanto registros debidamente aportados como evidencia y sometidos a la controversia de las partes. Su apreciación debió haberse realizado de conformidad con los criterios establecidos para cada medio de convicción específico; por manera que no se trata de “simples documentos procesales” con los efectos minimizados que la defensa alegó.*

Advirtió con razón el Tribunal que la prueba de cargo ni siquiera fue controvertida por la defensa en la medida que no presentó su teoría del caso, no presentó pruebas de descargo contra las pruebas aducidas por el fiscal y limitó su intervención a las alegaciones conclusivas

orientadas en todo caso a decir que si hubo una conducta delictiva más no prueba de responsabilidad penal.

La Sala encuentra que se trató de una estrategia defensiva que de ninguna manera implica –en el caso del procesado absuelto- ni la demostración de la duda ni la desvirtuación (Sic) de la presunción de la inocencia».

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el hecho específico materia de estipulación se da por demostrado y cierto con la estipulación misma, excluyéndose de la contradicción en el juicio oral (CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212), que el objeto de la misma es un hecho y no un elemento de prueba (CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36.445), y que no hay lugar a anexar documentos como soporte y, de allegarse, no deben ser valorados (CSJ SP, 6 feb, 2013, rad. 38.975).

1.2 Cambio de jurisprudencia.

La Sala, en decisión de segunda instancia con radicación 47.666, cambió la línea jurisprudencial de la Corte en materia de estipulaciones, pues permite que las partes puedan estipular pruebas y, por esta vía, estas últimas, las pruebas, servir de fundamento para absolver o condenar.

Los argumentos en providencia referida relevantes, fueron los siguientes:

«En ese contexto, en el campo de las estipulaciones parece necesario reforzar el criterio ya expuesto respecto de que cuando se acuerde un hecho, por vía de ejemplo, la existencia de un documento, pero las partes plantean controvertir su contenido, de necesidad se impone incorporar el mismo para el debate probatorio.

6. La norma rectora, artículo 10, inciso 4°, de la Ley 906 de 2004, marca el derrotero que debe seguirse cuando de estipulaciones probatorias se trata, en el entendido de que los acuerdos o estipulaciones pueden versar sobre aspectos...

Nótese, entonces, que el criterio orientador apunta a que las partes se encuentran habilitadas para convenir cualquier hecho o circunstancia de este, con el único límite de que no se vulneren derechos fundamentales constitucionales.

Ese es el único límite impuesto por el legislador a las estipulaciones...de donde se deriva que existe libertad plena al

respecto, siempre que lo convenido por las partes no traspase, al punto de vulnerar, aquellas garantías».

El criterio transcrito fue acogido y ratificado en la decisión adoptada por la Sala en el radicado 44106 de fecha 24 de agosto de 2016, de la que ahora salvo parcialmente el voto.

Los acuerdos corresponden a las estipulaciones 4, 9 y 10, con el siguiente tenor:

«Estipulación Nro. 4: que para la época en que se suscribió la resolución, de preclusión a favor de VS, por el reato de Conservación o financiación de plataciones ilícitas el fiscal MR acumulaba una experiencia en la institución de 8 años y en la Procuraduría de 2 año. La evidencia de estos hechos la constituye la hoja de vida del acusado.

Estipulación Nro. 9: que el doctor Moncayo Rodríguez por intermedio del investigador, adscrito a esta unidad, JOMM, rindió interrogatorio el día 15 de diciembre de 2010. La evidencia de este hecho la constituye la copia del acta de la diligencia del interrogatorio.

Estipulación Nro. 10. Que para la época en que se profirió la decisión estaba vigente el Manual de Funciones, Competencias Laborales y Requisitos del Cargo de Fiscal Delgado Ante los Jueces Penales del Circuito Especializados. La evidencia la constituye la resolución Nro. 2-1892 de 17 de agosto de 2007.

Como en la providencia impugnada el *a quo* había admitido las estipulaciones 4, 9 y 10, la Sala en el auto de 24 de agosto de 2016 decidió confirmar la decisión primera instancia en lo que tiene que ver con la estipulación Nro. 9 y revocó lo relativo a las estipulaciones 4 y 10 para autorizar su incorporación al juicio.

2. Conceptualización de las estipulaciones probatorias.

En la dinámica del procedimiento de enjuiciamiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004, que consagra un sistema adversarial y dispositivo, al recaer la iniciativa probatoria con exclusividad en las partes, resulta admisible – además de aconsejable – que la Fiscalía y la defensa, a efectos de simplificar el proceso, acuerden expresamente tener por acreditado aspectos de la investigación penal, esto es, uno o más hechos, no todos, respecto de los cuales no existe para aquéllos disenso, prescindiendo de su controversia a través del debate probatorio en el juicio oral.

Es así que, de acuerdo con el inciso 4° del artículo 10° de la Ley 906 de 2004 las estipulaciones deben versar sobre “aspectos” que no susciten controversia sustantiva para las partes y que no impliquen renuncia a los derechos constitucionales, y según el artículo 356, numeral 4°, de la citada Ley, en la audiencia preparatoria las partes pueden manifestar *«si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias»*, agregándose en el párrafo que *«se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias»*.

La Ley procesal penal caracteriza las estipulaciones a través de un acuerdo expreso exento de vicios (formación), de origen bilateral (las partes), para aceptar hechos o circunstancias (objeto), los que se tienen por probados (finalidad).

La estipulación entrega al proceso un hecho que se da por demostrado y por ende se excluye del debate probatorio, el cual tiene incidencia en la teoría del caso del fiscal y la defensa.

Mediante la estipulación se da por cierta la afirmación que sobre un hecho convienen las partes, pero hay que señalar también que esa facultad no puede ser contraria a la razonabilidad, el debido proceso, al derecho de defensa, a la buena fe y lealtad, como tampoco a la igualdad ni a los supuestos que rigen el carácter dispositivo de la prueba ni las regulaciones que en esta última materia deben tenerse en cuenta para cuando sobrevengan renunciaciones a situaciones que afectan de manera sustancial la situación jurídica del imputado.

2.1 Objeto de las estipulaciones.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en los que la legislación adjetiva penal expresamente admite la estipulación respecto de medios de prueba³⁴, el artículo 356 del C de P.P., como lo ha sostenido la Sala repetidamente³⁵, los acuerdos de esa naturaleza únicamente pueden estar referidos a hechos jurídicamente relevantes, a circunstancias fácticas de tiempo, modo, cantidad o lugar, y no resulta posible su celebración respecto de medios de

³⁴ Así, por ejemplo, el Código Procesal Peruano (CPP04), cuyo artículo 350, numeral 2°, dispone que *“los sujetos procesales...podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba”*. Al efecto, véase AGUIRRE CH, Javier. “Convenciones o estipulaciones probatorias. Su aplicación en el Perú”. En <http://www.incipp.org.pe>.

³⁵ Cfr. CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 8 agosto 2007, rad. 27962; CSJ AP, 14 nov. 2007, rad. 28635; CSJ AP, 28 nov. 2012, rad. 40171; CSJ SP, 30 ene. 2013, rad. 40.336. En sentido opuesto se decidió en el rad. 39.475.

convicción, elementos materiales probatorios, evidencia física o informes³⁶.

La única excepción a la regla anterior la constituye lo señalado en los artículos 433 y 434 *ibídem*, según los cuales «*cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible...deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido*», salvo que «**se estipule la innecesariedad de la presentación del original**».

En esa perspectiva, el escenario en el cual una estipulación es admisible, que no está referida a un hecho, se relaciona con el acuerdo probatorio que atribuye consensualmente a la copia de una pieza documental un valor probatorio semejante al del original. En este caso, lo convenido no es el contenido del documento ni su autenticidad, sino la inaplicación de la regla de mejor evidencia de que trata el artículo 433 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, cuando la Fiscalía y la defensa acuerdan excepcionar la regla de mejor evidencia respecto de un documento, ello significa únicamente que el Juez podrá otorgar valor demostrativo a la copia como si del original se tratara. Es algo que tiene que ver exclusivamente con la idoneidad de la prueba documental, pero en todo caso a la parte interesada en la introducción de ese medio le corresponde demostrar que el documento cuya incorporación (en copia) pretende es auténtico, es decir, que «*se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento*» (artículo 425, L. 906/2004), para lo cual debe agotar el procedimiento previsto en el canon 426 de la codificación en cita.

De lo anterior se sigue que la estipulación sobre la innecesariedad de la presentación de un documento original presupone que alguna de las partes pidió como prueba un elemento de conocimiento de esa naturaleza en la audiencia preparatoria, que el mismo fue decretado por el funcionario de conocimiento junto con el respectivo testimonio de acreditación y que en la vista pública ha de ser introducido e incorporado al acervo probatorio, previa autenticación y lectura de su contenido, conforme las reglas previstas para tal fin en la legislación adjetiva.

Lo anterior, porque el pacto sobre la inaplicación de la regla de mejor evidencia habilita la valoración plena del documento en copia, pero

³⁶ CSJ AP, 18 sep. 2014, rad. 42.720.

no conduce a pretermitir el trámite de solicitud, decreto e introducción del documento como prueba de su contenido.

Con todo, nada obsta para que, además de pactarse la inaplicación de la regla de mejor evidencia, la Fiscalía y la defensa acuerden también que ha sido elaborada, suscrita o manuscrita por una determinada persona, es decir, su autenticidad, en el entendido de que la autoría de un documento es un hecho, y puede ser pertinente de cara a la situación fáctica relevante que se investiga.

Ello, desde luego, se itera, tampoco libera a la parte interesada de la carga de lograr la incorporación del documento respectivo en el juicio para acreditar su contenido.

Las partes pueden pactar hechos concretos y relevantes para la solución del caso examinado, lo convenido no deben ser pruebas porque con la estipulación misma se da por probado el hecho pactado.

En todo caso, definido el objeto del acuerdo probatorio conforme a derecho, resulta inane e inconveniente, como sucede con frecuencia en la práctica judicial, allegar documentos como sustento del mismo, porque con la estipulación se da por probado el hecho sustraído de controversia. Si a pesar de ello la Fiscalía y la defensa acompañan soportes probatorios, el juez no debe autorizar su ingreso y si el funcionario de conocimiento erradamente lo permite, ninguna valoración puede hacerse de esos elementos, porque no están revestidos de la condición de pruebas³⁷, categoría que no alcanzan y por tanto no pueden sustentar el fallo que se profiera.

La interpretación adecuada del párrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004 permite colegir que el objeto de las estipulaciones debe guardar relación con la acusación, no atañen a “hechos o circunstancias” genéricamente considerados, sino a situaciones fácticas concretas que sustentan el llamamiento a juicio, y que además deben estar comprendidas dentro de los fundamentos que fueron objeto de imputación.

La expresión “aspectos” contenida en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 no puede entenderse como una habilitación para la celebración de estipulaciones que se ocupen de pruebas, como lo entiende la Sala mayoritaria en la decisión de la que me distancio (47.666).

³⁷ CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 38.975.

La expresión “aspectos” no comprende el contenido o los alcances que corresponden al concepto de prueba en el proceso penal, esta categoría, sustantivo masculino, que proviene del latín *aspectus*, se refiere a las particularidades, apariencia, rasgos, características o propiedades captadas por los sentidos respecto de una persona, cosa, hecho, situación o acción verbal, para expresar formas, tiempo, materialidad, figura, ectra, supuestos predicables de los hechos o sus circunstancias y no de los medios probatorios.

Que los “aspectos” se predicen solamente de los hechos y no de las pruebas es conclusión que se soporta en el artículo 356 ibídem, disposición que expresamente establece que se entiende por estipulaciones «*los acuerdos celebrados...para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*», únicamente por vía excepcional se consagró la posibilidad de estipular la regla de mejor evidencia a que se ha hecho alusión en otro acápite de este escrito.

En ese entendido, el único límite al objeto de las estipulaciones no son los derechos fundamentales constitucionales, el legislador de manera inequívoca estableció restricciones al objeto de los acuerdos, de manera específica y única exige que se ocupen de circunstancias fácticas o a la excepción de la regla de mejor evidencia.

De otra parte, la expresión “aspectos” no puede interpretarse en el sentido de admitir la estipulación de pruebas y que de esta manera se incorporen al proceso, por que ello implica omitir el rito legal establecido para que los elementos ingresen como medios probatorios al juicio oral, una tal evidencia así tramitada no puede ser objeto de apreciación ni fundamento del fallo, pues no ha cumplido el debido proceso para alcanzar la categoría de prueba.

Cuando se incorporan documentos como objeto de la estipulación se está obviando el descubrimiento del documento en el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria, se omite su petición y decreto específico como medio probatorio documental, su incorporación con testigo de acreditación, la lectura de su contenido y las demás reglas que deben observarse para que se aprecie como medio de conocimiento en el fallo correspondiente.

Ahora, las estipulaciones son pactos celebrados por el ente acusador y la defensa para tener por probados uno o más hechos respecto de los cuales aquéllas no tienen controversia sustantiva. Por tal razón y como lo tiene discernido la Sala, resultan inadmisibles las estipulaciones de las partes dirigidas a demostrar los supuestos fácticos sustraídos de controversia (presunción *juris tantum*, hecho

notorio), a ratificar o cuestionar de cualquier manera **la misma circunstancia fáctica** cuya realidad fue acordada³⁸ (estipulación sobre lo estipulado o acreditación con otro medio de lo pactado como probado).

Las estipulaciones no pueden comprometer derechos fundamentales, pues el artículo 10° de la Ley 906 de 2004 expresamente dispone que *«el juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, **sin que implique renuncia de los derechos constitucionales**»*.

Como lo ha sostenido la Sala³⁹, la estipulación no puede acarrear la renuncia del derecho fundamental a la no autoincriminación en la modalidad de admisión de responsabilidad.

Ello es así, porque las estipulaciones probatorias deben ocuparse de hechos y la responsabilidad penal no es una circunstancia fáctica, es un juicio de desvalor o reproche que efectúa el funcionario judicial o una parte o interviniente respecto de una conducta humana de relevancia jurídico-penal sometida a consideración en un proceso penal determinado.

Además, por cuanto el ordenamiento adjetivo penal consagra los mecanismos e institutos para que el procesado, si esa es su voluntad, acepte su compromiso penal y reciba, a cambio de ello, los descuentos punitivos y beneficios que, según el caso, le correspondan por razón de la colaboración con la administración de justicia. En ese entendido, si lo que se quiere es lograr la terminación anticipada del trámite como consecuencia de la admisión de responsabilidad del inculcado, lo pertinente es acudir a las figuras del allanamiento a cargos o preacuerdos, que en la lógica de la justicia premial comportan beneficios correlativos para aquél.

Véase que la imposibilidad de admitir la responsabilidad penal por vía de las convenciones probatorias es algo por lo cual propugna un sector de la doctrina comparada, incluso en ausencia de prohibición legal expresa que así lo disponga.

En Chile, verbigracia, se ha sostenido que:

³⁸ CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

³⁹ Así, CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505. Igualmente, CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36.562.

«...se debe desechar la posibilidad de que mediante esta herramienta (las estipulaciones probatorias) se den por establecidas todas las circunstancias fácticas que conforman el comportamiento del acusado, del tipo penal, de la antijuridicidad y de la culpabilidad...»

*Si bien se reconoce la necesidad de delimitar las convenciones probatorias, no existe claridad de cómo configurar las restricciones. De ahí que la solución del caso concreto será una cuestión que quede al arbitrio del juez. **Eso sí, el juzgador en su tarea debe considerar que las convenciones probatorias únicamente pueden recaer sobre los enunciados de hechos que conforman el objeto del juicio oral, esto es, sobre aspectos de fondo. Además, el juez en su actuar debe tener presente que mediante las convenciones no puede dar por establecidos todos los enunciados fácticos que configuran la responsabilidad punitiva**»⁴⁰.*

El artículo 356 del C de P.P. no autoriza a las partes a estipular todos los hechos o circunstancias de un proceso penal, únicamente permite dar por probados uno o algunos de tales supuestos, los que pueden tener carácter principal o secundario respecto del problema jurídico a resolver, pero no pueden jamás comprender la responsabilidad penal ni la renuncia de derechos o garantías constitucionales.

Con la estipulación se admiten parcialmente supuestos fácticos o circunstancias de la conducta punible, jamás tales convenios pueden afectar garantías fundamentales o implicar la renuncia a controvertir fundamentos esenciales o sustanciales de la relación jurídica en el proceso penal, como admitir la totalidad de los elementos de la ilicitud y la responsabilidad penal o la culpabilidad, o sucesos en los que existe controversia por las partes, dado que los convenios a que se hace referencia recaen sobre hipótesis en las que hay anuencia entre el Fiscal, el procesado y el apoderado.

El ordenamiento jurídico no es susceptible de estipulación.

Tampoco puede estipularse el valor o mérito que debe el juez asignar a las pruebas a través de la sana crítica o en los casos en que opere la tarifa legal.

A modo de síntesis, las estipulaciones probatorias, de acuerdo con la normatividad procesal vigente, pueden ocuparse de i) hechos

⁴⁰ COCIÑA CHOLAKY, Martina. “La dinámica entre la búsqueda de la verdad y las convenciones probatorias en el proceso penal”. En Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile, No. 18. P. 151.

directamente relacionados con el objeto del proceso o indicadores de éste, no excluidos legalmente en los términos explicados en esta providencia, y ii) la no aplicación de la regla de mejor evidencia respecto de un documento en copia.

Por tanto, todo acuerdo que se presente como estipulación que tenga por objeto temas diferentes a los señalados como admisibles en este acápite no están legalmente autorizados.

Las premisas registradas conllevan a que en el ordenamiento jurídico colombiano, no así en otros regímenes, las eventualidades en las que no es dable estipular, precisadas en este acápite, requieren de prueba en el proceso penal, agotando en su integridad el debido proceso probatorio, al tratarse de situaciones concluyentes, bien por tratarse se la responsabilidad penal o de garantías fundamentales a las que no es dable renunciar o por circunscribirse a aspectos que no fueron materia de pacto por las partes.

2.2 Naturaleza jurídica.

La estipulación y lo estipulado, conforme a la caracterización contenida en el parágrafo del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, constituyen «*acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*», ese alcance corresponde al tratamiento probatorio que la Ley le da a semejanza a los hechos notorios y a las presunciones.

Se trata, pues, de actos jurídicos bilaterales⁴¹, originados en la voluntad concurrente de las partes, es un acto de disposición de éstas, cuyo efecto es el de tener por probado y sustraer de la controversia probatoria uno o más hechos jurídicamente relevantes (o atribuir a la copia de un documento el valor demostrativo del original). Esto es, la estipulación es una excepción a la necesidad de probar.

Acerca de la naturaleza de la estipulación el pensamiento de la doctrina y la jurisprudencia ha sugerido que se trata de una prueba, una confesión, un mecanismo probatorio, un medio equivalente a una prueba o que tiene los alcances de un hecho notorio.

La prueba en sí en materia penal ofrece el conocimiento de un hecho para sustentar la teoría del caso de una de las partes y el medio son

⁴¹ COLOMBO CAMPBELL, Juan. “Los actos procesales”. Ed. Jurídica de Chile, 1997. Tomo I, página 88.

los instrumentos a través de los cuales se lleva la información. El objeto o la fuente lo constituyen los hechos del proceso penal. Este no es el alcance que la ley penal le da a la estipulación en nuestro medio.

El párrafo del numeral 4º del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal establece que la estipulación celebrada entre la fiscalía y la defensa conlleva «aceptar como probados» los hechos que son objeto de aquella, estableciéndose así una excepción a la actividad probatoria de las partes en el juicio oral.

El artículo 381 del C.P.P. solo permite sustentar la sentencia en el conocimiento que haya superado la duda, el que debe obtenerse a través de las pruebas debatidas en juicio.

El proceso penal reclama de las partes la necesidad de probar su teoría del caso a través de los medios autorizados el artículo 382 de la citada norma, esto es, por prueba testimonial, pericial, documental, inspección o cualquier otro medio o evidencia de carácter técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico, con excepción de los hechos notorios, las presunciones y las estipulaciones probatorias.

El ordenamiento jurídico admite excepciones a la necesidad de probar a través de los citados medios, situaciones que están expresamente reguladas en la ley, tal es el caso de las presunciones (legales o de derecho), los hechos notorios y en el sistema acusatorio las estipulaciones probatorias.

El párrafo del numeral 4º del artículo 356 del C.P.P. y el desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a esta disposición, precisa que el hecho estipulado no requiere ser probado en el proceso penal porque por mandato legal se le tiene como demostrado, por eso en el texto legal se lee que se aceptan «como probados».

La regulación que se hizo de las estipulaciones no fue la de una prueba, su referencia no está en el capítulo del Código de Procedimiento Penal que corresponde a éstas, y el examen de su estructura y alcance solo permite asignarles la naturaleza a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior: es una excepción a la necesidad de probar.

La estipulación no corresponde a una presunción porque con aquellas se parte del supuesto de que el hecho aceptado no puede ser objeto de prueba por otros medios, hipótesis esta última

admisible para la presunción legal. En las presunciones la consecuencia se la asigna el legislador y no la voluntad de las partes.

La estipulación no es una confesión ni se le puede equiparar a ésta, porque el momento procesal y la forma en que se produce para vincularla a la actuación penal no cumplen con todas las formalidades que la ley exige para la prueba de confesión.

Los medios probatorios están regulados en el artículo 281 del Código de Procedimiento Penal y las estipulaciones no se allanan a los supuestos jurídicos que se requieren para asignarles esa categoría.

Las estipulaciones son entonces una forma que la ley permite para suministrar conocimiento al juez sobre un hecho sin que haya necesidad de realizar actividad o debate probatorio sobre lo que fue objeto de la estipulación. Se reitera, la estipulación es una excepción al principio de necesidad de prueba.

En ese entendido, las estipulaciones probatorias, que inician su formación jurídica cuando son decretadas por el funcionario cognoscente en la audiencia preparatoria, luego de su anunciación por las partes, tienen la doble connotación de actos jurídicos bilaterales (contratos o pactos procesales) y de hechos exceptuados del principio de la necesidad de la prueba, porque tales acuerdos, que bien pueden consignarse por escrito o hacerse constar verbalmente⁴², son precisamente el elemento por medio del cual ha de llegar al Juez, en la audiencia de juicio, a la convicción sobre uno o más hechos pertinentes para la solución del caso, cuya controversia se sustrae del debate por voluntad de las partes.

Luego de que las estipulaciones son incorporadas en la vista pública se consolida su existencia jurídica y adquieren la connotación de hechos probados, en los que el juez puede sustentar el convencimiento o la certeza para decidir.

2.3 Existencia material.

La construcción de la estipulación corresponde a la fase de la existencia material, cuando se expresa entre las partes la iniciativa y la decisión de estipular, su conveniencia, se definen los hechos y los términos del pacto probatorio.

Esta etapa, por expresa disposición legal compete sólo a la Fiscalía, al defensor y el procesado, están excluidos los intervinientes.

⁴² CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

El juez y los intervinientes no tienen injerencia vinculante para definir o controlar la formación material de la estipulación.

2.4 Existencia jurídica.

La formación jurídica de las estipulaciones comienza en la audiencia preparatoria con la comunicación de la voluntad de las partes de estipular y proceden a hacer la enunciación y descubrimiento de los supuestos fácticos que integran el pacto (o en su caso de la regla de mejor evidencia de la copia respecto del original) y se obtiene el decreto, culmina así la fase de marras y se consolida la existencia jurídica de aquellas con su incorporación en el juicio oral.

Entonces, las estipulaciones, una vez se admiten por el Juez en la audiencia **preparatoria y son incorporadas al juicio oral, logran su formación y existencia jurídica** y adquieren la naturaleza de hechos comprobados conforme a lo dispuesto en el artículo 356 del C de P.P.

En la formación jurídica de las estipulaciones pueden intervenir el Ministerio Público y la víctima para ejercer controles a fin de que el ingreso en el juicio oral no desconozca la pertinencia, ni contravenga las reglas de legalidad que regulan las garantías de las partes e intervinientes, lo que será objeto de explicación en el numeral siguiente.

2.5 Legitimación.

La Ley procesal penal se refiere a quienes están legitimados para celebrar estipulaciones en los siguientes términos: El artículo 10° del C de P.P. señala que las estipulaciones pueden ser celebradas entre las “partes” y el artículo 356 ídem las faculta para que manifiesten si tienen ese interés en particular, para luego aludir a los “acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa”.

Las partes del proceso penal en la Ley 906 de 2004 son la Fiscalía y el procesado. Al defensor se le dan similares facultades por la representación que tiene del imputado y la gestión que cumple en la actuación penal.

La estipulación es un acto de disposición del fiscal y el procesado, el pacto puede afectar en ciertos casos derechos personales de éste último, como cuando se renuncia a través de ellas a la controversia probatoria sobre aspectos que afectan de manera sustancial la situación jurídica del implicado, dado que aquellas pueden

comprender la aceptación de la autoría, la materialidad del delito, o un supuesto trascendente con la conducta punible que no involucre la responsabilidad u otras garantías fundamentales, casos en los cuales se requiere la anuencia del procesado.

De existir contradicción entre la postura del profesional del derecho y el procesado en torno a las estipulaciones sobre las hipótesis en mención, prevalece la decisión del inculpado, dada la naturaleza del acuerdo, que implica un acto de disposición para el procesado o investigado.

Por tratarse la estipulación de un acto de disposición, ello obliga a que su celebración no la realice el defensor a espaldas del inculpado ni en contra de su voluntad, aunque, la anuencia se presume mientras no se demuestre lo contrario, o se infiera de la conducta procesal del inculpado que su voluntad es admitir la autoría o participación, la materialidad del delito o un elemento de la conducta punible en concreto trascendente en el juicio de reproche penal que se le atribuye.

El consentimiento del procesado debe ser expreso en las estipulaciones que conllevan actos de disposición sobre la autoría o materialidad de la ilicitud o la antijuridicidad de la conducta; en las demás eventualidades, las que no tienen esa trascendencia, las que recaen sobre hechos secundarios, los pactos pueden generarse con el defensor, como cuando se acepta que las circunstancias ocurrieron en un lugar determinado, en una fecha u hora específica, el documento de identidad del procesado o la fecha de nacimiento de éste, ectra.

En lo que tiene que ver con el consentimiento del procesado, es aplicable por extensión la previsión del artículo 354 del C de P.P. que da prevalencia a “lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor”, dado que el texto regula la conducta de las partes originada en consensos, acuerdos o pactos, esto es, de situaciones que tienen como presupuesto la anuencia, elemento común con las estipulaciones.

La estructura de la estipulación en lo que atañe a un acto de disposición del procesado se rige por los supuestos señalados debido a que no solamente se renuncia a la controversia probatoria, no implica exclusivamente una excepción al principio de necesidad de la prueba, su trascendencia es mayor, se da por cierto el hecho, lo que genera consecuencias para la apreciación y juicios que ha de formarse el juez en relación con los elementos de la conducta punible y la autoría del procesado.

La validez de la estipulación, además, demanda la asesoría jurídica correspondiente del defensor (artículo 354 del C de P.P.) en protección del derecho de defensa técnica de su representado, por tanto resulta inexistente e inoponible cualquier pacto del fiscal con el procesado sin la intervención del representante judicial de éste.

De acuerdo con el numeral 4° del canon 356 de la Ley 906 de 2004, en el curso de la audiencia preparatoria el Juez deberá interrogar a la Fiscalía y la defensa para establecer «*si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias*», de así asentirlo, debe concederse un receso para el efecto, a su término «*se reanudará la audiencia para que **la Fiscalía y la defensa** se manifiesten al respecto*».

La Ley 906 de 2004, en el artículo 356 recién transcrito, restringe a favor de la Fiscalía y la defensa la posibilidad de «*hacer*» estipulaciones probatorias, de suerte que aquéllas, de manera exclusiva y excluyente, pueden convenir tener ciertos hechos por demostrados, en los términos ya explicados.

Del último aparte de la disposición en cita puede entenderse razonablemente que los intervinientes, esto es, el Agente del Ministerio Público y la víctima y su representante no pueden participar en la **construcción material** de los pactos probatorios, como se ha dicho, pero sí pueden hacerlo en la **formación jurídica** de las estipulaciones.

Contribuye a definir las facultades de los intervinientes en los pactos probatorios precisar que no les está prohibido participar y sugerir la definición del mérito y alcance de las estipulaciones probatorias que le corresponde hacer al Juez de conocimiento al momento de emitir sentencia.

El Ministerio Público, conforme a los artículos 357 y 359 ibídem, tienen facultades de control para la formación y consolidación de la existencia jurídica de las estipulaciones, como pruebas que son, pues dicho interviniente puede solicitar del Juez «*la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o **que por otro motivo no requieran prueba***».

De esas facultades también están investidas las víctimas, tal como se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos⁴³ y según lo decidió la Corte Constitucional en sentencias C – 454 de 2006 y C – 209 de 2007, providencias en las que por demás precisó que dichas atribuciones forman parte esencial de los derechos a la verdad, justicia y reparación.

Desde esa óptica, aunque los intervinientes no pueden concurrir a la formación del consenso que da lugar a la existencia material de las estipulaciones, porque ello corresponde exclusivamente a la Fiscalía y la defensa, sí pueden ejercer las facultades que les concede la legislación procesal y la jurisprudencia constitucional para oponerse a su admisión, esto es, para participar en el proceso de su consolidación jurídica y apreciación del mérito, acudiendo únicamente a los motivos que adelante se indican.

En ese entendido, bien pueden el Ministerio Público y las víctimas, al intervenir en la audiencia preparatoria, pronunciarse sobre los presupuestos que determinan la admisibilidad de los convenios probatorios celebrados por las partes, es decir, que estos se refieran a i) hechos o al mérito suasorio de una copia (objeto), ii) que estén autorizadas (legalidad), iii) que sean pertinentes al asunto debatido, iv) no violen garantías fundamentales (se pacten hechos que afecten el derecho a la intimidad) y v) que el objeto de las estipulaciones sea claro, preciso y comprensible.

Entonces, la satisfacción o insatisfacción de las condiciones que habilitan la admisión de los pactos probatorios puede ser controvertida en la audiencia de preparación del juicio tanto por el Ministerio Público como por la víctima.

Agotado ese estadio procesal, cualquier discusión sobre pertinencia, conducencia o legalidad de las pruebas ha de ser decidido en la sentencia que ponga fin al proceso, tal como lo tiene discernido la Sala como regla⁴⁴, a menos que en el juicio oral de manera excepcional se imponga la necesidad de resolver sobre tales tópicos, habida consideración del daño que represente su incorporación al proceso, riesgo que se debe conjurar con base en lo dispuesto en los artículos 10° y 376 del C de P.P.

2.6 Mérito y alcance de las estipulaciones.

A partir de la existencia jurídica de la estipulación, surge para el fallador el deber de apreciarlas en conjunto con las demás pruebas que hayan sido aportadas, para fundamentar la convicción sobre la

⁴³ Sentencia de 27 de noviembre de 2008, caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia.

⁴⁴ CSJ SP, 30 nov. 2011, rad. 37.298.

ocurrencia del delito y la responsabilidad de la persona imputada, o descartarlas al proferir la sentencia que en derecho corresponda.

La decisión que adopte el sentenciador sobre el fondo de la controversia habrá de fundamentarse en la valoración conjunta de la totalidad de los elementos de juicio aportados al acervo probatorio, cometido en el cual deberá ponderar los medios de prueba y las estipulaciones ofrecidas por las partes, para establecer los motivos de credibilidad.

El sentenciador puede adoptar una decisión diversa al hecho estipulado, pues con este mecanismo no se define para el operador judicial el mérito o alcance que debe otorgarle el juez a ese supuesto fáctico, por tanto con base en los principios de la sana crítica y el conjunto probatorio allegado se deberá determinar el poder suasorio de lo que fue materia de estipulación.

La ley le atribuyó al juez de manera exclusiva y excluyente la potestad de asignar el mérito y valor a las pruebas y los hechos demostrados, no a las partes, regla que se mantiene para la apreciación de las estipulaciones.

2.7 Debido proceso probatorio de las estipulaciones.

Conforme lo establece el numeral 4° del artículo 356 de la Ley 906 de 2004, en desarrollo de la audiencia preparatoria, *«el Juez dispondrá...que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias»*, y de ser afirmativa la respuesta, *«decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto»*.

En la audiencia preparatoria las partes están llamadas a enunciar los convenios fácticos que deseen hacer valer en el juicio como estipulación, que bien pueden ofrecer por escrito o mediante una presentación oral en ese momento de la actuación⁴⁵. Esta enunciación no puede ser entendida como insuficiente, ambigua, incompleta, genérica o dudosa, por el contrario, debe ser concreta, clara, específica y suficiente para comprender el núcleo del supuesto fáctico estipulado.

No es posible equiparar del todo el debido proceso de las estipulaciones con el rito para los medios de prueba consagrados en la Ley procesal penal, porque aquellas están revestidas de ciertas

⁴⁵ CSJ AP, 19 ago. 2008, rad. 29.001. Reiterado en CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36.562.

particularidades que las diferencian de estos últimos, por ende, se impone darles tratamiento jurídico diferenciado.

En efecto, la estipulación i) tiene origen en un acuerdo de voluntades celebrado entre la Fiscalía y la defensa; ii) por ello mismo, el hecho estipulado no puede ser controvertido por aquéllas; iii) su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple presentación e introducción en la vista pública, previa aquiescencia de las partes, sin que se requiera la intervención de un testigo de acreditación para tal fin; iv) su incorporación no está sometida a la contradicción de las partes, porque se cimienta en el consenso sobre el hecho estipulado.

En contraste, los medios de conocimiento autorizados por la Ley procesal como pruebas i) son practicadas en la vista pública a instancia de una de las partes o intervinientes; ii) sólo adquieren la condición de pruebas luego de practicadas en el juicio oral, con el cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción e inmediación, y; iii) son susceptibles de controversia por la parte contra la cual se aducen.

En el rito de las estipulaciones resulta posible distinguir i) su existencia material, determinada por el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades entre la Fiscalía y la defensa; ii) su existencia jurídica, iniciada con su postulación en la audiencia preparatoria y consolidada por la autorización que imparte el Juez a los convenios en la audiencia preparatoria para su incorporación en el juicio oral, y iii) la fase de apreciación, realizada con la emisión del fallo, en la que el sentenciador examina su mérito suasorio conjuntamente con el acervo acopiado.

De acuerdo con el artículo 357 *ibídem*, es en la audiencia de preparación del juicio donde el Juez examina las solicitudes probatorias de las partes e intervinientes, decreta aquellas que satisfagan las condiciones de pertinencia, conducencia, utilidad, admisibilidad y legalidad, e inadmite o rechaza las que no las cumplan. Tales reglas no se excluyen para las estipulaciones, será también en esa audiencia en la que habrá de ejercerse el control material de legalidad y pertinencia de las estipulaciones anunciadas por las partes para admitir o inadmitir el acuerdo con miras a que sea incorporado en el juicio oral, según sea el caso.

Y ello es así porque las estipulaciones tienen la vocación de convertirse en fundamento probatorio de la sentencia, de suerte que su control judicial necesariamente debe agotarse en la audiencia

prevista para la depuración de lo que ha de soportar la orientación del fallo que ha de proferirse.

Además, si las partes e intervinientes no pueden pedir la práctica de pruebas para demostrar supuestos de hecho que han sido sustraídos del debate, es claro que ya en la audiencia preparatoria debe quedar decidido cuáles son las estipulaciones celebradas que serán incorporadas en el juicio, porque sólo así será posible para el Juzgador establecer si algunas de las pretensiones probatorias presentadas por la Fiscalía, la defensa, el Ministerio Público y la víctima son inadmisibles por ocuparse de hechos que han sido objeto de convenio.

Lo anterior implica que en la audiencia de preparación del juicio las partes no sólo deben anunciar si tienen la intención de celebrar estipulaciones probatorias, sino que tienen también la carga de identificar su contenido para que los intervinientes y el funcionario de conocimiento tengan elementos de juicio suficientes para ejercer el control material de pertinencia y legalidad que les compete, con base en los supuestos aludidos anteriormente.

Autorizadas, las estipulaciones y verificada su legalidad y pertinencia, ya en el juicio oral le corresponde a la Fiscalía o la defensa – cualquiera de ellas, porque ambas toman parte en su celebración y tienen interés en aportarlas - presentarlas ante el funcionario de conocimiento y solicitar su incorporación a efectos de que puedan ser tenidas en cuenta por el fallador al momento de resolver de fondo la controversia.

El debido proceso para la formación de la estipulación como prueba no impone la entrega de anexos para soportar el hecho objeto de aquella, como ya se ha señalado.

Puede ocurrir que un documento dé cuenta de una pluralidad de premisas, entre ellas la que fue materia de pacto por las partes, por lo que la solicitud y decreto de esa prueba documental será inadmisibile si se pretende su incorporación para acreditar la misma hipótesis convenida por Fiscalía y Defensa, pero puede ser pedido y admitido como prueba si lo que se quiere es comprobar un supuesto diferente al que constituye el objeto de la estipulación.

Supóngase que la Fiscalía y la defensa acuerdan tener por demostrado que S es el propietario del vehículo de placas ABC-123, según consta en el correspondiente certificado de matrícula. En esa lógica, resultaría inadmisibile que se pretendiera el decreto e incorporación de dicho documento para demostrar la titularidad del

derecho de dominio sobre el rodante, porque esa hipótesis fáctica fue sustraída de la controversia. Pero esa prueba documental sí podría ser solicitada por partes e intervinientes para acreditar otros supuestos fácticos relevantes allí contenidos, verbigracia, las características físicas del automóvil, la fecha del traspaso, sus propietarios anteriores, entre otros.

Igual sucede, desde luego, con la prueba testimonial, habrá de rechazarse la que sea solicitada para probar supuestos fácticos estipulados, pero si un declarante, además de tener conocimiento personal y directo de aquellos, aprehendió por sus sentidos circunstancias de hecho que resultan relevantes para la solución del caso y distintas de las que fueron sustraídas del debate, podrá practicarse la prueba en lo que no guarde identidad con el objeto de las estipulaciones.

Con todo, aunque la audiencia preparatoria constituye el escenario legalmente previsto para que las partes celebren estipulaciones, nada se opone a que tales acuerdos se realicen con posterioridad a esa diligencia, concretamente, durante el juicio oral. No existe una disposición que lo proscriba y, tratándose de un proceso de partes y de un acuerdo bilateral que se configura por la concurrencia de la voluntad libre de la Fiscalía y la defensa, no puede seguirse de ello afectación o menoscabo del debido proceso probatorio para ninguna de las partes e intervinientes.

Admitir la celebración de estipulaciones en el curso de la audiencia de juzgamiento es una posibilidad que respeta los márgenes de legalidad previstos en la Ley 906 de 2004, ello favorece la materialización del principio dispositivo que subyace a la lógica acusatoria, permite la depuración del debate con la consecuente realización de la justicia pronta y cumplida y garantiza la eficacia y celeridad en la actuación procesal.

En tal evento, desde luego, las partes deberán desistir de las pruebas que se hubiesen decretado para probar los hechos objeto de la estipulación, y no podrán practicarse las que, habiendo sido solicitadas por la víctima o el Ministerio Público, se ocupen de supuestos de hecho idénticos a los convenidos.

Esta facultad de presentar estipulaciones en el debate oral tiene como límite el que aún no se hubiere agotado la práctica de la prueba sobre lo que es materia de convenio.

2.8 El control material de las estipulaciones por el juez.

Según quedó esbozado precedentemente, las partes están en libertad de estipular **hechos** respecto de los cuales no tengan controversia para simplificar el debate probatorio, de suerte que todos aquellos convenios que no versen sobre hipótesis fácticas escapan al ámbito del instituto y devienen ilegales, por ende, deben ser rechazados por el funcionario, con la salvedad referida en esta providencia sobre la idoneidad probatoria del documento no original.

En ese orden, compete al Juzgador verificar que el hecho o los hechos estipulados estén relacionados directa o indirectamente con lo que es materia de debate en el proceso, o lo que es igual, que los acuerdos sean pertinentes, en los términos del artículo 375 ibídem.

Con todo, lo anterior no puede entenderse en el sentido de proscribir cualquier estipulación dirigida a que se tengan por demostrados hechos que de alguna manera se relacionen con la estructura típica de los delitos atribuidos al acusado o con su participación en los hechos investigados, atendidas las particularidades del caso concreto. Nada obsta para que, verbigracia, la Fiscalía y la defensa acuerden tener por acreditado que el imputado disparó el arma homicida, o para que convengan admitir la realidad de la conducta punible, pues por vía de tales estipulaciones no se compromete la responsabilidad penal de la persona investigada ni se configura la renuncia del derecho a defenderse.

Así las cosas, el último control material que le corresponde adelantar al funcionario judicial respecto de las estipulaciones anunciadas es el de constatar que las mismas no comporten la afectación de las garantías procesales fundamentales del sujeto pasivo de la acción penal, concretamente, que no se admita por esa vía la responsabilidad de la persona investigada.

Ahora, la existencia material o el contenido y alcance fáctico de los pactos probatorios, según lo tiene dicho la Sala,⁴⁶ sólo pueden decidirlos la Fiscalía y la defensa, son las partes las legalmente facultadas para suscribirlos y precisar qué es aquello que desean tener por acreditado, legitimación que no tienen el Ministerio Público ni la víctima.

Sin perjuicio de lo anterior, al funcionario judicial concierne procurar el cabal entendimiento de lo pactado, velar porque el

⁴⁶ CSJ AP, 13 jun. 2007, rad. 27.281. Reiterado en CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

significado de lo estipulado sea diáfano e inequívoco, con el propósito de conjurar cualquier duda potencial sobre lo pactado⁴⁷.

En dicho control, no sobra anotar, no le está permitido al Juez sustituir la voluntad de las partes en la estipulación, ni complementar o modificar el sentido de lo pactado, porque en el esquema procesal de tendencia acusatoria el funcionario de conocimiento carece de iniciativa probatoria, al punto que el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, acorde con los principios que le subyacen, proscribire expresa y absolutamente el decreto de pruebas de oficio.

Así, de cara a la celebración de estipulaciones probatorias, al fallador le es exigible verificar que i) se refieran a hechos o circunstancias fácticas, o al valor probatorio atribuido a la copia de un documento; ii) el objeto de los convenios sea pertinente a lo que se debate; iii) no resulten comprometidas por esa vía las garantías de las partes e intervinientes, y; iv) que su sentido y alcance del convenio sean claros e inequívocos.

Ese control también lo ejercen la víctima y el ministerio público en la fase de formación jurídica de la estipulación, como ya se tuvo oportunidad de decirlo.

2.9 La retractación de las estipulaciones probatorias.

A diferencia de lo que sucede con otras manifestaciones de la justicia negociada y del principio dispositivo que subyace al sistema de tendencia acusatoria – el allanamiento y los preacuerdos - respecto de los cuales la legislación adjetiva expresamente proscribire la retractación con posterioridad a la aprobación impartida por el Juez⁴⁸, en relación con las estipulaciones probatorias no existe una disposición que proscriba el arrepentimiento de marras.

En ausencia de un precepto legal que regule la materia, la Sala ha sostenido que las estipulaciones suscritas adquieren la condición de irretractables e inmodificables desde el momento en que el juzgador, en la audiencia de juicio oral, resuelve autorizar su ingreso al acervo probatorio:

«...deben ser introducidas en el juicio oral, y al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irretractables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria, por constituir el juicio

⁴⁷ CSJ AP, 11 sep. 2014, rad. 41.505.

⁴⁸ Art. 293, L. 906/2004.

oral el escenario natural para introducirlas a fin de que surtan sus efectos procesales»⁴⁹.

El criterio jurisprudencial señala implica entonces que, a partir de la incorporación de la estipulación al juicio oral, el contenido del convenio no es susceptible de variación o desistimiento.

Esta doctrina, a mi juicio, como lo he sostenido en anteriores salvamentos de voto, debe ser variada por las siguientes razones:

2.9.1 El criterio, **que no distingue entre la retractación unilateral y la de común acuerdo y, por lo tanto, avala tanto la una como la otra**, no se ofrece problemático cuando son ambas partes las que de consuno resuelven rescindir de una estipulación en el juicio oral antes de que sea incorporada, porque las posibles consecuencias que de esa conducta se sigan para sus respectivas teorías del caso deben ser asumidas por ellas.

Sin embargo, **cuando una sola de las partes** resuelve desdecirse de una estipulación en el juicio oral, la parte contraria queda desprovista de prueba que le permita acreditar el hecho que se había acordado tener por demostrado, porque sobre éste, a la luz de la estipulación anunciada, no resultaba posible solicitar ni decretar medios de conocimiento adicionales en la audiencia preparatoria.

Dicho de otra forma, el anuncio de que un determinado hecho será objeto de estipulación supone que las partes se abstienen de pedir pruebas dirigidas a acreditar esa misma circunstancia fáctica, y si las piden, el Juez debe negarlas por ser inútiles y repetitivas⁵⁰; siendo así, tanto la Fiscalía como la defensa llegan al juicio sin elementos de conocimiento orientados a la demostración de los hechos estipulados, de suerte que si se autorizara que una de ellas se retracte de lo convenido antes de que la estipulación sea incorporada como prueba en la vista pública, la contraparte queda imposibilitada para probarlos por una circunstancia que no le es atribuible.

Quienes concurren al proceso penal tienen derecho a probar, esto es, a pedir y obtener el decreto de pruebas que requieran para sustentar sus respectivas teorías del caso en condiciones de igualdad, y ese derecho no puede verse limitado o menoscabado por circunstancias ajenas a su voluntad, se reitera, situación ésta última que se

⁴⁹ CSJ AP, 18 sep. 2014, rad. 42.720. Igualmente, CSJ SP, 11 sep. 2013, rad. 41.505.

⁵⁰ CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

presenta cuando luego de fenecida la oportunidad para elevar solicitudes probatorias una de las partes se desdice de lo estipulado.

En ese escenario, admitir la retractación unilateral de las estipulaciones hasta su incorporación en el juicio oral, podría comportar la violación a la defensa - si el perjudicado es el acusado - , y de igualdad de derechos, facultades y obligaciones para el Fiscal - si el lesionado es esta parte -; quien se arrepiente de introducir el acuerdo menoscaba la postura probatoria de la contraparte y aquél concurriría al debate en condición de ventaja.

De igual manera, podría legitimar conductas contrarias a los deberes de lealtad y buena fe, a cuya observancia irrestricta están obligados quienes concurren a la actuación porque son principios rectores que la rigen.

Para evitar la situación procesal indicada, de la que, se insiste, se sigue la violación de las garantías de las partes y la lesión de principios subyacentes a la estructura del proceso, podrían plantearse como hipótesis las siguientes, de las que sólo una de ellas resulta viable aplicar:

2.9.1.1. Primera hipótesis. Si una de las partes se retracta unilateralmente de una o más estipulaciones en el juicio oral antes de su incorporación, surge para la contraparte la posibilidad de solicitar en ese momento el decreto y la práctica de las pruebas que requiera para demostrar el hecho o los hechos que habían sido sustraídos del debate probatorio.

Esta solución, sin embargo, no es aceptable de cara a las previsiones normativas y jurisprudenciales aplicables a la materia. Se explica:

De acuerdo con la configuración legal del procedimiento penal (artículos 355 y siguientes), la audiencia preparatoria es el escenario previsto para que las partes enuncien y pidan los medios de conocimiento que pretenden hacer valer en juicio a efectos de demostrar sus respectivas teorías del caso, con la justificación de la pertinencia, conducencia, admisibilidad y legalidad de cada una de ellas.

Fenecido dicho acto procesal, como lo impone el principio de preclusividad, no es posible revivir debates atinentes a la preparación del juicio o la conformación del material probatorio con fundamento en el cual habrá de resolverse materialmente la controversia.

De ahí que, como expresamente lo prevé el artículo 374 de la Ley 906 de 2004, «*toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria*». Contrario sensu, no podrán practicarse en la vista pública pruebas que no hayan sido objeto de solicitud y decreto en esa oportunidad.

Desde luego, existen excepciones en las que es admisible que una o más pruebas no solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria sean pedidas y practicadas en el juicio, pero se trata de circunstancias extraordinarias previstas en la Ley, esto es, i) la prueba sobreviniente, en los términos del último inciso del artículo 344 *ibídem*, y ii) la prueba de refutación, consagrada en canon 362.

Adicionalmente, de manera igualmente excepcional, la jurisprudencia de la Sala ha permitido que el testimonio del acusado se reciba aun cuando no fue pedido en la audiencia de preparación del juicio, por tratarse de un medio de prueba *sui generis* revestido de especiales características íntimamente ligadas al derecho de defensa material⁵¹.

Cuando una parte queda desprovista de prueba como consecuencia de la retractación unilateral de una estipulación manifestada por su contraparte, no se configura ninguna de las situaciones que, conforme las reglas legales y jurisprudenciales recién señaladas, habilitan la solicitud y decreto de medios de conocimiento por fuera de la audiencia preparatoria, porque no existe una prueba **novedosa o desconocida** (condiciones inherentes a la prueba sobreviniente) de la que se haya tenido conocimiento luego de esa diligencia, ni se pretende impugnar el contenido de una prueba practicada a instancias del contrario (consustancial a la prueba de refutación)⁵², y tampoco se busca obtener el testimonio de la persona sometida a juicio.

Así las cosas, es claro que la retractación unilateral de una estipulación surtida en el juicio oral no es una circunstancia que permita a la parte perjudicada como consecuencia de ello pedir pruebas por fuera de la audiencia preparatoria.

2.9.1.2. Segunda hipótesis. En el curso de la audiencia preparatoria, las estipulaciones deben presentarse **con posterioridad** a la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas, de suerte que si alguna de las partes se retracta unilateralmente en el juicio de uno o más convenios, subsiste para el contrario la

⁵¹ CSJ AP, 12 nov. 2015, rad. 41.198.

⁵² CSJ AP, 20 ago. 2014, rad. 43.749.

posibilidad de obtener la práctica de las que necesite para demostrar los hechos que habían sido sustraídos del debate, porque fueron oportunamente pedidas y autorizadas.

Tampoco esta solución, según se explica seguidamente, se ajusta satisfactoriamente a la normatividad procesal penal:

El artículo 356 de la Ley 906 de 2004 establece el orden en que debe desarrollarse la audiencia preparatoria, así:

«Artículo 356. Desarrollo de la audiencia preparatoria. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

- 1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios...*
- 2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.*
- 3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.*
- 4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias...*
- (...)*
- 5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos...».*

Posteriormente, al tenor del artículo 357 de la codificación en cita, el funcionario *«dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión».*

Los pasos legalmente previstos para el agotamiento de esa diligencia no son arbitrarios ni caprichosos, sino que responden al orden lógico y progresivo que impone el adecuado desarrollo del proceso penal.

En efecto y, a modo de ejemplo, al acusado debe preguntársele si desea allanarse a los cargos **luego** de que conozca las pruebas pedidas por la Fiscalía y la sustentación de pertinencia, conducencia y utilidad ofrecida para cada una de ellas, porque sólo de esa manera puede adoptar una decisión informada sobre el particular, sustentada en el potencial material probatorio que será incorporado en la vista pública, que le permite evaluar la solidez del caso de la acusación y las probabilidades de ser vencido en juicio.

A su vez, las estipulaciones deben ser presentadas **después** de que la Fiscalía y la defensa han enunciado la totalidad de las pruebas que pretenden aportar en el juicio, pues únicamente conociendo los medios de prueba con que cuenta la parte contraria es posible para cada una de ellas discernir la conveniencia de celebrar estipulaciones probatorias a efectos de facilitar la controversia.

Con igual razonamiento, está establecido que las solicitudes de pruebas se realicen **ulteriormente** a la celebración y enunciación de las estipulaciones, porque una vez conozcan cuáles hechos se tendrán por probados, las partes pueden impetrar sus pretensiones probatorias, prescindiendo de las que estuvieren dirigidas a acreditar o controvertir las circunstancias fácticas pactadas.

Así lo ha entendido de antaño la Sala:

*«Cuando ya las partes conocen los elementos materiales probatorios y evidencia física de su contraparte, dan a conocer, conforme su particular teoría del caso, evidentemente planteada también con base en lo que se sabe ha recogido ésta, cuáles serán las pruebas que aducirán en el juicio –vale decir, las que allí se practicarán, por lo general de carácter testimonial, y los elementos materiales probatorios y evidencia física a aportar-, **sin establecer respecto de ello ningún tipo de argumentación de conducencia o pertinencia, sencillamente porque el objeto de la enunciación no es otro distinto a permitir el conocimiento de la contraparte, que faculte la etapa siguiente de estipulaciones probatorias.***

(...)

*Cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido en el momento de la enunciación, **es factible llegar a acuerdos respecto de los hechos y la forma de probarlos, con el claro cometido de evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria.***

(...)

Y si ello es así, esto es, que se estipuló probado un determinado hecho o circunstancia, desde luego que asoma improcedente solicitar o aceptar la práctica de pruebas que tiendan a demostrar o desvirtuar ese aspecto.

(...)

Ya decantado, por ocasión de las estipulaciones probatorias, qué de todo lo enunciado anteriormente, efectivamente habrá de llevarse al juicio para soportar la teoría del caso de las partes, estas tienen la obligación de solicitar al juez de conocimiento su aducción –artículo 357 de la Ley 906 de 2004-, con mención expresa de su pertinencia –artículo 375 ibídem-...»⁵³.

⁵³ CSJ AP, 29 jun. 2007, rad. 27.608.

Y es que el objeto de las estipulaciones es precisamente lograr la depuración el debate probatorio **en todas sus fases**, evitando que se soliciten, decreten y practiquen pruebas innecesarias, dirigidas a demostrar hechos respecto de los cuales existe consenso entre las partes.

Siendo así, las solicitudes probatorias deben naturalmente presentarse y sustentarse luego de celebrados y anunciados los acuerdos probatorios, y aquéllas no pueden ocuparse de supuestos fácticos que han sido objeto de estipulación⁵⁴, porque sobre estos no puede existir controversia de las partes.

En ese entendido, permitir que las estipulaciones se celebren y anuncien luego de efectuadas las solicitudes probatorias de las partes, con el propósito de que la eventual retractación unilateral de una de éstas no le genere perjuicios a la otra, tampoco se ofrece como una alternativa interpretativa ajustada a la legislación procesal penal.

2.9.1.3. Tercera hipótesis. El criterio jurisprudencial conforme el cual las estipulaciones *«al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irretractables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria»* debe precisarse y entenderse en el sentido de que la retractación que resulta admisible es la que promueven **de común acuerdo ambas partes**, caso en el cual, se insiste, pueden desdecirse de la estipulación hasta el momento en que sea incorporada como prueba en el juicio oral.

Ello es así porque de esa manera se deshace un acuerdo procesal que nació por decisión de las partes, sin que ello implique detrimento para los derechos o garantías de la defensa o la Fiscalía. Pero, para evitar agravios y garantizar la integridad de los principios subyacentes al sistema acusatorio, debe tenerse como regla que la **retractación unilateral** de las estipulaciones **es inadmisibles**.

Esta es la fórmula interpretativa por la que propugna la Sala, pues se ajusta a la normatividad vigente, consulta la naturaleza jurídica de las estipulaciones probatorias y los principios rectores de lealtad procesal y buena fe, y garantiza los derechos de las partes.

Las razones:

2.9.2. Las pruebas, en general, sólo ingresan al acervo probatorio luego de practicadas en juicio oral y de ser incorporadas por las

⁵⁴ CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28.212.

partes con la venia del Juez de conocimiento, y antes de ello la parte que las pide puede desistir de ellas⁵⁵; pero aunque las estipulaciones son, según quedó visto, pruebas de los hechos que se dan por acreditados, existen diferencias relevantes entre estas y los demás medios de conocimiento que imponen otorgarles tratamiento jurídico diferenciado en lo que al desistimiento o retractación respecta.

En efecto, las pruebas – testimonial, documental, pericial, o cualquier otra legalmente permitida – ingresan al proceso por **iniciativa exclusiva** de la parte interesada en obtener su práctica, previo decreto del juzgador, tienen relación directa con la teoría del caso de quien las reclama y sirven a los intereses de la parte a cuya instancia se incorporan al haz probatorio y por tanto el desistimiento por quien la solicitó no afecta los derechos de la contraparte.

En contraste, las estipulaciones probatorias surgen como consecuencia de la **iniciativa conjunta** de la Fiscalía y la defensa, nacen de un convenio procesal, se vinculan con la teoría del caso de los dos e interesan a ambas partes, no sólo a una de ellas. En este caso el desistimiento de una de ellas afecta los intereses de la otra.

Esas diferencias no permiten equiparar las pruebas ordinariamente consideradas y las estipulaciones probatorias en lo que atañe a la oportunidad para exteriorizar el desistimiento o la retractación.

Se insiste, cuando la Fiscalía o la defensa deciden de manera voluntaria desistir de la práctica de una o más pruebas propias en el juicio oral, ningún perjuicio se sigue de ello para el contrario, porque, como quedó dicho, aquéllas tienen un marcado interés de parte⁵⁶; en cambio, las estipulaciones por definición no interesan a una de las partes sino a ambas, y por ende, la retractación de la Fiscalía puede perjudicar significativamente a la defensa y viceversa.

2.9.2.1. Es principio general del derecho universalmente reconocido y aplicable en sus distintas especialidades – constitucional, administrativa⁵⁷ y civil⁵⁸, entre otras - que «*las cosas se deshacen como se hacen*», exteriorizado tradicionalmente con el aforismo latino «*in iure sicut fit ita solvitur res*». Es también una regla de hermenéutica para la interpretación de la Ley, según lo señala el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

⁵⁵ CSJ AP, 3 Jul. 2013, Rad. 40.620.

⁵⁶ CSJ AP, 25 Feb. 2015, Rad. 45.011.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias C – 028 de 1997, C – 983 de 2010, C – 630 de 2011.

⁵⁸ CSJ SC, 13 jul. 2005, rad. 00126.

Las estipulaciones probatorias, ya se dijo, son acuerdos o convenios procesales autorizados por la legislación adjetiva penal, que nacen a la vida jurídica y producen efectos en razón de la manifestación **conjunta** de voluntad de la Fiscalía y la defensa, exteriorizada de consuno para sustraer de la controversia uno o más hechos respecto de cuya ocurrencia o realidad no existe discusión para las partes.

Entonces, si es el consenso de las partes lo que determina la existencia de las estipulaciones, será también su aquiescencia común y unívoca la que pueda dar lugar a la desaparición del convenio luego de celebrado en la audiencia preparatoria o a la modificación de su contenido – hasta su incorporación en el juicio, porque a partir de entonces se integra al acervo probatorio -, tal y como lo impone el aludido principio general del derecho.

Por igual razón, ambas partes, de mutuo acuerdo, pueden desdecirse de las estipulaciones pactadas hasta su incorporación en la vista pública o modificar su contenido y alcance, y en tal evento cada una de ellas asume de manera libre, consciente y voluntaria las posibles consecuencias negativas que de ello puedan seguirse para sus respectivas teorías del caso.

Distinto sucede cuando la Fiscalía o la defensa piden, por ejemplo, el decreto de un testimonio, porque dicha solicitud procede por su propia iniciativa e interés de parte, por ende, basta su propia voluntad para que se desista de esa prueba hasta el momento de su práctica en el juicio.

2.9.2.2. De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, inserto en el título atinente a los principios rectores que rigen la actuación e informan la interpretación de la legislación adjetiva, *«todos los que intervienen en la actuación, **sin excepción alguna**, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe»*.

La aplicación y materialización de tales principios, los de lealtad y buena fe, resultan relevantes para el adecuado entendimiento de cuál es el momento procesal en el que resulta adecuado admitir la retractación de las estipulaciones.

El acuerdo celebrado entre la Fiscalía y la defensa en el sentido de dar por demostrados uno o más hechos relevantes para la correcta solución del caso tiene profundos efectos en los derechos de las partes, específicamente, en los del debido proceso probatorio, el derecho a probar y la igualdad, y por virtud de la trascendencia que reviste, su firmeza no puede quedar librada a la voluntad de una de

las partes que lo suscribe, menos aún, en perjuicio de las garantías de la contraparte, la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

La importancia que tienen las estipulaciones para las dos partes que las suscriben, los efectos que producen en el desarrollo del juicio oral y el debate probatorio y las incidencias que pueden seguirse de la retractación surtida en la vista pública, son circunstancias por virtud de las cuales resulta evidente la distorsión que puede sufrir la actuación de admitirse su desistimiento unilateral, y hacen patente la relevancia del estricto acatamiento de los principios de buena fe y lealtad en la materia.

Cuando la Fiscalía y la defensa, de manera libre, consciente y voluntaria, acuerdan celebrar convenios probatorios en la audiencia preparatoria, surge en cada una de las partes la convicción legítima de que sobre esos hechos no deberá adelantar ninguna actividad probatoria, y cualquier otra prueba orientada a acreditarlos es inadmisibles, amén de innecesaria; tanto es así, que en el desarrollo de la audiencia de preparación del juicio, como se sigue del tenor de los artículos 356 y 357 de la Ley 906 de 2004, el ofrecimiento de estipulaciones procede con posterioridad a la enunciación de las pruebas que la Fiscalía y la defensa pretenden hacer valer en juicio, pero **antes** de las solicitudes probatorias.

Las pretensiones probatorias de las partes están necesariamente determinadas por lo que se haya pactado, y ambas pueden abstenerse de reclamar medios probatorios relevantes para su teoría del caso, no porque hayan desistido de ese derecho o renunciado a ejercerlo, sino precisamente por virtud de la existencia de tales acuerdos; y si después de clausurada la etapa de preparación del juicio alguna de ellas resuelve retractarse de lo estipulado, la contraparte vería cercenadas sus posibilidades probatorias, porque basado en la convicción legítima y de buena fe sobre la existencia del pacto resultaba innecesario desplegar actividad probatoria alguna.

En este sentido, resulta importante reiterar que, como lo ha sostenido la Sala en relación con el allanamiento a cargos, pero con criterio en buena medida aplicable al caso aquí examinado, *«el mensaje para los diferentes intervinientes en el proceso penal, debe ser que **los compromisos han de asumirse con plena libertad y voluntad, pero que precisamente por ello no es posible, salvo vulneraciones graves y evidentes de derechos...retractarse de los mismos, con ostensible afrenta de los principios de lealtad, celeridad y economía procesal**»*⁵⁹.

⁵⁹ CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40.053.

2.9.2.3. Los medios suasorios, para adquirir la connotación de prueba, deben surtir el procedimiento previsto en la Ley para ese efecto, y ser presentados ante el funcionario de conocimiento con cumplimiento de los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad.

Por el contrario, las estipulaciones probatorias no están sometidas a tales formalidades, y su incorporación al acervo probatorio procede por vía de su simple enunciación e incorporación en la vista pública, por virtud del consenso de las partes.

Si esa anuencia es exteriorizada en la audiencia preparatoria, y el control de legalidad y pertinencia de lo pactado se agota en esa diligencia, allí mismo quedan constatadas las condiciones que habilitan su posterior introducción, y en virtud del principio de preclusividad se hace imposible desde ese momento deshacer el pacto por voluntad exclusiva de una de las partes.

2.9.2.4. La retractación unilateral de las estipulaciones, dada la ausencia de regulación legislativa en la materia y lo que emerge de un examen sistemático del proceso acusatorio, sus principios y valores fundantes, no es una solución atendible, por la afectación que ello implica, pues la interpretación de los institutos procesales debe propender por la más amplia garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la actuación y la eficacia en el ejercicio de la justicia, tal como lo imponen el artículo 10° de la Ley 906 de 2004 y la regla hermenéutica *pro homine*⁶⁰.

Negar la posibilidad de retractarse unilateralmente de lo pactado en la audiencia preparatoria no lesiona ninguna garantía de las partes, pero sí i) materializa en mayor medida los derechos a la igualdad y el equilibrio de las partes y el derecho a probar; ii) cristaliza el cumplimiento de los principios de lealtad, buena fe y seguridad jurídica; iii) reconoce las diferencias existentes entre las estipulaciones probatorias, que tienen origen consensual, y los demás medios de conocimiento; iv) evita la dilación innecesaria de la actuación ocurrida como consecuencia del desistimiento manifestado por alguna de las partes; y, v) se eliminan las posibilidades de dejar sin pruebas dado el retiro del convenio de una de las partes.

2.9.3. A modo de síntesis, entonces, ha de tenerse como regla que las estipulaciones celebradas y anunciadas en la audiencia

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia T – 191 de 2009.

preparatoria son susceptibles de retractación de común acuerdo por la Fiscalía y la defensa hasta su incorporación en el juicio oral, no así de manera unilateral, por una sola de ellas.

Lo anterior, sin perjuicio de que la violación de las garantías de las partes en la celebración de los convenios o la demostrada ocurrencia de un vicio del consentimiento en alguna de ellas pueda suscitar la rescisión de lo convenido o incluso, según cada caso, la invalidación de la actuación, lo que puede ser resuelto de oficio o a petición de parte.

Del caso concreto.

La Estipulación Nro. 4 no podía autorizarse porque se trata de excluir de debate probatorio el hecho indicante y la inferencia que establecen un indicio de responsabilidad en contra del procesado. Además, es contrario a derecho el anexo que se incorporó como prueba para ser valorada y que se hizo consistir en la hoja de vida.

La decisión sobre la Estipulación Nro. 9 la comparto íntegramente.

La Estipulación Nro. 10 presenta dos yerros para su ingreso al proceso como prueba. El objeto del pacto fueron normas jurídicas, el Manual de Funciones del Fiscal, no fueron hechos relativos a la conducta punible investigada. Pero además se obvió el debido proceso probatorio para la introducción de una prueba documental al expediente y se allegó la Resolución No. 2-1892 del 17 de agosto de 2007 a través de una estipulación, cuando se ha debido descubrir en la acusación, pedirse como prueba en la preparatoria y decretarse como tal como prueba documental para que en el juicio a través de un testigo de acreditación se allegara al expediente».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 08 ag. 2007, rad. 27962; CSJ SP, 10 oct. 2007, rad. 28212; CSJ AP, 14 nov. 2007, rad. 28635; CSJ AP, 19 ag. 2008, rad. 29001; CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 36445, y CSJ AP, 14 mar. 2012, rad. 36754.

4.7.4 El interrogatorio al indiciado no puede ser incorporado al juicio a través de estipulación probatoria

Extracto n. ° 313.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 44106 |
| Número de providencia | : | AP5589-2016 |
| Fecha | : | 24/08/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«La Sala considera que entratándose del testimonio del acusado, el único que puede renunciar a su derecho de guardar silencio sin que de ello se derive algún tipo de consecuencia adversa para su situación jurídica, es el propio procesado. Por lo mismo, en este caso concreto, no es factible que el interrogatorio que haya podido rendir ingrese a juicio a través de una estipulación probatoria, supliendo de esa forma el testimonio que pudiera emitir en la audiencia pública el acusado, menos si el mencionado interrogatorio no obstante estar consignado en un acta no tiene la calidad de documento, estos si posibles de aportar al juicio bajo la figura de las estipulaciones con el fin de sustraer de la discusión su contenido.

La entrevista que rindió el indiciado podría ingresar al juicio en la medida en que la Fiscalía la hubiese descubierto, siempre y cuando el acusado optara por declarar, pues recuérdese que mientras no renuncie al derecho a guardar silencio, la contraparte, en este caso la Fiscalía, no lo puede llamar como testigo. Y la finalidad de esa entrevista no sería otra que impugnar credibilidad o refrescar la memoria,

Por manera que, la Sala confirmará lo resuelto por el Tribunal en lo atinente a la estipulación número 9, esto es, no será incorporada al juicio, y la revocará en lo que concierne a las otras dos que si son aceptadas».

4.8 Cláusula de exclusión

4.8.1 Concepto y aplicación ante la existencia de pruebas ilícitas e ilegales: Teoría de los frutos del árbol envenenado y sus excepciones *-vínculo atenuado, fuente independiente y descubrimiento inevitable-*

Extracto n. ° 314.

| | | |
|---------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 31127 |
| Fecha | : | 20/05/2009 |

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La cláusula de exclusión, —tópico planteado por el libelista—, desde su consagración constitucional en el último inciso del artículo 29 del texto superior ha marcado la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca del régimen de la prueba ilícita, ampliado hoy no sólo a la infracción del debido proceso probatorio de cada elemento de convicción sobre su obtención, práctica y aducción, sino a cuando ello ocurre con la violación las garantías procesales o derechos fundamentales, de ahí que se hable de pruebas ilegales e ilícitas.

Tal postulado encuentra su desarrollo legal en los artículos 23, 445, 232, 237 y 360 de la Ley 906 de 2004 elevado como principio rector y garantía procesal que impone considerar nula de pleno derecho toda prueba que haya sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, aparejando su extracción del caudal probatorio así como de los elementos de convicción que sean consecuencia o su existencia dependa de ella.

Efectivamente, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se deriven de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que constitucional o legalmente no es válida, sin embargo, conforme con criterios basados en la jurisprudencia anglosajona de la “*Teoría de los frutos del árbol envenenado*”, (*fruit of the poisonous tree doctrine*) paulatinamente se han establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades al escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja para tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (*independent source*), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (*purged taint*) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho.

La Sala con anterioridad ha precisado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido

proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 23, 232, 237, 360 y 445

Extracto n. ° 315.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 32193 |
| Fecha | : | 21/10/2009 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«El vicio *in iudicando* de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan "nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con violación del debido proceso", imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 *ejusdem* en lo correspondiente con las elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de "inexistencia jurídica" y por ende de exclusión cuando de pruebas "ilícitas" o "ilegales" y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

En sentencia del 2 de marzo de 2005, la Sala de Casación Penal indicó:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

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

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

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, si que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

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

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba⁶¹.

La prueba ilícita como su propio texto lo expresa:

Es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita⁶².

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia -como la citada entre otras- que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (art. 224 C. Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 2 de marzo de 2005, radicado 18.103.

⁶² A. MONTON REDONDO, citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, en *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, pág. 18.

(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal).

La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los "actos de investigación" y "actos probatorios" propiamente dichos, es aquella:

en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley⁶³.

Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predicen "nulos de pleno derecho" y que, de consecuencia, dichos resultados de "inexistencia jurídica" de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las "inexistencias jurídicas" no pueden dar lugar a "reflejos de existencias jurídicas".

En efecto: si de acuerdo con los mandatos constitucionales del artículo 29 y de los artículos 23, 455, 232 y 360 de la Ley 906 de 2004, las pruebas como elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho por lo que deben excluirse, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con ese imperativo de la Carta Política a su vez desarrollado en el Código de Procedimiento Penal, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias».

⁶³ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto...*, ob. cit., p. 47.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 1, 12, 15, 28 y 29
Ley 599 de 2000, arts. 137, 178, 182, 184, 189, 190, 191, 192, 195, 196, 224, 286, 287, 289, 442 y 444
Ley 906 de 2004, arts. 23, 181, 232, 360 y 455

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 02 mar. 2005, rad. 18103; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 30214; CSJ SP, 31 jul. 2009, rad. 30838; CSJ AP, 24 ag. 2009, rad. 31900; CSJ AP, 14 sep. 2009, rad. 31500; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 33993; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34312; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34733; CSJ AP, 21 sep. 2010, rad. 33901; CSJ AP, 06 jul. 2011, rad. 36121; CSJ SP, 24 ag. 2011, rad. 35532; CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 37432; CSJ AP, 30 nov. 2011, rad. 37298; CSJ AP, 13 jun. 2012, rad. 36562; CSJ AP, 03 jul. 2013, rad. 37130; CSJ AP640-2014, CSJ SP10303-2014, CSJ SP10546-2015, CSJ SP9792-2015, CSJ AP098-2016; CSJ SP12158-2016, y CSJ AP1022-2016.

4.8.2 El juez de control de garantías puede declarar legales, ilegales o ilícitas las actividades investigativas, pero la discusión en torno de la exclusión de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad, sino en la preparatoria o, excepcionalmente, en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico

Extracto n. ° 316.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 36562 |
| Fecha | : | 13/06/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada **ilegal** con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de **ilícita**, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud.

El punto sobre la diferencia entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y las consecuencias de una y otra ha sido materia de análisis constante por parte de esta Corporación⁶⁴, en uno de cuyos pronunciamientos precisó⁶⁵:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita⁶⁶ es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.”⁶⁷

La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

“(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

“(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

“(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”⁶⁸.

Por otra parte, también la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se

⁶⁴ Entre otras, en autos de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1º de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621.

⁶⁵ Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621.

⁶⁶ Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103).

⁶⁷ Sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21.529.

⁶⁸ Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152.

traducía en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial⁶⁹. Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

*En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso⁷⁰, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, **“motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.”** (Subrayas por fuera del texto original)*

Conviene aclarar que la discusión en torno de la **exclusión** de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

⁶⁹ Lo cual convalidó en la sentencia T-233 de 2007.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.

Frente a dicho tópico, resulta oportuno aclarar que el juez de control de garantías, en relación con los actos de investigación y diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado, tiene tres posibilidades: declararlas legales, ilegales, o ilícitas.

En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y la intimidad.

La pregunta que debe hacerse dicho funcionario en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la Fiscalía debe ser si existieron, o existen –según se trate de control previo o posterior– motivos fundados para tal proceder, o si por el contrario, tal actividad responde al mero capricho de quien ostenta el máximo poder de represión como es el ejercicio de la acción penal, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.

En esto pensó la Corporación cuando aclaró:

“Valga decir, al Juez de Control de Garantías le corresponde establecer, tal como lo enseña la jurisprudencia constitucional, si determinada medida de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales practicada por la Fiscalía General de la Nación se adecua a la ley, y si es proporcionada, en cuanto contribuya a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”⁷¹

Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de **declararse legal** dicho procedimiento.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005.

Dicho control es, pues, preliminar, y limitado a estos tópicos y en el evento de no superar el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia de tal conclusión, **es la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación**, sin que le corresponda a dicho funcionario emitir decisión alguna en relación con la exclusión de los elementos hallados en dichas labores. Así lo ha entendido la Sala al precisar⁷²:

“Por consecuencia, el juez de control de garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del juez de control de garantías.”

Y claro, en esa reflexión debe considerarse que nada de lo hallado u obtenido en desarrollo de aquella labor declarada ilegal, podría ser utilizado como fundamento de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Sin embargo, lo obtenido en labores de investigación que fuere declarado ilegal por el juez de control de garantías, eventualmente podría ser susceptible de valorarse en el juicio, siempre que en la audiencia preparatoria, la Fiscalía logre su decreto por parte del juez con funciones de conocimiento, después de superar el análisis de la ilegalidad inicial, acreditando la existencia verbigracia de una de las excepciones a la exclusión, contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Así también, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría conducir a la **declaratoria de ilicitud** de los mismos, la cual se origina en violaciones graves a derechos fundamentales y contagia de manera insuperable a toda la actuación. Así lo ha precisado esta Corporación⁷³:

“Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Respecto de la ilicitud de dichos procedimientos, la Sala se ha ocupado específicamente de la captura en tales condiciones, sin perjuicio de que

⁷² Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310

⁷³ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

cobije también otros actos de investigación, en los cuales se violenten de manera grave derechos fundamentales, en las mismas condiciones de aquélla.

Así pues, a manera de conclusión en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías, sobre los procedimientos sometidos a su valoración:

- a) Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad;
- b) Si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud, con las consecuencias antes mencionadas; y,
- c) Si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad; evento en el cual, los hallazgos con vocación de convertirse en prueba, encontrados en la diligencia, tienen, en principio, vocación de que se analice su presentación en el juicio, tal como lo ha sostenido la Sala⁷⁴:

“Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.”⁷⁵

De suerte que, no es como lo plantea la representante del Ministerio Público una nueva discusión sobre los aspectos ya decantados en la audiencia preliminar, sino que, lo que se discute en la preparatoria, es la legalidad de la prueba, la cual, de no superarse, su consecuencia inexorable es la exclusión, y si la fuente de su contaminación es la ilicitud, no sólo se excluye, sino que, además se anula toda la actuación a partir de la realización de dichos actos».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 455

⁷⁴ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

⁷⁵ *Ibidem*.

4.9 Facultad de las víctimas en materia probatoria

Extracto n. ° 317.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 40330 |
| Fecha | : | 06/03/2013 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Esta Sala de la Corte de tiempo atrás ha venido prohiendo la intervención de las víctimas en desarrollo del proceso regido bajo las formas establecidas en la Ley 906 de 2004, en los términos concebidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-454 de 2006, por medio de la cual se introdujo dentro de la redacción del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, facultándola para hacer *“solicitudes probatorias”*, con la advertencia que tal habilitación se daba en *“igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”*⁷⁶.

Es por esto por lo que también ha puntualizado que la facultad para solicitar pruebas y, por contera, para impugnar la decisión que resuelve sobre ellas, debe valorarse a partir de quienes tienen la potestad para intervenir en su práctica, de tal suerte que si la Fiscalía y la defensa son las únicas partes llamadas a cumplir tal finalidad, las víctimas no están legitimadas para recurrir respecto de las pruebas que no solicitó directamente o por intermedio de la Fiscalía en las oportunidades que tenía para ese cometido.

Lo anterior bajo el entendimiento de que las víctimas tienen la carga de hacer causa común con la Fiscalía, pues esta es la titular de la acción penal, la dueña de la acusación y la única llamada a introducir las pruebas. Por lo tanto, las solicitudes probatorias de las víctimas como su disenso respecto de las pruebas admitidas a la defensa, son aspectos que debe canalizar a través del ente acusador como su único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertir en el debate oral⁷⁷.

En este sentido, la Sala tiene precisado:

“La Fiscalía no apeló esa negativa, como sí lo hizo el apoderado de las víctimas reconocidas, lo cual llama a cuestionarse si, tratándose de prueba

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de 7 de diciembre de 2011, radicación 35796.

⁷⁷ *Ibidem*

no pedida por este interviniente, está legitimado en la causa por la que aboga, o, lo que es lo mismo, si cuenta con interés jurídico para recurrir.

La respuesta debe ser negativa, por cuanto en el sistema procesal de la Ley 906 del 2004 la Fiscalía es la titular, la dueña, de la acción penal y la única habilitada para practicar las pruebas en el juicio, teniendo, además, la carga de probar la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado.

Lo establecido en el esquema procesal, especialmente para el debate probatorio del juicio oral, es un sistema de partes, donde cada una de ellas tiene la libertad de aportar medios probatorios, de retirarlos o de renunciar a ellos, contexto dentro del cual se tiene que si a una parte le es negada una prueba y expresamente se abstiene de controvertir esa decisión, tal proceder se impone entenderlo como renuncia a la introducción del medio rechazado.

Así, además, expresamente lo refirió la Fiscalía, pues adujo que se abstenía de interponer recursos, pues con las pruebas restantes probaría con suficiencia lo que pretendía acreditar con la negada.

En esas condiciones, cuando la parte renuncia de manera expresa a la práctica de una prueba, tal decisión es de su resorte exclusivo, sin que un interviniente pueda cuestionar el tema, y ello sucede cuando la víctima interpone recurso respecto de una negativa en la cual la Fiscalía estuvo conforme.⁷⁸

[...]

[...] la Fiscalía solamente interpuso recurso de reposición contra la decisión de autorizar la introducción en el juicio de las copias de los aludidos mandamientos de pago, no consideró necesario recurrir verticalmente la decisión de instancia, como sí lo hicieron el Ministerio Público y el Representante de las Víctimas.

En consecuencia, cuando la Fiscalía, como en este caso, no interpone subsidiariamente el recurso de apelación, debe entenderse que tal situación corresponde a una decisión de su resorte exclusivo sin que el Representante de las Víctimas esté legitimado para recurrir sobre un aspecto que sólo involucre a las partes.

En estas condiciones, indudable es que las víctimas carecen de interés jurídico para recurrir la decisión por medio de la cual el *a quo* accedió a la práctica en el juicio oral de las pruebas solicitadas por la defensa, por lo que la Sala se abstendrá de resolver la apelación interpuesta por su representante judicial».

⁷⁸ *Ibidem*

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 357

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ, AP, 7 dic. 2011, rad. 37596; CSJ AP2146-2015, CSJ AP2574-2015, CSJ AP5187-2015, y CSJ AP5173-2016.

Salvamento de voto Dra. María del Rosario González Muñoz:

«Con el respeto debido hacia las opiniones y el criterio ajenos, procedo a consignar las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto en relación con la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, a través de la cual se abstuvo de pronunciarse sobre el recurso de apelación promovido por el representante de la víctima contra la decisión adoptada durante la audiencia preparatoria por el Tribunal de Cali en el sentido de acceder a la práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa de la doctora TLM dentro del presente proceso que se sigue en su contra por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión y cohecho.

Previamente debo señalar que esta postura obedece a una mayor reflexión sobre la temática relacionada con los derechos de las víctimas en el marco del sistema penal acusatorio, acorde con los desarrollos internacionales y de la jurisprudencia constitucional, y que se ha visto reflejada en mis últimos salvamentos y aclaraciones de voto.

Pues bien, la Corte no ha debido tomar esa determinación, sino, a tono con los derechos, prerrogativas y facultades de dicho interviniente especial y con el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia ha vertido la Corte Constitucional, entrar a su análisis de mérito, valorando y sopesando la impugnación.

Las concretas razones de mi disenso son las siguientes:

Como primera medida he de destacar que la reformulación del rol de la víctima solamente se puede entender cuando se acepta, como tiene que ser, que ella ha quedado cubierta por lo que el sistema interamericano de derechos humanos denomina “*principio de la*

tutela judicial efectiva”, de amplio reconocimiento internacional⁷⁹. Este principio se caracteriza por establecer un sistema de garantías de naturaleza bilateral. Ello implica que garantías como el acceso a la justicia; la igualdad ante los tribunales; la defensa en el proceso; la imparcialidad e independencia de los tribunales⁸⁰; la efectividad de los derechos; sean predicables tanto del acusado como de la víctima.

La integralidad de la reparación comporta, actualmente, la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

Tal perspectiva entraña una modificación acerca de la teleología de las decisiones de la Administración de Justicia en el marco del sistema penal para acompañarlas con el modelo de Estado del cual hace parte, esto es, en el contexto de una democracia participativa y pluralista, donde resulta imperativo que los jueces, al emitir sus pronunciamientos, no se preocupen sólo por la corrección jurídica de sus decisiones sino también por armonizarlas con contenidos de justicia material porque, de lo contrario, no se habría avanzado desde el más rígido formalismo jurídico en donde el administrador de justicia se limitaba a no ser más que *“la boca de la ley”*, sin analizar o medir los efectos de sus decisiones frente a los ámbitos de protección que el conglomerado les ha deferido.

De ahí que el Estado, en este caso a través de sus jueces, falta gravemente a su deber de proveer un recurso judicial efectivo a las víctimas en uno cualquiera de los siguientes eventos: (i) no investiga, juzga y sanciona a los responsables de conductas punibles (ii) no se adelantan los procesos judiciales de forma seria, rigurosa y exhaustiva, (iii) no se tramitan con diligencia, celeridad y convicción, (iii) no se toman medidas para proteger a las víctimas, (iv) **no se les permite a éstas intervenir en los procesos o se limita su intervención haciendo nugatorios sus derechos** y (v) se dilata en el tiempo la definición del asunto.

A partir de 2002 la Corte Constitucional, en consonancia con los principios que inspiran el Ordenamiento Superior y la evolución jurisprudencial foránea, reconoció la necesidad de garantizar la participación de las víctimas en el proceso penal, como medio para hacer efectivos sus derechos.

⁷⁹ Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸⁰ Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, en la sentencia C-228 del 3 de abril de 2002, precisó que las víctimas y los perjudicados tienen intereses adicionales a la simple reparación económica⁸¹, en tanto les asiste el derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto.

Sin embargo, fue desde la expedición de la Ley 906 de 2004, norma rectora de la actuación, que las víctimas han alcanzado el lugar privilegiado que hoy se les atribuye. Sobre el particular, en sentencia del 23 de agosto de 2007, emitida por esta Sala en el radicado N° 28040, con ponencia de esta Magistrada, se destacó que

“El legislador penal de 2004, como nunca antes había ocurrido, incluyó los derechos de las víctimas en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal (artículo 11), con lo cual les adjudicó primacía sobre las demás disposiciones, en tanto las preceptivas allí contenidas tienen rango constitucional.

(...)

Esa nueva perspectiva plasmada en normatividades de carácter penal, pone de manifiesto que los derechos de las víctimas constituyen caro propósito de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho”.

Ahora bien, como ya se dijo, entre tales prerrogativas se encuentra la posibilidad de tener acceso a la administración de justicia, como medio para que ésta se concrete.

Al precisar el alcance del derecho a obtener justicia dentro de esta codificación procesal, la misma Corte Constitucional, siguiendo pautas contenidas en instrumentos internacionales, entre ellas las del sistema interamericano de derechos humanos ya reseñadas, en sentencia C-454 de 2006, indicó que éste “...incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas

⁸¹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, durante mucho tiempo entendió que el interés de la parte civil en el proceso penal se limitaba al resarcimiento de los perjuicios, y entonces cuando se le indemnizaba en los términos de su pretensión no podía intentar acciones que desmejoraran la situación del procesado. Así, por ejemplo, sentencias de 21 de enero de 1998, radicado 10166, y de 7 de octubre de 1999, radicado 12394. Tal línea jurisprudencial fue acogida en la sentencia C-293/95 por la Corte Constitucional y se mantuvo hasta el año 2002, cuando por medio de la decisión C-228/02, se autorizó a la víctima a intervenir en el proceso con finalidades diversas a las estrictamente económicas.

a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso”.

Precisamente, la efectiva realización de ese derecho guarda relación directa con la decisión de la cual disiento y, por ello, resulta trascendente, en tanto se trata de posibilitar a quienes tienen la calidad de víctimas, a un real y no simbólico acceso a la administración de justicia, en precisas oportunidades y circunstancias que garanticen el respeto de los particulares intereses de cada una de ellas, en todo caso consecuentes con la clase e intensidad de la afectación sufrida.

Ese ideal no se alcanza si se restringe su participación desde los albores de la etapa del juicio y se le priva de intervenir en actuaciones procesales trascendentes como, por ejemplo, la formulación de acusación, el descubrimiento probatorio y la audiencia preparatoria, oportunidades donde puede orientar la defensa de sus concretos intereses; más aún si se tiene en cuenta que éstos, por causa del tipo de afectación sufrida y de su intensidad, pueden ser distintos de los que inspiran a otros intervinientes.

Pero a mi modo de ver también se consolida la vulneración a una tutela judicial efectiva a las víctimas cuando se limita su intervención en el proceso penal impidiéndole algunas prerrogativas, como ocurre con la decisión de la cual me aparto donde se le niega la posibilidad de impugnar directamente, y no a través de la Fiscalía, decisiones relacionadas con la práctica probatoria, lo cual, además, entraña una evidente regresión frente a la Ley 600 de 2000, pues una vez constituida y reconocida la víctima como parte civil en el proceso, a tenor de lo normado en el artículo 86 de ese estatuto, contaba con la facultad de promoverlo sin mediación alguna, desventaja que no encuentra justificación si, como lo han decantado unánimemente esta corporación y el Tribunal Constitucional, la Ley 906 de 2004 supuso un avance notorio en los derechos de las víctimas.

Ahora, la hermenéutica por la cual abogo y que permite a la víctima impugnar en forma directa y sin la venia de ninguna otra parte o interviniente procesal las decisiones relacionadas con la práctica de pruebas, lejos está de resquebrajar la esencia del sistema penal acusatorio y, concretamente, del principio de igualdad de armas, pues es a partir de la audiencia de juicio oral donde con mayor énfasis se manifiesta su naturaleza adversarial y, en ese orden, es en ella donde la restricción a su intervención se aviene necesaria para evitar desequilibrios entre las partes.

La visión por la que propugno, además, se alinea decididamente con el desarrollo constitucional que a los derechos de las víctimas ha imprimido la Corte Constitucional, como así lo hizo a través de la sentencia C-209 de marzo 21 de 2007 al superar la veda establecida en los artículos 356, 358 y 359 de la Ley 906, pues los dos primeros originalmente limitaban a las partes en la audiencia preparatoria para solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o evidencia física específica y para solicitar la exhibición de elementos materiales de prueba, respectivamente, mientras que el tercero, por su parte, restringía a las partes y al Ministerio Público la petición de exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba, para en su lugar decretar la exequibilidad condicionada de estas disposiciones **en el entendido de que la víctima directamente también cuenta con tales facultades.**

Lo mismo había hecho ese Tribunal frente al artículo 357 *ibidem*, en la ya mencionada sentencia C-454 de junio 7 de 2006, declarando igualmente su exequibilidad condicionada “*en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, **en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía***” (negrillas fuera de texto).

Se argumentó en esta última providencia, pero igual tiene validez en el tema que concita la atención, que “*la naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado. No pretende desconocer la Corte las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (Art. 250.6 C. P.), sin embargo ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal*” (subraya fuera de texto).

Si ello se sostuvo frente a las solicitudes o práctica probatoria, con la misma lógica y razón debe operar en relación con la facultad de impugnar decisiones que en ese plano la afectan, como ocurre en el caso de la especie por haber accedido la judicatura a practicar pruebas solicitadas por la defensa, sólo bajo el exclusivo prurito de que la Fiscalía desechó del medio de impugnación viable.

Por consiguiente, para que el ejercicio de los derechos de las víctimas no se quede en un plano meramente retórico o simbólico,

considero que es necesario replantear la postura adoptada en la decisión tomada por la mayoría».

4.10 Facultad del Ministerio Público en materia probatoria

Extracto n. ° 318.

| | | |
|----------------------------|---|-----------------|
| Número de radicado | : | 30592 |
| Fecha | : | 05/10/2011 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | ÚNICA INSTANCIA |

«La ley procesal nada informa sobre las posibilidades de intervención del Ministerio Público en la facultad que la Fiscalía y la defensa tienen para hacer estipulaciones en orden a aceptar como probados alguno o algunos de los hechos materia de investigación, o sus circunstancias⁸².

Esto no significa que si el Ministerio Público observa que el acuerdo o la estipulación comprometen gravemente garantías fundamentales de alguna de las partes o intervinientes, porque por ejemplo desborda los marcos fácticos y circunstanciales sobre los cuales debe operar la estipulación, para incluir aspectos que comprometen la responsabilidad del acusado, o porque pone en riesgo los intereses que el ordenamiento le ha confiado, no se halle facultado para oponerse a dicha estipulación y provocar que el hecho o la circunstancia indebidamente estipulada, se tome por tal, y demandar que se disponga por el Juez su acreditación en el juicio.

Al efecto, considérese también el caso de que la estipulación establezca una incapacidad menor a la que realmente padeció la víctima de lesiones personales, o que no tiene en cuenta las secuelas producidas, o cuando observa que se determina una cuantía inferior a la que fue objeto de apropiación en el delito de peculado, o cuando se afirma que la conducta fue realizada por un particular siendo servidor público, lo que eventualmente incidiría en los términos de prescripción o la calificación jurídica del comportamiento, para solo mencionar algunos ejemplos hipotéticos que legitimarían la intervención del Ministerio Público en ese acto de partes.

De igual modo, está facultado por la ley procesal penal para solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de convicción que en su criterio no satisfagan los presupuestos de conducencia o

⁸² Art. 356, parágrafo, de la Ley 906 de 2004.

pertinencia, y excepcionalmente, para solicitar pruebas trascendentes en la definición del juicio que las partes pudieren haber omitido⁸³; además, para el cabal entendimiento del caso, una vez culminados los interrogatorios de las partes, puede formular a los testigos preguntas complementarias⁸⁴.

Cabe señalar que dicha facultad de iniciativa probatoria, debe ser celosamente ponderada por el Juez⁸⁵, más que por las partes intervinientes, toda vez que la normatividad le adscribe a aquél, como tercero supraparte en el proceso, el deber de preservar el equilibrio entre acusación y defensa. [...] ».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

4.11 La decisión del juez debe ser clara, precisa y expresa

Extracto n. ° 319.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 46109 |
| Número de providencia | : | AP5911-2015 |
| Fecha | : | 08/10/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«(i) Del principio de igualdad de armas en el proceso penal.

La Ley 906 de 2004 se encuadra dentro de una perspectiva acusatoria, regida, entre otros, por el principio adversarial, en la cual se reclama respeto integral por las posibilidades de contradicción y controversia, en el denominado «*proceso de partes*».

Bajo esta perspectiva, el legislador dispuso en los artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del referido compendio normativo, un procedimiento de depuración probatoria que debe llevarse a cabo en la audiencia

⁸³ Artículo 357 de la Ley 906 de 2004.

⁸⁴ Debe precisarse que la facultad de interrogar y contrainterrogar a los testigos, está a cargo del fiscal y de la defensa, respectivamente, de manera que las posibilidades del Ministerio Público de formular preguntas, nunca pueden superar el propósito de complementariedad contemplado en la norma.

⁸⁵ Artículos 4 y 5 de la Ley 906 de 2004.

preparatoria, en el cual las partes (Fiscalía y defensa) e intervinientes procesales (Ministerio Público y víctima) a más de dirigir sus solicitudes a la admisión de las evidencias que pretenden sean sometidas a contradicción en la audiencia de juicio oral, peticionan la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de las postuladas por su contradictor, en este último evento, ya sea por considerarlas impertinentes, inútiles, repetitivas o por estar encaminadas a probar hechos notorios⁸⁶.

En este contexto de debate dialéctico, los roles de quienes intervienen en audiencia preparatoria estarán plenamente definidos; así, la Fiscalía peticionará la práctica de las pruebas que estén dirigidas a sustentar la acusación y la necesidad de la pena; las víctimas las que conduzcan a demostrar la responsabilidad penal del acusado⁸⁷ y, excepcionalmente, el Ministerio Público, solicitará la práctica de aquellas que no habiendo sido requeridas por las partes, pudieran tener esencial influencia en el resultado del juicio. Por su parte, la defensa solicitará se admitan las evidencias que confutan las allegadas por el acusador y, por ende, confirman su inocencia o atenúen su situación jurídica.

Así, entonces, el ritual de la audiencia se desarrollará entre la solicitud de pruebas que hagan las partes en orden a demostrar sus pretensiones; las cuales deben reunir tres exigencias para considerárseles admisibles: (i) que se refieran directa o indirectamente a los hechos de la acusación – pertinencia-; (ii) que se requieran para el juicio oral – utilidad- , y (iii) resulten legalmente obtenidas o recolectadas.

Esa carga argumentativa que se le impone cumplir a las partes procesales, con el fin de que sean acogidas sus peticiones probatorias por el funcionario judicial, cumple una doble función en esta fase de la actuación, pues a más de poner en evidencia la estrategia defensiva de la contraparte, en procura de que ejerza su derecho a controvertir, posibilita que el funcionario judicial, ante esa breve exposición fáctica que contienen las alegaciones, determine o establezca los hechos a probar y el material probatorio a practicar, los cuales constituyen los insumos necesarios para proferir la decisión que delimitará el objeto del juicio oral, esto es, el auto de decreto de pruebas.

Para comprender la trascendencia de esa determinación en el proceso penal, resulta importante resolver el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significa la admisión de evidencias para juicio oral? En orden a dar una

⁸⁶ En ese mismo sentido: CSJ, AP del 22 de junio de 2011, radicado 36611; AP del 26 de febrero de 2014, rad. 43176; AP del 13 de junio de 2012, rad. 36562; AP del 8 de mayo de 2014, rad. 43481.

⁸⁷Corte Constitucional, sentencias C-454 de 7 de junio de 2006: «declarará la constitucionalidad condicionada del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que los representantes de las víctimas, pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.»

respuesta plausible a dicho interrogante es necesario establecer el papel que se le asigna al juez en un sistema acusatorio.

Al respecto, basta señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, mediante los cuales se implementó el sistema penal acusatorio en Colombia, consagran principios implícitos que determinan el rol del juez como un tercero imparcial, tales como *la separación categórica de funciones de acusación y juzgamiento*⁸⁸ y la prohibición del decreto oficioso de la prueba (artículo 361 del C.P.P.)

Así, entonces, a esa controversia que libran las partes procesales en audiencia preparatoria debe dársele fin a través de una decisión emitida por quien, despojado de iniciativa probatoria en el nuevo esquema procesal⁸⁹, tenga la condición de árbitro⁹⁰ de la contienda, esto es, el Juez de Conocimiento; pues es éste el llamado a determinar con imparcialidad, pero sobre todo, de forma clara, precisa e inequívoca cuáles de las evidencias solicitadas por la Fiscalía, el acusado, la víctima⁹¹ y, excepcionalmente, el Ministerio Público cumplen con los requisitos de conducencia, pertinencia y licitud para ser admitidas o, en su defecto, rechazadas o excluidas.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es posible concluir que el ejercicio cabal del derecho a controvertir las pretensiones probatorias de la contraparte cumple su propósito cuando el funcionario judicial determina de manera inequívoca aquello que va ser objeto de conocimiento en el juicio oral, mediante el proferimiento de un auto de decreto de pruebas, en el que se señale cuáles de los medios que pretenden introducir las partes e intervinientes procesales al debate oral son admitidos, cuáles rechazados y excluidos.

Así las cosas, si el referido debate no concluye con una decisión integradora de cada una de las respuestas que la judicatura debe otorgar a las múltiples solicitudes probatorias que le fueron planteadas por las

⁸⁸ «*el principio de separación categórica de funciones de acusación y juzgamiento, característico del sistema acusatorio, en el que existe una pérdida de tradicionales poderes, competencias o atribuciones del juez, que se trasladan a la Fiscalía otorgándole el monopolio estatal para investigar y acusar, al tiempo que se le despoja de la facultad de afectar derechos fundamentales y de tomar decisiones con valor de cosa juzgada, las cuales deben provenir de un tercero imparcial y no de una parte procesal.*» CSJ, AP del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570.

⁸⁹ Artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

⁹⁰ «*la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y del, otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades del orden constitucional y legal.*» C.C. Sentencia C-396, mayo 23 del 2007.

⁹¹ La Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007 declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 378, 391 y 395, entre otros, como normas que integraban la proposición normativa completa acerca de las facultades probatorias de la víctima. Ver al respecto, CSJ, SP del 20 de mayo de 2009, radicación 30782.

partes e intervinientes procesales, ya sea porque el Juez incurre en una omisión dentro de la dinámica dada a la audiencia preparatoria⁹² o a causa de la falta de motivación de su proveído⁹³, el debate probatorio se prolongará o extenderá a la audiencia de juicio oral, en razón a que no se ha delimitado aquello que va ser objeto de conocimiento en el juicio oral, generándose allí una falencia que afectará los principios de celeridad y concentración en la fase subsecuente; tal como lo precisara en reciente pronunciamiento esta Corporación al considerar:

“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”⁹⁴.

Esa es la razón por la que en un esquema acusatorio no debe dársele cabida a decisiones confusas, ambiguas, inciertas o dudosas, menos aun cuando se trate de aquellas cuyo propósito es definir las armas probatorias con las que contarán las partes para demostrar su particular teoría del caso.

De igual forma, en un proceso dispositivo no es posible que existan decisiones implícitas, pues en el evento en que el funcionario judicial responda parcialmente a las solicitudes probatorias de las partes, debe aceptarse que estará vulnerando de inmediato uno de los pilares del sistema adversarial, cual es la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales, más conocida como *“igualdad de armas en el proceso penal”*, toda vez que, en una fase siguiente, las falencias que alberga su proveído se harán evidentes, ya sea porque ante la imposibilidad de ingresar o practicar un medio probatorio la parte afectada así lo alegue o, como en el caso presente, el Juez en aras de sanear o enmendar su error se verá

⁹² CSJ, Sentencia del 29 de junio de 2007, radicado 27608.

⁹³ «La estipulación de la falta de motivación como causal de procedencia de la tutela contra sentencias propende por la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, cuestión que, adicionalmente, les permite ejercer su derecho de contradicción. Así, al examinar un cargo por ausencia de motivación de una decisión judicial, el juez de tutela deberá tener presente que el deber de presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan un fallo es un principio basililar de la función judicial que, de transgredirse, supone una clara vulneración del debido proceso».

⁹⁴ CSJ, AP 2421-2014, radicado 43481.

impelido a adoptar determinaciones que privilegian o dan supremacía a una de las partes, en tanto fallará conforme a sus propios prejuicios.

Por la misma razón anteriormente expuesta, en un debate dialéctico, no deben prosperar las pretensiones probatorias tácitas o *sobreentendidas*, ni mucho menos avalarse las decisiones implícitas, pues tanto las unas como la otras, en últimas, son nugatorias de la facultad de confutar o, si se lo prefiere, violatorias del derecho a controvertir e impugnar.

Dicho de otra forma, resulta un imposible discutir y confrontar razonamientos y argumentaciones que se desconocen por no haber sido expresadas.

(ii) Cargas procesales de quien invoca la prueba.

Segundo, en razón al carácter esencialmente adversarial que gobierna el sistema penal acusatorio, las partes e intervinientes, durante el curso de la audiencia preparatoria, están facultados para solicitar al Juez de Conocimiento la aducción de aquellos elementos materiales probatorios que pretenden llevar al juicio en apoyo de su teoría del caso, teniendo estos la obligación tanto de hacer mención expresa de su pertinencia y utilidad – artículo 375 del C.P.P-, como de estar vigilantes a la respuesta que profiera el funcionario judicial a sus peticiones probatorias, pues se itera, es éste quien de manera imparcial debe determinar de manera inequívoca cuáles de las pretensiones probatorias son admitidas o, por el contrario, rechazadas, mediante un auto interlocutorio que posibilite su controversia.

Desde luego, la naturaleza y trascendencia de la impugnación permite advertir evidente que su función no es la de servir de medio de expresión de las partes ante la emisión de un auto de decreto de pruebas en el que no se le ha dado respuesta a cualesquiera de sus solicitudes probatorias (admisión, rechazo, exclusión, interrogar directamente a los testigos de la defensa), toda vez que esa clase de inconformidad debe plantearse en el término del traslado que precede a la toma de esa decisión; razón por la que operaría por vía de consecuencia, como mecanismo de contradicción de lo resuelto, precisamente por entenderse que allí no se tuvieron en cuenta las argumentaciones o peticiones realizadas previamente por el afectado.

Así las cosas, en el evento de omitirse resolver sobre solicitud probatoria de las partes, una vez agotado el traslado a éstas del auto de decreto de pruebas proferido en audiencia preparatoria, lo resuelto emerge no solo inmotivado, sino vulnerador del derecho de contradicción, razón por la que se habilita la posibilidad de acudir al instituto impugnatorio para

restablecer el menoscabo ocasionado a la parte, dado que ya se eliminó una posibilidad de intervención de estas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 356, 357, 358, 359, 360, 362 y 375

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP2421-2014, CSJ AP5798-2016, y CSJ AP6980-2016.

4.12 Recursos contra el auto que decide acerca de las solicitudes probatorias

Extracto n. ° 320.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47469 |
| Número de providencia | : | AP4812-2016 |
| Fecha | : | 27/07/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«La jurisprudencia de esta Corporación frente al tema de debate no ha sido pacífica, pues, en decisiones CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta.

La Corte, en determinación del 13 junio de 2012⁹⁵, que se estima la vigente, señaló lo siguiente:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátase de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

⁹⁵ CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley.

Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudar la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión.

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con

exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.

También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...).

Pero, por otra parte, la Sala llama la atención en el sentido de que la posibilidad de la apelación está restringida al interés procesal, esto es, que sólo tendrá vocación impugnatoria el sujeto procesal que ha pretendido en la audiencia preparatoria que la prueba con cuyo decreto está inconforme, sea rechazada, excluida o inadmitida”.

En el anterior contexto, la apelación de la defensa respecto de la negativa del Tribunal de excluir algunas peticiones probatorias de la Fiscalía resulta procedente, razón por la cual la Sala procede a su revisión.

Ahora bien, examinadas al detalle las posturas antagónicas, vale decir, la que se inclina por negar el recurso de apelación al auto que admite pruebas, y la que lo concede, estima la Sala necesario reformular la tesis vigente, arriba transcrita en lo sustancial, en tanto, advierte que allí se desconoce el tenor de lo que la ley consagra al efecto, pasando por alto, también, la naturaleza diversa que comportan las decisiones de aceptación y negación de medios probatorios, conforme la finalidad que anima el proceso penal, sin tomar en consideración, además, principios básicos de la sistemática acusatoria condensada en la Ley 906 de 2004.

Las razones que obligan modificar la jurisprudencia de la Sala, se modulan así:

Libertad de configuración legislativa.

La Corte Constitucional en CC C-1104/01, señaló:

“Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso – reposición, apelación u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos – positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio”

Luego, esa misma autoridad judicial indicó lo siguiente en CC C- 738/06:

“si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal decisión, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Más todavía, puede con la misma limitación, suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política”. Y por último, también hace parte del poder de configuración legislativa en materia procesal, con relación a los recursos contra las decisiones judiciales, precisamente el no consagrarlos. Incluso en materia penal, donde la doble instancia es de especial trascendencia, la jurisprudencia ha dicho que no es forzosa para todos los asuntos que son materia de decisión judicial, “pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales”.

De conformidad con el anterior derrotero jurisprudencial, es dable señalar que el tema referido a la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por los jueces en el proceso, no necesariamente corresponde a criterios constitucionales, ni a postulados principialísticos del procedimiento, dado que es el legislador, en cada caso concreto, el llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Nacional.

No puede desconocerse, eso sí, que existe un límite a ese poder de configuración legislativa, específicamente orientado a impedir la vulneración de los derechos fundamentales de las partes; para garantizar el respeto de ellos, se han definido los siguientes criterios, recogidos en CC C-227/09:

“i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”.

Lo anterior se traduce en que, salvo la necesidad de atender los límites antes indicados, el legislador ordinario es el facultado para decidir las excepciones que caben a la posibilidad de interponer recursos dentro de cada estatuto procesal.

Principio de la doble instancia.

Importante es anotar que por su carácter y efectos, el proceso penal cuenta con un plus protectorio que obliga mirar con mayor detenimiento el tema, en tanto, aspectos tales como el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, reclaman de condignos medios efectivos que los materialicen en la práctica.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14, numeral 5°, indica que *«toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»*.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el canon 8, numeral 2°, literal h, señala que toda persona tiene *«derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior»*.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el canon 31 preceptúa que *«toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley»*.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de doble instancia como norma rectora, en su artículo 20, señalando que *«Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación»*.

Para la Sala es dable concluir, de acuerdo con el recuento normativo antes reseñado, que, i) la apelación puede ser promovida en todo caso contra la sentencia, y ii) en materia penal no todo auto es apelable, pues, si bien, el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, consagra la alzada para los autos interlocutorios, limita dicha posibilidad a tres concretas circunstancias (decisiones que se refieran a la libertad, afecten la prueba o tengan efectos patrimoniales), pero, además, incluso en estos casos advierte que pueden presentarse excepciones, las cuales deben consignarse en el mismo código.

En suma, solo tres tipos de autos interlocutorios pueden ser recurridos en apelación, siempre y cuando no exista respecto de alguno de ellos una excepción legal.

En seguimiento de la norma rectora y respecto de la impugnación de los autos que deciden sobre la exclusión, rechazo o admisibilidad de pruebas en el juicio, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en sus numerales 4° y 5°,

preceptúa que la apelación se concederá en el efecto suspensivo contra, «(...) 4. El auto que deniega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral».

La forma en que el legislador reguló el tema de las pruebas y la posibilidad de impugnar las decisiones que los jueces toman sobre ellas, da cuenta de su intención expresa de diferenciar en qué eventos proceden o no los recursos contra dichas determinaciones, aspecto que no sólo corresponde a la libertad de configuración legislativa que le asiste, sino que por sí mismo no contraría el bloque de constitucionalidad o las normas rectoras que gobiernan el proceso penal vigente.

En este sentido, la Sala advierte sin dubitación alguna que la intención del Legislador va dirigida a que se puedan impugnar las providencias que **afectan** la práctica de las pruebas.

De cara a este aspecto, esto es, el que gravita sobre el concepto de afectación de la prueba, resulta importante traer a colación lo dicho en CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298:

(...) pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio, el significado que en este contexto tiene el vocablo afectar no es otro que el de "...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo..."

Por tanto con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.

En principio, puede parecer sugestiva la tesis inserta en el apartado transcrito, cuando se acude al tópico gramatical.

Sucedo, sin embargo, que en previa acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la número 4, se define afectar como: «Atañer o incumbir a alguien».

Puede colegirse, entonces, que perfectamente el legislador, al utilizar el término afectar, no se refirió necesariamente a lo que perjudica o causa daño, sino apenas a lo que atañe o incumbe a la práctica probatoria.

Y es por ello que después, en seguimiento del apartado del artículo 20 en cuestión, en el cual se advierte que dicha facultad de impugnación opera "*salvo las excepciones previstas en este código*", señaló en el canon 177

ibidem, que la posibilidad de apelar únicamente se aplica respecto del interlocutorio que niega la práctica de pruebas en el juicio oral.

La expresión denegar no conlleva ninguna duda sobre su contenido, no sólo porque respeta el alcance del artículo 20 tantas veces citado, en especial la facultad allí consignada para excepcionar, sino porque su manifestación literal no deja margen a interpretación distinta.

Por lo demás, es necesario resaltar, si se dijera que el numeral cuarto en reseña no comporta los efectos que su literalidad claramente indican, habría que concluir que ninguna razón de ser tiene su inclusión normativa, pues se le vacía completamente de contenido si se afirma que también los autos que decretan pruebas pueden apelarse, evidente como se hace que la disposición jurídica en comento nunca se refiere a éstos casos, ni en el efecto suspensivo, ni en ninguno otro.

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

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

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

La razón de la diferenciación emerge evidente.

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

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

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

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

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

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

De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

En otro orden de ideas, el argumento referido a que el artículo 363 del CPP - atinente a la suspensión de la audiencia preparatoria durante el trámite de la apelación sobre pruebas-, no distingue el sentido de la decisión impugnada, es fácilmente controvertible, pues, de un lado, la norma no se refiere a la solicitud probatoria de las partes, sino a la necesidad de suspender la diligencia en su integridad, razón por la cual no tendría por qué precisar si la apelación se está surtiendo sobre la negativa o aceptación; y del otro, ya se tiene claro que en caso de solicitarse la exclusión de un elemento probatorio para ingresar al juicio, sí es posible impugnar la aceptación, lo que conduce a concluir que el artículo no podía limitarse a la negativa en cuestión.

Atinente al fundamento vertido en la postura que hoy se reconsidera, según el cual es dable la apelación de la providencia que accede a una prueba, toda vez que el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en su inciso segundo, incluye como determinación contra la que procede la alzada en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada, la Corte debe señalar

que dicho argumento resulta etéreo y por completo ajeno al tema de debate, pues, pierde de vista el carácter excepcional de ese instituto procesal, en tanto, se trata, no de una decisión individual, sino de un diligenciamiento independiente que por la ostensible afectación del principio de inmediación – medular a la sistemática acusatoria y, en particular, al debido proceso probatorio-, obliga de tramitación especial, al punto que requiere la decisión, no del juez de conocimiento, sino de aquél que cumple funciones de control de garantías.

Adicionalmente, en atención a su especialidad y los derechos en juego, la decisión que admite abrir audiencia ante el juez de control de garantías para practicar allí la prueba anticipada, reclama de la posibilidad de apelación, cualquiera sea su sentido. Esto, por cuanto, para abundar en razones, es precisamente la aceptación de la prueba el factor que puede estimarse afecta más profundamente derechos.

Dígame, por último, que la Sala no puede advertir, y en la jurisprudencia que busca recogerse tampoco se especifica, cómo la posibilidad de que sólo la negativa a la práctica de pruebas pueda ser objeto de apelación, afecta el carácter adversarial del sistema acusatorio, como quiera que, ya se entiende suficientemente decantado, la filosofía del principio en cuestión no se agota o satisface apenas a través de ese medio.

En efecto, la estructura del proceso penal, que diseña escenarios diferentes en curso del mismo, permite observar la existencia de mecanismos de variada estirpe en los cuales se materializa el antagonismo propio de la adversarialidad propuesta, con plenas posibilidades de contradicción y confrontación.

En especial, limitados al tema probatorio, al interior de la audiencia preparatoria, el concepto adversarial se materializa, no a partir de la posibilidad de apelar la negativa de pruebas, sino en momentos anteriores, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, dado que las partes podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios suasorios que resulten impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales u obtenidos con violación de los requisitos formales; además, durante el desarrollo del juicio oral, se puede contrainterrogar a los testigos, o poner en tela de juicio la validez y contenido de documentos, o discutir respecto de los elementos materiales probatorios o evidencia física allegados, para no hablar de la posibilidad de allegar medios propios que se opondan a los de la contraparte.

Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede

apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).

Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.

En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.

Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.

De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.

Además de lo anotado, no puede pasar por alto la Sala cómo en la jurisprudencia vigente objeto de examen, se dice que con la posibilidad de apelar el auto que admite la prueba, se materializan los principios de depuración y eficacia.

Dejando de lado si el de depuración puede entenderse principio o no, y cuáles son su naturaleza y efectos, es lo cierto que la práctica judicial ocurrida con posterioridad a la expedición de la sentencia en comento, lejos de advertir cumplido el principio de eficacia, informa todo lo contrario.

En efecto, día a día se registra, de conformidad con los procesos que ingresan a la Corte, cómo esa habilitación para que se pueda impugnar la decisión que admite la prueba, ha sido utilizada a manera de mecanismo claramente

dilatorio del proceso, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.

Ello, en evidente contravía, no solo de lo que la norma registra, como se anotó ya, sino de los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y concentración.

Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 13, 29, 20, 176, 177-4, 177-5, 228, 229, 359 y 363

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP5587-2016, CSJ AP5798-2016, CSJ AP8489-2016, y CSJ SP179-2017.

Así mismo, vale la pena resaltar que en el auto AP5587-2016 el magistrado Eugenio Fernández Carlier salvó parcialmente el voto, considerando lo siguiente:

«[...] admito como regla, no absoluta, que el auto que decreta pruebas no tiene recurso, pero es el caso concreto el que permite determinar las excepciones, si hay o no lugar a la impugnación, por afectarse garantías del debido proceso probatorio.

En este caso para admitir que se debía resolver la protesta del censor solo y únicamente en lo que atañe a la prueba documental que se decretó y a la que me referiré posteriormente, me apoyo en dos supuestos, en la procedencia del recurso cuando se afectan garantías y en el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal que no autoriza iniciar el juicio oral sin resolverse la apelación de autos que relativos «*a las pruebas*».

El *a quo* decretó como prueba documental los expedientes con radicación 2007-00126 y 82942, el primero para analizar el comportamiento del procesado y el segundo para registrar las decisiones reprochadas.

No comparto que se decreten pruebas a cuyo amparo ingresen otros elementos que no están comprendidos en el núcleo de lo pedido y justificado, porque ello equivale a trasladar prueba de un expediente a otro sin agotarse el debido proceso probatorio.

La parte está en la obligación de identificar el medio de prueba que solicita, esa individualización debe ser expresa y específica, no genérica ni tácita».

5. PROHIBICIÓN DE QUE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO INCORPORE PRUEBAS DE OFICIO

Extracto n. ° 321.

| | |
|------------------------------|---------------|
| Número de radicado | : 43665 |
| Número de providencia | : SP3964-2017 |
| Fecha | : 22/03/2017 |
| Tipo de providencia | : SENTENCIA |
| Clase de actuación | : CASACIÓN |

«Precisamente, en Cfr. CSJ. SP 16 oct. 2013, rad 39257 y CSJ SP, 4 feb 2009, rad 29415, la Sala ha recalcado que el juez debe mantenerse *«ajeno al impulso oficioso de incorporar pruebas en la causa, ya que toda actitud mediante la cual por sí solo pretenda obtener el ingreso de elementos de conocimiento o de orientar el sentido de los propuestos por los intervinientes, hace evidente una predisposición o inquietud de parte, indistintamente que sea originado en pro o en contra de alguna de ellas, y tal proceder es inconciliable con la equidistancia y ecuanimidad que debe guardar el juez con los sujetos y el objeto de la controversia»*.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 361

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 4 feb. 2009, rad 29415; CSJ SP, 16 oct. 2013, rad 39257; CSJ AP1929-2016, CSJ AP130-2017, y CSJ AP1026-2017.

6. CASO EN QUE LA AUDIENCIA PREPARATORIA NO SE ADELANTÓ CONFORME AL CONTENIDO TEMÁTICO Y ORDEN ESTABLECIDOS EN LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA, PERO CUYA IRREGULARIDAD NO TUVO EL ALCANCE SUFICIENTE PARA CONSTITUIR UNA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO O LA AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Extracto n. ° 322.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 46153 |
| Número de providencia | : | AP5785-2015 |
| Fecha | : | 30/09/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Verificado el registro de lo sucedido frente a este aspecto, la Sala concluye que, en efecto, el Tribunal se apartó de las reglas que rigen la audiencia preparatoria e incumplió el deber de evitar dilaciones injustificadas, según lo expuesto en el numeral 6 del acápite destinado a las reglas probatorias aplicables a este caso. Sin embargo, dichas irregularidades no tienen la entidad suficiente para sustentar la nulidad de lo actuado o revocar lo decidido por el Tribunal sobre las pruebas pedidas por las partes. Para mayor ilustración, se hará un recuento de lo sucedido en la accidentada audiencia preparatoria.

a) Fue instalada el 26 de enero de 2015, oportunidad en la cual tan sólo se discutió el reconocimiento de una víctima.

El trámite señalado en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, se evacuó de la siguiente manera:

b) Numeral 1° *ibídem*: El 16 de marzo del mismo año, las partes realizaron sus manifestaciones acerca del descubrimiento probatorio.⁹⁶ Los abogados defensores manifestaron su conformidad.

c) Numeral 2° *ibídem*: los apoderados de los acusados hacen el descubrimiento probatorio según los requerimientos del Fiscal⁹⁷. Cumplido lo anterior, el delegado de la Fiscalía manifestó su conformidad con tal punto⁹⁸.

⁹⁶ Véase a partir del minuto 17:39.

⁹⁷ Desde el minuto 20:10 hasta el 31:20 la defensa de JAFD. El apoderado de AJCC desde el minuto 34:00 hasta el récord 42:23

⁹⁸ Minuto 04:59 de la segunda sesión de la audiencia, llevada a cabo el 16 de marzo de 2015.

d) Numeral 3° ibídem: La enunciación de las pruebas que la Fiscalía hará valer en el juicio oral, comenzó con la siguiente manifestación de su delegado:⁹⁹

Su señoría, para que la intervención sea ágil y para que ustedes tengan también la posibilidad de analizar, yo traje, para que sigan, cómo va a ser la intervención de... primero, de la enunciación de los medios de prueba y después las demás partes, entonces, simplemente para ayudarles a ustedes y a las partes intervinientes... De acuerdo con la enunciación de los elementos materiales probatorios, de acuerdo con este plano o con este esbozo que yo les pasé a cada uno de ustedes, está conformado por cinco columnas, entonces la columna dos se refiere exclusivamente a lo que es la enunciación y a la cual me referiré: 1°...”

Enunciación que se prolongó por más de dos horas¹⁰⁰ y que precedió la efectuada por la bancada de la defensa.

e) Numeral 4° *ejusdem*: se cumplió al día siguiente (17 de marzo) con la manifestación de los defensores de no estar interesados en realizar alguna estipulación.

f) El numeral 5° de la norma en comento quedó superado, toda vez que la inasistencia de los acusados dejó sin posibilidad de realizar el cuestionamiento acerca de su manifestación de culpabilidad o inocencia.

g) Las solicitudes probatorias (artículo 357 del Código Procesal Penal del 2004) fueron elaboradas por la Fiscalía durante la sesión del 17 de marzo¹⁰¹, mientras que los defensores las efectuaron al día siguiente.¹⁰²

h) En cumplimiento de lo normado por el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, la magistratura concedió el uso de la palabra a las partes e interviniente –víctima- para que realizaran sus solicitudes relacionadas con la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba.

Seguidamente la Sala del Tribunal introdujo una fase inexistente desde el punto de vista legal, para que la Fiscalía hiciera uso del derecho a la réplica e “*informe sobre las objeciones que le acaba de hacer la defensa*”.¹⁰³ Idéntica oportunidad otorgó a los abogados defensores, coyuntura aprovechada por el Fiscal para repetir, adicionar y complementar su pretensión probatoria, lo cual realizó por espacio de casi tres horas.

⁹⁹ Récord 05:20

¹⁰⁰ Desde 08:07 a 02:27:23-

¹⁰¹ Desde el minuto 11:48 hasta las 03 horas 2 minutos.

¹⁰² La defensa del fiscal JAF hasta el minuto 45 y el apoderado del juez AJC hasta 01:09:51

¹⁰³ Récord 32:31 de la sesión de la tarde del 18 de marzo de 2015.

i) Durante la sesión del 7 de mayo de 2015, la Sala leyó la decisión en la cual decretó la totalidad de pruebas solicitadas por las partes, siendo ésta objeto de impugnación vertical, tanto por la Fiscalía, como por los dos abogados de la defensa.

Sin duda, esta forma de proceder contraría lo establecido en la ley y desarrollado por la jurisprudencia sobre el contenido temático y el orden que debe seguirse en la audiencia preparatoria. Además, implica una dilación del trámite a todas luces injustificada, que contraviene lo previsto por el legislador a lo largo de toda la Ley 906 de 2004 sobre el deber que tienen los jueces de velar por la celeridad de los procedimientos.

A pesar de la evidencia de la irregularidad producto de la inadecuada dirección de la audiencia, la misma no tiene el alcance suficiente como para constituir una vulneración del debido proceso o la afectación del derecho de defensa, porque el Tribunal, al decidir concederle una nueva oportunidad a la Fiscalía en los términos ya relatados, hizo lo propio con la defensa, de tal manera que se mantuvo la igualdad de oportunidades de pronunciarse frente a los temas objeto de debate.

Además, aunque los apoderados de los acusados advirtieron la ocurrencia de la incorrección, no señalaron la forma como ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

Por consiguiente, la Sala no desconocerá las intervenciones que el Fiscal y los defensores realizaron durante la atípica etapa habilitada por el juez de conocimiento para que las partes se refirieran a las manifestaciones de inadmisión, rechazo o exclusión de las pruebas, y tampoco declarará la nulidad de lo actuado».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 356, 357 y 359

Extracto n. ° 323.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 26381 |
| Fecha | : | 25/04/2007 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Algo similar cabe predicar del segundo de los objetos de la audiencia preparatoria, echados de menos por el demandante en atención a la omisión del Juzgado en continuar con la tramitación legal, en tanto, indiscutible surge el carácter instrumental de la notificación acerca de la fecha en la cual habrá de realizarse la audiencia del juicio oral, advirtiéndose claro que no es esta una actuación básica o consustancial a la diligencia en comento, a la manera de entender que sin ella se desquicia la misma.

Desde luego que los cometidos de agilidad y oralidad propios de la sistemática acusatoria, aconsejan, y por ello el legislador así lo consagró en el artículo 365 de La Ley 906 de 2004, que la manifestación se haga en sede de la audiencia preparatoria, a efectos de que se conozca allí por las partes, en este sentido notificadas en estrados.

Sin embargo, en el evento de que no ocurra de la forma prevista, la sola omisión emerge insuficiente para asumir que se ha atentado contra la estructura del proceso, por pretermirse una actuación trascendente para el mismo, dentro de la sistemática preclusiva o de compartimientos estancos que lo informan.

Es que, para abundar en razones, si de verdad emergiera inexorable que la fecha de celebración de la audiencia del juicio oral, ha de fijarse en la audiencia preparatoria, como objeto consustancial a ésta, no sería posible en los muchos casos en los cuales resulta fallida la diligencia –ante la imposibilidad de celebrarse en esa fecha por excusa de las partes o problemas logísticos del despacho-, convocar de nuevo para el acto, sino a través del mecanismo de retrotraer una actuación ya completa y precluida legalmente, la audiencia preparatoria, para que de nuevo allí se determine el día y hora en que tendrá lugar ese importante acto procesal.

Desde luego, puede suceder que una tal omisión –igual que sucede con la referida al orden de las pruebas y la ausencia de manifestación al respecto-, produzca algún tipo de vulneración a garantías fundamentales de las partes o intervinientes, caso en el cual es posible significar necesaria la declaratoria de nulidad, que en este caso, cabe relevar, deviene consecuencia no de la afectación al principio del debido proceso en su arista fundamental de estructura, sino de la materialización de un daño a derechos fundamentales pasibles de proteger a través del remedio básico invocado.

Para este efecto, entonces, no basta con advertir la existencia del yerro u omisión, en si mismo inanes, por lo que antes se ha expresado, sino que debe significarse cómo ello repercutió negativamente en contra de los legítimos intereses de la parte o interviniente.

En este sentido, nada dijo el impugnante, y la sala tampoco lo advierte de la revisión efectuada a lo actuado, en lo que toca con el pronunciamiento obviado por el juez respecto al orden de las pruebas, debiendo entenderse que ello no condujo a violación efectiva de ninguna garantía.

Cosa diferente ocurre respecto de la no continuación de la audiencia preparatoria en el cometido de definir la fecha de realización de la audiencia del juicio oral, pues, alega el demandante que ello impidió al procesado y su representante legal, adelantar adecuadamente la tarea defensiva y, particularmente, presentar en la audiencia del juicio oral las pruebas decretadas en su favor.

Empero, la supuesta violación de derechos se queda en el campo de la simple especulación, dado que un detenido seguimiento a lo ejecutado por el despacho A quo, en pro de adelantar tan trascendente diligencia, permite advertir que a la defensa se le informó de manera adecuada y suficiente, no sólo el lugar y fecha de realización del trámite, sino su objeto concreto, tanto así que, como lo destacó el fiscal en la audiencia de sustentación del recurso de casación, el profesional del derecho acudió a la audiencia del juicio oral con sus testigos, sólo que le resultó imposible presentar a uno de ellos, operado el rechazo del juez una vez advirtió que permaneció en la sala durante toda la práctica probatoria.

Con claridad, la carpeta enseña lo ejecutado en pro de corregir la omisión de reanudar la audiencia preparatoria y consecuentemente, definir la fecha de celebración de la audiencia del juicio oral».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 365

CAPÍTULO II

JUICIO ORAL

1. CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA DE PRUEBAS

Extracto n. ° 324.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 41712 |
| Número de providencia | : | SP2144-2016 |
| Fecha | : | 24/02/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] el principio de publicidad, implica que la prueba incorporada sea pública para las partes y los intervinientes procesales. Este principio pretende superar la posibilidad de que pruebas ocultas, secretas¹⁰⁴, huérfanas de contradicción sirvan para fundamentar la decisión judicial».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 16 oct. 2013, rad. 39661.

¹⁰⁴ Cfr. CSJ. SP. de 16 de octubre de 2013, Rad. 39661.

2. TRASCENDENCIA DEL CAMBIO EN EL ORDEN EN QUE SE PRACTICA LAS PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL

Extracto n. ° 325.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 28656 |
| Fecha | : | 28/11/2007 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] en aras de abundar en razones, y en particular con el fin de puntualizar por qué no se advierte agravio de garantías fundamentales ni la necesidad de un fallo de casación acerca del tema medular que ocasionó la inconformidad del libelista, la ocasión se ofrece propicia para puntualizar que ningún atentado o desconocimiento del debido proceso en sentido amplio, ni del debido proceso probatorio, engendra u ocasiona el hecho de que en determinado momento pueda el juez a voluntad o a petición de parte, alterar el orden de la práctica de pruebas “señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el capítulo siguiente de este código”¹⁰⁵.

En efecto, si las pruebas tienen como finalidad “llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”¹⁰⁶ atendiendo criterios de verdad y justicia material, resulta necesario aceptar que ese orden previsto en la codificación adjetiva para las pruebas en general y respecto de algunos medios probatorios en particular —como el testimonio¹⁰⁷—, es apenas sugerente, gozando el director del juicio de facultad para alterarlo “cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad”¹⁰⁸, pues no puede desconocerse que “en determinados casos, debido a sus particularidades, resulta conveniente y hasta necesario, obtener primeramente los datos provenientes de una determinada prueba para luego confrontarla con otra; o bien que para poder examinar adecuadamente algún testigo o perito, sea menester con anterioridad contar con los datos que se pueden obtener de otro medio probatorio”¹⁰⁹.

En legislaciones foráneas que han sido fuente de consulta, no sólo para la estructuración del modelo acusatorio acogido mediante la Ley 906 de

¹⁰⁵ Ley 906 de 2004, artículo 371.

¹⁰⁶ Ídem, artículo 372.

¹⁰⁷ Ídem, artículo 390.

¹⁰⁸ López Barja Quiroga, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 1315.

¹⁰⁹ Jauchen, Eduardo M. Ob. Cit. Pág. 564

2004, sino, también, para aclarar los casos dudosos presentados durante su implementación, se consagra como regla que *“El juez que preside un juicio o vista tendrá control y amplia discreción sobre el modo en que la evidencia es presentada y los testigos son interrogados con miras a que la evidencia sea presentada en la forma más efectiva posible para el esclarecimiento de la verdad, velando por la mayor rapidez de los procedimientos y evitando dilaciones innecesarias”*¹¹⁰, prerrogativa que *“descansa en la sana discreción del tribunal de instancia”*¹¹¹ pues éste *“goza de una amplia discreción para alterar el orden de presentación de la prueba y para permitir el re-examen de testigos que ya han declarado”*¹¹².

En conclusión, con respaldo en autorizada doctrina puede afirmarse que *“el orden de incorporación de la prueba, en principio, es un asunto que le compete al presidente del tribunal, pero debe satisfacer los principios del fair trial”*¹¹³, esto es, el de igualdad de armas, que en el presente evento, como impecablemente se desprende de la reconstrucción del juicio, se observó a cabalidad».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 22 sept. 2010, rad. 34614, y CSJ AP1777-2016.

¹¹⁰ *“Reglas de evidencia de Puerto Rico y Federales”*. Regla 43, (C). En Chiesa, Ernesto L. *“Tratado de Derecho Probatorio”*, Tomo III, pág. 27 y 28.

¹¹¹ Chiesa, Ernesto L. Ob. Cit. Tomo I, pág. 325.

¹¹² Chiesa, Ernesto L. Ob. Cit. Tomo I, pág. 325.

¹¹³ Roxin, Claus. *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto. 2000. Pág. 359.

3. PRUEBA TESTIMONIAL

3.1 Interrogatorio y contrainterrogatorio

3.1.1 Finalidad de las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio (el desconocimiento de éstas no configura por sí mismo una irregularidad capaz de enervar la legalidad de la actuación)

Extracto n. ° 326.

| | | |
|------------------------------|---|-------------------|
| Número de radicado | : | 45410 |
| Número de providencia | : | SP8367-2015 |
| Fecha | : | 01/07/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Las disposiciones legales que prevén la forma en la que deben llevarse a cabo el interrogatorio y contra interrogatorio de los testigos en el juicio, por medio de las cuales se establecen reglas técnicas para dicho efecto, no son simples formalismos, sino que tienen como propósito, además de procurar la indemnidad del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes, y del debido proceso, lograr que el conocimiento de los hechos llegue al sentenciador de la manera más clara y depurada posible, a efectos de que el fallo se acerque, tanto como sea posible, a la verdad material de lo ocurrido.

Por ello, el artículo 392 de la Ley 906 de 2004 establece, entre otras, que *“el juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa”*.

No obstante lo anterior, ha dicho la Sala¹¹⁴, el desconocimiento de esas disposiciones - como el de cualesquiera otras reglas procedimentales o adjetivas - no configura por sí mismo una irregularidad capaz de enervar la legalidad de la actuación, si de ello no se desprende una afectación sustancial en los derechos y garantías de las partes e intervinientes.

En el presente asunto, la apelante se limita a afirmar la ocurrencia de los errores de técnica en que supuestamente incurrió la Fiscalía en el desarrollo de los distintos interrogatorios y contra interrogatorios, pero

¹¹⁴ CSJ AP, 20 Feb. 2013, Rad. 40672.

nada explica sobre la forma en que ello incidió en el debido proceso ni en el derecho de defensa.

De todas maneras, la revisión de lo ocurrido en la vista pública revela que la alegada ocurrencia de irregularidades en la práctica de los testimonios no responde a la realidad procesal, sino al propósito de magnificar circunstancias propias del debate probatorio de corte adversarial con el propósito de sustentar una inexistente causal de nulidad.

Ciertamente, la formulación ocasional de preguntas contrarias a la técnica señalada en la Ley por parte de la Fiscalía estuvo permanentemente confrontada con las objeciones que, a efectos de evitar la respuesta de los testigos, presentó quien para entonces fungía como defensor de la encartada.

Así, si la defensa ejerció control sobre la producción probatoria de la Delegada, y logró en efecto que el Magistrado ponente la conminara a reformular algunos de los interrogantes planteados, es claro que los dislates formales no trascendieron en una afectación de los derechos de la procesada.

Ahora bien, que la Fiscal controlara a los declarantes para evitar que respondieran más allá de lo preguntado - algo que también hizo, y con mayor frecuencia, la defensa - no configura ninguna irregularidad, ni aún intrascendente, pues cada una de las partes tiene libertad para intervenir en la producción de la prueba testimonial a efectos de obtener de ella la información relevante o necesaria para sustentar su propia teoría del caso».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 392

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 20 Feb. 2013, rad. 40672.

3.1.2 Justificación de las limitaciones que tiene el conainterrogatorio respecto al interrogatorio

Extracto n. ° 327.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 42864 |
| Número de providencia | : | SP6361-2014 |
| Fecha | : | 21/05/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

« [...] una vez decretada la prueba esta puede ser conocida y controvertida por las partes enfrentadas en el momento de su práctica durante el juicio, pero con ciertas limitaciones, pues, en el caso específico del testimonio, quien lo pidió para sí puede interrogar ampliamente y sin limitaciones (interrogatorio directo), mientras que quien no lo hizo podrá indagar al declarante a través del contrainterrogatorio, el cual solamente puede versar sobre los temas y respuestas que hubieran sido expresados con ocasión del cuestionario directo formulado por su oponente. Esta situación no viola el derecho de igualdad de las partes o el equilibrio debido, sino que es una de las características básicas del principio acusatorio, tal como lo acogió el legislador, según la libertad de configuración que le asiste.

Lo anterior apunta a que aún cuando acusador y acusado pueden intervenir en la controversia de la prueba solicitada por el otro, de todos modos cabe una relativa prevalencia a favor de quien la pidió para demostrar su propia teoría del caso. Y tal cosa no opera solamente a favor del acusador sino también del acusado, pues si este último solicita una determinada prueba testimonial para demostrar su caso y la fiscalía no lo hace, esta no podrá tampoco interrogar de manera directa, sino sujeta a las restricciones del contrainterrogatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 23 may. 2012, rad. 38382.

3.1.3 Oposiciones

3.1.3.1 La decisión del juez respecto a la oposición –u objeción– a una pregunta es de cumplimiento inmediato y no es recurrible por las partes (finalidad de las oposiciones)

Extracto n. ° 328.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 43176 |
| Número de providencia | : | AP897-2014 |
| Fecha | : | 26/02/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Sería del caso que la Sala con fundamento en el artículo 32.2 de la Ley 906 de 2004 se pronunciara acerca del recurso de apelación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía General del Nación contra la decisión que no autorizó interrogar al perito dentro del juicio oral acerca de los aspectos relacionados con el peritaje que debía rendir sobre los informe periódicos entregados por el secuestre de los bienes embargados dentro del proceso civil referido en la sinopsis fáctica, durante el periodo 2006 - 2012, sino fuera porque se trata de decisión proferida durante la evolución del juicio oral que resolvió la oposición de la defensa a la pregunta con la cual el Fiscal pretendió interrogar al perito sobre la ampliación de la pericia solicitada, la cual no admite recurso.

Con fundamento en las reglas del sistema de procesamiento penal oral acusatorio, el tema concerniente a las pruebas que se deben practicar en el juicio queda agotado en la audiencia preparatoria, salvo la contingencia prevista en el inciso final del artículo 357 ibídem, referente a la facultad conferida al Ministerio Público para solicitar la práctica de aquellas que sean trascendentes para resolver el objeto del proceso y que no fueron solicitadas por las partes.

En consecuencia, no es procedente que en los momentos procesales subsiguientes del juicio oral se retorne a los aspectos relacionados con las solicitudes probatorias y su decreto, a menos que, durante la práctica de las autorizadas, se haga necesaria la exclusión de alguna de ellas por haber sido obtenida con violación de las garantías fundamentales, como así lo dispone el artículo 23 del mismo ordenamiento, caso en el cual igual tratamiento reciben las que sean resultado de ella.

En el caso bajo examen, en desarrollo de la declaración del perito del C.T.I. (**JEOQ**), cuando el Delegado de la Fiscalía pretendió interrogarlo por la ampliación del peritaje sobre los informes presentados por el secuestre de

los bienes embargados en el proceso ejecutivo referido en la sinopsis fáctica, la defensa se opuso manifestando que el ente investigador no entregó el peritaje aludido dentro de la oportunidad procesal que señala el artículo 415 de la Ley 906 de 2004, esto es, por lo menos con cinco días de antelación al inicio del juicio oral, circunstancia que fue confirmada por el Fiscal y comprobada por el Tribunal.

[...]

Al respecto, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual garantiza el ejercicio del derecho de contradicción, debe recordarse que las oposiciones al interrogatorio tienen por finalidad que las partes en juicio expresen su discrepancia ante cualquier manifestación de la contraparte que afecte sus derechos o ponga en riesgo la vigencia de las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral¹¹⁵.

Así, en el terreno práctico, con ellas las partes buscan evitar el ingreso al juicio oral de pruebas ilegales, superfluas, inconducentes o repetitivas; minimizar el efecto demostrativo de las pruebas; prevenir los comportamientos indebidos que afectan la buena fe, lealtad, eficiencia y presunción de inocencia, y proteger al testigo de preguntas que puedan confundirlo¹¹⁶.

En tales condiciones, la oposición al interrogatorio genera un incidente regido por la lógica del debate, cuya decisión, a cargo del juez, debe ser inmediata, como lo dispone el artículo 395 de la Ley 906 de 2004, el cual expresamente señala: «*Oposiciones durante el interrogatorio. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. **El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.***»(Negrillas fuera de texto).

Por manera que cuando el juez resuelve la objeción, como común se denomina a la oposición, no hace nada diferente a emitir una decisión de cumplimiento inmediato que no es recurrible por las partes. En efecto, cuando considera que la misma es “*ha lugar*” o “*no ha lugar*”, simplemente, en el primer supuesto, ordena al examinador no hacer la pregunta o replantearla, según el caso, y en el segundo evento, que el cuestionamiento no transgrede las reglas del interrogatorio ni las prohibiciones contenidas en la norma procesal y, por lo tanto, el testigo está obligado a responderla.

¹¹⁵Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Lima, Alternativas, 2005, p. 185.

¹¹⁶Villegas Arango, Adriana, *El Juicio en el Proceso Penal Acusatorio*, Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses, 2008, p. 82.

[...]

En tales condiciones la Corte se abstendrá de resolver el recurso de apelación interpuesto y ordenará la devolución inmediata de la actuación al Tribunal de origen para que continúe con la audiencia de juicio oral».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 32-2, 357, 395 y 415

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP8433-2014.

**3.1.3.2 Papel del juez respecto a la oposición a las preguntas –
imparcialidad–**

Extracto n. ° 329.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 38021 |
| Número de providencia | : | SP8433-2014 |
| Fecha | : | 05/08/2014 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] la labor del sentenciador es la de un simple observador que bajo especiales y excepcionales circunstancias está autorizado para intervenir en el decurso de la práctica probatoria, en tanto, es a las partes a quienes les corresponde evacuar, tratándose del testimonio, el interrogatorio cruzado como consecuencia del protagonismo que asumen y la defensa de las teorías del caso que pretenden demostrar con el decurso del debate probatorio.

Y con ello, les asiste la facultad de presentar las oposiciones a las preguntas que consideren contravienen las reglas indicadas en la normatividad procesal penal, para que sea el sentenciador quien determine su procedencia en garantía de la legalidad y lealtad de las mismas en atención a lo dispuesto en el inciso final del artículo 392 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el 395 ejusdem.

No de otra manera puede entenderse, pues si el fallador es quien se detiene a oponerse a los interrogantes, declina su función decisoria sobre los mismos y se arroga el interés propio de los contendores en que se dé o no determinada respuesta.

De manera que no corresponde al director de la audiencia la asunción oficiosa de tal prerrogativa, pues será a solicitud de parte que habrá de darse paso a la admisión o no de oposiciones a los interrogantes, pues es claro que las mismas integran el derecho de oposición que se hace manifiesto en la práctica de la prueba testimonial.

[...]

Ahora bien, cuando se alega la violación al principio de imparcialidad, no basta su enunciación pues es necesario, al igual que en cualquier otro error en sede de casación, que efectivamente se acredite de manera objetiva, de modo que no sea la particular visión de una de las partes o intervinientes procesales la que lo avizore, sino que igual pueda hacerlo cualquier juicioso espectador de la actuación, y que tenga una entidad tal que permita considerar que tal postura definitivamente incidió en la determinación final.

[...]

En el presente caso, la demandante no sólo refirió cada una de las irregularidades en que incurrió la sentenciadora de primer grado, sino que demostró cómo fueron decisivas para el planteamiento de la estrategia defensiva entonces propuesta con claro desmedro del derecho a la defensa del encartado.

[...]

En especial, en el desarrollo del juicio oral, donde el sesgo se hizo evidente, pues la funcionaria judicial intervino activamente a favor de la Fiscalía al punto de que, sin que esta interviniera, asumió la postulación continua de “objeciones” y obstaculizó el normal desarrollo del contradictorio frente a los testimonios de cargo, con lo cual abandonó su rol de juez imparcial y ajeno a las posturas de las partes, para adoptar una postura inquisitorial.

[...]

Ahora, que si la razón de tal actuación fue el advenimiento de preguntas contrarias a la técnica del interrogatorio cruzado, téngase presente que, como ya se indicó, de un lado, al juez tan sólo le corresponde intervenir de manera excepcional con el propósito de que el mismo sea leal y las

respuestas sean claras y la objeción de aquellas, ya sea por repetitivas, extensas, confusas o propias del tema objeto de debate le corresponde a la contraparte, no puede perderse de vista que ante todo el modelo de enjuiciamiento de la Ley 906 de 2004 es adversarial y el juzgador no puede usurpar cargas propias de las partes».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 392 y 395

3.1.4 Reconocimiento de identidad del responsable a través del interrogatorio durante el juicio

Extracto n. ° 330.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 41758 |
| Número de providencia | : | SP6411-2016 |
| Fecha | : | 18/05/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Es oportuno recordar que los reconocimientos de identidad producidos dentro del juicio tienen una naturaleza probatoria testifical especializada y atípica, en la medida en que se utiliza en su desarrollo un método que privilegia auxiliar la memoria del testigo, ofreciéndose a su vista la presencia de la persona o las personas sobre quienes recaerá el posible señalamiento, sin que exista una específica regulación en la ley para tal efecto.

Sin embargo, su validez, como método de identificación in situ del procesado presente en el juicio, en el marco del interrogatorio directo, resulta incuestionable, según ha tenido oportunidad de precisarlo la Sala:

“El reconocimiento que de esa forma se hace en el juicio resulta válido como parte del interrogatorio directo adelantado por la Fiscalía porque, sin duda, comporta una pregunta destinada a la verificación de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, a través de la solidez y credibilidad del testigo al que se le interroga sobre el particular; de manera que en el escenario del proceso adversarial corresponderá a la parte contraria o al Ministerio Público, oponerse a la pregunta supuesto de que viole las reglas del

interrogatorio, o al juez prohibirla si se propone de manera sugestiva, capciosa o confusa. ¹¹⁷

Además, la doctrina relacionada con las técnicas del interrogatorio, destaca la importancia de que el fiscal en la pregunta final, que tiene por objeto dejar la información del caso en el punto más alto (de mayor interés), haga que el testigo presencial identifique claramente al agresor. ¹¹⁸”

En cuanto a su desarrollo, debe señalarse que el reconocimiento en juicio debe realizarse en condiciones que mitiguen la alta carga sugestiva que en ocasiones lo podría acompañar y los riesgos de contaminación de la huella de la memoria del testigo.

Tales particularidades exigen del interrogador el empleo de una técnica acorde a los presupuestos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004, debiendo en ese cometido sentar las bases o fundamentos no solamente en torno a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el testigo aprehendió su conocimiento personal sobre la persona objeto de identificación, sino también sobre las mismas características físicas que lo individualizan. Por su parte, es función del juez, ejercer el control debido en el desarrollo de ese procedimiento.

Situados en este plano de análisis, es preciso subrayar que desde el punto de vista de su valoración, la identificación visual del procesado llevado a cabo por la testigo hace parte de los procesos de percepción y rememoración, que como componente del interrogatorio directo en el marco del juicio oral y público, se encuentra condicionado en su apreciación a los mismos criterios previstos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004 [...] ».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 402 y 404

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 29 ag. 2007, rad. 26276; CSJ SP, 1 jul. 2009, rad. 28935, y CSJ SP5192-2014.

¹¹⁷ Artículos 392-b y 395 del C.P.P.

¹¹⁸ CSJ SP, 1º jul. 2009, rad. 28935. En el mismo sentido CSJ SP – 5192 -2014, 30 abr. 2014, rad. 37391

3.1.5 Facultad del juez y el representante del Ministerio Público para hacer preguntas complementarias

Extracto n. ° 331.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 43665 |
| Número de providencia | : | SP3964-2017 |
| Fecha | : | 22/03/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] en relación con lo previsto en el artículo 397 del mismo estatuto adjetivo¹¹⁹ acerca de las facultades del juez en la práctica del interrogatorio o contrainterrogatorio, en cuanto excepcionalmente puede intervenir para buscar que el testigo responda o lo haga de manera precisa, y una vez terminados los interrogatorios de las partes, puede hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso —última facultad también predicable para el representante del Ministerio Público—, la Corte en las decisiones ya reseñadas ha indicado que tal prerrogativa debe ser limitada a fin de que el juicio no adquiera un cariz inquisitivo: *«la regla es que el juez debe mantenerse equidistante y ecuánime frente al desarrollo de la declaración, en actitud atenta para captar lo expuesto por el testigo y las singularidades a que se refiere el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, interviniendo sólo para controlar la legalidad y lealtad de las preguntas, así como la claridad y precisión de las respuestas, asistiéndole la facultad de hacer preguntas, una vez agotados los interrogatorios de las partes, orientadas a perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquéllas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo, es decir, que si las partes no construyen esa base que el juez, si la observa deficiente puede completar, no le corresponde a éste a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico»*.

De otro lado, tratándose de las atribuciones de los delegados del Ministerio Público contempladas en el citado artículo 397 y en el artículo 357 ídem¹²⁰, dada su orientación de actuar en defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, en CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592, la Corte subrayó que

¹¹⁹ Artículo 397. *Interrogatorio por el juez*. Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el Ministerio Público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

¹²⁰ ARTÍCULO 357. SOLICITUDES PROBATORIAS.

(...) Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.

además de solicitar la exclusión o rechazo de medios de convicción cuando consideren que carecen de conducencia o son impertinentes, o de pedir pruebas trascendentes que las partes hayan inadvertido o pasado por alto, con el fin de permitir un cabal entendimiento del caso analizado están facultados para que una vez culminados los interrogatorios de las partes, formulen preguntas complementarias a los testigos, límite que debe proteger el juez para preservar el equilibrio entre las partes, de manera que *«le compete impedir, limitar o morigerar, según sea el caso, todas aquellas actuaciones o intervenciones del Ministerio Público que puedan comprometerlo, rechazando las preguntas que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o circunstancias que no han sido materia de postulación»*.

Con este panorama, el juez, ni el representante de la sociedad no pueden y no deben sustituir a las partes ni apoyar de cualquier manera los actos que le corresponden a éstas. El sistema acusatorio lo caracteriza la titularidad de la acción penal en el fiscal y la imparcialidad del juez a quien se le suministra la información para decidir con actos de parte, excepcionalmente con actos probatorios complementarios del Ministerio Público».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 357 y 397

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30592.

3.1.6 Ataque en casación por las falencias o irregularidades durante el interrogatorio y contrainterrogatorio

3.1.6.1 Las limitaciones impuestas por el juez en la práctica del interrogatorio y contrainterrogatorio se plantean en casación por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad

Extracto n. ° 332.

| | | |
|---------------------------|----------|-------|
| Número de radicado | : | 38364 |
|---------------------------|----------|-------|

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Fecha | : | 18/04/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] el ataque se funda en las decisiones adoptadas por el operador de primera instancia al no permitir que la defensa formulara interrogantes sobre asuntos que no habían sido materia del interrogatorio directo.

Sobre la forma de proponer este tipo de reproches, la Sala ya tuvo la oportunidad de indicar la forma en la que debería hacerse. Es así que en decisión del 30 de junio de 2010 dentro del radicado 33658, se señaló que las limitaciones impuestas por el juez en la práctica del interrogatorio y contrainterrogatorio, o lo que es lo mismo, el examen cruzado de testigos, se plantean en casación por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, en donde el casacionista *“debe indicar el precepto, norma o principio del cual se establece que la pregunta o las preguntas a la postre prohibidas fueron formuladas conforme a las reglas que rigen la práctica del testimonio, es decir, si eran o no ajustadas a derecho; acreditar que dichos interrogantes eran indispensables para desvirtuar, controvertir o menoscabar lo dicho por el testigo en el directo, no sólo porque el contrainterrogatorio resultaba esencial para los efectos de la teoría del caso o de la estrategia de parte adoptada, sino porque además no fue posible ejercer por otros medios el contradictorio en el aspecto referido; y demostrar la trascendencia del testimonio así obtenido y evaluado por el juez, esto es, que con su exclusión se habría llegado a una conclusión sustancialmente distinta a la adoptada en virtud del análisis del resto del material probatorio apreciado en el fallo”*

Como se observa, el censor equivocó la vía de proposición del cargo [...] ».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 30 jun. 2010, rad. 33658.

3.1.6.2 La realización de preguntas prohibidas afectan sólo la eficacia de la respuesta ilegalmente obtenida, razón por la cual el ataque por este motivo debe plantearse por errores de derecho por falsos juicios de convicción en la apreciación de la prueba

Extracto n. ° 333.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 35676 |
| Fecha | : | 28/11/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Los cuestionamientos que simultáneamente el casacionista presenta respecto de la corrección de los interrogatorios llevados a cabo por la fiscal, por considerar que fueron sesgados, tendenciosos y sugestivos, se quedan, por su parte, en el solo enunciado, pues al margen de reproducir algunas pocas preguntas de la fiscal y de sostener de manera general que se orientaban a obtener unas determinadas respuestas de los testigos, no realiza ningún ejercicio orientado a demostrar por qué razón, dentro del contexto en que se produjeron, resultaban contrarias a la técnica del interrogatorio o la normatividad legal, ni de qué manera la valoración de las respuestas que afirma ilegales incidieron en la decisión absolutoria.

La invocación de la causal de nulidad para introducir este reclamo resulta además equivocada, pues la Corte tiene dicho que la realización de preguntas prohibidas (capciosas o sugestivas) no afectan la validez del proceso, ni de la prueba, sino sólo la eficacia de la respuesta ilegalmente obtenida, razón por la cual el ataque por este motivo debe plantearse dentro del ámbito de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por errores de derecho por falsos juicios de convicción en la apreciación de la prueba,

[...]

También ha sostenido que en estos casos el casacionista debe probar que la exclusión de las respuestas ilegalmente obtenidas produce cambios sustanciales en el contenido del testimonio, con incidencia trascendente en las conclusiones probatorias de los fallos de instancia, lo cual presupone realizar una nueva valoración de las pruebas tenidas en cuenta por los juzgadores, con abstracción de las referidas respuestas, labor demostrativa que ni siquiera intenta».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 181

3.1.6.3 Errores de las partes en la técnica de interrogatorio y contrainterrogatorio

Extracto n. ° 334.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 41544 |
| Fecha | : | 03/07/2013 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] se tiene claro que en tratándose de las técnicas propias del sistema acusatorio y, en particular, de la mejor forma de afrontar los interrogatorios y contrainterrogatorios, así como las objeciones a los mismos y la introducción de elementos materiales probatorios, evidencias o informes, es mucho lo que aún falta por recorrer en nuestro país, pues, esa que se entiende decantada práctica en países pioneros del sistema, luego de décadas de implementación, apenas asoma sus aristas aquí, sin que pueda decirse que lo planteado por el funcionario judicial en determinado momento, o lo que presentan las partes, represente la última palabra o el mejor hacer ya consolidado.

Por ello, la definición de que el profesional del derecho efectivamente abjuró de su misión y realizó una defensa completamente ajena a estándares mínimos previamente definidos, no puede pasar por la tarea si se quiere elemental de contabilizar cuántas veces fue objetada una pregunta o cómo se impidió introducir determinado elemento probatorio, pues, en un terreno tan movedizo siempre será posible que ello suceda respecto de todos cuantos como partes o intervinientes actúan en el escenario judicial, sin que sea factible tampoco definir con vocación de verdad incontrastable que la decisión del funcionario judicial resulta irreprochable en términos de técnica procesal.

El casacionista dedicó gran parte de sus esfuerzos argumentativos a resaltar esas que dijo actividades poco profesionales de su antecesor en el cargo, pero apenas sustentado en que la Fiscalía objetó o impidió la práctica judicial, o que la jueza llamó la atención al profesional del derecho.

Y, sí, es factible que de verdad el abogado escogido directamente por el acusado para representarlo en el proceso penal, no conozca a la perfección esas técnicas o yerre en la comprensión de determinados mecanismos y ello genere que la Fiscalía objete con buen juicio o que la funcionaria judicial lo llame al orden.

Pero eso sucede por lo común en los juicios que en Colombia se siguen, sin que la irregularidad sea capital exclusivo de la defensa, pues, también reiteradamente la Fiscalía, el Ministerio Público o la representación de las víctimas, es objeto de amonestación o sus esfuerzos se ven entorpecidos por la actitud diligente de la contraparte, materializada en frecuentes objeciones.

Lo trascendente, para efectos de la causal de nulidad propuesta, es que pueda demostrarse objetivamente que esa inexperiencia de la defensa resultó de tal magnitud que impidió presentar una teoría del caso válida y suficiente para haber llegado a resultado diferente del que en casación se ataca.

Empero, esa que se reclama necesaria tarea para el buen suceso de la demanda, es abordada por el recurrente de manera artificiosa, a través de simples especulaciones, cuando no afirmaciones que constituyen petición de principio.

[...]

[...] es necesario precisar al demandante que la trascendencia no opera inmanente al hecho, vale decir, que los efectos dañosos de la falta de aptitud técnica pregonada en el actuar del defensor, no derivan de que preguntara mal, u objetara inadecuadamente, o de que no pudiera introducir un documento, o de las llamadas de atención de la jueza, sino de determinar con criterio objetivo que de haber hecho adecuadamente el interrogatorio o contrainterrogatorio, el testigo habría dicho algo en concreto tan importante que cambia el panorama probatorio, o que se desvirtuaría al declarante de cargos con el cual se soportó la condena, o en fin, que esa prueba mal arrimada o inadecuadamente controvertida, contenía específicamente algo de tanto valor que mutaría necesariamente la decisión.

En contrario, dentro del yerro lógico que usualmente se conoce como petición de principio, el recurrente apenas afirma que los testigos mal interrogados podrían conducir a un resultado distinto, o que la inadecuada objeción o contrainterrogatorio impidió demeritar el valor suasorio de los atestantes allegados por la Fiscalía, pero nada hace, de frente a lo que valoraron las instancias, para informar objetivamente qué

de lo analizado hubiese cambiado o cómo ese nuevo panorama, jamás precisado en sus efectos suasorios, conduciría a decisión diferente».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 42629.

3.2 Testimonio de niños, niñas y adolescentes

3.2.1 Diferencias con la entrevista forense de que trata el artículo art. 206A del C.P.P.

Extracto n. ° 335.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 48198 |
| Número de providencia | : | AP4771-2016 |
| Fecha | : | 27/07/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] dentro del cargo único de nulidad que postula, también ataca la forma como se practicaron los testimonios de las niñas menores de edad que comparecieron al juicio a declarar, arguyendo que era necesario hacerlo a través del mecanismo conocido como cámara Gesell.

En ese orden, es evidente que la inconformidad se remonta a la legalidad de la práctica de la prueba, cuestión que por razón del principio de autonomía tenía que postularse en cargo separado, a través de la senda de la causal tercera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, como una violación indirecta de la norma sustancial derivada de un error de derecho por falso juicio de legalidad, al tiempo que acreditar la importancia de tales declaraciones en la sentencia para hacer ver que la misma se soporta en prueba ilegal.

Empero, ninguna de estas condiciones es cumplida por el demandante, quien se conforma con afirmar que las menores NRA, LJAG y SLRA debieron ser interrogadas de la forma que indica el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013.

Al respecto valga precisar que la citada legislación *-Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales-* en su artículo segundo¹²¹ establece el procedimiento para efectuar entrevista forense a los menores víctimas de esas conductas, lo cual dista del testimonio rendido en juicio, es decir, la exigencia que reclama el censor es propia de labores investigativas en cabeza de la Fiscalía, más no del procedimiento probatorio del juicio, en donde el único requerimiento es que el menor esté acompañado de autoridad especializada, *-en la práctica se recurre al defensor de familia-*, para que en su

¹²¹ [Artículo 2°] Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado **206A**, el cual quedará así: Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos **138, 139, 141, 188a, 188c, 188d**, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos **192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199** y **200** de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos **138, 139, 141, 188a, 188c, 188d**, del mismo código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo **146** de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) <sic> La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) <sic> La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

f) <sic> El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

PARÁGRAFO 1o. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

PARÁGRAFO 2o. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

presencia y junto con el control que también ejerce el juez, las partes formulen sus preguntas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 181

Ley 1652 de 2013, art. 2

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP934-2015.

3.2.2 Incorporación de la entrevista forense del niño, niña o adolescente al juicio oral a través de su testimonio o como prueba de referencia (Ley 1652 de 2013)

Extracto n. ° 336.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 44066 |
| Número de providencia | : | AP5013-2014 |
| Fecha | : | 27/08/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] tampoco es acertado afirmar que la Ley 1652 de julio 12 de 2013 establece que la entrevista forense es una “*prueba autónoma*”, pues en la sistemática de la Ley 906 de 2004 que gobierna la presente actuación, prueba solo es aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes, de conformidad con el principio de inmediación -art. 16 ídem- y según lo reglado en los artículos 377, 378 y 379 de la normativa en cita.

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo -art. 392, literal d) íbidem- o para impugnar su credibilidad -arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem-, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso

sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de *“elemento material probatorio”* y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, *“podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado”*.

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante *“Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código”*.

En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste *“como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió”*¹²²; surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

¹²² CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764

Ley 906 de 2004, arts. 16, 206A, 275, 347, 381, 392, 393, 403-4, 437 y 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP8611-2014, CSJ AP1001-2016, y CSJ AP2622-2017.

3.2.3 Admisión de otras versiones rendidas por el niño, niña y adolescente antes del juicio oral ante familiares, profesionales forenses, funcionarios de policía judicial u otras personas, como prueba de referencia (alcance antes de la expedición de la Ley 1652 de 2013)

Extracto n. ° 337.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 24468 |
| Fecha | : | 30/03/2006 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico –tele video conferencia¹²³⁻; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó.

Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (*artículo 383 de la Ley 906 de 2004*); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

¹²³ Artículo 146, numeral 5. Ibidem

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

El numeral 1° del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.”

En síntesis, las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 44
Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, art. 3 - 1
Ley 906 de 2004, art. 383

Extracto n. ° 338.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 30355 |
| Fecha | : | 15/07/2009 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] de cara al razonamiento que desarrolla el cargo, deja ver sin dificultad su falta de trascendencia para afectar el sentido del fallo, pues olvida que las pruebas reseñadas –el testimonio de la tía de la menor abusada y los informes y atestaciones de los peritos- no son prueba de

referencia. Además, según lo expresó el Tribunal, la decisión se soportó, además de la prueba pericial, en prueba directa, cual fue la versión de la ofendida, *“pues la actitud evasiva asumida durante el testimonio rendido en el juicio oral y público, de ninguna manera comporta la consecuencia alegada por la defensa”*, es decir, la negación del abuso referido en entrevista anterior.

En particular, recuérdese, como lo anotó el *ad-quem*, la manera en que la ofendida *“en clara actitud evasiva, cubrió sus oídos cuando, a petición de la fiscalía, pretendió efectuar [lectura de la entrevista inicial rendida por aquella] la sicóloga acompañante, razón por la cual el juzgador, en connivencia con el defensor de familia ordenó suspender la imposición por esa vía del contenido del documento a la niña, para evitar una innecesaria revictimización”*, circunstancia que naturalmente deja entrever el deseo de la perjudicada de no recordar un hecho realmente vivido.

Como ya lo precisó la Sala en acápite anterior, las pruebas reseñadas por el recurrente no son de referencia, pues, en primer lugar, la declaración de CSD, aunque, como lo admitió el sentenciador, contenía una referencia a lo que, a su vez, le manifestó la menor, en todo caso, la deponente también refirió *“otros datos importantes, surgidos estos en cambio de sus propias percepciones”* (subraya fuera del original), entre ellos *“los sensibles cambios de comportamiento de [...], quien exteriorizó tristeza e inapetencia, alteraciones que le fue posible constatar, pues estaba encargada de su cuidado durante 2 o 3 días de la semana. De igual modo –continúa el Tribunal-, a los sentimientos ambivalentes de aquella hacia su progenitor, de miedo, pero a la vez de cariño; incluso, aún más significativamente, al dolor vaginal experimentado por la menor, acompañado de un flujo a tal punto anormal que la determinó a procurarle inmediatamente asistencia médica.”* (pág. 17, sentencia de segundo grado).

En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en psicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones.

Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en psicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica.

[...]

Ahora bien, una interpretación en el sentido de que los expertos en psicología y psiquiatría que examinan a la víctima resultan ser testigos de referencia, denota una confusión entre los conceptos de testigo perito y testigo técnico, aspecto sobre el cual la Corporación ha dicho lo siguiente:

“Así mismo, no se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otras maneras, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.”¹²⁴

Así, en tratándose del denominado testigo técnico –según la anterior distinción–, podrá decirse que puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se pretendan introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del testigo perito, pues este último interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128

Lo anterior significa que el argumento del casacionista, según el cual, el juicio de condena se basa en prueba de referencia, no posee fundamento alguno, pues el testimonio rendido en el juicio oral, por los expertos, profesionales en sicología, constituye prueba técnica -pericial-, a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el sentenciador apreció su contenido.

Es evidente –insiste la Corporación-, que los profesionales no presenciaron los hechos sino que realizaron una valoración a la menor y, en tal virtud, justificaron las conclusiones de su estudio en el juicio oral, es decir, que aportaron su conocimiento científico para el esclarecimiento de los hechos, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del mismo estatuto.

Más aún, sobre la naturaleza del testimonio del perito sicólogo, la Corporación ha dicho:

“De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de (...), como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.”

Así, al resolver la misma inquietud que aquí propone el censor, la Sala expresó lo siguiente:

“... todos los profesionales que valoraron a (...) rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto, como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de (...) negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.¹²⁵”

En consecuencia, el argumento del casacionista surge deficiente porque parte de un fundamento equivocado, lo cual lo torna **intrascendente** para derribar los fundamentos de la sentencia impugnada».

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 402 y 405

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 29609; CSJ AP, 03 dic. 2009, rad. 32972; CSJ SP, 3 feb. 2010, rad. 30612; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ. SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 36023; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 39449; CSJ AP192-2014, CSJ SP8611-2014, CSJ AP4478-2014, CSJ SP15903-2014, CSJ AP995-2015, CSJ AP1611-2015, CSJ AP1515-2015, CSJ AP2144-2015, CSJ AP2194-2015, CSJ SP4316-2015, CSJ SP7248-2015, CSJ AP5671-2015, CSJ AP7394-2015, CSJ SP16559-2015, CSJ AP6401-2015, CSJ AP5746-2015, CSJ AP3177-2016, CSJ AP3318-2016, CSJ AP5768-2016, y CSJ AP1071-2017.

Extracto n. ° 339.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 46132 |
| Número de providencia | : | AP2622-2017 |
| Fecha | : | 26/04/2017 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Critica el recurrente el manejo que en el juicio oral se dio a las manifestaciones vertidas antes de la audiencia por los menores de edad y que fueron incorporadas a través de quien las recibió. Aunque ningún señalamiento concreto realiza, reclama que hubieran sido introducidas sin aplicación de los *“protocolos correspondientes”*».

Visto de esa manera el reproche, se deduce que el yerro denunciado radicó en un falso juicio de legalidad; no obstante, el demandante se circunscribe a criticar el contenido de las entrevistas¹²⁶ y las valoraciones psicológicas realizadas a los niños CSDC y BCDC ante el ICBF, quienes durante las diferentes oportunidades en que fueron escuchados repitieron el relato de abuso y acceso carnal por parte de COSM.

Y si lo que cataloga como error en la producción de la prueba, se refiere a la incorporación en la audiencia de las entrevistas vertidas por los niños DC, ningún yerro se advierte, en cuanto, la ley autoriza se le de tal

¹²⁶ Recepcionadas el 30 de noviembre de 2012 por ÁCR.

tratamiento a las manifestaciones rendidas antes del juicio, cuanto se trata de víctimas menores de edad, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros punibles.

De manera que se equivoca el recurrente al asimilar el manejo de las manifestaciones anteriores al juicio vertidas por una víctima o testigo mayor de edad, con el que corresponde otorgar a esas exposiciones previas cuando provienen de una víctima de un delito atentatorio contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuya edad no supera los 18 años, pues en estos casos, la Ley 1652 de 2013, vigente para la época en que se adelantó el juicio oral¹²⁷, adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por medio del cual admite como una de las situaciones excepcionales para el ingreso de prueba de referencia, los casos en los que el declarante

Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el artículo IV del Código penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Más aún, antes de la expedición de la Ley 1652 de 2013, por vía jurisprudencial se advirtió la necesidad de evitar que en los casos de abuso y violencia sexual, los niños fueran nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral (SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad.44056):

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

Pero si lo cuestionado guarda relación con el trámite en la recepción de las entrevistas a los menores de edad, soslaya el recurrente, que para la fecha en que se recaudaron (noviembre de 2012), no se había expedido la Ley 1652 de 2013.

De todas maneras, advierte la Corte que las entrevistas de los niños CS y BC, estuvieron precedidas por la defensora de familia del centro zonal de

¹²⁷ Se recibieron en la sesión realizada el 20 de mayo de 2014.

Chocontá quien las recaudó, persona idónea para escuchar el relato de los menores de edad, sin que la ley reclame calidades profesionales determinadas en el entrevistador, más allá de las que requiere una adecuada y respetuosa conducción de esta actividad investigativa en la que prevalecen los derechos fundamentales de los menores.

Tampoco la Ley 1098 de 2006 contiene protocolos especiales para la recepción de la entrevista de los menores de edad posibles víctimas de delitos sexuales, en cuanto los lineamientos del legislador se dirigen al respeto por los *”principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.”*, en cumplimiento de lo cual se ordena que todas las diligencias en las que intervenga un menor de edad, se les tenga en cuenta su opinión, se les respete su dignidad, intimidad y no se les estigmatice.

Ahora, si lo que se reclama es que, como lo impone el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013, la entrevista se grabe o fije en cualquier medio audiovisual o técnico, también se cumplió con la garantía de mantener su fidelidad, genuinidad u originalidad, toda vez que en el texto quedaron consignadas literalmente las preguntas y respuestas, sin que ningún mandato legal señale un único medio técnico a partir del cual se entienda cumplida tal exigencia, como parece entenderlo el impugnante».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art 438

Ley 1098 de 2006

Ley 1652 de 2013, art. 2

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP14844-2015, CSJ SP3332-2016, CSJ SP9508-2016, CSJ SP12229-2016, CSJ AP2622-2017, CSJ SP880-2017, y CSJ AP1165-2017.

3.3 Alcance de las versiones rendidas por el testigo antes del juicio oral

3.3.1 Utilización de las versiones anteriores al juicio para facilitar el interrogatorio cruzado o como medio de prueba (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)

Extracto n. ° 340.

| | | |
|------------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 44950 |
| Número de providencia | : | SP606-2017 |
| Fecha | : | 25/01/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«En este caso es evidente que las partes, los intervinientes y el juez le dieron un tratamiento inadecuado a las declaraciones anteriores al juicio oral [...].

[...]

[...] Basta por ahora resaltar que prácticamente todas las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral fueron incorporadas como prueba, en contravía de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

Ante este panorama procesal, para la solución de este asunto resulta imperioso hacer un recuento de la jurisprudencia atinente a los posibles usos de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral. Igualmente, se harán algunas aclaraciones sobre varios de esos precedentes.

[...]

1. El uso de declaraciones anteriores al juicio oral

Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para **facilitar el interrogatorio cruzado de testigos** (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como **medio de prueba** (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio).

Previamente, se hace necesario recordar tres ideas centrales para el entendimiento de esta temática.

En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello “*resultare conveniente para la preparación del juicio*”, y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que “*en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación*¹²⁸ y contradicción...”.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo “*únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir*”, y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen “*prueba documental*”, “*elemento material probatorio*” o de cualquier otra forma.

Cuando se pretende ingresar una declaración anterior al juicio oral, como medio de prueba, deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales que resulten relevantes: la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.

En todo caso, estos temas no pueden eludirse, bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa

¹²⁸ Según se indicará más adelante, el derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

naturaleza, como si el cambio de denominación fuera suficiente para superar los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial.

Finalmente, esta Corporación ha resaltado que en materia de prueba testimonial tiene especial relevancia el derecho a la confrontación, que tiene entre sus elementos estructurales: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 Agust. 2016, Rad.43916, entre otras).

Igualmente, se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Radicado 43866, entre otras).

1.1. La utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos

El ordenamiento procesal penal consagra expresamente la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores al juicio oral, bien para refrescar la memoria del testigo, ora para impugnar su credibilidad.

1.1.1. Refrescamiento de memoria

El artículo 392 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el interrogatorio, dispone que *“el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos”*.

En el mismo sentido, el artículo 399, que trata del testimonio de policía judicial, establece que *“el juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar”*.

La misma lógica gobierna lo establecido en el artículo 417, numeral 8, en cuanto establece que *“el perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta”*.

Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque (i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente

con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, **no es incorporada como prueba**, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo.

El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su recordación, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.

Son varios los aspectos que atañen al uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo, que serán desarrollados por la jurisprudencia en la medida en que la casuística haga necesario un pronunciamiento. Por ahora, basta con considerar que en esta forma de utilización de declaraciones anteriores al juicio, *“la presentación del escrito en corte no es para probar la verdad de las declaraciones contenidas en el escrito. Eso sería prueba de referencia cuya admisión habría que considerarla bajo la regla (...), el escrito se presenta para ser examinado por la parte adversa, para inspeccionarlo y usarlo en el contrainterrogatorio del testigo...”*¹²⁹.

Según lo expuesto en precedencia, es claro que el escrito utilizado para refrescar la memoria del testigo le debe ser exhibido a la otra parte para que tenga conocimiento y control de las herramientas utilizadas para facilitar los procesos de recordación del declarante, pero también para brindarle la oportunidad de que lo utilice durante el contrainterrogatorio, según las reglas de impugnación de la credibilidad que serán analizadas en el siguiente numeral.

1.1.2. Impugnación de la credibilidad del testigo

¹²⁹ Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luigi Abraham Ed. San Juan: 2009.

Recientemente esta Corporación analizó la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con el propósito de impugnar la credibilidad de los testigos (CSJ SP, 31 Agost. 2016, Rad. 43916).

Se aclaró que esta posibilidad constituye una de las principales herramientas para ejercer el derecho a la confrontación. Desde esta perspectiva, se le diferenció con la admisión de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia:

La utilización de una declaración anterior al juicio como **prueba** (de referencia), entraña la limitación del derecho a la confrontación, precisamente porque la parte contra la que se aduce no puede ejercer a plenitud el derecho a interrogar al testigo (con las prerrogativas inherentes al contrainterrogatorio), ni, generalmente, tiene la posibilidad de controlar el interrogatorio, sin perjuicio del derecho a estar cara a cara con los testigos de cargo. De ahí que la parte que pretende utilizar una declaración anterior al juicio oral como prueba de referencia debe demostrar la causal excepcional de admisión, según lo reglado en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, y agotar los trámites a que se hizo alusión en la decisión CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056.

Por el contrario, la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación constituye una de las herramientas que el ordenamiento jurídico le brinda a las partes para cuestionar la credibilidad de los testigos presentados por su antagonista y/o para restarle credibilidad al relato. Así, antes que limitar el derecho a la confrontación (como sí sucede con la prueba de referencia), la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para fines de impugnación facilita el ejercicio de este derecho.

Siendo así, es evidente que los requisitos para utilizar declaraciones anteriores al juicio oral en uno u otro sentido son sustancialmente diferentes.

Además, se hizo alusión a la reglamentación legal del uso de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación:

El artículo 393 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el contrainterrogatorio, dispone que para su ejecución “*se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia de juicio oral*”.

Por su parte, el artículo 403 ídem establece que la credibilidad del testigo se puede impugnar, entre otras cosas frente a “*manifestaciones anteriores (...) incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías*”.

En el mismo sentido, el artículo 347 establece que las partes pueden aducir al proceso declaraciones juradas de cualquiera de los testigos, y que para hacerlas valer en el juicio como impugnación “*deberán ser leídas durante el conainterrogatorio*”. Allí se aclara que esas declaraciones no podrán “*tomarse como prueba por no haber sido practicadas con sujeción al conainterrogatorio de las partes*”.

Igualmente, se resaltó que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria:

Contrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como **prueba** (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

De otro lado, se establecieron algunos parámetros para evitar que la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación se traduzca en la incorporación de las mismas para otros fines, lo que podría afectar el debido proceso probatorio:

*Por tanto, la parte que pretende utilizar una declaración anterior con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo debe demostrar que ese uso resulta legítimo en cuanto necesario para los fines previstos en los artículos 391 y 403 atrás referidos, lo que en el argot judicial suele ser denominado como “**sentar las bases**”¹³⁰.*

En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del conainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de

¹³⁰ En varios apartados de este fallo se hace alusión a este concepto, pero en diferentes contextos.

impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma¹³¹, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.

1.2. Eventos en que las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios de prueba

1.2.1. Aspectos generales

Según lo indicado en precedencia, el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004 se estructura sobre la idea de que sólo pueden ser valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad (art. 16).

Los usos de declaraciones anteriores, orientados a refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad, no constituyen excepciones a esta regla, por las razones indicadas en el acápite anterior: son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato.

Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como **medios de prueba** (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. Por resultar pertinente para la solución de este caso, sólo se analizarán las últimas dos modalidades de incorporación de declaraciones anteriores al juicio oral como medios de prueba.

1.2.2. Prueba de referencia

Esta Corporación ha emitido un sinnúmero de pronunciamientos sobre esta temática.

Sobre el concepto de prueba de referencia, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ha resaltado que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba,

¹³¹ Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.

(iv) cuando no es posible su práctica en el juicio (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 6 Mar. 2008, Rad. 27477; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

También ha hecho hincapié en la estrecha relación entre el concepto de prueba de referencia y el ejercicio del derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras), al punto que la posibilidad o no de su ejercicio constituye uno de los principales parámetros para establecer en qué eventos una declaración anterior al juicio oral encaja en la definición del artículo 437.

En los pronunciamientos atrás citados se estableció la necesidad de diferenciar la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral, que se presenta en este escenario como medio de prueba...), de los medios de conocimiento utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior. A manera de ejemplo, se dejó sentado que si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga “conocimiento personal y directo” de esa situación.

En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.

Además, se han establecido otras reglas en esta materia. Por ejemplo, se dejó sentado que las “*declaraciones anónimas*” no son admisibles como prueba de referencia (CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667), y se han delimitado las **reglas especiales de admisibilidad de declaraciones anteriores de niños** que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas (CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468; CSJ SP, 28 de octubre de 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 16 Marz. 2016, Rad. 43866, entre otras).

A lo anterior debe sumarse que el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 dispone que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y sólo procede en los eventos allí regulados. Frente a este tema, la Sala ha emitido varios pronunciamientos, principalmente sobre la interpretación del literal b de dicha norma, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como “similares” a los allí previstos (CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 27 Jun. 2012, Rad. 34867; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051, entre otras).

A la luz de lo anterior, para la solución del presente caso la Sala debe resolver cuáles son las consecuencias jurídicas de que la Fiscalía opte por no presentar en el juicio oral al testigo de cargo (en el que se soporta en buena medida la acusación), cuando no existen dudas sobre su disponibilidad, y en su lugar decida incorporar como prueba una declaración rendida por éste por fuera del juicio oral, sin que se haya presentado oposición por la defensa ni algún control por parte del juez.

En primer término, debe reiterarse que si la declaración anterior se presenta en el juicio oral como medio de prueba, debe considerarse prueba de referencia, bien porque encaja en la definición del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ora porque la parte contra la que se aduce el testimonio se ve privada de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita.

Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem, norma rectora que establece que *“únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*, y, en general, las normas que regulan la prueba testimonial¹³².

Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas

¹³² Se hace énfasis en el tratamiento especial que tienen las declaraciones rendidas por los niños, especialmente los que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas de abuso sexual u otros delitos graves.

rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por la fallas del juez en su rol de director del proceso.

1.2.3. Declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

Es frecuente que personas que han rendido declaraciones por fuera del juicio oral no puedan comparecer a este escenario, por muerte, enfermedad grave o por cualquiera de los eventos regulados en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Esa realidad fue considerada por el legislador en la reglamentación de la prueba de referencia, en los términos indicados en el anterior apartado, donde se procura un **punto de equilibrio** entre los derechos del procesado y los derechos de la víctima y la sociedad a una justicia pronta y eficaz.

Según se indicó en precedencia, en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004 se establecen las reglas para que una declaración anterior al juicio oral pueda ser presentada **como medio de prueba**, cuando el testigo no está disponible.

Conforme lo expuesto en los acápite anteriores, las partes tienen la potestad de recibir entrevistas y declaraciones juradas, como actos preparatorios del juicio oral (artículos 271, 272, 347, entre otros). En la práctica judicial suele ocurrir que los testigos, durante el juicio oral, declaren en un sentido diverso a lo expresado en sus versiones anteriores o nieguen haber hecho esas manifestaciones.

Esos comportamientos pueden tener múltiples explicaciones, que van desde la decisión del testigo de no perpetrar una mentira, hasta los cambios de versiones propiciados por amenazas, miedo, sobornos, etcétera.

Es obvio que el cambio de versión que realiza el testigo puede afectar e incluso impedir que la parte que solicitó la prueba pueda demostrar su teoría del caso, precisamente porque la misma se fundamentó, en todo o en parte, en lo expuesto por el declarante durante los actos preparatorios del juicio oral.

Los presupuestos fácticos son diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo **no disponible**, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación).

Si se aplica a plenitud la regla general de que sólo pueden valorarse como prueba las declaraciones rendidas durante el juicio oral (salvo lo expuesto en materia de prueba de referencia), el juez únicamente podría considerar lo que el testigo dijo en este escenario, con las consecuencias ya indicadas.

Sin embargo, una decisión en tal sentido puede afectar la recta y eficaz administración de justicia, ante la posibilidad de que el relato rendido por fuera del juicio oral sea veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etcétera. Con esto no se quiere decir que la primera versión de los testigos necesariamente sea la que dé cuenta de la manera cómo ocurrieron los hechos; lo que se quiere resaltar es la importancia de que el fallador pueda evaluar la versión anterior, cuando el testigo la modifica o se retracta durante el juicio oral.

De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un **punto de equilibrio** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal, según se resaltó en otro apartado de este fallo.

En el derecho comparado, tanto en los sistemas “mixtos” como en los de marcada tendencia acusatoria, se han establecido reglas orientadas a facilitar la incorporación de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado en juicio, siempre y cuando se salvaguarden los derechos del procesado.

En España, por ejemplo, el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

En Puerto Rico, el ordenamiento jurídico regula de forma armonizada lo atinente a la prueba de referencia y la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral incompatibles con lo declarado en ese escenario. En el artículo 801 se define la prueba de referencia, así:

Se adoptan las siguientes definiciones relativas a la prueba de referencia:

- a) *Declaración: es (a) una declaración oral o escrita; o (b) conducta no verbalizada de persona, si su intención es que se tome como una aseveración.*

- b) *Declarante: es la persona que hace la declaración*
- c) *Prueba de referencia: es una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.*

En el artículo 802 ídem se dispone que

*No empece lo dispuesto en la Regla 801, no se considerará prueba de referencia una declaración anterior si la persona declarante testifica en el juicio o vista **sujeta a contrainterrogatorio** en relación con la declaración anterior, y ésta hubiera sido admisible de ser hecha por la persona declarante en el juicio o vista, y*

- a) **Es inconsistente con el testimonio prestado en el juicio** o vista y fue dada bajo la gravedad de juramento **sujeta a perjurio.**
(...)¹³³.

Aunque en principio estas declaraciones encajan en la definición de prueba de referencia, la razón principal para excluirla de dicha categoría es que el testigo está disponible en el juicio oral para ser contrainterrogado frente a lo expuesto en dicho escenario. Sobre el particular, valen las anotaciones que reiteradamente ha hecho esta Corporación en torno a la relación entre prueba de referencia y derecho a la confrontación.

En las Reglas de Evidencia de Puerto Rico se consagran una serie de requisitos, orientados a evitar que cualquier declaración anterior al juicio oral y bajo cualquier circunstancia puedan ser incorporados como prueba, en el contexto del artículo 802, literal a: (i) es indispensable que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio (retractación o cambio de versión); (ii) debe tratarse de declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento; (iii) el testigo debe estar disponible para ser contrainterrogado, con lo que se garantiza el ejercicio del derecho a la confrontación; y (iv) la declaración anterior ingresa como medio de prueba, lo que tiene como consecuencia que el juzgador tendrá ante sí las dos versiones.

No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial¹³⁴), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la

¹³³ Negrillas fuera del texto original

¹³⁴ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.

Sobre esta importante diferencia, la doctrina puertorriqueña aclara:

*Estas son las declaraciones más importantes (se hace alusión a la Regla 802, literal a), pues **más allá de su uso para impugnar** al testigo bajo la Regla 608 (B), se permite usar tales declaraciones como **prueba sustantiva** sin que sea aplicable la regla de exclusión de prueba de referencia...*¹³⁵

Las diferentes finalidades que se persiguen con estos usos de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio (para impugnar credibilidad o como “prueba sustantiva”), determinan los requisitos que deben reunir las mismas para que puedan ser utilizadas en uno u otro sentido.

En efecto, mientras la Regla 802 establece que debe tratarse de declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento (para que puedan ser utilizadas como prueba sustantiva), la Regla 608, en su literal B, numeral 4, precisa que “*la credibilidad de una persona puede **impugnarse** por cualquier parte, incluyendo a la que llama dicha persona testigo a declarar*”, para lo que pueden incluirse aspectos como los siguientes: “*declaraciones anteriores de la persona testigo...*” (no se requiere que sean declaraciones rendidas bajo juramento).

En este último sentido se advierte una marcada semejanza con lo regulado en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, en cuanto en este se precisa que la impugnación de la credibilidad del testigo puede hacerse con “*manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías*”.

Con el propósito de resaltar la frecuencia con la ocurre la retractación de los testigos en el juicio oral y la forma como los ordenamientos jurídicos tratan de armonizar los intereses en juego, valga anotar que las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos regulan el tema de forma semejante a como lo hizo el legislador puertorriqueño, con la diferencia de que se incluye un requisito adicional para que esas declaraciones sean admitidas como prueba: que hayan sido rendidas “*en una vista u otro procedimiento, sea civil, penal, legislativo o administrativo*”¹³⁶.

¹³⁵ Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luigi Abraham Ed. San Juan: 2009.

¹³⁶ Ídem.

Por su parte, esta Corporación ha emitido diversos pronunciamientos sobre la posibilidad de admitir, como prueba, declaraciones anteriores de los testigos, cuando estos se retractan o cambian su versión en el juicio oral.

Lo primero que debe aclararse es que en el contexto de la Ley 600 de 2000 el debate sobre la admisibilidad de estas declaraciones es prácticamente inexistente, porque en virtud del principio de permanencia de la prueba las plurales versiones de un testigo conforman una unidad, de tal manera que las inconsistencias de las mismas sólo son relevantes de cara a su valoración.

En el contexto de la Ley 906 de 2004, antes de afrontar la valoración de las declaraciones emitidas por un testigo antes del juicio oral, cuando son contradictorias con lo expresado en este escenario, debe resolverse sobre su **admisibilidad**, bajo el entendido de que en este régimen procesal no impera el principio de permanencia de la prueba.

La Sala ha emitido diversos pronunciamientos sobre la admisibilidad de declaraciones anteriores al juicio oral, básicamente en dos sentidos: (i) aceptar como medio de prueba todas las declaraciones anteriores rendidas por el testigo que comparece al juicio oral, sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene; y (ii) aceptar como medio de prueba las declaraciones anteriores cuando son inconsistentes con lo declarado en el juicio, siempre y cuando se reúnan ciertos requisitos, a los que se hará alusión más adelante.

La primera línea de pensamiento fue expresada en la decisión CSJ SP, 8 Nov. 2007, Rad. 26411, donde se hizo énfasis en la posibilidad de valorar las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, siempre y cuando hayan sido recaudadas legalmente y los documentos que las contienen fueran debidamente autenticados:

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fono típicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales

condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “Toda prueba pertinente es admisible...” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

*Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara¹³⁷.*

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

A la luz de los desarrollos jurisprudenciales relacionados en la primera parte de este apartado, esta jurisprudencia sobre el uso de declaraciones anteriores al juicio oral no puede mantenerse vigente, por las siguientes razones:

Primero, porque contraviene lo expuesto en los apartados anteriores, en el sentido de que, por regla general, las declaraciones anteriores son actos preparatorios del juicio oral y no deben ser incorporadas como prueba. Es por ello que la admisión de prueba de referencia es excepcional (artículo 438), y que la prueba anticipada deba ser repetida en el juicio cuando el testigo está disponible (artículo 284).

Segundo, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, norma rectora que establece que únicamente puede estimarse como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, con intermediación, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y

¹³⁷En el mismo sentido, sentencia del 21/02/2007, Rad. núm. 25920.

contradicción. En el mismo sentido, se trasgreden las normas que regulan el interrogatorio cruzado de testigos y, en general, la prueba testimonial.

Tercero, porque asimila las declaraciones de testigos a elementos materiales probatorios, como un arma o una huella, y a partir de ello plantea como único requisito de admisibilidad de las mismas la autenticación de los documentos que las contienen, en detrimento de las normas constitucionales y legales que regulan la prueba testimonial.

Y, cuarto, porque permite la incorporación, como prueba, de declaraciones anteriores al juicio oral, por fuera de la reglamentación de la prueba de referencia y sin establecer requisitos que permitan armonizar esta posibilidad con los derechos del procesado.

La otra línea argumentativa está consagrada en la decisión CSJ SP, 09 Nov. 2006, Rad. 25738. En esa oportunidad la Sala analizó el caso de un testigo de cargo que había declarado ante la Fiscalía antes del juicio oral y durante este escenario se retractó de lo inicialmente expuesto.

La Corte hizo hincapié en que la prohibición de utilizar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral, a que alude el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, se centra en la imposibilidad de las partes de ejercer el derecho a contrainterrogar al testigo.

Bajo esa premisa, se estableció que la admisibilidad de esas declaraciones está sujeta principalmente a dos requisitos: (i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y (ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho a la confrontación, de la prueba de referencia y, en general, de los usos de declaraciones anteriores al juicio oral, relacionados en otros apartados de este fallo, el anterior precedente debe precisarse en los siguientes sentidos:

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “*no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes*”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “*la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia*”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de

estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba.

En el derecho comparado, ese tipo de situaciones se tiene como una de las causales de no disponibilidad del testigo, a la par de su fallecimiento o de una enfermedad que le impida declarar. Por ejemplo, en Puerto Rico la Regla 806 dispone:

(A) Definición: No disponible como testigo incluye situaciones en que la persona declarante:

(...)

(2) insiste en no testificar en relación con el asunto u objeto de su declaración a pesar de una orden del Tribunal para que lo haga.

(...)

(4) al momento del juicio o vista, ha fallecido o está imposibilitada de comparecer a testificar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico...¹³⁸

Desde la perspectiva de la parte contra la que se aduce el testimonio, es claro que no existe ninguna posibilidad de ejercer el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (elemento estructural del derecho a la confrontación), cuando el testigo se niega a responder las preguntas.

Ante esa situación, la declaración anterior del testigo tiene el carácter de prueba de referencia, según lo indicado a lo largo de este proveído.

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

¹³⁸ Reglas de Evidencia de Puerto Rico.

El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos».

Aclaración de voto de los doctores Eugenio Fernández Carlier y José Francisco Acuña Vizcaya

«Si bien estamos de acuerdo con la decisión de casar la sentencia ante el estado de incertidumbre generado que impide obtener conocimiento más allá de duda razonable de la responsabilidad de **EARS** en los delitos por los que fue acusado, nuestra postura obedece al criterio jurisprudencial, adoptado en el radicado de la referencia, porque se permitió la incorporación y se le da mérito probatorio a la declaración rendida antes e incorporada en el juicio oral, a pesar que el testigo está disponible y rinde testimonio en la audiencia pública, ofreciendo en sus intervenciones información contradictoria, con lo cual desborda los únicos usos de *lege data* admitidos: 1) refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d); y 2) impugnar credibilidad ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

Seguidamente se da cuenta de los principales argumentos de la decisión mayoritaria, con las que estamos en desacuerdo:

En el siguiente párrafo, a mi juicio, se establece una clasificación indebida, no sustentable jurídicamente, del testimonio rendido antes del juicio oral, al señalarse, que corresponden a:

“Por resultar trascendente para la solución de este caso, la Sala establecerá la diferencia entre la utilización de declaraciones anteriores para *facilitar el interrogatorio cruzado de testigos* (refrescamiento de memoria e impugnación de la credibilidad de los testigos), y los usos de esas declaraciones como *medio de prueba* (prueba de referencia y declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio)”.

Conforme a la decisión mayoritaria de la Sala estos son los eventos en los cuales las declaraciones anteriores al juicio oral pueden ser incorporadas como medios de prueba, directas, no de referencia ni anticipadas:

Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medios de prueba (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio (subraya fuera de texto). (...).

La decisión adoptada con el criterio mayoritario sostiene que las declaraciones anteriores e incompatibles con lo declarado en el juicio por el declarante, se integran y forman parte de la prueba obtenida en el juicio y pueden servir de fundamento para condenar. [...]

[...]

El nuevo criterio mayoritario de la Sala, resulta imposible jurídicamente de compartir, porque:

i) Le da valor probatorio al testimonio adjunto o complementario cuando el órgano de prueba está disponible, supuesto que corresponde a una prueba de referencia inadmisibles (artículo 438 y 440 del C de P.P.).

ii) Contraviene lo dispuesto en el artículo 437 del C de P.P. sobre las informaciones obtenidas fuera del juicio oral y que definen la naturaleza y alcance de la prueba de referencia.

iii) Socaba los principios del debido proceso de la prueba relacionados con la publicidad, contradicción e inmediación (artículos 377, 378 y 379 del C de P.P.).

iv) La nueva postura jurisprudencial incorpora como principio la permanencia de la prueba en la Ley 906 de 2004, regla excluida por incompatible con los postulados de la Ley 906 de 2004, dados los supuestos de los artículos 15, 16, 17 y 381 del C de P.P.

El artículo 381 no permite condenar con base en pruebas no “debatidas en el juicio”, los demás textos legales citados que corresponden a normas rectoras, solamente le dan la categoría de prueba a la que se practica ante el juez de conocimiento, en audiencia del juicio oral, de forma concentrada, pública, oral, sujeta a contradicción, admitiéndose únicamente como excepción la prueba anticipada. Ni siquiera se permite la comisión para la práctica de la prueba.

El testimonio adjunto como se concibió en la decisión de la que aclaró el voto, viola no solo el rito para la solicitud, decreto, práctica y aducción de la prueba sino también las normas rectoras de los artículos 15, 16 y 17 del C.P.P., las que a decir del artículo 26 ídem son obligatorias y prevalentes sobre cualquier otra disposición y aún de la jurisprudencia, pues éstas tienen que ser fundamento de la interpretación.

v) Se desatiende el artículo 360 del C de P.P. que impone tener como ilegal los medios que se practican con “violación de los requisitos formales previstos en este Código”, uno de ellos que no puede asumirse como prueba de referencia lo declarado antes del juicio si el testigo está disponible para declarar; mucho menos como prueba directa, si el órgano de prueba concurre al juicio a testimoniar.

En la hipótesis sobre la que se construyó el nuevo criterio jurisprudencial la declaración anterior al juicio es prueba de referencia inadmisibles porque el órgano de prueba está disponible y lo único que puede servir de fundamento probatorio a la sentencia para la decisión es lo declarado en el juicio oral.

A nuestro entender, solamente se debe admitir que lo declarado antes del juicio sirva como prueba de referencia admisible (no como prueba directa, complementaria, adjunta o integrada con lo detectado en el debate oral), si el testigo adopta en el juicio una postura de silencio y se abstiene de narrar o responder el interrogatorio (caso en el cual el testigo no está disponible), porque si lo hace (responde), por más contradictorio que sea su relato con lo expresado antes, con esta última solamente será posible cuestionar su credibilidad.

vi) Con la lógica que se ha construido por la mayoría de la Sala la tesis del testimonio adjunto, se debe preguntar si ha de entenderse que las que rinde antes del juicio oral el procesado pueden servir de fundamento para condenar, así éste se niegue a declarar en el juicio.

vii) El artículo 347 de la Ley 906 de 2004 establece que las “declaraciones juradas” de los “testigos llamados a juicio” solo pueden tener “**efectos de impugnar credibilidad**”, el criterio mayoritario de la Sala se opone

abiertamente a esta regulación sin ofrecer razones de inconstitucionalidad para desatenderla, amén que los criterios de inconveniencia por una supuesta eficacia de la justicia la descarta los enunciados que estamos presentando.

El único argumento que se ofrecen para apoyar la creación del testimonio adjunto o complementario es el supuesto “punto de equilibrio”, para que en el caso se haga justicia, la que se ve amenazada porque se encuentran en contradicción sustancial lo expuesto antes y durante el juicio por el testigo.

Qué justicia se administra, si el supuesto de la solución ofrecida con el testimonio adjunto son las contradicciones del declarante, cómo se sabe en cuál se dijo la verdad.

Pero acaso la carga de llevar al proceso la prueba que dé certeza no es de la Fiscalía?, existe en Colombia algún proceso penal diferente a los que terminan por preacuerdo, allanamiento o principio de oportunidad, que no registren contradicciones sustanciales en lo narrado por el mismo testigo o con las demás pruebas?.

Las contradicciones se deben resolver con la sana crítica, solucionar ese problema con el testimonio adjunto, es hacer justicia de cualquier manera, ésta debe ser administrada con sujeción a garantías como las del debido proceso probatorio.

Si el testimonio adjunto se necesita para superar contradicciones del declarante y rescatar una supuesta eficacia de la justicia, como se afirma en la providencia de la que aclaró el voto, entonces con ese mismo propósito y argumento se deben crear líneas jurisprudenciales para no absolver los casos con base en el in dubio pro reo o deficiencia probatoria por inactividad de la Fiscalía para probar la teoría del caso, pues con estas también se pone en riesgo la eficacia de la justicia del asunto sub judice, porque la verdad real no se logró conocer.

viii) Sobre el valor probatorio de las exposiciones (entre las cuales se incluyen las declaraciones juradas de quienes son llamados a testimoniar en el juicio), a decir del artículo 347 del C de P.P., **“la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”**.

ix. Las declaraciones antes del juicio solo pueden alcanzar la categoría de prueba cuando se reciben en las condiciones en que lo permite el artículo 274 del C de P.P. adquieren así la naturaleza de prueba anticipada, supuestos que jamás los cumple el testimonio adjunto o complementario.

x. A diferencia de otros países, en Colombia hay regulación expresa sobre la materia, se adoptó un régimen opuesto a los países que admiten tener como prueba de cargo o de descargo la rendida antes del juicio oral así el testigo concurra a declarar, por ello apoyarse en tales criterios foráneas, como el de España y Puerto Rico, resulta equivocado.

xi. Si el juez no puede suplir las deficiencias de la Fiscalía porque se afecta la imparcialidad y la regla de igualdad de armas, no se entiende como la jurisprudencia deba crear reglas para superar la incapacidad de la fiscalía o los cuerpos de investigación de obtener la prueba para sustentar los cargos y superar los problemas propios de valoración de las informaciones dadas por los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, que es lo que finamente se invoca como sustento del supuesto principio de equilibrio para darle valor probatorio al testimonio adjunto o complementario.

xii. Otras consideraciones que se avienen y soportan los cuestionamientos que hacemos a la decisión asumida para validar el testimonio adjunto o complementario, son las siguientes:

En efecto, la Corte acude a legislación comparada, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, así como al sistema de Puerto Rico para propugnar que las declaraciones previas inconsistentes con lo declarado en juicio sean tenidas como prueba sustantiva y el juez pueda considerar y decidir con base en la intervención procesal, como la procesal del testigo, postura que en mi concepto en Colombia constituye una afrenta contra los principios de inmediación, concentración, publicidad, debido proceso, que conllevan a que solo se tengan como pruebas las que hayan sido prácticas en presencia del juez, al tiempo que desnaturaliza el ejercicio del contradictorio como fundante del sistema acusatorio.

Desde el artículo 15 de la Ley 906 de 2004 se garantiza a las partes conocer y controvertir las pruebas, además de intervenir en su formación, lo cual se traduce en la posibilidad de interrogar, contrainterrogar, objetar, formular objeciones, etc. Ese poder sobre la prueba es lo que permitirá trazar una confrontación dialéctica para defender cada postura. No se olvide que el proceso envuelve una tesis y una antítesis que han de estar robustecidas para ofrecer al juez argumentos para su síntesis.

El ejercicio de la confrontación no se satisface con la posibilidad *a posteriori* de cuestionar las declaraciones previas inconsistentes con lo narrado en juicio, por eso se ha de privilegiar la refutación de la prueba en juicio, y para ello será necesario clarificar la disponibilidad del testigo para contrastarlo en relación con algún tema de relevancia jurídica respecto a la conducta investigada o la responsabilidad penal.

Pero esa disponibilidad del testigo no puede ser confundida con su simple comparecencia a la audiencia de juicio oral, aquella existirá cuando ofrezca respuestas a las preguntas o contrainterrogatorios, independientemente de lo que diga y no habrá disposición cuando guarde silencio sobre el tema, caso éste último en que es viable admitir lo declarado fuera de juicio oral, pero como testimonio de referencia, no como prueba directa, pero únicamente en cuanto a la conducta de guardar silencio, excepción ésta que no opera cuando se responde el interrogatorio.

No se trata que una vez se haya superado el ejercicio de impugnar la credibilidad del testigo para desacreditarlo por algún factor, tendencia a mentir, tener interés, etc., se considere esa declaración anterior como parte de su atestación, ni es que se sustituya la declaración del testigo. En este caso la prueba de referencia solamente es viable cuando el testigo no esté disponible en el juicio, se niegue a declarar sobre todo o una parte de los hechos y es sobre ello que opera la referencia.

En este sentido la Corte debería rectificar posturas como la planteada en CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 26411, que permitió el uso de declaraciones anteriores sin otro requisito que la autenticación del documento que las contiene (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) de la cual se entendió que la misma complementaba el testimonio.

A su turno, debería revalidar la inicial tesis emitida en CSJ SP 9 nov. 2006, rad 25738, cuando enfatizó que para hacer valer declaraciones anteriores se deben garantizar los derechos de contradicción y confrontación, precisando los usos de las declaraciones previas: En primer lugar, para refrescar la memoria del testigo cuando no recuerda en el juicio algún tema específico, el cual se desprende de lo normado en el literal d) del artículo 392 de la Ley 906 de 2004 que al fijar las reglas del interrogatorio indica que *"el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos"*, casos en los cuales no surge cuestionamiento porque es sólo para que el deponente recuerde algún tema a fin de exponerlo en la audiencia, y si así lo hace el juez valorará lo dicho en ese acto procesal, ya que entre los criterios de apreciación del testimonio contemplado en el artículo 404 del estatuto adjetivo en comento se indica que se tendrá en cuenta esos procesos de rememoración.

En segundo lugar, en cuanto al uso de las declaraciones previas para impugnar la credibilidad del testigo la Corporación encontró que según lo dispuesto en el artículo 393 de la Ley 906 de 2004 en las reglas del contrainterrogatorio cuya finalidad es la de refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado, se autoriza acudir a *'cualquier declaración que*

hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral’.

Así mismo, el artículo 403 ídem permite su utilización para cuestionar la credibilidad del testigo, y el artículo 347 señala que para poder hacerlas valer en juicio para efectos de esa impugnación *“deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.* (subrayas ajenas al texto).

Con base en lo anterior la Corte destacó que la normatividad no permite introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, sino que solamente se trata de debilitar la credibilidad de las afirmaciones del testigo, sin que ello dé vía para que el juzgador pase por alto lo narrado en juicio y detenga su análisis sólo en esa entrevista o exposición previa del declarante [...]

[...]

En suma, si se ha dicho que las declaraciones previas no son pruebas por sí mismas, pero que si son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para los dos fines citados en precedencia, lo problemático resulta cuando con un mal entendido criterio los operadores judiciales las integran a lo dicho por el testigo en juicio, emulando así anteriores modelos procesales de enjuiciamiento que bajo la unidad de prueba las tomaban como un sólo testimonio, sin reparar en cuántas apariciones o momentos procesales hubiera intervenido el deponente (permanencia de la prueba), interpretación con la cual, insisto, se desconoce que bajo la Ley 906 de 2004 el juez únicamente debe considerar como pruebas al momento de dictar el fallo las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia en el juicio oral, con excepción de la prueba anticipada, las de los menores víctimas de delitos sexuales o el declarante que concurre y guarde silencio, con lo que se desdibuja el ejercicio del contradictorio.

Así las cosas, no estoy de acuerdo con que las declaraciones anteriores al juicio se integren o complementen con el testimonio rendido en el juicio oral, [...]

[...]

Para dar viabilidad a tal integración se ha argumentado que ante las vicisitudes del testigo de ir al juicio, ser reticente, no responder, negar versiones anteriores, fugarse y las múltiples fallas que pueden afectar su rememoración, o en su comportamiento en juicio, en la forma de sus respuestas, su personalidad, etc., es confrontar el medio de conocimiento,

no solo con la posición del testigo que se retractó, negó, no ratificó o no recordó en juicio de lo dicho previamente, sino también con la versión del testigo de acreditación que lo entrevistó.

Con tal postulado se entremezclan las diferentes posturas que puede asumir un testigo en juicio, pues no es lo mismo, cuando es renuente a declarar, a cuando narra aspectos contradictorios con los vertidos en su declaración previa, por eso, si el testigo está disponible, debe agotarse la impugnación de la credibilidad, porque si no se niega a responder no podría complementarse su testimonio con lo dicho antes.

Por la misma razón no puedo avalar la tesis de la Corte en el presente fallo que para permitir esa introducción de la declaración anterior del testigo cuando difiere de lo narrado en juicio argumenta que ello va de la mano con una recta y eficaz administración de justicia, poniendo como ejemplo que lo relatado fuera de juicio puede ser veraz y el testigo lo haya cambiado por amenazas, miedo, sobornos, etc., porque no se puede pasar por alto que la existencia material y jurídica de la prueba depende de su construcción con sometimiento al debido proceso, ante un juez competente, en un momento procesal determinado y con el cumplimiento de las exigencias que particularmente se exijan para cada medio, con la observancia que el rito demande para las partes e intervinientes.

La jurisprudencia debe hacer interpretaciones que ponderen las garantías, los derechos, las facultades y los deberes de las partes, el punto de equilibrio que se trace no puede ser a cualquier precio y forma, así por ejemplo no hay equilibrio cuando se admite la existencia de una prueba que el ordenamiento jurídico no la tolera como tal.

Por ello, lo que se debe promover desde estas instancias es que se haga un adecuado ejercicio de impugnación de la credibilidad a fin de que el testigo renuente o silente a través de las preguntas retome o ratifique lo dicho inicialmente en su declaración anterior, sin caer en el facilismo de incorporar las entrevistas sin pasar por el tamiz de tal impugnación.

Y si en la declaración en juicio el testigo reconoce lo que dijo con anterioridad o da las explicaciones pertinentes, lo que queda como prueba es lo dicho en juicio, sin que sea viable que agotado el proceso de impugnación de la credibilidad, de todas formas se introduzca la declaración anterior como medio probatorio autónoma o se convierta en una unidad con lo dicho en juicio. Y sólo cuando se esté ante un testigo no disponible, como cuando es renuente a responder en relación con su declaración anterior, guarde silencio, se podrá acudir a ésta pero a manera de prueba de referencia.

En otras palabras, al mediar inconsistencia de la declaración en juicio con la rendida previamente, un buen ejercicio de impugnación de la credibilidad será lo que habilite la admisión de la declaración anterior respecto del mérito de la prueba, por eso, se debe privilegiar el ejercicio del contradictorio propio del sistema acusatorio a fin de enriquecer la capacidad de las partes para interrogar y contrainterrogar con miras a convencer al juez para otorgarle o no crédito al testigo.

Bajo los supuestos anteriores, para definir si se puede tener como prueba y valorarse en un proceso los testimonios o las entrevistas obtenidas antes del juicio oral, se debe acudir a las regulaciones : **1)** de la prueba de referencia del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y las reglas especiales establecidas por la jurisprudencia y la Ley 1652 de 2013 para cuando los órganos de prueba de tales elementos son menores víctimas de delitos sexuales o de los tipos penales a que se refieren los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c y 188d del Código Penal; **2)** a las normas que regulan el uso de las versiones o declaraciones para refrescar memoria (artículo 392 ejusdem); y **3)** a los textos relacionados con la impugnación de credibilidad (artículo 403 ídem). Solamente tienen la condición de prueba la del numeral 1°, no así las de los numerales 2° y 3°.

Prueba de referencia. La declaración rendida fuera del juicio oral de la que pueda predicarse alguna de las causales establecidas en el artículo 438 del C de P.P., que «*no sea posible practicarla en juicio*» (disponibilidad del órgano de prueba para el acto procesal), es prueba de referencia admisible y por tanto puede introducirse al proceso en la audiencia al momento de la práctica probatoria con el testigo de acreditación y ser considerada por el juez junto con los demás medios para adoptar la decisión que corresponda, sin que la condena pueda sustentarse exclusivamente en esa clase de pruebas.

Es fundamental en el testimonio como prueba de referencia la no disponibilidad del declarante en el juicio oral, pero esa naturaleza la adquiere también cuando su presencia es física únicamente, porque se niega a través del silencio a ofrecer la información por la que se le pregunta. Un testigo que no se comporte en estas condiciones, sus declaraciones rendidas antes del juicio oral solamente pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, jamás pueden ser apreciadas estas como prueba admisible o como como testimonio adjunto, al que se alude también con las denominaciones de testigo de corroboración o complementario, como se acepta sin condicionamientos en la decisión de la que ahora aclaro voto.

Cuando el declarante concurre al juicio oral pero se niega a declarar o contestar el interrogatorio, el testigo no está disponible y por tanto sus declaraciones anteriores únicamente en lo que no declaró podrá ser

introducido al juicio oral como prueba de referencia admisible. Esta es una modalidad de esa clase de prueba, el órgano de prueba no está disponible, por tanto no corresponde a lo que se enuncia como testimonio adjunto o complementario.

Las declaraciones anteriores al juicio oral que no cumplen las condiciones de prueba de referencia admisible, porque el testigo sí está disponible material y jurídicamente, no son medios legales, dado que se afecta el control que deben realizar el juez, las partes y los intervinientes (la víctima a través del fiscal), el debido proceso probatorio, el derecho de contradicción y confrontación, la no práctica en juicio oral, concentrado y público, tampoco corresponde a los parámetros de prueba anticipada, amén de que se genera ante un juez diferente al de conocimiento, en una audiencia o acto procesal independiente, sin la presencia de una de las partes y de los intervinientes, bajo supuestos que afectan la juridicidad pues el ordenamiento jurídico las estima como prueba de referencia inadmisibles.

El inciso tercero del artículo 347 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la exposición dada antes del juicio oral no puede *«tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes»*, sólo enuncia una de las afectaciones, más no menciona otras que sin superarse no la habilitan como medio probatorio admisible, como las deficiencias señaladas en el párrafo anterior. Éstos elementos solamente sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no como prueba de referencia admisible y por ende no pueden ser tenidos en cuenta como fundamento de una decisión junto con los demás medios legamente allegados.

Testimonio adjunto, complementario o de comentario. Dícese de una declaración que en el juicio se retracta de lo dicho antes en la investigación o cambia la versión. En este caso el declarante está disponible material y jurídicamente sobre el tema probatorio para ser interrogado y conainterrogado, el órgano de prueba rinde la información, por tanto las partes ejercen sus derechos independientemente del alcance de las respuestas, o de si sustentan o no la teoría del caso de la fiscalía o la defensa o de la parte que ha solicitado la prueba. La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, éstas solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, la Sala mayoritaria ahora las autoriza como pruebas directas, autónomas y fundantes de responsabilidad o inocencia.

La situación del testigo que se retracta o cambia la versión, únicamente permite tener las exposiciones anteriores al juicio oral no como prueba sino como medios para impugnar credibilidad. Aquél no corresponde a ninguna de las hipótesis de la prueba de referencia admisible».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 16, 271, 272, 347, 391, 392, 393, 402, 403 y 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP1066-2017.

3.4 Acusado como testigo

3.4.1 El ofrecimiento del testimonio del acusado puede hacerse hasta antes de las alegaciones del juicio oral (características del testimonio del acusado, derecho a ser oído como ejercicio de la defensa material y su diferencia con el derecho a la última palabra, diferencias entre un testimonio ordinario y el del acusado, testimonio del acusado como medio de prueba y defensa, análisis del principio de igualdad de armas y otros)

Extracto n. ° 341.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 41198 |
| Número de providencia | : | AP6357-2015 |
| Fecha | : | 12/11/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | ÚNICA INSTANCIA |

«De acuerdo con el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, *«si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio comparecerán como testigos y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, de acuerdo con las reglas previstas en este código».*

De esta disposición se derivan dos opciones hermenéuticas razonables, a saber, i) que el ofrecimiento del testimonio del procesado puede hacerse hasta antes de las alegaciones del juicio oral, o bien, ii) que sólo habrá lugar a practicarlo si es descubierto y solicitado por la defensa, con la autorización del inculcado, en la audiencia preparatoria.

Sobre el particular se han suscitado pronunciamientos de la Sala que se reseñan seguidamente.

En CSJ AP, 26 oct. 2007, rad. 27.608, aunque sin mayor desarrollo argumentativo, la Corte consideró:

*«Ahora, como **queda claro que el acusado puede renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio** – desde luego, si se trata de presentarse en calidad de testigo, **ello tiene como límite la fase probatoria de la audiencia de juicio oral, en virtud del principio preclusivo de los actos procesales** –, a la fiscalía le compete la carga procesal, si desea hacer uso del interrogatorio directo, esto es, presentarlo a su vez como su propio testigo, de sustentar la pertinencia y conducencia de lo deprecado –en otras palabras, indicar adecuadamente al juez cuál es el objeto concreto de la prueba–, asunto que, a despecho de lo decidido por el Tribunal en primera instancia, sólo puede operar cuando la defensa o el acusado hagan una dicha manifestación de renuncia al derecho de guardar silencio».*

Más adelante, en CSJ AP, 4 ago. 2010, rad. 33.997 proferido en sede de casación, la Corporación discernió:

«...para preservar el principio de igualdad de armas que informa el sistema acusatorio, la manifestación del procesado de acudir como testigo no puede hacerse al capricho de él o de su defensor, pues debe sujetarse a los parámetros legalmente establecidos para desarrollar la actividad probatoria mediante las fases de: descubrimiento, producción y aducción y valoración.

(...)

...en clara aplicación del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, es dable admitir extraordinariamente el testimonio del acusado como prueba muy significativa y por lo mismo trascendente, siempre que se respete el principio de igualdad de armas, (pero) en este caso resulta diáfano que el defensor ni antes, al momento de solicitar tardíamente que PB fuera escuchado en su juicio, ni ahora, al denunciar en casación la ausencia de esa prueba, expuso alguna razón tendiente a acreditar su alcance demostrativo o incidencia en la decisión de condena...».

En esta última decisión, el asunto fue examinado desde la perspectiva de la prueba sobreviniente y, por lo tanto, se entendió que la viabilidad de practicar el testimonio del acusado no decretado en audiencia preparatoria estaba supeditada a la satisfacción de los requisitos legales y jurisprudenciales atinentes a esa categoría probatoria.

En la primera providencia, por el contrario, el problema jurídico fue abordado para colegir *«que el acusado puede renunciar en cualquier momento a su derecho de guardar silencio»*.

Lo cierto, es que el ordenamiento jurídico no ofrece una expresa y pacífica solución a la problemática, en tanto se ha sostenido que el testimonio del procesado sólo puede ser practicado en la vista pública si fue oportunamente solicitado y decretado como prueba de descargo en la audiencia preparatoria, o también que tratándose de una prueba revestida de ciertas características excepcionales que la separan de los demás medios suasorios, no está sometida a las reglas probatorias ordinarias.

Solamente resulta de pacífica y uniforme aceptación el supuesto que el inculcado puede renunciar a guardar silencio y pedir su testimonio en la audiencia preparatoria; no ocurre lo propio con la posibilidad que el acusado eleve esa solicitud como última prueba en el juicio oral, esta última situación amerita que la Sala por vía jurisprudencial precise la regla que ha de regular la situación ante la falta de concreción legislativa advertida.

En ese orden, desde ya la Sala anuncia que la solución más ajustada a las garantías de las partes e intervinientes, en especial con el ejercicio del derecho de defensa material por parte del acusado y la realización de la justicia material, es que no sólo es posible practicar el testimonio del enjuiciado cuando es solicitado y decretado en audiencia preparatoria, sino también cuando, no habiéndose ofrecido en esa oportunidad, el procesado renuncia al derecho a guardar silencio y así lo reclama antes de agotada la práctica probatoria en el juicio oral.

2.1 El derecho a ser oído.

Inicialmente, debe precisarse que la posibilidad que tiene el procesado de declarar en su propio juicio, más que una simple facultad probatoria, es un verdadero derecho – garantía (el de ser oído), que está vinculado con el de defensa material, que le asiste en su condición de inculcado.

De acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, *«quien sea sindicado tiene derecho»*, entre otros, *«a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento»*.

En esa lógica, se ha discernido que toda persona sometida a un proceso de índole penal tiene derecho a la defensa en sus aristas técnica y material,

esta última la ejecuta de manera exclusiva y personalmente el propio procesado “*en diferentes formas y oportunidades*”¹³⁹.

El derecho a la defensa material, en el contexto del sistema penal acusatorio, tiene varias connotaciones, por ejemplo, la facultad que le asiste al procesado de presentar alegatos introductorios y conclusivos, interponer recursos, elevar solicitudes y peticiones de diferente índole, interrogar a los testigos directamente, pedir pruebas y guardar silencio o renunciar a hacerlo.

En ese sentido, la Sala ha sostenido que «*la defensa material entraña para el procesado **la posibilidad de ser escuchado** o de guardar silencio*»¹⁴⁰.

En el ámbito del derecho internacional, los artículos 8° y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, disponen en términos similares que toda persona tiene derecho «*a ser oída*», entre otras, «*en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella*».

En desarrollo de ello, la voz del inculcado es necesario oírlo en todas las etapas de la actuación, si esa es su voluntad, sin que esta garantía resulte afectada porque se abstenga de declarar, pues el silencio es un derecho del acusado.

En otros ordenamientos jurídicos de la región se ha entendido que «*el imputado, a partir del momento en que adquiere esa cualidad, adquiere también el derecho a defenderse y una de las manifestaciones de ese derecho es la de “presentarse directamente ante el Juez con el fin de prestar declaración”*»¹⁴¹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una conceptualización más amplia del aludido derecho, a partir de la cual lo ha asimilado a la noción general de la defensa material; no obstante, reconoce como elemento integrante de aquél la posibilidad que le asiste al procesado de declarar en su propia causa:

«Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones inculcatorias por contradictorias

¹³⁹ Sentencia C – 069 de 2009.

¹⁴⁰ CSJ SP, 24 jun. 2015, rad. 39.703.

¹⁴¹ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magaly. “Derecho Procesal Penal Venezolano”. Ed. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2008, página 96.

o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra»¹⁴².

De lo anterior puede concluirse preliminarmente que toda persona sometida a procesamiento penal tiene el derecho, legal y constitucionalmente reconocido, de ejercer materialmente su propia defensa, una de cuyas manifestaciones es la de rendir declaración en el juicio que se promueve en su contra.

2.2 El límite legal para que el acusado ejerza el derecho a ser oído no excluye la posibilidad de que manifieste la voluntad de declarar en el juicio oral.

En el actual estado de la discusión jurídica, no se controvierte que los derechos no son absolutos ni tienen alcances ilimitados, esto es, que puedan ejercerse al punto de ocasionar perjuicio ilegítimo de los derechos ajenos y se resquebraje el ordenamiento jurídico.

Así, se admite pacíficamente que los derechos, cualquiera que sea la fuente normativa elegida para su reconocimiento, son susceptibles de ser legalmente limitados, siempre que las restricciones no se ofrezcan innecesarias, arbitrarias o irrazonables.

En esa lógica, el legislador está facultado para restringir los derechos y establecer las condiciones para su ejercicio, tal como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional:

*«...en materia de derechos fundamentales, esta Corporación ha afirmado sostenidamente que **no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal.***

Así, en Sentencia C-355 de 1994, esta Corporación afirmó que “(...) si bien para la jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho”.

En un pronunciamiento posterior, Sentencia C-578 de 1995, la Corte sostuvo que “[l]os derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por

¹⁴² Informe No. 50 de 2000, caso Reinaldo Figueredo Planchart.

*tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles*¹⁴³.

Con igual orientación, ya en criterio referido expresamente al derecho de defensa en el proceso penal, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *«una posición según la cual no fuera legítimo limitar el derecho de defensa, llevaría a extremos en los cuales se haría imposible adelantar el proceso para llegar al fin último comentado de esclarecer la verdad real, y haría nugatorio el derecho también superior a un debido proceso "sin dilaciones injustificadas"»*¹⁴⁴.

En ese orden de cosas, surge irrefutable entender que el derecho que le asiste al acusado a ser oído en su propia causa puede ser objeto de limitaciones legales, concretamente, a no ser ejercido con desconocimiento de las reglas y restricciones previstas por la Ley para su materialización.

Cabe preguntarse, entonces, si la legislación adjetiva penal consagra limitaciones expresas al ejercicio del referido derecho, o si por el contrario, el legislador se abstuvo de restringirlo.

A partir del artículo 394 de la Ley 906 de 2004, se establece que *«si el acusado y el coacusado ofrecieren declarar en su propio juicio **comparecerán como testigos** y bajo la gravedad del juramento serán interrogados, **de acuerdo con las reglas previstas en este código**»*.

La normatividad procesal en cita inequívocamente dispone que la declaración del imputado, al menos en lo que a su práctica respecta, es reputada como un testimonio y, en tal condición, en principio debería llevarse a cabo *«de acuerdo con las reglas previstas en este código»*. Pero esta regla se reputa válida para las limitaciones que implican el interrogatorio y contrainterrogatorio, no así para los supuestos de la oportunidad en que debe solicitarse, a lo cual no alude el texto de la norma en comento.

Podría decirse, que el artículo 382 ibídem establece como *«medios de conocimiento **la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física**»*, entre otros, de tal suerte que, cuando menos desde la perspectiva estrictamente normativa, no cabe duda que el dicho del procesado es una prueba y de esta manera debería entenderse que la

¹⁴³ Sentencia C – 258 de 2013.

¹⁴⁴ Sentencia C – 648 de 2001.

declaración del inculpado estaría sometida a las condiciones generales de todos los medios probatorios.

Desde esa óptica, sería posible concluir preliminarmente que si la declaración del inculpado tiene la condición de testimonio, el ejercicio del derecho a ser oído que le asiste a aquél está condicionado legalmente a que sea ejercido con estricto apego a las reglas y procedimientos previstos en la Ley para la producción y práctica de todas las pruebas, cualquiera que sea su naturaleza.

No obstante, un entendimiento como el acabado de expresar para conminar a la defensa y al procesado al descubrimiento y solicitud de la prueba en la fase preparatoria exclusivamente, es una conclusión que está inmersa en supuestos incompletos y en sana lógica se convierte en una regla que no cumple las condiciones de validez requeridas para que la decisión que se adopte corresponda a lo que la justicia y el ordenamiento jurídico reclaman. Y, lo es así, porque al generalizar y unificar el trato con base en el concepto de prueba se identifican las declaraciones del testigo común y del procesado y no se contemplan las particularidades que las diferencian, como tampoco se considera el diverso ámbito de sus alcances ni el carácter de ser éste último un medio para ejercitar el derecho de defensa material por el inculpado.

La Corte Constitucional advierte que *«si en el curso de un proceso el acusado o el coacusado deciden declarar sobre hechos criminosos atribuidos a un tercero, tal declaración será recibida como un testimonio»*, pero a renglón seguido advierte que debe estar **«sujeta a las formalidades y excepciones propias del mismo, conforme a la Constitución y a la ley»¹⁴⁵**.

No admite cuestionamiento alguno que i) no es acertado equiparar la declaración del acusado con un testigo ordinario, porque entre uno y otro existen diferencias ontológicas y jurídicas notables, y ii) la declaración que rinde el propio enjuiciado no sólo tiene la condición de testimonio (prueba), sino que también es medio de defensa judicial.

2.2.1 El testimonio del acusado como medio de prueba.

Como particularidades, el dicho del imputado en la Ley 906 de 2004 se caracteriza porque i) el juramento rendido previo a atestar, de acuerdo con lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C – 782 de 2005, *«no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre su propia conducta»*; ii) el acusado puede ser interrogado, contrainterrogado y puede abstenerse de contestar las preguntas formuladas por su propio defensor,

¹⁴⁵ Sentencia C – 782 de 2005.

incluso, las que en desarrollo del contra interrogatorio efectúe la Fiscalía; iii) se le permite, conforme el artículo 396 de la Ley 906 de 2004 y a diferencia de los testigos comunes, presenciar el debate probatorio antes de rendir declaración; iv) no está permitida su conducción forzosa a efectos de que rinda testimonio, pues deponer o abstenerse de hacerlo es una decisión suya a la que no puede ser obligado; v) el inculcado es el sujeto pasivo de la investigación, tiene amparo de autoincriminación y derecho a la asistencia técnica.

Las diferencias advertidas entre la indagatoria (Ley 600 de 2000) y el testimonio del acusado (Ley 906 de 2004) son más procesales o formales que sustanciales o de garantías, pues en el proceso penal, en todo caso, cualquiera que sea la forma en que se nombre la versión del indiciado, éste debe ser vinculado y estar asistido por un profesional del derecho para que su versión sea libre, consciente, voluntaria, informada y asesorada, pudiendo confesar o no y guardar silencio; bajo estos supuestos, lo que se pretende es materializar dos propósitos: que la información aportada sirva como prueba y, a su vez, constituya el medio de defensa material, derecho éste que es de carácter personalísimo y sólo puede ejercer el procesado.

El testimonio que proviene de la persona sometida a juicio tiene entonces características especiales en razón de las cuales admite tratamiento jurídico diferenciado; por esas connotaciones y los alcances de los que está revestido se hace necesario darle un rito acorde para su decreto, sin que ello afecte derechos y garantías de las demás partes e intervinientes, pues más que innecesario es indispensable que el juez se informe a través del acusado de cómo ocurrieron los hechos y cuáles fueron las razones de su obrar, por lo que su utilidad para el proceso es evidente, a más que el titular de derecho a la defensa material es de carácter personalísimo y exclusivamente le corresponde al procesado.

Las diferencias ontológicas que existen entre los testimonios del acusado y el testigo común se manifiestan en sede de la práctica de la prueba, generando también por sus efectos y alcances la justificación de un trámite jurídico distinto, que irradia a la fase de decreto. Esta diversidad de supuestos entre las mencionadas pruebas, sustentan el trato desigual que se tolera por la Corte en esta providencia en cuanto a la oportunidad de solicitar la prueba, así como a las reglas que deben observarse para la práctica y valoración de consecuencias de la declaración del inculcado.

Las diferencias advertidas desde la óptica de las garantías ponen de presente que la única parte que se afecta por no atender su petición de ser oído cuando ésta es formulada en el juicio oral es el mismo procesado, sin que de ello se sigan consecuencias negativas para los derechos de las demás partes e intervinientes, que no pueden afirmarse sorprendidas con la declaración de la persona vinculada al proceso, cuya identidad es

conocida desde la audiencia de formulación de imputación y desde este momento procesal se advierte la posibilidad que declare en el juicio oral sobre hechos concretados en esa audiencia preliminar.

Además, el imputado que acude al juicio como testigo puede ser contra interrogado y sus afirmaciones pueden ser controvertidas mediante otros medios de prueba directos, o a través de la impugnación de credibilidad o de la refutación, lo que permite agotar, entre otras exigencias, la contradicción de la prueba.

Lo expresado resulta suficiente para sostener que las disposiciones de la Ley 906 de 2004 que regulan el asunto no admiten una hermenéutica a partir de la cual se excluya como ajustada a derecho la solicitud del inculcado en el juicio oral de ser oído en declaración, renunciando al derecho a guardar silencio.

Dicho de otra forma, esa declaración, conforme se sigue de lo previsto en el artículo 394 ibídem y del ordenamiento jurídico constitucional en sentido amplio, incluyendo la legislación internacional, conllevan a una interpretación sistemática y teleológica sobre el derecho del procesado a ser oído en su propia causa, emergiendo que no necesariamente hace parte del debido proceso probatorio que el testimonio del inculcado deba haberse descubierto y solicitado en la audiencia preparatoria, sustentando su pertinencia, conducencia y utilidad para obtener del funcionario de conocimiento un pronunciamiento favorable a tal solicitud probatoria.

2.2.2 El testimonio del acusado como medio de defensa.

Que el testimonio del acusado es un medio de defensa es algo que no puede negarse en el proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004.

En el contexto de la Ley 600 de 2000, como se sigue del artículo 337, la indagatoria está erigida en medio de defensa, pero también se le tiene como medio de prueba.

[...]

La declaración que conforme a la Ley 906 de 2004 rinde el acusado en el juicio oral a modo de testigo reúne las condiciones sustanciales y de garantía que caracterizan la indagatoria en el sistema de tendencia inquisitiva, por lo que es posible afirmar que también aquélla tiene la calidad de medio de defensa.

En efecto, en una y otra el inculcado tiene derecho a responder los cargos, hacer constar lo que considere necesario para su mejor interés, explicar los hechos investigados, estar asistido por un defensor técnico, a que se

atiendan las peticiones que surjan para la práctica de pruebas sobrevinientes y a no auto incriminarse.

Al amparo de la caracterización que se ha hecho del testimonio del acusado en la Ley 906 de 2004 se puede afirmar que ese no es el único medio de que dispone el inculcado en el proceso penal para ejercer el derecho de defensa material, sino uno de varios.

Indiscutible resulta que la defensa puede ejercitarse a través de los recursos, alegaciones, la conducta procesal, la práctica de pruebas, los interrogatorios y contrainterrogatorios, las objeciones y las impugnaciones de credibilidad, entre otras, pero junto a estas actuaciones también la ley autoriza que ese derecho se puede ejercer con el testimonio del procesado, único medio de prueba que solamente puede ingresar al caudal probatorio por voluntad exclusiva del procesado (no del defensor).

Agréguese que no puede desconocerse la importancia que tiene en el proceso penal la información que puede ofrecer el testimonio de la persona que según el acusador ejecutó la acción u omisión penal y de lo que su versión representa para el acusado de poder explicar su conducta en el juicio que se adelanta en su contra.

Es, además, el medio probatorio del que dispone el acusado para enfrentar la prueba de cargo, pues las alegaciones no son elementos probatorios mientras que su testimonio sí lo es, y también es una oportunidad para presentar sus pretensiones al Juez que ha de resolver su caso, suministrando por esa vía su versión de qué, cómo y por qué ocurrieron los hechos por los cuales se le juzga.

Las respuestas que dé el inculcado en la indagatoria o en el testimonio (según se trate de Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004) pueden dar lugar a una confesión, que debe ser libre, espontánea y ofrecida ante autoridad competente, o ser fuente para construir indicios en su contra, pero no por ello, por ser medio de prueba, no deja de ser un medio de defensa, pues sirve para registrar todo aquello que considere necesario para que se defina su responsabilidad o inocencia.

Al ser fuente de conocimiento, los datos aportados permiten el ingreso de prueba de cargo, pero simultáneamente las explicaciones pueden refutar o poner en entredicho la credibilidad de aspectos que tengan incidencia sustancial en la definición de la situación jurídica del encartado, bien para descartarla o para lograr una readequación que traiga consigo consecuencias favorables. Esto último hace parte del ejercicio del derecho de defensa material del acusado a través de su testimonio rendido en el juicio oral.

Si no se autorizara el testimonio del acusado en el juicio oral a pesar de no haber sido reclamado en la audiencia preparatoria, resultaría restringido su derecho de defensa material con base en una interpretación formalista y no sustancial de la normatividad adjetiva; se acudiría a un criterio que le resta utilidad a los medios que pueden aportar información trascendente para resolver el problema jurídico, sin que la incorporación de esa declaración, en las condiciones en que lo entiende la Sala en esta providencia, represente un perjuicio concreto para los derechos y garantías de las demás partes e intervinientes.

Dígase que la libertad de apremio en la Ley 600 de 2000 y el juramento en la Ley 906 de 2004 no le niegan a la indagatoria o a la declaración de marras la condición de medio de defensa en ambos sistemas, pues en ninguno de los dos casos el investigado puede ser responsabilizado por no responder conforme a la verdad en aquello que lo incrimine, supuesto que no tendría comprensión por el ordenamiento constitucional si no fuese con base en el derecho que tiene el procesado a defenderse.

Por último, concurre a ratificar la importancia del testimonio del acusado como medio de prueba de significativa relevancia en el juicio oral, el hecho que la Fiscalía puede rehusar el interrogarlo al indiciado en la investigación, por lo que esa declaración en el debate oral es la única oportunidad que tiene el inculpado para dar, por su propia iniciativa y sin que a ello pueda oponerse la contraparte, su versión de los hechos objeto de juzgamiento.

2.3 El derecho a la última palabra.

Resulta relevante señalar que si bien, como quedó visto, toda persona sometida a juicio penal tiene derecho a declarar en su propia causa, dicha garantía no puede confundirse con el derecho a la última palabra de que tratan los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6° del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, legislaciones que se refieren al derecho que tiene toda persona de «*defenderse personalmente*» o «*por sí mismo*».

[...]

En efecto, el derecho a la última palabra se refiere a la oportunidad en que debe intervenir el procesado para ejercer sus derechos, deberes y obligaciones procesales, entre los cuales algunos apuntan a aspectos procesales, como el de sustentar los recursos o presentar alegaciones, pero otros, tienen por objeto materializar los derechos y garantías que le corresponden como parte, por ejemplo, declarar en juicio (prueba) para ejercer el derecho de defensa material, y ejercer la contradicción personal por el acusado.

En sentido amplio, son manifestaciones del derecho a la última palabra del acusado, cuando así expresa su voluntad para intervenir, en los siguientes actos procesales, en la legislación adjetiva nacional vigente: i) es el último en intervenir en las alegaciones iniciales y **en los alegatos conclusivos** (sentido restringido), según los artículos 371 y 443 de la Ley 906 de 2004; ii) la prueba de descargo, siempre y en todo caso, se practica luego de agotada la reclamada por la Fiscalía, al tenor de los cánones 362 y 390, con excepción *«de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía»*; iii) las peticiones probatorias de la defensa se formulan con posterioridad a las de la Fiscalía; iv) en la audiencia de formulación de acusación, corresponde a la defensa, como se sigue del artículo 339, pronunciarse en último lugar sobre las posibles causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades; v) en sede de individualización de pena, es el condenado (si lo solicita) quien interviene en último lugar para pronunciarse sobre las condiciones de todo orden del imputado.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, según la cual el derecho a la última palabra implica *«la garantía de que (el) imputado o acusado tenga la posibilidad de controvertir todas las razones o argumentos expuestos por los demás sujetos del proceso, en las oportunidades en que las normas de procedimiento prevén su confrontación, lo cual lógicamente sólo es posible mediante la intervención en último lugar en cada una de tales oportunidades»*¹⁴⁶.

En la Ley 906 de 2004, el derecho a ser oído, además de lo expresado anteriormente, comporta la posibilidad de introducir en el juicio una prueba para ejercer el derecho de defensa (es la última que se practica en el juicio oral), lo que representa una garantía sustancial; de esta característica probatoria carece las alegaciones finales del inculpado (medio de defensa exclusivamente), éstas se presentan luego de concluida la fase probatoria y los alegatos de las demás partes e intervinientes del proceso, por lo que no pueden confundirse e identificarse las alegaciones con el susodicho testimonio.

Ciertamente, las manifestaciones efectuadas por el acusado al declarar como testigo hacen parte del caudal probatorio y deben ser valoradas en el fallo por el funcionario como testimonio, con arreglo a la sana crítica y de manera conjunta con los restantes elementos suasorios allegados a la actuación.

¹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 1195 de 2005.

En ese orden, debe el fallador explicar el mérito suasorio atribuido a lo que en desarrollo del interrogatorio cruzado manifieste el inculminado, bien para aceptar sus manifestaciones como ciertas y verdad, ora para descartarlas como consecuencia de la ponderación de la totalidad de las pruebas.

Las alegaciones, se reitera, no constituyen pruebas, son manifestaciones, ejercicios dialecticos, argumentación defensiva del inculminado, dirigida a convencer al fallador de adoptar una determinada interpretación del derecho o una específica valoración de la prueba, de los hechos o de la conducta.

El testimonio del acusado, a diferencia de los alegatos del inculminado, puede ser cuestionado y controvertido por la Fiscalía, quien está facultada para ejercer el contrainterrogatorio e impugnar la credibilidad del declarante, por ello, no puede afirmarse que el derecho del acusado a rendir su propio testimonio implique el ejercicio del derecho a la última palabra; distinto sucede con las alegaciones del inculminado, que son las últimas en recibirse y, precisamente por constituir manifestación del referido derecho, no pueden ser impugnadas, debatidas, censuradas ni criticadas por las demás partes e intervinientes.

La voz del procesado, si así lo quiere éste, es la última que escucha el juez antes de fallar, después de agotado el debate probatorio y las alegaciones del Fiscal, la defensa técnica, el Ministerio Público y el apoderado de la víctima. Ese acto en el que el enjuiciado asume personalmente su defensa no puede ser controvertido sino por quien administra justicia en la sentencia que profiera, dada la naturaleza y alcance de dicha garantía.

Claro, pues que el derecho que le asiste al acusado de rendir su propio testimonio no constituye una arista o manifestación del derecho a la última palabra (en sentido restringido o entendida como alegaciones finales); por lo tanto, no puede suponerse atendiblemente que la garantía de este derecho deba conducir a enervar los pilares estructurales del sistema procesal aplicable a la actuación o a subvertir los principios que le subyacen, como tampoco entonces que se vea vulnerado por no permitir al acusado ofrecer su testimonio en cualquier momento con desapego del debido proceso probatorio establecido para el testimonio común.

2.4 Sobre la igualdad de derechos, obligaciones y deberes de las partes.

Ha dicho la Sala que *«cuando el sistema jurídico colombiano migró de un modelo mixto de tendencia inquisitiva a uno de naturaleza adversarial modificó, no sólo la dinámica y formas del enfrentamiento sino que además cambió los marcos de intervención de los contendientes»*; en esas

condiciones, «adoptó un esquema de paridad de armas, dotando a cada una de una variada gama de posibilidades para realizar su labor, de cara a los roles y expectativas procesales»¹⁴⁷.

Así las cosas, es un principio del sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, «aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, **“que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”**»¹⁴⁸.

En similar sentido, ha sostenido la Corporación en cita que «en términos generales, el principio de igualdad de armas se despliega en dos direcciones complementarias: en primer lugar, implica que los actores del proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate. Del otro lado, **esta premisa se traduce, en términos probatorios, en la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio**».

El principio de igualdad de armas se predica no sólo en protección de la defensa y el acusado sino también de la Fiscalía, en tanto todos ellos deben acudir al proceso en igualdad de condiciones, y está vinculado con el debido proceso probatorio, que busca garantizar que las partes tengan las mismas exigencias y cargas respecto de la solicitud de la prueba.

En materialización de ello, en principio el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal dispone que «**toda prueba – de cargo o de descargo, anota la Sala – deberá ser solicitada o presenta en la audiencia preparatoria**».

En esa comprensión, podría pensarse que admitir la práctica del testimonio del inculcado aun cuando no fue solicitado en la preparatoria comportaría el quebrantamiento del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes, y pondría a la Fiscalía en desventaja respecto de su contraparte.

Pero tal conclusión no sólo desconocería las desigualdades ontológicas y jurídicas del testimonio común y el del acusado, como ya se dijo, sino que estaría cimentada en una comprensión equivocada del principio enunciado como título de este aparte, que no puede entenderse ni aplicarse en términos formales sino materiales, lo que habilita considerar que para lograr la anhelada igualdad del acusado y la Fiscalía en derechos,

¹⁴⁷ CSJ AP, 30 abr. 2014, rad. 43.490.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 591 de 2005.

obligaciones, oportunidades, información y conocimientos sobre el problema a dilucidar, se debe admitir que el acusado una vez se haya enterado de la totalidad de los contenidos probatorios y no antes, pueda renunciar a guardar silencio y solicitar ser oído en el juicio oral a su propia conveniencia e interés.

En efecto:

*«El principio de igualdad de armas constituye un elemento esencial de la garantía del derecho de defensa, de contradicción, y más ampliamente del principio de juicio justo, y hace relación a un mandato según el cual, cada parte del proceso penal debe poder presentar su caso bajo unas condiciones y garantías judiciales, que permitan equilibrar los medios y posibilidades de actuación procesal, dentro de las cuales se presente como esencial **las facultades en cuanto al material probatorio a recabar**, de tal manera que no se genere una posición sustancialmente desventajosa de una de las partes frente a la otra parte procesal, **como la que de hecho se presenta entre el ente acusador y el acusado, a favor del primero y detrimento del segundo**. El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador»¹⁴⁹.*

Si ello es así, resulta comprensible que en favor del procesado existan ciertas prerrogativas encaminadas a equiparar su posición en el litigio en relación con el acusador, tales como la presunción de inocencia, la no auto incriminación, la última palabra, la posibilidad de acudir a investigadores no vinculados con el Estado, de tener un traductor en caso de necesitarlo o disponer de tiempo razonable para preparar su defensa, el in dubio pro reo, la carga de la prueba en cuanto al delito y la responsabilidad, a no derivar del silencio prueba de cargo, a solicitar su testimonio una vez conozca los resultados de las pruebas pedidas a instancia de la fiscalía y la defensa, entre otras.

Las citadas prerrogativas de índole sustancial y procesal, no comportan desequilibrio, sino la igualación real, que no simplemente formal, de las partes que concurren al proceso.

¹⁴⁹ Sentencia C – 536 de 2008.

Entonces, mal podría afirmarse que permitir al acusado rendir testimonio en su propia causa comporta la vulneración o transgresión del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes de las partes, incluso si esa prueba no fue solicitada en la audiencia preparatoria, pues ello constituye un derecho cuyo ejercicio propende por equiparar en términos reales la posición de las partes, a ejercer plenamente la defensa, es ese el medio de prueba a partir del cual el inculcado puede personal y directamente controvertir la prueba de cargo allegada en su contra y suministrar datos que sirvan de soporte probatorio a la sentencia.

No se advierte que acoger dicha posición hermenéutica, implique un perjuicio real para la Fiscalía o un menoscabo de las garantías procesales de las que goza en condición de sujeto procesal.

Si el enjuiciado ofrece su testimonio en la vista pública, subsisten para la acusación múltiples posibilidades y mecanismos para ejercer a plenitud sus derechos, en concreto, i) el ejercicio del contra interrogatorio, en desarrollo del cual puede controvertir las afirmaciones exteriorizadas por aquél; ii) la impugnación de credibilidad a través de entrevistas y declaraciones previas, conforme lo señalado en los artículos 347 y 403 de la Ley 906 de 2004; iii) pedir la práctica de pruebas sobrevinientes, si de la declaración del acusado se deriva este supuesto; iv) objetar las preguntas efectuadas por la defensa si las considera contrarias a la técnica del interrogatorio; v) como quiera que el acusado está autorizado para escuchar y percibir la práctica de las demás pruebas, tiene la posibilidad de confrontarlo con su contenido.

2.5 Sobre el descubrimiento probatorio.

El descubrimiento probatorio, tiene dicho la Sala, es expresión del debido proceso y el derecho a la defensa, se pretende que las partes conozcan anticipadamente los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser sorprendidos en el juicio oral con medios de los que el contradictorio se vería afectado por no haberse enterado de su contenido antes.

Es por ello que, a efectos de evitar que cualquiera de las partes resulte sorprendida, afectada en sus derechos y garantías, menoscabada en sus posibilidades probatorias o perjudicada en la demostración de su teoría del caso, el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 prevé que *«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»*.

Lo anterior permitiría suponer que el testimonio del acusado no puede ser practicado en la vista pública si no es oportunamente descubierto por la defensa en la oportunidad procesal pertinente.

No obstante, así como existen razones - que ya fueron esbozadas - para sostener que la práctica de esa prueba no está limitada por el cumplimiento del debido proceso que se demanda para otros medios, en lo que a la solicitud de su decreto respecta, la Sala también encuentra motivos que permiten concluir que la omisión de descubrimiento en la audiencia preparatoria no puede llevar a afirmar que la declaración del enjuiciado debe negarse.

Se insiste en que el descubrimiento probatorio tiene como propósito garantizar que ambas partes conozcan con antelación al juicio y al decreto de las pruebas los medios de conocimiento con los que cuenta su contraparte, con el objeto de que ninguna de ellas resulte sorprendida con la práctica de pruebas que desconoce:

*«...**para evitar sorprender al opositor** y garantizar, entre otros, los principios de igualdad, contradicción y lealtad, las partes tienen el deber de descubrir los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida que hubiesen recaudado y que pretendan hacer valer en el juicio»¹⁵⁰.*

Sucede, sin embargo, que la práctica del testimonio del acusado, si no fue descubierto en la preparatoria, no tiene la capacidad, desde ninguna perspectiva, de sorprender a la Fiscalía, de ponerla en una situación de incertidumbre probatoria, por la razón sencilla de que la identidad del procesado es conocida para todas las partes e intervinientes desde los albores del proceso y, en tal virtud, siempre será posible para la acusación prever la posibilidad de que su declaración se reciba en juicio, así como anticipar el posible contenido y alcance de esa prueba.

Es la propia Fiscalía la que a través de la imputación, primero, y de la acusación, después, la que fija los hechos jurídicamente relevantes para la investigación, que constituyen el marco del juzgamiento, y es esa situación fáctica sobre la que puede ocuparse el inculcado en su testimonio como tema de prueba, de acuerdo con el artículo 375 de la Ley 906 de 2004. Las expresiones del acusado que caigan en el campo del derecho de defensa material no autorizan al fiscal o intervinientes a reclamar sorpresividad y afectación de sus derechos, dada la condición personalísima que tiene esa garantía.

¹⁵⁰ CSJ AP, 24 jun. 2015, rad. 44.491.

El acusado también puede al atestar referirse a las demás pruebas practicadas, porque las ha presenciado, pero como la Fiscalía también conoce el resultado del debate probatorio hasta ese punto, pues ha participado del mismo, tampoco por esa vía su declaración podría resultar sorpresa para el ente acusador, supuesto predicable para los demás intervinientes.

Las preguntas que efectúe el defensor en ejercicio del interrogatorio directo y que no respondan a criterios de pertinencia, esto es, que no estén relacionadas con los hechos juzgados, la identidad de los responsables, la credibilidad de los testigos o a cualquiera circunstancias que sirvan para hacer más o menos probable la ocurrencia del delito, podrán ser objetadas por la contraparte, por lo que subsiste para ésta la posibilidad de evitar el sorprendimiento mediante respuestas del todo ajena al objeto de debate. No podrán objetarse argumentos que el acusado enuncie y que correspondan a actos defensivos del procesado.

Por lo tanto, no se advierte que respecto del testimonio del acusado resulte necesario el acatamiento del deber de descubrimiento probatorio, en un momento diferente a aquel en que se solicitó.

Acerca de la conducencia y utilidad del testimonio del procesado, bajo los supuestos señalados, resulta obvio que este órgano de prueba es por su condición uno de los llamados a referir en detalle las circunstancias del acontecimiento delictivo que dio lugar al adelantamiento del proceso penal.

2.3 Conclusión.

En suma, limitar el derecho del acusado a ser escuchado en su propio juicio solamente cuando así lo solicite en la audiencia preparatoria, comporta la ruptura de la estructura del proceso de tendencia acusatoria, la violación de principios, valores y argumentos de lógica que le subyacen a ese sistema de juzgamiento, como ha quedado explicado, resulta ser esa una interpretación arbitraria por lo innecesaria, inútil e irrazonable, dado que la ponderación de sus efectos deja un resultado únicamente negativo para el procesado, pues no media afectación sustancial para las demás partes e intervinientes.

Como se adelantó, el artículo 394 de la Ley 906 de 2004, que regula la intervención del acusado y el coacusado como testigos, no regula de manera inequívoca el tema y no permite inferir cuáles son las condiciones en que dichas pruebas pueden practicarse y, específicamente, si deben o no ser solicitadas y decretadas en la audiencia preparatoria para tal efecto.

Igual podría afirmarse de lo consignado en los artículos 8° y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, en tanto no establecen, al menos con claridad, si el derecho reconocido al acusado de hablar en su propia causa tiene limitaciones temporales o procedimentales de alguna índole.

En ese contexto, adquieren absoluta relevancia las reglas interpretativas previstas en el artículo 29 del primer instrumento citado, conforme la cual ninguna disposición convencional *«puede ser interpretada en el sentido de... limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados»*.

Esta Sala ha acogido dicho criterio para afirmar la vigencia de *«el principio pro homine, conocido igualmente como cláusula de favorabilidad o favor rei en la interpretación de las normas a que aluden los tratados de derechos humanos»*¹⁵¹

De ahí que, ante la escasa claridad que ofrecen las disposiciones relevantes, que admiten posibilidades hermenéuticas disímiles y excluyentes, la ambigüedad debe necesariamente resolverse acogiendo el criterio que garantice con la mayor amplitud posible el ejercicio y la materialización de esa garantía.

Ello resulta especialmente trascendente para la resolución del problema jurídico que aquí se examina, no sólo porque el artículo 93 de la Carta Política atribuye a los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por el Gobierno que se ocupan sobre derechos humanos carácter prevalente en el ordenamiento vernáculo, sino también porque el artículo 3° de la Ley 906 de 2004 expresamente dispone que *«en la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia»*.

La naturaleza adversarial del sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004 no implica la desaparición de la justicia material como fin de la investigación y el juzgamiento penal, pues lo contrario implicaría violación de la Carta Política, que establece como fines del Estado la construcción de un orden social justo y como propósito de las autoridades públicas *«proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares»*¹⁵².

¹⁵¹ CSJ AP, 1° oct. 2009, rad. 32.634.

¹⁵² Artículo 2° Superior.

Así lo ha admitido la Sala, que en vigencia del más reciente Código de Procedimiento Penal ha sostenido que *«el derecho de defensa como mecanismo para la realización de la justicia y base fundamental del Estado de derecho, ha de estar presente en toda la actuación»*¹⁵³.

Manifestaciones concretas de ello lo son, por ejemplo, el principio de objetividad que, conforme el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, debe regir la actuación de la Fiscalía, así como la facultad que tiene ésta de reclamar la absolución perentoria cuando, según se desprende del artículo 442 ibídem, *«terminada la práctica de las pruebas... resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación»*.

Lo anterior, pues la conducta del ente acusador, aun cuando concurre al proceso como parte para sustentar ante un funcionario imparcial una pretensión propia y parcializada, no puede, en condición de autoridad pública, desligarse de los fines del Estado constitucionalmente reconocidos.

En ese orden de ideas, no resulta admisible que el testimonio del acusado que no fue decretado en audiencia preparatoria puede percibirse como una determinación contraria a la estructura del proceso, pues lo cierto es que ello en últimas constituye una herramienta para el esclarecimiento de la verdad real y la realización de la justicia material, como que a partir de esa declaración puede obtenerse información relevante para la correcta solución de la controversia.

Así, aunque del análisis efectuado en precedencia se advierte que existen varias y sólidas razones para sostener cualquiera de las tesis en conflicto, con base en criterios que no se oponen a la legalidad del debido proceso probatorio, como la de proporcionalidad, necesidad, utilidad, corrección de actos procesales para obtener justicia y equilibrio en el ejercicio de derechos y obligaciones, la Sala precisa en esta oportunidad que el testimonio del acusado puede solicitarse y practicarse siempre hasta tanto no se haya clausurado el debate probatorio, incluso si no fue pedido y decretado en la audiencia preparatoria.

Acoger esta postura i) se aviene en mayor medida a los criterios hermenéuticos constitucionalmente admitidos para situaciones que involucran a personas sometidas a procesamiento penal; ii) garantiza la indemnidad y materialización de los derechos del inculcado a la defensa material; iii) no comporta lesión ni menoscabo a los derechos de la contraparte; iv) contribuye en mayor medida a la realización de la justicia material».

¹⁵³ CSJ SP, 28 nov. 207, rad. 27.518.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 29 y 93
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, art. 6
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14
Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 8
Ley 906 de 2004, arts. 339, 346, 347, 362, 374, 371, 382, 390, 394, 403 y 443

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 26 oct. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 4 ag. 2010, rad. 33997, y CSJ AP164-2015.

3.4.2 Procede decretar el interrogatorio directo del acusado para la Fiscalía como consecuencia de haber sido autorizado como prueba a petición de aquél.

Extracto n. ° 342.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 41198 |
| Número de providencia | : | AP7066-2016 |
| Fecha | : | 16/08/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | ÚNICA INSTANCIA |

« [...] no se observa que las peculiaridades del testimonio del procesado permitan sustentar un tratamiento diferenciado en lo que respecta a la posibilidad de tenerlo como testigo común a las partes, pues de ello no se sigue la limitación, afectación o deterioro de las garantías del inculcado.

Si, como lo ha sostenido la Sala, «la Ley 906 de 2004 autoriza el interrogatorio directo a un mismo testigo por ambas partes, a quienes se les ha de dar igual trato jurídico, bajo el supuesto que cada uno debe presentarse al juez de conocimiento en la audiencia preparatoria con la motivación que justifique la admisibilidad, pertinencia, conducencia, utilidad, licitud y necesidad, en los términos que ha quedado explicado en esta providencia»¹⁵⁴, esa pauta debe aplicarse al acusado cuando acude al juicio oral en condición de testigo.

¹⁵⁴ *Ibidem.*

Se impone dar un tratamiento distinto a la declaración de la persona investigada cuando aplicarle las reglas previstas para los demás medios de prueba comporta la lesión de derechos y garantías fundamentales del inculcado, pero ello no sucede cuando se decreta el interrogatorio directo para la Fiscalía como consecuencia de haber sido autorizado como prueba a petición de aquél.

Mediante su propio testimonio, el individuo sujeto a juzgamiento materializa los derechos a ser oído, a la defensa material, a la contradicción, a la igualdad de derechos, deberes y obligaciones, los cuales no se ven limitados cuando se le permite a la Fiscalía formular interrogatorio directo, según se explica en esta providencia.

La declaración rendida en juicio oral por parte del sujeto pasivo de la acción penal es, ya se dijo, un medio de defensa, pero también un medio de prueba, y ello significa que las afirmaciones, negaciones y explicaciones que ofrezca en la vista pública tienen mérito probatorio, deben ser apreciadas en conjunto por el fallador en los términos del artículo 380 de la Ley 906 de 2004 y a partir de ellas puede sustentarse la decisión de fondo, cualquiera que sea su sentido.

Desde esa óptica, el dicho del acusado puede tener por objeto circunstancias o hechos de interés para la defensa, pero también algunos que sirvan para sustentar la teoría del caso de la Fiscalía, y siendo así, ésta debe estar facultada para explorarlo, porque las partes al interior del proceso penal tienen derecho a solicitar y practicar las pruebas que requieran para acreditar sus respectivas pretensiones.

De acuerdo con el desarrollo del principio de igualdad de derechos, obligaciones y deberes de las partes, tanto la Fiscalía como la defensa están habilitadas para *«recaudar y promover la práctica, durante el juicio oral...de todos aquellos medios de conocimiento lícitos que le sirvan de base a su teoría del caso»*¹⁵⁵.

Es cierto que, sin perjuicio de lo anterior, el testimonio del enjuiciado sólo puede ser solicitado por la defensa, y únicamente a instancias de aquél, porque el derecho a ser oído es personalísimo y puede ejercerlo su titular; pero si esa prueba testimonial es solicitada y admitida, se abre la posibilidad para que también la Fiscalía reclame en su práctica el interrogatorio directo sobre temas no propuestos por la defensa o el acusado, con miras a sustentar su propia teoría del caso, pues lo contrario implicaría desconocer que las partes acuden al trámite con igualdad de facultades probatorias.

¹⁵⁵ CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 41.661.

Ello se hace particularmente patente cuando, como en este caso, la declaración del inculcado no se solicita por la defensa en la audiencia preparatoria sino en el juicio oral, cuando ha fenecido para la Fiscalía la posibilidad de solicitar sus propios medios de conocimiento.

De cara al principio de contradicción, la facultad del Fiscal de ejercer el contrainterrogatorio puede resultar insuficiente, pues el objeto de éste se circunscribe a los temas, hechos y circunstancias que hayan sido abordados en el directo de la defensa; y si aquélla no tuvo la oportunidad de pedir pruebas dirigidas a controvertir la declaración del acusado porque ésta fue solicitada en el juicio oral y no en la audiencia preparatoria, quedaría en posición de desigualdad respecto de la contraparte si de entrada se le negare la posibilidad de ejercer el interrogatorio. Esa necesidad, claro está, le corresponde probarla a la Fiscalía.

Desde luego, como ya se esbozó, renunciar a guardar silencio es un derecho que compete exclusivamente al procesado, quien puede ejercerlo en los términos y con el alcance y extensión en que voluntariamente decida hacerlo; en consecuencia, aunque resuelva declarar, persiste para él la posibilidad de i) abstenerse de contestar una o más preguntas; ii) responder parcialmente los cuestionamientos que se le hagan; iii) desistir de su testimonio, incluso si ya ha iniciado, e incluso; iv) faltar a la verdad sin consecuencias adversas para él, siempre que no comprometa la responsabilidad de terceros, todo lo cual está fundado en los derechos a no auto inculcarse, guardar silencio y de defensa material.

En esa lógica, contrario a lo aducido por el defensor de PV, permitir que en el testimonio del acusado la Fiscalía ejerza el interrogatorio directo no vulnera sus garantías, pues aquélla en ningún caso puede ser forzada o compelida a responder sus cuestionamientos, siempre puede rehusar contestar una o más de las preguntas que se le formulen e incluso, no someterse al interrogatorio, porque se insiste, declarar o abstenerse de hacerlo es una decisión que le compete a ella exclusivamente.

La posibilidad que le asiste a la Fiscalía de interrogar directamente al encartado está supeditada a que éste exteriorice su voluntad de declarar y la defensa pida su testimonio como prueba de descargo, porque si ello no sucede, si el procesado no renuncia al derecho a guardar silencio, no podrá ser obligado a declarar.

De la negativa a responder que exteriorice respecto de uno o más interrogantes no puede seguirse ninguna consecuencia adversa, pues el literal C del artículo 8° de la Ley 906 de 2004 expresamente establece como un derecho del imputado que *“no se utilice el silencio en su contra”*.

El directo que realice la Fiscalía respecto del sujeto pasivo de la acción necesariamente deberá adelantarse con la presencia del defensor técnico, quien está facultado para oponerse a toda pregunta que aprecie sugestiva, capciosa o confusa, o que esté dirigida a lograr una autoincriminación no querida por el deponente, conforme el artículo 395 ibídem.

En esas condiciones, decretar como prueba de cargo el testimonio del enjuiciado, lejos de afectar el derecho a la defensa material que le asiste, constituye plena garantía del mismo».

NORMATIVA APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 8 y 395

3.4.3 Alcance del juramento del acusado como testigo

Extracto n. ° 343.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 42866 |
| Número de providencia | : | AP7191-2014 |
| Fecha | : | 26/11/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«El recurrente se equivoca en el entendimiento del fallo C-782 de 2005, en el que la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada del artículo 394 de la ley 906 de 2004, relacionado con la posibilidad del acusado y coacusado de declarar en su propio juicio.

Cabe indicar que la citada jurisprudencia no consagra un sistema de tarifa legal negativa del testimonio de alguno de los dos, entendiendo que para armonizar la disposición con los textos constitucionales que les otorgan los derechos a la defensa y a no autoincriminarse o incriminar a parientes, el juramento en ese caso no tiene las mismas consecuencias jurídico penales que podrían derivarse en su contra cuando declaran en un juicio contra terceros.

Para salvaguardar las garantías, les reconoce total libertad respecto del contenido de su declaración, al considerar que a pesar del juramento no está obligado a responder las preguntas formuladas por los intervinientes

en el interrogatorio cruzado o que puede hacerlo parcialmente, es decir les otorga el derecho a guardar silencio no obstante su juramentación.

Ello no impide que sea apreciada de acuerdo con las reglas de la persuasión racional; el Tribunal al hacerlo en la sentencia ningún error comete, con mayor razón si no existe disposición legal que lo prohíba, porque la protección de las garantías está encaminada a preservar la legalidad en el proceso de producción de la prueba».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 394

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 5 may. 2007, rad. 28704; CSJ AP, 4 ag. 2010, rad. 33997; CSJ AP1587-2014, y CSJ AP6357-2015.

3.5 Testigo de acreditación

3.5.1 Los medios de conocimiento obtenidos en actos de indagación e investigación técnica o científica son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados en el juicio oral a través del testigo de acreditación

Extracto n. ° 344.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 26411 |
| Fecha | : | 08/11/2007 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se

haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales.

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos, interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del *testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos)* que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio “*Toda prueba pertinente es admisible...*” (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como “testigo de acreditación”, certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara¹⁵⁶ .

[...]

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física Art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, ora a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó en la FASE DE INDAGACION E INVESTIGACION y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (Art. 392), será un referente válido **-prueba-** en el JUICIO, óptimo para definir la

¹⁵⁶En el mismo sentido, sentencia del 21/02/2007, Rad. núm. 25920.

responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (Arts. 7 y 381 del C. de P.P.)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 7, 200 - 285, 376, 379, 380, 381, 382, 383 al 404, 405 - 423, 424, 425 y 434

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 09 nov. 2006, rad. 25738; CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 09 nov. 2009, rad. 32595; CSJ AP, 10 ag. 2010, rad. 34258; CSJ AP7666-2014, CSJ SP17459-2015, CSJ AP6915-2015, CSJ AP6426-2015, CSJ AP4447-2015, CSJ AP3967-2015, CSJ AP6980-2016, CSJ AP4516-2016, CSJ SP4129-2016, y CSJ SP7732-2017.

3.5.2 El testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria.

Extracto n. ° 345.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 46278 |
| Número de providencia | : | SP7732-2017 |
| Fecha | : | 01/06/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Sobre el tema planteado por el demandante, la Sala se ha pronunciado de diversa manera. Así, en CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920 sostuvo que la forma de introducir documentos al juicio oral *“se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que”* un *“documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”*.

Ese criterio lo matizó la Sala en CSJ AP, 26 ene. 2009, rad. 31049, al señalar que los documentos que, de conformidad con el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, gozan de la presunción de autenticidad, particularmente, los de carácter público, no requieren testigo de acreditación para su incorporación al juicio oral. Al respecto, se expresó:

“En consecuencia, el carácter documental público y auténtico de una sentencia judicial válidamente emitida es evidente y para su aducción en el juicio oral no es necesario que el funcionario que la profirió u otro testigo de acreditación, comparezca a declarar acerca de su contenido o de la forma como fue obtenida”.

Sin embargo, en CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 31001, la Sala nuevamente consideró que la introducción de los documentos al juicio oral debe hacerse a través de un testigo de acreditación. Es así como tras citar el literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual con el escrito de acusación se presentará un documento anexo que deberá contener, entre otros, *“los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”*, concluyó:

“Salta a la vista, pues, la obligación de introducir al juicio los medios de conocimiento distintos a entrevistas o declaraciones juradas, a través de testigos de acreditación. De lo contrario, en el literal g) transcrito se habría impuesto igual condición a la prevista en el d), donde sí resulta necesaria pues respecto de los elementos materiales allí relacionados es indispensable la refrendación de su procedencia.

En el mismo sentido se pronunció en CSJ SP, 19 oct. 2011, rad. 36844 cuando dijo:

“Es que, la introducción de los documentos, objetos u otros elementos al juicio oral se cumple a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de corroborar que el elemento, objeto o documento es lo que la parte dijo que era y no otra cosa”.

No obstante, en CSJ SP, 24 jul. 2012, rad. 38187, la Sala retomó lo expuesto en la decisión del 26 de enero de 2009 para precisar otra vez que los documentos que gozan de la presunción de autenticidad no requieren testigo de acreditación. Para ese momento, es de advertir, ya se encontraba vigente la Ley 1453 de 2011, cuyo artículo 63 adicionó al artículo 429 de la Ley 906 de 2004 el siguiente párrafo:

“El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”.

A pesar de ello, la Corte estimó que como la norma utilizó la expresión “podrá”, significaba ello que no consagró un imperativo legal sino una facultad discrecional para las partes. Obsérvese:

“... téngase en cuenta que al emplear el legislador el vocablo “podrá”, está significando que no es imperativo, sino una facultad, posibilidad que tendrá no solo la fiscalía, sino igualmente la defensa, para un tal cometido. Disposición que habrá de armonizarse con el contenido del artículo 337 numeral 5° literal “d” Ley 906 de 2004, alusivo al documento anexo contentivo del descubrimiento probatorio que establece: “los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”.

La anterior postura la dejó de lado la Sala una vez más en CSJ AP, 17 sept. 2012, rad. 36784, cuando de nuevo expresó que todo documento, para que adquiera la condición de prueba, debe ingresar al juicio oral a través de un testigo de acreditación, en orden a validar y corroborar su origen, procedencia y obtención y garantizar, consecuentemente, su publicidad y debida confrontación. Esa es la jurisprudencia que actualmente predomina en la Corte y ha sido reiterada en CSJ AP1644-2014, SP13709-2014, AP5233-2014, SP1850-2014, AP7666-2014, AP767-2015, AP1092-2015, AP3967-2015, AP444-2015, AP3426-2016, SP14339-2016 y en SP4129-2016. En el último de esos pronunciamientos se señaló:

*“... la única vía idónea para introducir documentos a la audiencia del juicio oral es a través de un testigo de acreditación¹⁵⁷, para que así adquieran la condición de prueba (artículos 16, 377 de la Ley 906 de 2004), como se infiere del artículo 337, numeral 5°, ibídem, que prevé: “El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...) d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, **junto con los respectivos testigos de acreditación**” (resalta la Sala).*

Con la modificación introducida al artículo 429 del Estatuto Penal Adjetivo por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que regula la presentación en juicio de documentos, al disponer que éstos podrán ser ingresados “por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”, no queda duda de la necesidad de que el documento que se pretende hacer valer en el juicio debe ser aportado a través de un testigo de acreditación.

¹⁵⁷ En CSJ SP7856, 15 jun. 2016, rad. 47666 la Corte autorizó el ingreso de documentos al juicio a través de estipulaciones entre las partes.

Empero, para aducir un documento al debate público no basta con solicitarlo en la respectiva oportunidad y ofrecer el testigo con el cual va a ser incorporado, sino que es necesario, además, que éste declare sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribió, si es original o copia, así como sobre los datos generales referentes a su contenido, debiendo absolver todas las inquietudes que sobre la materia le puedan surgir al oponente de la prueba, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia, como se infiere del artículo 431 del ordenamiento en cita, titulado: “Empleo de los documentos en juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido” (SP, 6 abr. 2016, rad. 43007).

La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada.

Ese es el lógico y justo alcance que debe atribuirse tanto al literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, como al artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, porque si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacerlo cuando el mismo goza de esa presunción. Ésta tiene como implicación que se invierta la carga de la prueba, de modo que será a la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa total o parcialmente.

Desde luego, no se discute que para poder ejercer en esos términos la debida confrontación es necesario que la contraparte conozca a cabalidad el contenido del documento. Pero, para la Sala, ese derecho se garantiza plenamente con el descubrimiento de la prueba en las oportunidades que la ley prevé para el efecto y con su solicitud y decreto en la audiencia preparatoria.

No es, por tanto, que el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, al emplear el vocablo “podrá”, establezca una facultad discrecional para la parte, pues frente a los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad sí se requiere obligatoriamente el testigo de acreditación. Respecto de ellos quien los introduce al juicio oral tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién los suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido, es decir, conforme se señaló en CSJ SP, 21 febr. 2007, rad. 25920, le corresponderá “afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es”, todo en orden a demostrar su genuinidad.

Esa obligación, se insiste, no opera en relación con los documentos enlistados en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, entre los cuales se encuentran los públicos, pues ellos gozan de presunción de autenticidad, de manera que los mismos, como se dijo en precedencia, pueden ser ingresados directamente en el juicio oral por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria. Deberá sí, previamente a ser entregados al juez, dársele traslado a la contraparte para que ésta verifique que se trata de los mismos documentos descubiertos y cuya práctica se ordenó en su momento.

La anterior regla aplica, inclusive, para los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, así el artículo 62 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 427 de la Ley 906 de 2004, establezca que pueden ser ingresados al juicio oral por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que lo recolectó o recibió, pues a ellos también los cobija la presunción de autenticidad, conforme lo señala tanto el artículo 425 como el propio artículo 427 precitados. En ese sentido, necesario resulta entender que la expresión “*podrá*” contenida en esa última disposición sí consagra una facultad discrecional para la parte, en la medida en que cuenta, a su elección, con la posibilidad de introducirlo directamente o a través de un testigo de acreditación, sin que el empleo del primero de esos mecanismos torne ilegal la prueba.

En apoyo de lo expuesto ahora por la Sala, importa citar aquí la regla de evidencia 79 del sistema procesal de Puerto Rico denominada “*autenticación prima facie*”, sobre la cual la doctrina ha comentado lo siguiente:

“Es importante señalar que al tenor con lo establecido en la Regla 79 sobre evidencia autenticada prima facie, existe prueba para la cual no es necesaria la presentación de evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a su admisibilidad en los tribunales. La regla 79 sobre Autenticación Prima Facie, nos habla de documentos que no requieren de evidencia extrínseca de autenticación. En otras palabras son documentos que con su mera presentación quedan autenticados. Es decir, que cuentan con una presunción de autenticación. Ahora bien, la parte que se opone a la admisibilidad de dicha evidencia podrá presentar prueba para refutar la autenticidad de la misma.”

“La regla enumera los documentos autenticados prima facie, los cuales se resumen a continuación: En resumen son los siguientes: (1) documentos reconocidos por funcionarios que faculta la ley para ello (ej.:Notario Público); (2) documentos públicos expedidos bajo sello oficial; (3) documentos públicos suscritos por funcionarios; (4) documentos públicos extranjeros; (5) copias certificadas de récords de documentos públicos; (6)

publicaciones oficiales; (7) periódicos y revistas y; (8) etiquetas comerciales.

“Esta regla responde a la realidad de que es improbable la falta de autenticidad de este tipo de documentos. Se presume que es sumamente difícil falsificar este tipo de documentos, por lo que se exige a quien lo presenta en evidencia tener que autenticarlos. En vista que se presumen auténticos, correspondería a la parte que se opone a la misma presentar prueba que refute esta presunción de autenticidad. El efecto de esta presunción es que se aligeran los procedimientos y se evitan controversias colaterales en los pleitos”¹⁵⁸.

Es de precisar que la tesis aquí prohijada opera respecto de documentos cuyo origen no suscita discusión y se presentan, además, para acreditar un hecho relacionado con las actividades o funciones de la entidad o persona que lo expidió. Así, por ejemplo, la existencia y representación de las personas jurídicas en el caso de las Cámaras de Comercio, la tradición de bienes inmuebles en lo concerniente a certificaciones expedidas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o el contrato público en casos de delitos asociados a su celebración indebida.

La situación es distinta si se trata de un documento que, de acuerdo con la teoría de la parte que pretende introducirlo en el juicio, fue hallado casualmente, como por ejemplo en el bolsillo del occiso durante la inspección del lugar de los hechos, pues en ese evento la autenticación debe seguir las reglas de la evidencia, según los términos del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, es decir, demostrándose la sujeción a las normas de cadena de custodia que, conforme lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala, garantizan el principio de mismidad, al tenor del cual la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores (CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598).

Y en caso de no someterse a cadena de custodia, la autenticación podrá hacerse, de acuerdo con el inciso segundo de la misma disposición, mediante cualquier medio probatorio, incluyendo testigos que tengan conocimiento *“personal y directo”* de los hechos, conforme lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, con la posibilidad de ser sujetos a contrainterrogatorio. La Corte se ha pronunciado en ese sentido:

“... si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su

¹⁵⁸ DÍAZ DÍAZ, Rafael Ángel. Evidencia criminal para el oficial de orden público, reimpresión a la primera edición 2002. Caguas, Puerto Rico, pág. 85.

autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento “personal y directo” de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004” (CSJ SP160, 18 ene. 2017, rad. 44741)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 337-5-d, 425 y 427
Ley 1453 de 2011, arts. 62 y 63

3.5.3 Personas que pueden fungir como testigos de acreditación

Extracto n. ° 346.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 34235 |
| Fecha | : | 28/09/2011 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] ha comprendido (providencia de noviembre 9 de 2006, Rad. No. 25738), que “los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes”, luego es patente para la Sala que testigo de acreditación lo es también el

responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas, valga decir en este asunto el investigador que con el testigo practicó la diligencia de reconocimiento en fila de personas, luego por ese respecto no hay el falso juicio de legalidad que se aduce, máxime cuando ya normativamente y por lo menos en relación con los documentos se prevé que *“el documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”*, (Artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que adicionó el 429 de la Ley 906)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 275 y 429
Ley 1453 de 2011, art. 63

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 09 nov. 2006, rad.25738; CSJ AP, 17 Sep 2012, Rad. 36784; CSJ SP17459-2015, y CSJ SP4129-2016.

3.5.4 Los testimonios de acreditación, siempre que se refieran a aspectos relativos a la autenticidad del documento, que no a la veracidad de su contenido, no son prueba de referencia

Extracto n. ° 347.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 43162 |
| Número de providencia | : | AP1644-2014 |
| Fecha | : | 02/04/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACION |

« [...] la Sala tiene dicho que los testimonios de acreditación, siempre que se refieran a aspectos relativos a la autenticidad –*origen y procedencia*– del documento, que no a la veracidad de su contenido, no son prueba de referencia.

Así, en CSJ SP, 19 Feb. 2014, Rad. 43002, señaló:

El recurrente pregona que la sentencia de condena se fundamentó en prueba de referencia, pues, las dos investigadoras al servicio de la Fiscalía no podían declarar acerca del contenido de las piezas procesales del trámite de tutela fallado por la acusada, dado que ellas no las produjeron ni intervinieron en la diligencia.

Sucede, sin embargo, que las declarantes en cuestión no fueron citadas para referir ese contenido o suplantar a quienes tuvieron un conocimiento directo, sino apenas en calidad de testigos de acreditación de pruebas documentales, asunto que escapa por completo a la naturaleza y efectos de la prueba de referencia.

Desde luego que, si las atestantes hubiesen acudido a declarar acerca de esas actuaciones judiciales, su contenido y fundamentos –jurídicos, probatorios y fácticos- habría sido factible determinar que las declaraciones operan dentro de las excepciones de admisibilidad de la prueba de referencia y, de contar apenas con estos elementos de juicio, obligatoria hubiese sido la absolución.

No obstante, ya suficientemente claro debería estar que los documentos y su contenido no representan prueba de referencia sino un mecanismo autónomo e independiente, con poder suasorio suficiente, por sí mismo, para facultar el conocimiento de los hechos y consecuente responsabilidad de la persona.

Por ello, la codificación penal trae una regulación específica del medio en cuestión e incluso delimita los factores de autenticación, diferentes de aquellos que gobiernan el análisis de su contenido a partir de las reglas que soportan la sana crítica.

En este sentido, para referirnos al tema concreto discutido por el apelante, en tratándose de copias del trámite de tutela realizado por la procesada, de ninguna manera el aporte de los documentos reclama que todos los que participaron en las diligencias o signaron escritos allí contenidos, acudan a relatar personalmente lo sucedido, pues, el objeto de examen es precisamente el continente junto con su contenido, en cuanto actuación oficial sometida al escrutinio público.

Para el caso, las encargadas de la labor investigativa en la Fiscalía, apenas dirigieron su atestación a determinar la forma como fueron recogidos los documentos, a fin de precisar su origen y autenticidad, pero nada dijeron respecto de su contenido, por la obvia razón que no participaron directamente en las diligencias.

Surge patente, entonces, que en el caso de la especie los testimonios de las investigadoras que acreditaron la autenticidad de las certificaciones expedidas por la Superintendencia Financiera, en la medida en que no se refirieron a la veracidad de su contenido, no son prueba de referencia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP1850-2014.

3.6 Examen separado de testigos: caso en que la Sala inadmitió el cargo elevado en casación por incumplimiento del artículo 396 del C. P. P.

Extracto n. ° 348.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47115 |
| Número de providencia | : | AP1226-2016 |
| Fecha | : | 24/02/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Como ha sido lugar común en los cargos que por violación del debido proceso o afectación de la legalidad propone el demandante, su sustento se limita a la simple afirmación referida a que se violaron garantías, sin establecer materialmente el daño real creado.

Acerca del hecho resaltado por él, aunque de manera ampulosa sostiene que constituye vulneración a lo contemplado en el artículo 29 de la Carta Política, y por ello demanda la nulidad de pleno derecho, jamás precisa cómo surge la ilegalidad del medio, o mejor, en qué norma positiva se detalla que en caso de incumplirse con lo preceptuado en el artículo 396 de la Ley 906 de 2004, la prueba debe excluirse.

Debe destacarse, así se entienda obvio, que no siempre que se presenta una irregularidad en el trámite procesal o la aducción de una prueba, su consecuencia es la exclusión del elemento de juicio, pues, precisamente ello depende de la magnitud de la irregularidad y su naturaleza.

Es también claro que ninguna norma de la Ley 906 de 2004, señala como consecuencia de que el testigo conozca lo dicho por sus antecesores, la exclusión de su declaración, y tampoco se verifica, pese a las afirmaciones

sin sustento del demandante, que de verdad ello constituya vulneración de etéreas garantías judiciales nunca especificadas.

En un plano lógico de lo que sucede con quien escucha lo dicho por los testigos anteriores, no se encuentra cómo esa, que es actuación de un tercero y no de alguna autoridad o parte, afecte profundamente el trámite procesal o la postura de los intervinientes, al extremo de obligar su exclusión, como ocurre, por ejemplo, en los casos en los que el elemento de juicio se obtiene con violación de derechos o no fue pedido y aceptado en la audiencia preparatoria.

Para el caso, no se duda de la conducencia, pertinencia y utilidad de la atestación de MS, ni el casacionista pone en tela de juicio que efectivamente fue pedida y aceptada en la audiencia preparatoria.

Y, si de verdad el declarante escuchó lo dicho por los testigos anteriores, es claro que lo suyo no se inscribe en un ámbito de legalidad o validez, sino de credibilidad, de cara a los efectos que frente a lo narrado por él pudo generar ese conocimiento previo.

Es en este sentido que se entiende completamente adecuada la respuesta entregada por el Tribunal a similar alegación del recurrente, inserta en la apelación al fallo de primer grado, cuando significa que lo reclamado implica haber hecho uso de los medios necesarios para poner en entredicho la credibilidad del declarante, pues, finalmente, lo que se busca establecer es si esa información adquirida antes influyó en la declaración y su veracidad.

Desde luego, el que haya afirmado el declarante de manera expresa, que tuvo oportunidad de escuchar lo dicho por otros testigos, a más de la espontaneidad y lo que ello refleja en el tópico de credibilidad, lejos de conducir, como lo alega el impugnante, a abstenerse de contrainterrogarlo, debió generar la necesidad de indagar por las circunstancias en que ello ocurrió y sus efectos, si de verdad lo pretendido era hacer ver ese hecho como irregular y trascendente.

[...]

Por último, no sobra anotar que las instancias examinaron al detalle lo dicho por MS, tomando en consideración el hecho ahora puesto de presente por el casacionista, hasta concluir que a pesar de ello, es creíble su atestación, mirada en el plano intrínseco y extrínseco, pues, recibe confirmación de otras fuentes de prueba.

A nada de esto se refirió el impugnante, dejando expósita su crítica en lo que al aspecto material o de trascendencia respecta.

Debe inadmitirse, en consecuencia, el cargo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 396

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29

4. PRUEBA DOCUMENTAL

4.1 El testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria.

Extracto n. ° 349.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 46278 |
| Número de providencia | : | SP7732-2017 |
| Fecha | : | 01/06/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Sobre el tema planteado por el demandante, la Sala se ha pronunciado de diversa manera. Así, en CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920 sostuvo que la forma de introducir documentos al juicio oral *“se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que”* un *“documento es lo que la parte que lo aporta dice que es”*.

Ese criterio lo matizó la Sala en CSJ AP, 26 ene. 2009, rad. 31049, al señalar que los documentos que, de conformidad con el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, gozan de la presunción de autenticidad, particularmente, los de carácter público, no requieren testigo de acreditación para su incorporación al juicio oral. Al respecto, se expresó:

“En consecuencia, el carácter documental público y auténtico de una sentencia judicial válidamente emitida es evidente y para su aducción en el juicio oral no es necesario que el funcionario que la profirió u otro testigo de acreditación, comparezca a declarar acerca de su contenido o de la forma como fue obtenida”.

Sin embargo, en CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 31001, la Sala nuevamente consideró que la introducción de los documentos al juicio oral debe hacerse a través de un testigo de acreditación. Es así como tras citar el literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual con el escrito de acusación se presentará un documento anexo que deberá contener,

entre otros, “los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”, concluyó:

“Salta a la vista, pues, la obligación de introducir al juicio los medios de conocimiento distintos a entrevistas o declaraciones juradas, a través de testigos de acreditación. De lo contrario, en el literal g) transcrito se habría impuesto igual condición a la prevista en el d), donde sí resulta necesaria pues respecto de los elementos materiales allí relacionados es indispensable la refrendación de su procedencia.

En el mismo sentido se pronunció en CSJ SP, 19 oct. 2011, rad. 36844 cuando dijo:

“Es que, la introducción de los documentos, objetos u otros elementos al juicio oral se cumple a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de corroborar que el elemento, objeto o documento es lo que la parte dijo que era y no otra cosa”.

No obstante, en CSJ SP, 24 jul. 2012, rad. 38187, la Sala retomó lo expuesto en la decisión del 26 de enero de 2009 para precisar otra vez que los documentos que gozan de la presunción de autenticidad no requieren testigo de acreditación. Para ese momento, es de advertir, ya se encontraba vigente la Ley 1453 de 2011, cuyo artículo 63 adicionó al artículo 429 de la Ley 906 de 2004 el siguiente párrafo:

“El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”.

A pesar de ello, la Corte estimó que como la norma utilizó la expresión “podrá”, significaba ello que no consagró un imperativo legal sino una facultad discrecional para las partes. Obsérvese:

“... téngase en cuenta que al emplear el legislador el vocablo “podrá”, está significando que no es imperativo, sino una facultad, posibilidad que tendrá no solo la fiscalía, sino igualmente la defensa, para un tal cometido. Disposición que habrá de armonizarse con el contenido del artículo 337 numeral 5° literal “d” Ley 906 de 2004, alusivo al documento anexo contentivo del descubrimiento probatorio que establece: “los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación”.

La anterior postura la dejó de lado la Sala una vez más en CSJ AP, 17 sept. 2012, rad. 36784, cuando de nuevo expresó que todo documento, para que adquiera la condición de prueba, debe ingresar al juicio oral a través de un testigo de acreditación, en orden a validar y corroborar su origen,

procedencia y obtención y garantizar, consecuentemente, su publicidad y debida confrontación. Esa es la jurisprudencia que actualmente predomina en la Corte y ha sido reiterada en CSJ AP1644-2014, SP13709-2014, AP5233-2014, SP1850-2014, AP7666-2014, AP767-2015, AP1092-2015, AP3967-2015, AP444-2015, AP3426-2016, SP14339-2016 y en SP4129-2016. En el último de esos pronunciamientos se señaló:

*“... la única vía idónea para introducir documentos a la audiencia del juicio oral es a través de un testigo de acreditación¹⁵⁹, para que así adquieran la condición de prueba (artículos 16, 377 de la Ley 906 de 2004), como se infiere del artículo 337, numeral 5°, ibídem, que prevé: “El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: (...) d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, **junto con los respectivos testigos de acreditación**” (resalta la Sala).*

Con la modificación introducida al artículo 429 del Estatuto Penal Adjetivo por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que regula la presentación en juicio de documentos, al disponer que éstos podrán ser ingresados “por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”, no queda duda de la necesidad de que el documento que se pretende hacer valer en el juicio debe ser aportado a través de un testigo de acreditación.

Empero, para aducir un documento al debate público no basta con solicitarlo en la respectiva oportunidad y ofrecer el testigo con el cual va a ser incorporado, sino que es necesario, además, que éste declare sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribió, si es original o copia, así como sobre los datos generales referentes a su contenido, debiendo absolver todas las inquietudes que sobre la materia le puedan surgir al oponente de la prueba, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia, como se infiere del artículo 431 del ordenamiento en cita, titulado: “Empleo de los documentos en juicio. Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido” (SP, 6 abr. 2016, rad. 43007).

La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada.

¹⁵⁹ En CSJ SP7856, 15 jun. 2016, rad. 47666 la Corte autorizó el ingreso de documentos al juicio a través de estipulaciones entre las partes.

Ese es el lógico y justo alcance que debe atribuirse tanto al literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, como al artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, porque si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacerlo cuando el mismo goza de esa presunción. Ésta tiene como implicación que se invierta la carga de la prueba, de modo que será a la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa total o parcialmente.

Desde luego, no se discute que para poder ejercer en esos términos la debida confrontación es necesario que la contraparte conozca a cabalidad el contenido del documento. Pero, para la Sala, ese derecho se garantiza plenamente con el descubrimiento de la prueba en las oportunidades que la ley prevé para el efecto y con su solicitud y decreto en la audiencia preparatoria.

No es, por tanto, que el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, al emplear el vocablo “*podrá*”, establezca una facultad discrecional para la parte, pues frente a los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad sí se requiere obligatoriamente el testigo de acreditación. Respecto de ellos quien los introduce al juicio oral tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién los suscribió, si son originales o copias y los datos generales referentes a su contenido, es decir, conforme se señaló en CSJ SP, 21 febr. 2007, rad. 25920, le corresponderá “*afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es*”, todo en orden a demostrar su genuinidad.

Esa obligación, se insiste, no opera en relación con los documentos enlistados en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, entre los cuales se encuentran los públicos, pues ellos gozan de presunción de autenticidad, de manera que los mismos, como se dijo en precedencia, pueden ser ingresados directamente en el juicio oral por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria. Deberá sí, previamente a ser entregados al juez, dársele traslado a la contraparte para que ésta verifique que se trata de los mismos documentos descubiertos y cuya práctica se ordenó en su momento.

La anterior regla aplica, inclusive, para los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, así el artículo 62 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del artículo 427 de la Ley 906 de 2004, establezca que pueden ser ingresados al juicio oral por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que lo recolectó o recibió, pues a ellos también los cobija la presunción de autenticidad, conforme lo señala tanto el artículo 425 como el propio artículo 427 precitados. En ese sentido,

necesario resulta entender que la expresión “podrá” contenida en esa última disposición sí consagra una facultad discrecional para la parte, en la medida en que cuenta, a su elección, con la posibilidad de introducirlo directamente o a través de un testigo de acreditación, sin que el empleo del primero de esos mecanismos torne ilegal la prueba.

En apoyo de lo expuesto ahora por la Sala, importa citar aquí la regla de evidencia 79 del sistema procesal de Puerto Rico denominada “autenticación *prima facie*”, sobre la cual la doctrina ha comentado lo siguiente:

“Es importante señalar que al tenor con lo establecido en la Regla 79 sobre evidencia autenticada prima facie, existe prueba para la cual no es necesaria la presentación de evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a su admisibilidad en los tribunales. La regla 79 sobre Autenticación Prima Facie, nos habla de documentos que no requieren de evidencia extrínseca de autenticación. En otras palabras son documentos que con su mera presentación quedan autenticados. Es decir, que cuentan con una presunción de autenticación. Ahora bien, la parte que se opone a la admisibilidad de dicha evidencia podrá presentar prueba para refutar la autenticidad de la misma.

“La regla enumera los documentos autenticados prima facie, los cuales se resumen a continuación: En resumen son los siguientes: (1) documentos reconocidos por funcionarios que faculta la ley para ello (ej.:Notario Público); (2) documentos públicos expedidos bajo sello oficial; (3) documentos públicos suscritos por funcionarios; (4) documentos públicos extranjeros; (5) copias certificadas de récords de documentos públicos; (6) publicaciones oficiales; (7) periódicos y revistas y; (8) etiquetas comerciales.

“Esta regla responde a la realidad de que es improbable la falta de autenticidad de este tipo de documentos. Se presume que es sumamente difícil falsificar este tipo de documentos, por lo que se exige a quien lo presenta en evidencia tener que autenticarlos. En vista que se presumen auténticos, correspondería a la parte que se opone a la misma presentar prueba que refute esta presunción de autenticidad. El efecto de esta presunción es que se aligeran los procedimientos y se evitan controversias colaterales en los pleitos”¹⁶⁰.

Es de precisar que la tesis aquí prohijada opera respecto de documentos cuyo origen no suscita discusión y se presentan, además, para acreditar un hecho relacionado con las actividades o funciones de la entidad o persona que lo expidió. Así, por ejemplo, la existencia y representación de las

¹⁶⁰ DÍAZ DÍAZ, Rafael Ángel. Evidencia criminal para el oficial de orden público, reimpresión a la primera edición 2002. Caguas, Puerto Rico, pág. 85.

personas jurídicas en el caso de las Cámaras de Comercio, la tradición de bienes inmuebles en lo concerniente a certificaciones expedidas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos o el contrato público en casos de delitos asociados a su celebración indebida.

La situación es distinta si se trata de un documento que, de acuerdo con la teoría de la parte que pretende introducirlo en el juicio, fue hallado casualmente, como por ejemplo en el bolsillo del occiso durante la inspección del lugar de los hechos, pues en ese evento la autenticación debe seguir las reglas de la evidencia, según los términos del artículo 277 de la Ley 906 de 2004, es decir, demostrándose la sujeción a las normas de cadena de custodia que, conforme lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala, garantizan el principio de mismidad, al tenor del cual la evidencia exhibida en los estrados judiciales debe ser la misma recogida en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las actuaciones adelantadas por los investigadores (CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598).

Y en caso de no someterse a cadena de custodia, la autenticación podrá hacerse, de acuerdo con el inciso segundo de la misma disposición, mediante cualquier medio probatorio, incluyendo testigos que tengan conocimiento “*personal y directo*” de los hechos, conforme lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, con la posibilidad de ser sujetos a contrainterrogatorio. La Corte se ha pronunciado en ese sentido:

“... si por alguna razón no se cumple con la obligación constitucional y legal de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente.

Por eso, tratándose de evidencias físicas que son únicas o identificables a simple vista por sus características externas, o aquellas que son susceptibles de ser marcadas y que de esa manera se hacen identificables, el protocolo de cadena de custodia puede ser suplido como procedimiento de autenticación a través de la presentación de testigos que tengan conocimiento “personal y directo” de los hechos que pondrán en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004” (CSJ SP160, 18 ene. 2017, rad. 44741)».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 337-5-d, 425 y 427
Ley 1453 de 2011, arts. 62 y 63

4.2 Pautas para incorporar prueba documental abundante, compleja o que contengan datos que ningún interés reportan para el proceso

Extracto n. ° 350.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 36784 |
| Fecha | : | 17/09/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | ÚNICA INSTANCIA |

«No obstante que la práctica de la prueba documental en un sistema de corte acusatorio, siempre implica la participación de testigos de acreditación y cuando se trata de escritos, en todo caso se debe dar lectura, así sea parcial, de sus respectivos contenidos, para racionalizar la incorporación de este medio de prueba, normatividades extranjeras como la puertorriqueña, por citar un ejemplo, fija ciertas pautas en tratándose de la incorporación de documentos voluminosos o de gran tamaño que impiden su correcto análisis y valoración por parte del juez, permitiendo que sean presentados en esquemas o resúmenes, siempre que los originales sean puestos a disposición de las otras partes para que sean examinados o copiados en tiempo y lugar prudenciales¹⁶¹.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, regula lo atinente a los documentos voluminosos. Es así que el artículo 434, en su primer inciso, al referirse a las excepciones a la regla de mejor evidencia, indica que respecto de ese tipo de textos puede aportarse una fracción del mismo y no su totalidad.

Si bien es cierto, la norma extranjera hace alusión a documentos de gran volumen, esas pautas también pueden extenderse a otro tipo de documentos que resulten complejos¹⁶², e incluso a aquellos que independiente de su tamaño o complejidad, contengan datos que ningún interés reportan para el proceso, pues en últimas, lo que se busca es darle a conocer al juez el contenido de la prueba documental que es útil y pertinente para la acreditación de los hechos o circunstancias que la parte pretende demostrar y es en esos estrictos términos que debe orientarse la introducción al juicio de esta clase de prueba.

Sin embargo, el que se permita la lectura parcial o resumida de ciertos documentos en las situaciones antes indicadas, no releva a la parte de

¹⁶¹ Regal 72 de Evidencia de Puerto Rico. Tomado de Chiesa, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo III. Luigi Abraham Editor. Estados Unidos de Norteamérica. 2005

¹⁶² Chiesa, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. Luigi Abraham Editor. Estados Unidos de Norteamérica. 2005

cumplir con ciertas exigencias mínimas, al momento del empleo de los documentos en el juicio, que como ya se indicó en párrafos anteriores, tienen que ver con la demostración de su autenticidad, la fijación de la forma como se obtuvieron y una información general acerca de la naturaleza y contenido de los mismos, todo ello a través del testigo de acreditación, quien tendrá que ser interrogado sobre estos tópicos, siguiendo las instrucciones establecidas para el interrogatorio directo, artículo 392 de la ley 906 de 2004.

Aclaradas las inquietudes suscitadas en desarrollo del presente juicio, respecto del empleo de los documentos cuya práctica se ordenó y que se identifican como las carpetas “Paseo I, II, y III”, entre otros más, la Sala debe hacer las siguientes precisiones, con el objeto de que sean tenidas en cuenta tanto por la defensa, de los acusados, como por la fiscalía a efectos de imprimirle celeridad y eficiencia al trámite.

En primer lugar no puede olvidar el delegado fiscal que si bien en este momento se está abordando la práctica de la prueba documental, su acopio se realiza a través de un testimonio, lo cual impone agotar un interrogatorio directo, por lo menos sobre los aspectos enunciados en precedencia, la demostración de su autenticidad, la fijación de la forma como se obtuvo y una información general acerca de su naturaleza y contenido.

También de orientar la lectura que sobre las piezas documentales realice el testigo de acreditación, orientación hacia aspectos pertinentes y útiles para su teoría del caso [...].

Así las cosas, de los múltiples documentos que integran tales carpetas, el fiscal delegado tendrá que seleccionar sólo aquellos orientados a demostrar los tópicos relacionados con el tema de la prueba y prescindir de la lectura textual de toda información que sea impertinente o inútil en cuanto su contenido no reporte ningún interés para la demostración de su teoría del caso, de lo contrario esas pruebas resultarían inadmisibles al tenor de lo dispuesto en el artículo 376 de la ley 906 de 2004, toda vez que, como ya lo señaló la Sala, la pertinencia de la prueba no solo es presupuesto para su decreto, sino también para su práctica, lo cual tiene lugar en la audiencia de juicio oral, por manera que mal podría afirmarse que como la probanza ya fue decretada, al juez le queda vedado verificar que su práctica se ciña a los motivos de pertinencia y utilidad que justificaron su admisión.

Y en cuanto a la defensa, se le recuerda que en uso del conainterrogatorio podrá exigir del testigo la lectura de los apartes documentales que resulten de su interés y que hayan sido omitidos por la fiscalía, pues de todas formas el testigo de acreditación hizo mención de la

prueba documental que ha llamado la atención de la contraparte y que le fue oportunamente descubierta.

En este orden de ideas, la actuación procesal deberá continuar siguiendo las anteriores pautas, que se dan en cumplimiento del deber de dirección del juicio, con la única finalidad de evitar que la incorporación de la abundante prueba documental decretada, degenera en la práctica de interminables audiencias de simple lectura de escritos por parte de presuntos testigos de acreditación y sin responder a ningún interrogatorio de la parte solicitante de la prueba».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 376, 392 y 434

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP4414-2014.

4.3 El informe pericial es diferente a la prueba documental

Extracto n. ° 351.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47803 |
| Número de providencia | : | AP5798-2016 |
| Fecha | : | 31/08/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«[...] si el documento en el que se hace constar el informe que rinde el perito no es independiente a su testimonio, resulta inapropiado el símil al que alude la defensa en su apelación en orden a fundamentar la admisibilidad de las solicitudes probatorias que rotuló: *«las futuras certificaciones que expidan las secretarías de los Juzgados Promiscuos del Circuito, los Juzgados Penales Municipales o Promiscuos Municipales o los centros de servicios judiciales de [...]»*, pues, se itera, la prueba documental en su forma de aducción y estimación tiene su propia reglamentación legal, la cual difiere notablemente de aquella que regula la prueba pericial».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844.

4.3.1 Los reconocimientos médico legales, si bien están contenidos en un documento, constituyen informes técnico científicos que tienen el carácter de prueba pericial, no documental

Extracto n. ° 352.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 30214 |
| Fecha | : | 17/09/2008 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Una de las funciones cotidianas de los médicos forenses consiste en hacer “reconocimientos” a las personas que han padecido lesiones con ocasión de un delito. Estos “reconocimientos” médico legales, si bien están contenidos en un documento, constituyen informes técnico científicos que, conforme se destacó en precedencia, tienen el carácter de prueba pericial y a sus autores –peritos o expertos-, al momento de su práctica, se les aplican las reglas de la prueba testimonial.

Así, no por ser documentos emanados de servidores públicos en ejercicio de sus funciones, los informes periciales, particularmente los reconocimientos médico legales, configuran prueba documental.

La prueba documental, en su forma de aducción y estimación, tiene su propia reglamentación legal, diferente a la de la prueba pericial.

[...]

De lo anterior puede concluirse que si bien el informe del experto puede estar contenido en un documento, el mismo constituye, estrictamente, prueba pericial, y como tal, el perito debe ser citado al debate público y oral con el fin de ser interrogado y contrainterrogado en relación con su concepto o para que lo rinda directamente en el juicio.

En este orden de ideas, tiénese que los reconocimientos médico legales, al margen de que consten por escrito, solo pueden introducirse válida y

legalmente al proceso mediante la declaración en el juicio oral de un perito que explique lo consignado en el mismo y las conclusiones a las que a partir de allí se puede llegar.

Esto, por cuanto, como se anota en la jurisprudencia citada, esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales si lo buscado es demostrar cuáles fueron los daños en la salud física y mental de la víctima, precisamente porque ese escrito no resulta, por sí mismo, suficiente para el cometido propuesto que exige, se reitera, conocimientos en una materia específica, necesitados de introducir sólo por vía oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio. En otras palabras, el informe en efecto es un documento, pero no es conducente para demostrar la teoría del caso de la Fiscalía, por expresa limitación legal.

Lo propio cabe decir de los informes técnico-mecánicos realizados por los peritos adscritos a la policía nacional o, en general, a cualquier entidad pública o particular. Es, entonces, a través de un experto, que se incorporan dichos conceptos a la actuación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 425

5. PRUEBA PERICIAL

5.1 La prueba pericial se compone del informe pericial que contiene la base de la opinión y la declaración del perito en el juicio oral

Extracto n. ° 353.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 31475 |
| Fecha | : | 17/06/2009 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«El artículo 415 ídem consagra perentoriamente que toda declaración de perito debe estar precedida de un informe resumido en el que se exprese la base de la opinión experta pedida por la parte que propuso la prueba, y que dicho informe ha de ser puesto en conocimiento de los demás sujetos con no menos de cinco (5) días de anticipación a la práctica de la sesión de audiencia pública en la que rendirá declaración el respectivo perito, sin perjuicio de lo normado acerca del descubrimiento de los medios de prueba, y que en ningún caso el referido informe será admisible como evidencia si el perito no declara oralmente en el juicio.

Por lo tanto, en el modelo acusatorio actual, la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de *igualdad de armas* y el contradictorio, y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral, exigencia que apunta a preservar los principios de contradicción e inmediatez sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento, pues, como ya se anotó, está sujeta a las reglas del testimonio, ya que las partes, según lo disciplinan los artículos 417 y 418 ídem, interrogan y contrainterrogan al perito acerca de los temas previamente consignados en el informe, con el fin de que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez.

Lo antes expuesto permite concluir que como el reporte escrito vertido por el perito es apenas la base de su dictamen, no tiene la calidad de medio de prueba autónomo, y en consecuencia en sede de casación es un garrafal desacierto impugnarlo como si de tal condición estuviese revestido, pues, lo ajustado a derecho, según las citadas disposiciones, es dirigir la crítica a la prueba pericial misma, vale decir, respecto de la declaración testimonial

que rinde el perito en la audiencia pública, ya que es en esa oportunidad cuando, al ser interrogado y contrainterrogado por las partes acerca del contenido del informe, el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versa su opinión».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 415

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 02 dic. 2008, rad. 30021; CSJ SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ AP, 28 mar. 2012, rad. 38172; CSJ AP4398-2014, CSJ AP4442-2014, y CSJ AP5798-2016.

5.2 Informe pericial

5.2.1 Parámetros para poner en conocimiento el informe pericial previo a la audiencia pública

Extracto n. ° 354.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 25920 |
| Fecha | : | 21/02/2007 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«El *informe pericial* (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de *descubrimiento y admisión* en la *audiencia preparatoria* (artículo 414 *ibidem*). Sin embargo, es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 *ibidem*).

[...]

En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de *igualdad de armas*, para que pueda preparar el contrainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 412, 414 y 415

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 17 sept. 2008, rad. 30214; CSJ AP, 17 jun. 2009, rad. 31475; CSJ AP, 11 nov. 2009, rad. 32604, y CSJ AP5798-2016.

5.2.2 Procedencia de rendir el informe pericial en la audiencia pública

Extracto n. ° 355.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 26128 |
| Fecha | : | 11/04/2007 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] es verdad que el artículo 412 de la Ley 906 contempla que “*Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en la audiencia*”. No obstante, en el evento que ocupa la atención de la Corte, sí era necesario que las partes conocieran con anticipación las opiniones periciales, puesto que dichas probanzas fueron declaradas admisibles en la audiencia preparatoria y las partes se comprometieron a dar cabal cumplimiento con lo preceptuado por el artículo 415 de la pluricitada ley.

Por manera que la exclusión probatoria hecha por el Tribunal respecto de los testimonios de los peritos deprecados por la fiscalía y por la defensa

resulta ajustada a la legalidad, puesto que no se cumplió con el trámite previsto para el proceso de producción y aducción de este medio de prueba».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 412 y 415

Extracto n. ° 356.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 31981 |
| Fecha | : | 14/09/2009 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La crítica que por el sendero del error de derecho asume el demandante carece de fundamentación adecuada que permita verificar no solo la existencia del error que se predica, sino la trascendencia del mismo.

En efecto, el recurrente con solo citar el contenido descontextualizado del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, concluye que en todos los casos de testimonio de peritos se hace menester allegar con 5 días de antelación a la celebración de la audiencia de juicio oral, un informe que contenga “*la base de la opinión*” requerida por quien pretende hacer valer a su favor la prueba.

Sin embargo, está claro que ello no es así, pues, expresamente el artículo 412 ibídem consagra:

“Comparecencia de los peritos a la audiencia. *Las partes solicitarán al juez que haga comparecer a los peritos al juicio oral y público, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubieren rendido, o para que los rindan en la audiencia.”* (las subrayas no pertenecen al original).

En complemento de ello, el artículo 416 de la misma obra, estatuye:

“Acceso a los elementos materiales. *Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y contrainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos probatorios y evidencia física a que se refiere*

el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio”.
(resalta la Sala)

Inconcluso surge, de lo transcrito, que los peritos pueden concurrir a la audiencia tanto para sustentar el informe previamente presentado, como para rendirlo allí, de lo cual se deriva que ninguna irregularidad existe, en principio, cuando el perito no presenta el informe o resumen previo, si lo que se busca es precisamente hacerlo concurrir a la audiencia para que allí, sometido a interrogatorio y conainterrogatorio, realice esa tarea.

No observa la Corte, porque nada dice al respecto el demandante, en dónde reside la ilegalidad de que no se presentase previo informe, de cara a lo que la normatividad contextualizada consagra.

Y esa conclusión no puede extractarse de lo que argumenta el recurrente, dado que se limita a transcribir el artículo 415 de la Ley 906 de 2004 y automáticamente concluir que se registró ilegal la actuación, en verdadera petición de principio que ningún sustento contiene.

Tan ostensible carencia de fundamentación llevaría por sí misma a la inadmisión del cargo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 412 y 415

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844.

5.2.3 El informe pericial es diferente a la prueba documental

Extracto n. ° 357.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47803 |
| Número de providencia | : | AP5798-2016 |
| Fecha | : | 31/08/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«[...] si el documento en el que se hace constar el informe que rinde el perito no es independiente a su testimonio, resulta inapropiado el simil al que alude la defensa en su apelación en orden a fundamentar la admisibilidad de las solicitudes probatorias que rotuló: «*las futuras certificaciones que expidan las secretarías de los Juzgados Promiscuos del Circuito, los Juzgados Penales Municipales o Promiscuos Municipales o los centros de servicios judiciales de [...]*», pues, se itera, la prueba documental en su forma de aducción y estimación tiene su propia reglamentación legal, la cual difiere notablemente de aquella que regula la prueba pericial».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 04 may. 2011, rad. 33844.

5.2.3.1 Los reconocimientos médico legales, si bien están contenidos en un documento, constituyen informes técnico científicos que tienen el carácter de prueba pericial, no documental

Extracto n. ° 358.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 30214 |
| Fecha | : | 17/09/2008 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Una de las funciones cotidianas de los médicos forenses consiste en hacer “*reconocimientos*” a las personas que han padecido lesiones con ocasión de un delito. Estos “*reconocimientos*” médico legales, si bien están contenidos en un documento, constituyen informes técnico científicos que, conforme se destacó en precedencia, tienen el carácter de prueba pericial y a sus autores –peritos o expertos-, al momento de su práctica, se les aplican las reglas de la prueba testimonial.

Así, no por ser documentos emanados de servidores públicos en ejercicio de sus funciones, los informes periciales, particularmente los reconocimientos médico legales, configuran prueba documental.

La prueba documental, en su forma de aducción y estimación, tiene su propia reglamentación legal, diferente a la de la prueba pericial.

[...]

De lo anterior puede concluirse que si bien el informe del experto puede estar contenido en un documento, el mismo constituye, estrictamente, prueba pericial, y como tal, el perito debe ser citado al debate público y oral con el fin de ser interrogado y contrainterrogado en relación con su concepto o para que lo rinda directamente en el juicio.

En este orden de ideas, tiénese que los reconocimientos médico legales, al margen de que consten por escrito, solo pueden introducirse válida y legalmente al proceso mediante la declaración en el juicio oral de un perito que explique lo consignado en el mismo y las conclusiones a las que a partir de allí se puede llegar.

Esto, por cuanto, como se anota en la jurisprudencia citada, esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales si lo buscado es demostrar cuáles fueron los daños en la salud física y mental de la víctima, precisamente porque ese escrito no resulta, por sí mismo, suficiente para el cometido propuesto que exige, se reitera, conocimientos en una materia específica, necesitados de introducir sólo por vía oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio. En otras palabras, el informe en efecto es un documento, pero no es conducente para demostrar la teoría del caso de la Fiscalía, por expresa limitación legal.

Lo propio cabe decir de los informes técnico-mecánicos realizados por los peritos adscritos a la policía nacional o, en general, a cualquier entidad pública o particular. Es, entonces, a través de un experto, que se incorporan dichos conceptos a la actuación».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 425

5.2.4 Diferencia entre la entrevista de que trata el art. 206 de la Ley 906 de 2004 y la base del informe pericial

Extracto n. ° 359.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 40478 |
| Número de providencia | : | SP7248-2015 |
| Fecha | : | 10/06/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Resulta oportuno aquí aclarar la equivocación del sentenciador de segundo grado, pues sostuvo que antes del juicio a H. Y. Z. B., le fueron recibidas “entrevistas” con las formalidades legales, y que debido a los fallidos resultados de su testimonio en el debate oral, esos elementos de conocimiento se incorporaron con sujeción a la ley para ser valorados, criterio que compartió el Delegado de la Fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, y en respaldo del cual citó decisiones de esta Sala.

Pues bien, la percepción del Tribunal diríase que implica un falso juicio de existencia por suposición, habida cuenta que no es cierto que como **acto de investigación** se haya elaborado un documento (escrito, o en formato de audio o video) que recoja entrevista o declaración rendida por el joven presuntamente ofendido en los términos que lo prevé el artículo 206 de la Ley 906 de 2004.

El ad-quem, injustificadamente, confundió la base o informe escrito que hace parte de los dictámenes aquí reseñados, con la entrevista que alude la citada norma, siendo lo cierto que esos elementos de conocimiento son en estricto rigor pruebas técnicas, cuya práctica y apreciación, están regladas en términos generales en los artículos 405 a 423 de Código de Procedimiento Penal, además que cuando se llevan a cabo para esclarecer delitos como el aquí debatido respecto de menores de edad, las pautas específicas para su valoración son las expuestas por la jurisprudencia conforme se indicó en precedencia (supra 11.1.).

De ahí que resulte impertinente la doctrina de esta Sala evocada por el Delegado de la Fiscalía para brindar apoyo a las consideraciones del ad-quem sobre ese punto, toda vez que las aludidas decisiones tienen que ver con la forma de introducir en el juicio la entrevista rendida por un testigo como **acto de investigación** practicado por la autoridad competente, cuando ese exponente en su posterior testimonio en el debate oral se retracta de las manifestaciones anteriores¹⁶³, situación que no se presentó en este asunto con el menor H. Y. Z. B».

NORMATIVIDAD APLICADA:

¹⁶³ Cfr. CSJ. SP. 9 nov. 2006, radicado 25738; SP. 21 oct. 2009, rad. 31001, y SP8611-2014, 2 jul 2014, rad. 34131. En igual sentido los autos: AP 11 dic. 2013, rad. 40239; AP 28 agt. 2013, rad. 41764, y AP. 28 sep. 2011, rad. 34235.

Ley 906 de 2004, arts. 206, 405 a 423

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 09 nov. 2006, rad. 25738; CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 31001; CSJ AP, 28 sept. 2011, rad. 34235; CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239, y CSJ SP8611-2014.

5.3 En casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública –ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, entre otras circunstancias-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia, es posible que acuda a rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe

Extracto n. ° 360.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 30214 |
| Fecha | : | 17/09/2008 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Debe concurrir necesariamente el perito que expidió el informe?».

Para la Corte, acorde con lo examinado en precedencia de lo que el texto legal contiene y lo que el derecho comparado informa sobre la materia, en términos generales, es necesario que la base pericial sea soportada exclusivamente con el testimonio de la persona que realizó el examen y elaboró el correspondiente informe.

Empero, si bien, el peritaje como prueba reclama siempre de la presencia de un experto en la audiencia de juicio oral –por regla general el mismo que realizó el informe, porque así lo demanda la ley y la naturaleza misma de lo obligado referir ante el juez y las partes-, para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega, resultando inane la sola presentación del informe, es posible, por vía excepcional, que el perito no sea necesariamente aquel encargado de ejecutar directamente el examen y elaborar el consecuente informe, pues, en determinados

eventos, como lo expone Chiesa, cuando se advierte que lo consignado en el documento hace parte del tipo de información que el experto utiliza para su trabajo, nada obsta para que persona distinta acuda a la audiencia de juicio oral en aras de soportar conclusiones pertinentes para el objeto del proceso.

Y ello, cabe anotar, no opera exclusivamente para la práctica o el conocimiento médico, sino respecto de cualquier arte o ciencia interesante al derecho penal.

Estima la Sala, bajo estos mismos presupuestos argumentales, que en casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública –ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, solo por vía enunciativa en el ánimo de citar ejemplos pertinentes-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia, es posible que acuda a rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe.

Al efecto, debe destacarse que en el común de los casos la ley habilita mecanismos para que aún en la lejanía o bajo padecimientos de salud que le impidan desplazarse, el perito pueda rendir su versión oral, conforme lo establecido por el artículo 419 del C. P.P., arriba transcrito.

Pero si ello no es posible, se ofrece otra alternativa, referida a la posibilidad de que aún en curso de la audiencia de juicio oral, desde luego, durante la etapa de práctica de pruebas, dada la imposibilidad de que ese perito inicial brinde el testimonio requerido, se pueda presentar otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez, a instancia de las partes, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes “o para que los rindan en la audiencia”.

Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concurra a la audiencia del juicio oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible –no se halla disponible el perito para rendir su dictamen y no es posible efectuar otro examen al objeto o fenómeno-, estima la Corte que por el camino de la

excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes –recuérdese, dentro del presupuesto adversarial y de igualdad de armas, tanto la fiscalía como la defensa pueden, y deben, presentar este tipo de pruebas para favorecer su teoría del caso- y la esencia misma del proceso penal, representada por la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (*“La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial”*), debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.

Por lo demás, esta facultad excepcional otorgada a las partes no afecta profundamente los principios de inmediación, contradicción y oralidad, tan caros a la sistemática acusatoria, dado que el experto acude a la audiencia pública, ante el juez, a exponer su particular visión, acorde con sus conocimientos, de lo que el examen del anterior experto arroja, pudiendo interrogársele y contrainterrogársele al respecto.

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes –particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar.

Desde luego, entre más limitados sean los elementos puestos en el informe a disposición del perito, mayores serán las dificultades que su labor entraña y, consecuentemente, mucho menor el alcance probatorio de sus conclusiones.

De la misma manera, si se trata de expertos vinculados a la misma entidad y de dictámenes que obedecen a procedimientos estandarizados –dígase, para citar apenas un ejemplo, las pruebas realizadas para la detección de alcaloides y su naturaleza específica-, será mucho más elemental la tarea y mayor el grado de aceptación de lo dicho por el nuevo perito.

En contrario, si los métodos de examen y verificación no se hallan estandarizados, no se describen, o se desconoce cuál fue en concreto, de los varios posibles, el utilizado, la prueba se torna endeble y ello debe reflejarse en la valoración que haga el juez.

Al tanto de ello, entonces, el funcionario judicial encargado de verificar su justeza y alcances, debe necesariamente, dentro de los postulados de la sana crítica que signan su labor de evaluación probatoria, tomar en consideración tales factores y así explicarlo en el fallo, en complemento de los criterios de ponderación establecidos en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, que así reza:

“Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.”

De esta forma, es factible, se repite, excepcionalmente (porque la ley señala la exigencia de que sea el mismo experto quien concorra a sostener lo evaluado), en los casos en los cuales la persona que realizó el informe esté imposibilitada de acudir al juicio o testificar de la forma postulada en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, y se haga imposible volver a realizar el examen, acudir a otro experto, quien tendrá como base de su opinión, acorde con la ley, ese documento.

La discusión, frente a esta posibilidad excepcional (desde luego, la condición de excepcionalidad corresponde evaluarla al juez de conocimiento de cara a lo que sobre el particular exponga y demuestre la parte interesada, concretamente, respecto de la doble imposibilidad de concurrencia del experto y de realizar un nuevo examen al objeto o la persona), no se presenta en el terreno de la legitimidad, legalidad o validez de la prueba, ni tampoco dentro de los linderos de la prueba de referencia admisible –en tanto, el perito que acude a la audiencia de juicio oral en reemplazo del experto imposibilitado de concurrir, no opera como simple avalista de lo dicho por este, o reproductor de su particular auscultación, sino que realiza un verdadero examen de lo verificado, para llegar a sus propias conclusiones, conforme sus especiales conocimientos, que luego expone ante el juez y las partes-, sino en el campo de la valoración probatoria, acorde, se resalta, con los principios que informan la sana crítica y los derroteros específicos consagrados en la Ley 906 de 2004 para este tipo de medio probatorio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 10, 412, 419 y 420

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ 11 dic. 2013, rad. 40239; CSJ AP822-2014, CSJ AP3318-2016, y CSJ AP1794-2016.

5.4 Diferencia entre testigo perito y testigo técnico

Extracto n. ° 361.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 26128 |
| Fecha | : | 11/04/2007 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] no se puede confundir, como lo hace el defensor, la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 15 jul. 2009, rad. 30355; CSJ SP, 16 sept. 2009, rad. 31795; CSJ SP, 03 feb. 2010, rad. 30612; CSJ SP, 18 may. 2011; rad. 33651, y CSJ AP2020-2015.

5.5 Impertinencia de la prueba pericial con la que se pretende explicar, ilustrar o exponer aspectos jurídicos *-propuestas de interpretación del derecho-* que exceden el tema de prueba

Extracto n. ° 362.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 49533 |
| Número de providencia | : | AP682-2017 |
| Fecha | : | 08/02/2017 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Se denegó el testimonio, como perito, de JCAD con base en que, para el Tribunal, no es posible que un tercero le indique cómo examinar la legalidad de la resolución señalada de prevaricadora. Ese argumento es compartido por el impugnante; no obstante, alega que el testigo introducirá información útil que pueden aclarar *«camino de interpretación»* en el ámbito del Estado Social de Derecho y de la excepción de convencionalidad.

Según el artículo 405, *«la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados»*. Obviamente, esas valoraciones expertas que pueden ingresar al proceso como prueba son aquéllas que recaen sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso, no sobre el enjuiciamiento que de los mismos debe realizarse a fin de determinar si configuran una conducta típica, antijurídica y culpable. Este último es un acto de decisión y, como tal, atribuido exclusivamente al juez, por lo que no hace parte del tema de prueba.

En consecuencia, las explicaciones, ilustraciones o exposiciones sobre aspectos jurídicos, entre las cuales se incluyen las propuestas de interpretación del derecho, aun cuando éstas sean novedosas; exceden el objeto de la prueba y, por ende, son impertinentes. Claro está, ese conocimiento jurídico especializado puede fundar las alegaciones de las partes y, así, conferir mayor solidez a los argumentos con los que pretendan persuadir al decisor».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 405

5.6 La prueba pericial basada en manifestaciones previas al juicio oral, que constituyen la base de la opinión expresada en éste, no es prueba de referencia; pero las versiones que realizan las víctimas ante los expertos acerca de las circunstancias que rodearon los hechos, si constituyen, en principio, prueba de referencia

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 28257 |
| Fecha | : | 29/02/2008 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] que todos los profesionales que valoraron a V.G.M. rindieron su testimonio en calidad de peritos. Tanto la psicóloga del colegio, como la médico legista, dieron cuenta de las entrevistas realizadas a V.G.M. y a su progenitora, suministraron detalles de la inicial información que éstas proporcionaron sobre los hechos, así como la percepción que tuvieron acerca de las expresiones, actitudes y sentimientos de la menor, en esos momentos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de V.G.M. negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.

[...]

[...] El argumento según el cual, la incriminación se basa en mera prueba de referencia¹⁶⁴, no posee fundamento alguno. Veamos en el caso concreto:

¹⁶⁴ “ARTÍCULO 437. NOCIÓN. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

“ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial-, a la que hace relación el artículo 405¹⁶⁵ del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha de valorar¹⁶⁶. Si bien es cierto, que tales profesionales no presenciaron los hechos, la menor, como su progenitora fueron valoradas por ellos; eventos, circunstancias y conclusiones que, fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportan su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 *ibidem*¹⁶⁷. En oportunidad la Sala había considerado:

i) Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de *conocimiento personal* contenida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

ii) Si hubiese existido controversia sobre el fundamento del conocimiento personal de las testigos, la defensa podía objetar las declaraciones mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo, como lo indica el mismo precepto. (...)

v) De otro lado, el contenido de oídas del relato de ellas estaba dirigido a probar aspectos sustanciales del objeto del debate (*la responsabilidad penal del implicado*), como lo estipula el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Lo mismo se predica del testimonio de LP, psicóloga forense, quien realizó una entrevista a K...J...; y confirma lo que la niña le contó sobre los tocamientos de sus partes íntimas, en un relato que para ella, desde el punto de vista de su profesión es creíble¹⁶⁸.

De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de PEHC, como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento

¹⁶⁵ “La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.” (resalto fuera de texto).

¹⁶⁶ “ARTÍCULO 404. APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

¹⁶⁷ “ARTÍCULO 402. CONOCIMIENTO PERSONAL. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.”

¹⁶⁸ Cfr sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 372, 381, 402, 404, 405, 420, 437 y 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 29609; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ. SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 36023; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 39449; CSJ AP192-2014, CSJ AP822-2014, CSJ AP4478-2014, CSJ SP15903-2014, CSJ AP995-2015, CSJ AP1611-2015, CSJ AP1515-2015, CSJ AP2144-2015, CSJ AP2194-2015, CSJ SP4316-2015, CSJ AP5671-2015, CSJ SP7248-2015, CSJ AP7394-2015, CSJ SP16559-2015, CSJ AP3318-2016, CSJ AP5768-2016, y CSJ AP1071-2017.

6. PRUEBA DE REFERENCIA

6.1 Concepto, elementos y otras consideraciones

Extracto n. ° 364.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 27477 |
| Fecha | : | 06/03/2008 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Por definición legal, la *prueba de referencia* es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio¹⁶⁹.

[...]

Para que una prueba pueda ser considerada *de referencia*, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona

¹⁶⁹ Artículo 437 de la ley 906 de 2004.

determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido *conocimiento personal*, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del Código, que impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal:

“Artículo 402. **Conocimiento personal.** El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.

La prueba testimonial llamada *indirecta, de oídas, hearsay o ouï dire* (oir decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo.

Esta especial característica la diferencia también de la llamada *prueba de referencia con fines de impugnación*, a través de la cual no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, como de ordinario acontece con la evidencia que se utiliza con propósitos estrictamente probatorios, sino simplemente con el fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del Código.

Adicionalmente a estos requerimientos, la normatividad exige que la verdad que se pretende probar a través de la prueba de referencia, tenga adicionalmente la virtualidad de definir aspectos sustanciales del proceso, como las categorías del delito, o las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, exigencia que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 402, 403 y 437

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 02 sept. 2008, rad. 24920; CSJ AP, 10 ago. 2010, rad. 34258; CSJ AP, 15 dic. 2010, rad. 33457; CSJ AP, 21 sept. 2011, rad. 37182; CSJ AP5785-2015, CSJ AP5146-2015, CSJ AP2770-2015, CSJ AP7033-2016, CSJ SP5798-2016, CSJ SP16564-2016, CSJ AP260-2017, CSJ SP3332-2016, y CSJ SP880-2017.

6.2 El derecho a la confrontación como aspecto central en el análisis de la prueba de referencia

Extracto n. ° 365.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 46153 |
| Número de providencia | : | AP5785-2015 |
| Fecha | : | 30/09/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«3.1. El derecho a la confrontación como aspecto central en el análisis de la prueba de referencia»

La posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba generalmente implica la afectación del derecho a la confrontación del testigo, básicamente porque la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, con las prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para tales efectos; ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato, cuando la versión es producto de un interrogatorio. Lo anterior sin perjuicio de la limitación a la intermediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia.

Como quiera que la posibilidad de ejercer la confrontación es uno de los aspectos más importantes al momento de evaluar si el uso de una declaración anterior al juicio constituye o no prueba de referencia, a continuación se hará un breve recorrido por las normas del ordenamiento jurídico colombiano que consagran este derecho.

A diferencia de lo que sucede en la Ley 600 de 2000 y los sistemas procesales que la antecedieron¹⁷⁰, el derecho a la confrontación tiene un amplio desarrollo en la Ley 906 de 2004. No sólo aparece expresamente consagrado en su artículo 16, sino que, además, sus elementos estructurales fueron regulados a lo largo de la normatividad.

Así, el artículo 8º, literal k, consagra el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y las normas sobre impugnación de testigos le brindan prerrogativas a la parte para que pueda ejercer a cabalidad este derecho. Ello se ve reflejado en la posibilidad de formular preguntas sugestivas durante el contra interrogatorio, de utilizar declaraciones anteriores con el fin de impugnar la credibilidad y de valerse de prueba de refutación para los mismos fines (CSJ SC, 20 Agos. 2014, Rad. 43749).

En el literal k del artículo 8º también se consagra el derecho a lograr la comparecencia de testigos que puedan “*arrojar luz sobre los hechos*”, y dispone que ello podrá hacerse por medios coercitivos.

De otro lado, el artículo 15 de la misma codificación dispone que las partes tienen derecho a participar en la práctica de la prueba. En materia de

¹⁷⁰ A pesar de que varios componentes del derecho a la confrontación ya habían sido desarrollados en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

prueba testimonial, esta norma encuentra desarrollo en las reglas sobre interrogatorio cruzado de testigos, que abarcan la posibilidad de participar en la formulación de preguntas durante el interrogatorio directo o el contra interrogatorio, según el caso; de formular oposiciones a las preguntas, etc.

Además, el artículo 402 establece que el testigo “*únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir*”, y deberá hacerlo, por regla general, en el juicio oral. Con esto se garantiza que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, de impugnar su credibilidad, así como de controlar el interrogatorio a través de las oposiciones a las preguntas o conductas que pudieran incidir ilegalmente en la obtención de la versión. Con ello también se facilita la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, salvo en los casos en los que el legislador ha limitado esa posibilidad¹⁷¹.

Así las cosas, cuando una parte solicita la inadmisión de una declaración anterior al juicio oral, por constituir prueba de referencia, debe verificarse si dicho uso afecta los elementos estructurales del derecho a la confrontación. Esta, sin duda, constituye una herramienta idónea para tomar una decisión adecuada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 8, 15, 16 y 402

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP16564-2016 y CSJ SP3332-2016.

6.3 Valor probatorio de la prueba de referencia

Extracto n. ° 366.

| | | |
|---------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 24468 |
| Fecha | : | 30/03/2006 |

¹⁷¹ Es el caso de lo establecido en la Ley 1098 de 2006 sobre interrogatorio a testigos y víctimas menores de edad.

| | | |
|----------------------------|---|-----------|
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “*la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción¹⁷².

Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.

La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al Juez se le dificulta la labor de confeccionar racionios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.

De otro lado, la *prueba de referencia* también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004.

Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la *prueba de referencia*, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento¹⁷³, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.

Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la *prueba de referencia*. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en

¹⁷² Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

¹⁷³ Artículo 382 ibidem.

la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna *prueba de referencia* que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

Es que la problemática real sobre la *prueba de referencia* gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros.

Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada *ex ante*, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convención sobre los Derechos del niño de 1989, art. 3-1
Ley 906 de 2004, arts. 146-5, 381, 382, 383, 437 y 440

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 24 nov. 2005, rad. 24323; CSJ AP, 02 nov. 2006, rad. 26089; CSJ SP, 26 sep. 2007, rad. 28059; CSJ AP, 14 sep. 2009, rad. 32050; CSJ AP, 10 ago. 2010, rad. 34258; CSJ SP, 03 feb. 2010, rad. 32863; CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 31946; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ AP, 30 jun. 2010, rad.

33255; CSJ AP, 18 ago. 2010, rad. 33559; CSJ AP, 29 sept. 2010, rad. 32270; CSJ AP, 18 nov. 2010, rad. 34953; CSJ AP, 19 may. 2011, rad. 34827; CSJ SP10986-2014, CSJ SP8611-2014, CSJ AP1529-2015, CSJ AP1531-2015, CSJ AP2772-2015, CSJ SP9864-2015, CSJ SP5798-2016, CSJ AP6560-2016, CSJ AP6909-2016, y CSJ SP3989-2017.

6.4 Justificación para admitir de forma excepcional la prueba de referencia en el juicio oral y que su valor probatorio sea reducido

Extracto n. ° 367.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 24468 |
| Fecha | : | 30/03/2006 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al Juez se le dificulta la labor de confeccionar racionios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia».

Extracto n. ° 368.

| | | |
|----------------------------|---|-------------------|
| Número de radicado | : | 31049 |
| Fecha | : | 26/01/2009 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«En torno de este tema la jurisprudencia de la Sala¹⁷⁴ ha venido señalado que el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004 consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 que el *“testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”*.

¹⁷⁴ Sentencia de Casación de 30 de marzo de 2006, radicación 24468

Lo anterior en cuanto el *principio de inmediación*¹⁷⁵ en materia probatoria, exige que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal por el testigo y sin intermediarios, es decir, que su dicho sea fruto de lo que percibió directamente¹⁷⁶.

Por cuya razón en el juicio oral, únicamente se apreciarán los elementos probatorios que se hubiesen producido e incorporado en forma pública, oral y ante el juez de conocimiento, con excepción de los eventos en que se admite la prueba anticipada y la prueba de referencia¹⁷⁷.

Sin embargo, ante la imposibilidad de que los testigos comparezcan personalmente al juicio, acreditado razonablemente el obstáculo que impide recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al *testigo de referencia*».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 15, 16, 378, 379, 402 y 437

6.5 Admisibilidad de la prueba de referencia

6.5.1 Antecedentes y generalidades

Extracto n. ° 369.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 27477 |
| Fecha | : | 06/03/2008 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |

¹⁷⁵ Artículo 16 de la Ley 906 de 2004

¹⁷⁶ “En el concepto de evidencia práctica, en el proceso judicial, debe comprenderse también la denominada evidencia sensible o física, o sea aquella que cae bajo nuestros sentidos; si bien estos pueden algunas veces engañarnos, cuando la observación ha sido cuidadosa nos proporcionan una certeza que, a los fines prácticos, equivale a la certeza absoluta. Efectivamente, las personas que refieren un hecho ocurrido bajo su vista constituyen la guía más segura del juez, porque es muy difícil que los sentidos, si son íntegros, sufran ilusión al examinar los objetos sobre los cuales se contraen. Así cualquiera que no esté privado de la razón debe reconocer la verdad de las cosas vistas por él, por ejemplo, en una inspección judicial. Es absurdo negar o dudar de la veracidad del conocimiento natural.” (BRICHETTI, Giovanni, la Evidencia en el Derecho Procesal Penal, Editorial EJE, 1973, Traducción se Santiago Sentis Melendo, Pág. 6)

¹⁷⁷ Artículos 15, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004

« **Admisibilidad** »

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundaba negativamente en su consistencia probatoria.

Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de *la mejor prueba disponible*, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia.

Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero *similares* a ellas.

El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada

con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.¹⁷⁸

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: **a)** Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; **b)** Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; **c)** Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; **d)** Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; **e)** Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; **f)** Padece una grave enfermedad que le impide declarar; **g)** Ha fallecido; **h)** Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; **i)** Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente *las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos*; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible. La norma aprobada, dice:

“Artículo 438. **Admisión excepcional de la prueba de referencia.** *Únicamente* es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

“a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

“b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

“c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

“d) Ha fallecido.

“También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.

¹⁷⁸ Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia¹⁷⁹, alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

Paralelamente a ello, la norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a *eventos similares*.

La expresión *eventos similares*, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la

¹⁷⁹ Esta cláusula aparece reafirmada en el artículo 379 ejusdem: “Inmediación. El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. *La admisión de la prueba de referencia es excepcional.*”

excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

Esta interpretación ya había quedado en cierta forma planteada, de manera general, en decisiones anteriores de la Corte, que ahora se retoman con las precisiones y limitaciones que se dejan expuestas, en las que se dijo, con relación al contenido y naturaleza de las excepciones previstas en el artículo 438 del Código, que esta norma no podía interpretarse aisladamente, sino en armonía con el marco constitucional y la sistemática probatoria del nuevo régimen, y que el juzgador, dentro de esta hermenéutica, tenía la posibilidad de determinar cuándo era procedente una prueba de referencia:

“Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la *prueba de referencia*. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna *prueba de referencia* que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a este género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381”.¹⁸⁰

En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, tienen un factor de justificación distinto: la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

Si se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma (registro de pasada memoria y archivos históricos) es adicionalmente necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere.

Por *escrito de pasada memoria* la doctrina entiende “toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba

¹⁸⁰ Casación 24468 de 30 de marzo de 2006 y casación 26089 de 2 de noviembre del mismo año.

fresca en su memoria”¹⁸¹. Y por *archivo histórico*, aquel donde reposan documentos que por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente.

Adviértase, finalmente, que la admisibilidad a práctica de la prueba de referencia no opera por la mera circunstancia de concurrir los presupuestos señalados en el artículo 438 del Código. Paralelamente a ello, el juzgador debe examinar si la prueba satisface las exigencias de legalidad, oportunidad, pertinencia objetiva, pertinencia funcional, conducencia y conveniencia exigidos por el Código para la admisión de las distintas categorías probatorias (artículos 360, 374, 375 y 376 ejusdem), conclusión que se obtiene de interrelacionar no solo las disposiciones generales que regulan la admisibilidad de las pruebas, sino del claro texto del artículo 441, inciso segundo, ejusdem:

“Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su **admisibilidad y apreciación**, por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 360, 374, 375, 376, 379 y 438.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 17 mar. 2010, rad. 32829 y CSJ AP, 06 jul. 2011, rad. 36011.

6.5.2 Eventos en que excepcionalmente se admite la prueba de referencia

6.5.2.1 Versiones rendidas por niños, niñas y adolescentes antes del juicio oral

¹⁸¹ CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edt. Forum, 1995, Volumen III, página 350.

6.5.2.1.1 Incorporación de la entrevista del menor al juicio oral a través de su testimonio o como prueba de referencia (Ley 1652 de 2013)

Extracto n. ° 370.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 44066 |
| Número de providencia | : | AP5013-2014 |
| Fecha | : | 27/08/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] tampoco es acertado afirmar que la Ley 1652 de julio 12 de 2013 establece que la entrevista forense es una “*prueba autónoma*”, pues en la sistemática de la Ley 906 de 2004 que gobierna la presente actuación, prueba solo es aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes, de conformidad con el principio de inmediación -art. 16 ídem- y según lo reglado en los artículos 377, 378 y 379 de la normativa en cita.

En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo -art. 392, literal d) íbidem- o para impugnar su credibilidad -arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem-, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131).

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de “*elemento material probatorio*” y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del

nuevo artículo 206A de la citada codificación, *“podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado”*.

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante *“Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código”*.

En otras palabras, además de la posibilidad desarrollada por la jurisprudencia de incorporar al juicio la entrevista forense realizada al menor objeto de abuso sexual a través de su testimonio, y apreciarla en conjunto con éste *“como elemento de juicio para el mejor conocimiento de los hechos, mas no porque la exposición entre al caudal probatorio como prueba autónoma, sino porque se incorpora legítimamente a lo vertido en el juicio por quien la rindió”*¹⁸²; surge por disposición legal la alternativa de aducir al debate oral tal declaración de la víctima, como un elemento material probatorio, pero con las limitaciones y bajo la exigencias establecidas para la prueba de referencia en los artículos 381 y 438 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 16, 206A, 275, 347, 381, 392, 393, 403-4, 437 y 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP8611-2014, CSJ AP1001-2016, y CSJ AP2622-2017.

¹⁸² CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764

6.5.2.1.2 Otras versiones rendidas por el niño, niña y adolescente antes del juicio oral ante familiares, profesionales forenses, funcionarios de policía judicial u otras personas (alcance antes de la expedición de la Ley 1652 de 2013)

Extracto n. ° 371.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 24468 |
| Fecha | : | 30/03/2006 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico –tele video conferencia¹⁸³-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó.

Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (*artículo 383 de la Ley 906 de 2004*); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

El numeral 1° del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece:

¹⁸³ Artículo 146, numeral 5. Ibidem

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.”

En síntesis, las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 44
Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, art. 3 - 1
Ley 906 de 2004, art. 383

Extracto n. ° 372.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 30355 |
| Fecha | : | 15/07/2009 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] de cara al razonamiento que desarrolla el cargo, deja ver sin dificultad su falta de trascendencia para afectar el sentido del fallo, pues olvida que las pruebas reseñadas –el testimonio de la tía de la menor abusada y los informes y atestaciones de los peritos- no son prueba de referencia. Además, según lo expresó el Tribunal, la decisión se soportó, además de la prueba pericial, en prueba directa, cual fue la versión de la ofendida, *“pues la actitud evasiva asumida durante el testimonio rendido en el juicio oral y público, de ninguna manera comporta la consecuencia alegada por la defensa”*, es decir, la negación del abuso referido en entrevista anterior.

En particular, recuérdese, como lo anotó el *ad-quem*, la manera en que la ofendida *“en clara actitud evasiva, cubrió sus oídos cuando, a petición de la fiscalía, pretendió efectuar [lectura de la entrevista inicial rendida por aquella] la sicóloga acompañante, razón por la cual el juzgador, en connivencia con el defensor de familia ordenó suspender la imposición por esa vía del contenido del documento a la niña, para evitar una innecesaria*

revictimización”, circunstancia que naturalmente deja entrever el deseo de la perjudicada de no recordar un hecho realmente vivido.

Como ya lo precisó la Sala en acápite anterior, las pruebas reseñadas por el recurrente no son de referencia, pues, en primer lugar, la declaración de CSD, aunque, como lo admitió el sentenciador, contenía una referencia a lo que, a su vez, le manifestó la menor, en todo caso, la deponente también refirió *“otros datos importantes, surgidos estos en cambio de sus propias percepciones”* (subraya fuera del original), entre ellos *“los sensibles cambios de comportamiento de [...], quien exteriorizó tristeza e inapetencia, alteraciones que le fue posible constatar, pues estaba encargada de su cuidado durante 2 o 3 días de la semana. De igual modo –continúa el Tribunal-, a los sentimientos ambivalentes de aquella hacia su progenitor, de miedo, pero a la vez de cariño; incluso, aún más significativamente, al dolor vaginal experimentado por la menor, acompañado de un flujo a tal punto anormal que la determinó a procurarle inmediatamente asistencia médica.”* (pág. 17, sentencia de segundo grado).

En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en psicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones.

Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en psicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal

ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica.

[...]

Ahora bien, una interpretación en el sentido de que los expertos en psicología y psiquiatría que examinan a la víctima resultan ser testigos de referencia, denota una confusión entre los conceptos de testigo perito y testigo técnico, aspecto sobre el cual la Corporación ha dicho lo siguiente:

“Así mismo, no se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.”¹⁸⁴

Así, en tratándose del denominado testigo técnico –según la anterior distinción-, podrá decirse que puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se pretendan introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del testigo perito, pues este último interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad.

Lo anterior significa que el argumento del casacionista, según el cual, el juicio de condena se basa en prueba de referencia, no posee fundamento alguno, pues el testimonio rendido en el juicio oral, por los expertos, profesionales en psicología, constituye prueba técnica -pericial-, a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el sentenciador apreció su contenido.

Es evidente –insiste la Corporación-, que los profesionales no presenciaron los hechos sino que realizaron una valoración a la menor y, en tal virtud, justificaron las conclusiones de su estudio en el juicio oral, es decir, que aportaron su conocimiento científico para el esclarecimiento de los hechos, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del mismo estatuto.

¹⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128

Más aún, sobre la naturaleza del testimonio del perito sicólogo, la Corporación ha dicho:

“De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de (...), como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.”

Así, al resolver la misma inquietud que aquí propone el censor, la Sala expresó lo siguiente:

“... todos los profesionales que valoraron a (...) rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto, como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de (...) negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.¹⁸⁵”

En consecuencia, el argumento del casacionista surge deficiente porque parte de un fundamento equivocado, lo cual lo torna **intrascendente** para derribar los fundamentos de la sentencia impugnada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 402 y 405

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 29609; CSJ AP, 03 dic. 2009, rad. 32972; CSJ SP, 3 feb. 2010, rad. 30612; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ. SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP, 21 sep. 2011, rad. 36023; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 39449; CSJ AP192-2014, CSJ SP8611-2014, CSJ AP4478-2014, CSJ SP15903-2014, CSJ AP995-2015, CSJ

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257

AP1611-2015, CSJ AP1515-2015, CSJ AP2144-2015, CSJ AP2194-2015, CSJ SP4316-2015, CSJ SP7248-2015, CSJ AP5671-2015, CSJ AP7394-2015, CSJ SP16559-2015, CSJ AP6401-2015, CSJ AP5746-2015, CSJ AP3177-2016, CSJ AP3318-2016, CSJ AP5768-2016, y CSJ AP1071-2017.

Extracto n. ° 373.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 46132 |
| Número de providencia | : | AP2622-2017 |
| Fecha | : | 26/04/2017 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Critica el recurrente el manejo que en el juicio oral se dio a las manifestaciones vertidas antes de la audiencia por los menores de edad y que fueron incorporadas a través de quien las recepcionó. Aunque ningún señalamiento concreto realiza, reclama que hubieran sido introducidas sin aplicación de los “*protocolos correspondientes*”.

Visto de esa manera el reproche, se deduce que el yerro denunciado radicó en un falso juicio de legalidad; no obstante, el demandante se circunscribe a criticar el contenido de las entrevistas¹⁸⁶ y las valoraciones psicológicas realizadas a los niños CSDC y BCDC ante el ICBF, quienes durante las diferentes oportunidades en que fueron escuchados repitieron el relato de abuso y acceso carnal por parte de COSM.

Y si lo que cataloga como error en la producción de la prueba, se refiere a la incorporación en la audiencia de las entrevistas vertidas por los niños DC, ningún yerro se advierte, en cuanto, la ley autoriza se le de tal tratamiento a las manifestaciones rendidas antes del juicio, cuando se trata de víctimas menores de edad, de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros punibles.

De manera que se equivoca el recurrente al asimilar el manejo de las manifestaciones anteriores al juicio vertidas por una víctima o testigo mayor de edad, con el que corresponde otorgar a esas exposiciones previas cuando provienen de una víctima de un delito atentatorio contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuya edad no supera los 18 años, pues en estos casos, la Ley 1652 de 2013, vigente para la época en que se adelantó el juicio oral¹⁸⁷, adicionó el literal e) al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, por medio del cual admite como una de las situaciones

¹⁸⁶ Recepcionadas el 30 de noviembre de 2012 por ÁCR.

¹⁸⁷ Se recibieron en la sesión realizada el 20 de mayo de 2014.

excepcionales para el ingreso de prueba de referencia, los casos en los que el declarante

Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el artículo IV del Código penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Más aún, antes de la expedición de la Ley 1652 de 2013, por vía jurisprudencial se advirtió la necesidad de evitar que en los casos de abuso y violencia sexual, los niños fueran nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral (SP14844-2015, 28 oct. 2015, rad.44056):

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras.

Pero si lo cuestionado guarda relación con el trámite en la recepción de las entrevistas a los menores de edad, soslaya el recurrente, que para la fecha en que se recaudaron (noviembre de 2012), no se había expedido la Ley 1652 de 2013.

De todas maneras, advierte la Corte que las entrevistas de los niños CS y BC, estuvieron precedidas por la defensora de familia del centro zonal de Chocontá quien las recaudó, persona idónea para escuchar el relato de los menores de edad, sin que la ley reclame calidades profesionales determinadas en el entrevistador, más allá de las que requiere una adecuada y respetuosa conducción de esta actividad investigativa en la que prevalecen los derechos fundamentales de los menores.

Tampoco la Ley 1098 de 2006 contiene protocolos especiales para la recepción de la entrevista de los menores de edad posibles víctimas de delitos sexuales, en cuanto los lineamientos del legislador se dirigen al respeto por los *”principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.”*, en cumplimiento de lo cual se ordena que todas las diligencias

en las que intervenga un menor de edad, se les tenga en cuenta su opinión, se les respete su dignidad, intimidad y no se les estigmatice.

Ahora, si lo que se reclama es que, como lo impone el artículo 2° de la Ley 1652 de 2013, la entrevista se grabe o fije en cualquier medio audiovisual o técnico, también se cumplió con la garantía de mantener su fidelidad, genuinidad u originalidad, toda vez que en el texto quedaron consignadas literalmente las preguntas y respuestas, sin que ningún mandato legal señale un único medio técnico a partir del cual se entienda cumplida tal exigencia, como parece entenderlo el impugnante».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 1098 de 2006
Ley 1652 de 2013, art. 2
Ley 906 de 2004, art 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32868; CSJ SP, 18 may. 2011, rad. 33651; CSJ SP14844-2015, CSJ SP3332-2016, CSJ SP9508-2016, CSJ SP12229-2016, CSJ AP2622-2017, CSJ SP880-2017, y CSJ AP1165-2017.

6.5.2.2 Se puede admitir como prueba de referencia la entrevista de alguien que se encuentra prófugo de la justicia

Extracto n. ° 374.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 41106 |
| Fecha | : | 22/05/2013 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«El punto de discusión gira en torno de si se puede admitir como prueba de referencia una entrevista de alguien cuyo testimonio fue ordenado por el juzgado pero su comparecencia fue imposible de lograr por ser prófugo de la justicia; esto es, si tal situación se aviene a la extensión que al efecto hace el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, dicho canon determina:

“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha información.

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada, o evento similar.

c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.

d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

Si bien es cierto que la situación que se presenta en el asunto de la referencia no coincide con ninguna de las descritas en los ordinales del artículo 438, la Sala ha admitido que existen varias posibilidades para que, dentro de lo previsto en el literal “b”, se pueda concluir estar en presencia de “eventos similares” a los allí previstos.

Ya la Sala había dicho en auto de 6 de marzo de 2008, radicado 27477:

“La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.”

Con fundamento en dicha doctrina, es claro que SM no está disponible y que tal situación se origina en una causa de fuerza mayor, esto es, en la

incapacidad de las autoridades encargadas de realizar su captura para hacer efectivo el cumplimiento de la pena que le ha sido impuesta, incapacidad, en todo caso no imputable al defensor ni menos al acusado P V; y, por lo tanto la ausencia del testigo por esta causa es una carga que no le corresponde asumir a ellos, y, en cambio si al Estado.

La Sala, a partir de escuchar el audio de la sesión correspondiente, tanto de la audiencia preparatoria –aparte en que la defensa solicita la prueba que pretende hacer valer, así como el decreto de la misma- como de la sesión adoptada en audiencia pública en la que se discutió el asunto objeto de la referencia, pudo constatar que el defensor solicitó el testimonio de JASM, advirtiendo que existía la posibilidad de que no se lograra su comparecencia, frente a lo cual la Sala determinó, en el auto en que resolvió las solicitudes probatorias lo siguiente:

“PRUEBAS QUE NO SE AUTORIZAN.

La entrevista al señor JASM en virtud que fue citado como testigo, en el evento que no asista y para que pueda ser tener como testigo de referencia debe tenerse en cuenta los requisitos del código penal.”(sic).

Por tanto, resulta oportuno destacar que la entrevista de cuya incorporación se trata, fue anunciada, descubierta, y leída por el investigador de la defensa que la practicó.

Para efectos de acreditar la indisponibilidad del testigo, la defensa aportó constancia expedida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, en la cual se indica que a dicho despacho judicial le fue asignada la vigilancia de la ejecución de la penas impuestas a **JASM**, por los delitos de peculado por apropiación, fraude procesal y falsedad en documento privado, proferida el 29 de mayo de 2012.

[...]

Con esta constancia resulta irrefutable que SM es prófugo de la justicia, y cuya captura al parecer aún no se ha ordenado, y por tanto la defensa no lo encuentra disponible para hacerlo comparecer o pedir su conducción; lo cual, se insiste, no es atribuible, como se puede comprobar, a la negligencia o inactividad de dicho sujeto procesal y por tanto, sin duda, tal situación se encuadra en los eventos similares en que excepcionalmente procede la prueba de referencia, de acuerdo con el literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 438 - b.

6.5.2.3 La imposibilidad de localizar al testigo para que asista a rendir testimonio permite que su entrevista se convierta en prueba de referencia admisible, siempre que esa indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas

Extracto n. ° 375.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 34867 |
| Fecha | : | 27/06/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] ante la imposibilidad de localizar al testigo ADW para que asistiera al juicio oral a rendir testimonio, su entrevista se convertía en prueba de referencia admisible, y así lo entendió la juez al permitir su incorporación a través del investigador RR, lo cual habilitaba al tribunal para analizar y tener en cuenta sus contenidos, acorde con lo establecido en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

En relación con esta disposición, la Corte ha dicho que aunque en ella el legislador acogió como principio general la cláusula de exclusión o de prohibición de la prueba de referencia, alternada con un catálogo de excepciones tasadas, también previó una cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, que permite la admisión de la prueba en casos similares a los previstos en la norma, por ejemplo, cuando el testigo no esté disponible, siempre que esa indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como ocurrió en el caso analizado¹⁸⁸».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

¹⁸⁸ C.S.J., Sala de Casación Penal, Casación 27477, sentencia de 6 de marzo de 2008.

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38051.

Extracto n. ° 376.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 36518 |
| Fecha | : | 09/10/2013 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Los sentenciadores de instancia consideraron que el testigo DAMB, no se encontraba disponible para declarar en juicio y concluyeron que procedía hacer valer como prueba de referencia, la entrevista y el reconocimiento fotográfico que realizó ante un funcionario de policía judicial, con base en lo previsto por el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

[...]

La referida circunstancia (*indisponibilidad del testigo*) la establecieron los juzgadores con la declaración del investigador de la Sijín MFRO, funcionario de policía judicial que entrevistó a ÓDMB y practicó el reconocimiento fotográfico de uno de los aparentes autores de los ilícitos, y a quien la Fiscalía le encargó la labor de ubicar y citar a los testigos que presentaría en el juicio.

Sobre el particular, declaró¹⁸⁹ que luego de las actividades de instrucción descritas, MB se fue de la finca donde laboraba y no volvió a atender las llamadas telefónicas que le hacía. De igual modo, que el testigo expresó temor frente a eventuales represalias, ya que el procesado era de la región y sus familiares vivían allí.

Conforme se precisó, el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, admite que el juez considere como medio de demostración la prueba de referencia cuando quiera que el declarante no pueda concurrir al juicio por encontrarse en situaciones asimilables a la de ser víctima de los delitos de secuestro o desaparición forzada, siempre que ello obedezca a circunstancias de fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas.

¹⁸⁹ Sesión del 14 de julio de 2010

Frente a lo anterior, cabe recordar que el modelo procesal de tendencia acusatoria es un escenario en el que pugnan los intereses de la Fiscalía como titular de la acción penal, con la misión de investigar, acusar y obtener la condena de los responsables de un delito, y los del acusado quien por su parte anhela que perviva la presunción de inocencia que lo ampara o, por lo menos, que si llega a ser desvirtuada, lo sea en un juicio justo, imparcial, indeclinablemente regido por las normas que conforman el debido proceso legal.

En tal orden de ideas, cuando la fiscalía pretende aportar como prueba una declaración anterior en reemplazo del testimonio que le corresponde presentar en juicio, genera un desequilibrio sobre el acusado, quien verá frustrado el ejercicio del derecho de confrontación en los planos esenciales de interrogar al testigo y controlar la práctica de la prueba, por lo que su suerte puede quedar atada a un relato de dudosa credibilidad consignado en el acta de interrogatorio previo¹⁹⁰.

Por ese motivo, la Corte insiste que la admisibilidad de la prueba de referencia en esos casos, debe tener como fundamento situaciones especiales de fuerza mayor **razonablemente insuperables**, como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.

Según declaró el investigador de la Sijín, MFRO, perdió contacto con el testigo de cargo ÓDMB, quien cambió su residencia y dejó de responderle las llamadas telefónicas.

Por su parte, el declarante ÓHM¹⁹¹, investigador de la defensa, [prueba que como dijo el actor no fue valorado en la sentencia] afirmó haber tenido contacto con MB y le manifestó que sabía de la audiencia de juicio oral, pero que no concurriría porque no le habían dado los viáticos para desplazarse hasta Armenia.

De lo afirmado por estos declarantes en el juicio surge absolutamente evidente que el testigo ÓDMB, aunque hubiere expresado el deseo de no asistir a la diligencia o que esperaba que le dieran el dinero del transporte, se encontraba disponible en la medida que se le hallaba telefónicamente,

¹⁹⁰ “La ausencia de control a los interrogatorios practicados antes del juicio conspira contra la credibilidad del relato, porque es posible que: (i) la versión final sea producto de preguntas sugestivas o que de cualquier otra manera afecten la espontaneidad del testigo, (ii) el acta no refleje finalmente lo expresado por el declarante, (iii) el mal uso del lenguaje impida que la información que tiene el testigo se transmita de manera fidedigna al juez. Estos controles no pueden realizarse sino se participa en la formación de la prueba o no se cuenta con la intervención de un tercero imparcial que dirima las controversias sobre estos temas.” Bedoya Sierra, Luis Fernando. Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral. Librería Jurídica Comlibros. Medellín 2013.

¹⁹¹ Sesión de juicio oral del 26 de agosto de 2010

circunstancia que hacía posible su localización física y su conducción al juzgado de haber sido necesaria¹⁹².

Entonces, el motivo al que se acudió para hacer valer como prueba de referencia admisible la entrevista y el reconocimiento fotográfico cuestionados, no se ofrece inevitable o imprevisible, es decir, constitutivo de fuerza mayor, pues la Fiscalía sabía que el testigo había cambiado de domicilio y por esa circunstancia, solicitó el 23 de junio de 2010¹⁹³ que se aplazara la diligencia de juicio oral, sin que hubiere emprendido actuaciones eficaces destinadas a localizarlo y contar con su presencia en la nueva fecha programada por el juzgado de conocimiento¹⁹⁴.

Según la declaración del investigador MFRO¹⁹⁵, su labor se limitó a llamarlo a un número celular que nunca le respondía, gestión que contrasta con la adelantada por la notificadora del Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro, comisionado para citar a diversos testigos, quien bajo juramento informó que el 17 de junio de 2010 entabló comunicación con **DAM** al número [...] y le informó que debía asistir a la vista pública programada para el 24 de junio¹⁹⁶; comunicación que se repitió el 23 de julio, cuando le comunicó que la audiencia se desarrollaría el 26 de ese mismo mes¹⁹⁷, y el 1° de septiembre siguiente oportunidad en la que le avisó que se le requería en la vista programada para el 17 de ese mes.

Pueda que el testigo haya expresado telefónicamente que no era su deseo comparecer a la audiencia¹⁹⁸, pero esa afirmación, por sí sola, no lo relevaba de la obligación de rendir testimonio¹⁹⁹, menos a la Fiscalía como parte interesada y en la cual pesaba la carga de traerlo a la diligencia, ni al director del juicio de ejercer la facultad de ordenar su conducción en tanto persistiera en rebeldía.

Tampoco puede servir de estímulo para que el ente acusador, en una posición cómoda y conveniente a su teoría del caso, logre que se sustituya un testimonio en juicio por una declaración previa, refractaria al derecho

¹⁹² El artículo 384 del C.P.P., establece de la siguiente manera la medida especial para asegurar la comparecencia de testigos: “Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia.”

¹⁹³ Cfr. folio 128 del cuaderno que contiene la actuación del juzgado de conocimiento.

¹⁹⁴ 17 de julio de 2010

¹⁹⁵ Sesión del juicio oral del 14 de julio de 2010

¹⁹⁶ Fol. 119 de la actuación del juzgado de conocimiento

¹⁹⁷ Fol. 169 Ib.

¹⁹⁸ En uno de los informes de la empleada del Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro (23-07-10), se precisa que el requerido Molina Buitrago manifestó que vivía lejos de ese municipio y que “como ya lo había dicho anteriormente a él no le interesa asistir a estas audiencias ni saber nada de esto.”

¹⁹⁹ Art. 383 C.P.P.

de confrontación que le garantiza a la defensa la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo.

La desaparición voluntaria del declarante, situación de la cual dedujeron los sentenciadores el fundamento para admitir en juicio pruebas de referencia, implica que aquél no puede ser localizado ni es localizable porque no se tienen datos o fuentes de conocimiento que permitan su ubicación, situación impredecible cuando, como en el presente caso, la Fiscalía contaba con el número celular del testigo y de su padre, el señor Á de JMR, elementos que podían ser suficientes para establecer el paradero de la persona requerida, sin que hubiere acreditado que desplegó las gestiones posibles para lograr ese propósito.

La situación, entonces, no se adecua a lo previsto en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, pues no se trata de un evento similar al secuestro o la desaparición forzada del testigo que le impidan concurrir al juicio, o de un suceso de fuerza mayor por desaparición voluntaria del declarante, pues aquí al menos se lo contactaba telefónicamente, sino de un declarante renuente a rendir el testimonio que de él se reclamaba, circunstancia que la Fiscalía no enfrentó con los medios legales y técnicos a su alcance.

Bien lo dijo la Delegada del ente acusador ante la Corte en su condición de no recurrente, en el presente asunto 'le faltó diligencia a quien pretendía acreditar la imposibilidad de hacer comparecer en juicio al declarante y que concurría, por tanto, una de las causales de acogimiento excepcional de la prueba de referencia'.

Por lo demás, aunque el declarante hubiere expresado temor por posibles represalias, esta situación no es análoga a la de quien demostradamente ha sido víctima de amenazas que lo compelen a desaparecer voluntariamente y por ello deja de estar dispuesto para quien requiere su declaración. MB, está visto, no refirió amenazas contra su vida o la de sus familiares, simplemente rehusó el llamado de la justicia y se negó a rendir el testimonio correspondiente.

En tales condiciones, el sentenciador no podía considerar admisibles las entrevistas y el reconocimiento fotográfico realizados por el mencionado testigo, lo cual hace procedente el reproche que postula el actor en cuanto se aportaron con desconocimiento del debido proceso probatorio; error trascendente si se tiene en cuenta, de una parte, que las declaraciones anteriores, a la postre, sirvieron de base para demostrar la responsabilidad del acusado y, por el otro, que los demás medios de convicción aportados por la Fiscalía en el juicio, se ofrecen insuficientes para demostrar más allá de toda duda la responsabilidad de **OS** en los ilícitos que se le atribuyen».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 438-b

6.5.2.4 La no disponibilidad de la persona para comparecer al juicio por su desaparición voluntaria al salir del país, siendo imposible su localización, permite admitir su entrevista como prueba de referencia

Extracto n. ° 377.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 34703 |
| Fecha | : | 14/12/2011 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] el presunto ofendido rindió ante las autoridades de policía judicial una entrevista sin que la misma hubiera podido ser ratificada en la vista pública, lo que permite calificarla de prueba de referencia. Sin embargo, su admisión es de carácter excepcional²⁰⁰:

“...Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia²⁰¹”.

El enunciado así presentado por la Sala, anticipa que se acoge la tesis de la fiscalía en su calidad de sujeto recurrente, al considerar la entrevista suministrada por ES como prueba de referencia, ante la no disponibilidad de aquél para comparecer al juicio por su desaparición voluntaria al viajar a España lo que hizo imposible su localización, hipótesis contemplada en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 que establece:

²⁰⁰ “Art. 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memorial sobre los hechos y es corroborada parcialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. También se aceptara la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memorial o archivos históricos”.

²⁰¹ Ib.

Art. 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante (...) b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar...” (subraya fuera de texto)

Frente a la cláusula abierta referida “al evento similar²⁰²” a que se contrae el precepto²⁰³, la Corte ha tenido la oportunidad de precisar su alcance con miras a dotar de un mayor entendimiento este novísimo instituto introducido con el sistema acusatorio, el que resulta extraño a las legislaciones procesales penales que le antecedieron²⁰⁴:

“Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas”.

“La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización. (subraya fuera del texto).

”La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unguidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

”La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

²⁰² Aparte declarado exequible en la sentencia C-144 de 2010.

²⁰³ Sin que con ello se pretenda desatender el principio general de exclusión de la prueba de referencia o pervertir la intención del legislador de reglar normativamente su admisión excepcional.

²⁰⁴ Cfr. sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación 27477.

En efecto, las razones que soportan la postura de la Sala son: (i) el documento fue debidamente introducido al juicio como evidencia número 28, (ii) el juez de control de garantías no viabilizó la práctica de la prueba anticipada en los términos solicitados por el órgano acusador y, (iii) a través de la información suministrada por la fiscalía en la audiencia de juicio oral se tuvo pleno conocimiento acerca de la imposibilidad de hacer comparecer al afectado por diversas circunstancias: (a) oriundo de España, (b) padecía una grave enfermedad que le imponía urgencia en su tratamiento, y (c) viajó a su país natal resultando imposible su posterior localización, pues cambió de residencia.

Significa lo anterior, que ante la acreditación conjunta de las anteriores circunstancias, la denuncia ha de admitirse de manera excepcional, no para que sirva de soporte exclusivo para el proferimiento de un fallo condenatorio²⁰⁵, pero sí para ser analizada de manera conjunta con las demás pruebas ingresadas al juicio».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 438 - b.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP, 06 mar. 2008, rad. 27477.

6.5.2.5 Podrá llevarse al juicio oral como prueba de referencia la declaración de la persona que al momento de la celebración de la vista pública ha fallecido.

Extracto n. ° 378.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47921 |
| Número de providencia | : | AP7033-2016 |
| Fecha | : | 12/10/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«[...] ha decantado la Sala, las condiciones que debe tener el medio probatorio para que sea de referencia. Al respecto ha dicho: (AP5785, 30 sep. 2015 Rad. 46153)

«De tiempo atrás la Sala se ha ocupado de delimitar los elementos estructurales de la prueba de referencia. En tal sentido, ha resaltado que podrá hablarse de prueba de referencia cuando concurren los siguientes elementos: "(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de observar y percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración..." (CSJ SC, 6 Mar 2008, Rad. 27477).»

En suma, prueba de referencia es aquella que se lleva al juicio oral, pero no a través de la persona que obtuvo el conocimiento del hecho sino de otro medio que recoge esa declaración, vertida de forma anterior al acto procesal idóneo para practicar la prueba, limitándose de esta forma el ejercicio de algunos de los principios que orientan la actividad probatoria, lo que hace que su decreto sea excepcional y este determinado por la demostración de una de las causales previstas normativamente en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal adversarial.

Así consagra el artículo 438 citado las causas por las que es viable estudiar la admisibilidad de una prueba de referencia:

- Art. 438.- Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*
- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
 - b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
 - c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
 - d) Ha fallecido;*
 - e) Adicionado. Ley 1652 de 2013, art. 3°. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188C, 188D, del mismo Código.*
- También se acepta la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.*

Dentro de las causales antes mencionadas se encuentra la enlistada en el literal d) que hace referencia a la muerte del testigo.

En ese orden, entre otras causales, podrá llevarse al juicio oral como prueba de referencia, la declaración de una persona que presencié o conoció un hecho de interés para el proceso, por algún medio se recogido

(declaración jurada, entrevista, audio, vídeo, etcétera), pero que al momento de la celebración de la vista pública, ha fallecido.

La parte interesada deberá acreditar dos hechos fundamentales: a) que el medio reúne las características para ser admitido como prueba de referencia y b) que la persona ha fallecido.

Desde luego, como ha advertido la jurisprudencia de esta Sala, la parte contra la cual se enerva el medio de conocimiento no podrá ejercer el derecho de contradicción y el de confrontación, como tampoco habrá inmediación de la prueba por el juez, lo que conduce, de un lado, a que no se pueda condenar solo con prueba de esta naturaleza y de otro, a que su valor suasorio se vea atenuado».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 138, 139, 141, 188 y 438
Ley 1652 de 2013, art. 3

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 34991; CSJ SP12926-2014, y CSJ AP896-2015.

6.5.2.6 Admisión como prueba de referencia de la entrevista rendida por quien es víctima de amenazas

Extracto n. ° 379.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 30598 |
| Fecha | : | 19/02/2009 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Valor acreditativo de las entrevistas rendidas por el testigo JJGI.

En virtud del principio de inmediación (artículo 379) de tan cara importancia en el Sistema Penal Acusatorio, el “juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y

controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” (subrayas fuera de texto).

Tienen el carácter de pruebas de referencia las declaraciones recepcionadas por fuera del debate oral, cuando son utilizadas para acreditar o excluir elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación de la pena, la naturaleza y entidad del daño causado y cualquier otro asunto propio del juicio oral, siempre que no sea posible su recaudo en esta fase del diligenciamiento.

Desde luego, dado que la prueba de referencia conspira contra el principio de inmediación, sólo es admitida de manera excepcional en los casos establecidos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

Adicionalmente se tiene que aún si la prueba de referencia es admitida de manera excepcional, su valor y aporte en punto de la materialidad del delito o de la responsabilidad del acusado dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba, pues por mandato legal, no basta por sí misma o junto con otros medios probatorios de la misma índole, para edificar un fallo de condena (artículo 381 de la Ley 906 de 2004), precepto mediante el cual el legislador creó una tarifa legal negativa.

En cuanto importa a esta decisión es pertinente señalar, que una de tales circunstancias de admisión excepcional de la prueba de referencia se establece en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, cuando el declarante “es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar” (subrayas fuera de texto).

Sobre el particular ha precisado la Sala:

“La norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares”.

“La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”.

“La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unguadas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

“La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo”²⁰⁶.

Una vez efectuadas las anteriores precisiones observa la Sala que quien presenció directamente los hechos materia de investigación en este asunto, es decir, JJGI, fue entrevistado el mismo día, dos horas después de su ocurrencia, por el funcionario de policía judicial JHML, oportunidad en la cual dijo que la persona capturada, ODGT, fue uno de los agresores que causaron la muerte a su amigo DSCP.

Diecisiete (17) días más tarde al ser entrevistado por la Asistente de la Fiscalía AL, el mencionado ciudadano dijo que sólo escuchó los disparos y vio cuando dos hombres, entre ellos el que luego fue capturado, salieron corriendo del lugar y momentos más tarde fueron perseguidos por agentes de policía, quienes después regresaron con ODG.

Un relato similar al precedente rindió JJG ante la Notaría Novena de Medellín, pero en tal oportunidad agregó que para rendir su entrevista inicial fue presionado por la policía en procura de que señalara a G como autor del homicidio investigado.

En la audiencia del juicio oral, la Fiscalía informó que en varias ocasiones se había comunicado telefónicamente con el testigo a fin de que compareciera a dicha diligencia, pero aquél se negó rotundamente, aduciendo que lo habían amenazado a él, su hermana y su madre, de que si concurría al juicio lo matarían y todos corrían peligro, motivo por el cual tenía miedo. Para acreditar lo expuesto la Fiscalía allegó tres constancias sobre el particular (fols 76, 77 y 78) referidas a contactos realizados los días 28 de mayo, 4 de junio y 6 de junio de 2007, sin resultado positivo alguno.

²⁰⁶ Sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad.27477.

A instancia de la Fiscalía se ordenó la conducción de JJG, recibíéndose respuesta del Comandante de la Estación de Villatina, en el sentido de que pese a haberlo intentado en varias oportunidades, no fue posible ubicar al testigo en su residencia.

Igualmente se escuchó en declaración a los investigadores que entrevistaron al testigo. La asistente de la Fiscalía que realizó la segunda entrevista afirmó que percibió a JJG muy nervioso, quien le dijo que temía por su vida, había variado y atenuado su versión de los hechos y no quería saber más de este asunto.

Entonces, la Fiscalía solicitó se tuviera la entrevista de aquél como prueba de referencia, a lo cual accedió el a quo.

Del anterior recuento puntual de las circunstancias que rodearon tanto las entrevistas iniciales rendidas por quien efectivamente vio el desarrollo de los hechos investigados, así como la imposibilidad de conseguir su concurrencia al debate oral en cuanto fue amenazado junto con su familia, concluye la Sala que tal como lo señaló el a quo, se está en una de las situaciones a las que se refiere el legislador en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, como “evento similar”.

En efecto, se trata de una situación de fuerza moral a la que se vio sometido el testigo, de manera que al concurrir al juicio ponía en peligro fundado no sólo su vida e integridad, sino además, la de su hermana y su progenitora, todo lo cual fue demostrado con las constancias de la Fiscalía, la imposibilidad de lograr su conducción por parte de la policía, amén de lo que expresó a la asistente de la Fiscalía al rendir su segunda entrevista.

Concluye entonces la Sala, que asiste razón a la Fiscalía al deplorar que el Tribunal no tuviera las entrevistas de JJG como prueba de referencia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 438 - b

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 14 sept. 2009, rad. 32050; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 37574; y CSJ SP, 09 oct. 2013, rad. 36518, y CSJ AP6877-2015.

6.6 Las declaraciones anteriores al juicio oral como tema de prueba y como medio de prueba

Extracto n. ° 380.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 46153 |
| Número de providencia | : | AP5785-2015 |
| Fecha | : | 30/09/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«3.3. Declaraciones anteriores al juicio oral como tema de prueba y como medio de prueba

Si se entiende que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, la Sala abordará esta temática con el fin de precisar cuándo una declaración puede tenerse como objeto específico de prueba²⁰⁷ y en qué eventos constituye medio de prueba, lo que resulta determinante para decidir si se trata o no de prueba de referencia.

Las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del tema de prueba. Ello es palmario en los delitos que sólo pueden cometerse a través de declaraciones: falso testimonio, falsa denuncia, falsa auto incriminación, injuria, calumnia, etcétera. En estos eventos, uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso.

La Ley 906 de 2004 no establece límites para la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que hacen parte del tema de prueba, lo que es coherente con el principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento procesal penal (Art. 373 ídem). Así, es posible que la existencia y contenido de una declaración injurianta pueda demostrarse a través de un documento y/o de un testigo que la haya escuchado. También es posible que se requiera de un perito para establecer, por ejemplo, que un manuscrito es autoría del acusado, que la

²⁰⁷ En contraposición al objeto de prueba como categoría objetiva y abstracta. En adelante, cuando se haga alusión a las declaraciones como objeto de prueba, ha de entenderse como aspecto específico del tema de prueba.

voz que se escucha en una grabación magnetofónica corresponde a una determinada persona, etcétera.

En estos casos, es necesario distinguir el tema de prueba y los medios de prueba. De lo primero hará parte la declaración falsa, injuriente, entre otras, y el medio de prueba será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que sirven para demostrarle al juez la existencia y contenido de la declaración.

Esta diferencia entre tema de prueba y medio de prueba es determinante en materia de prueba de referencia, porque cuando la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga y/o la declaración de la persona que la percibió directa y personalmente. Lo fundamental es que en estos casos no se afecta el derecho a la confrontación porque, a manera de ejemplo, la contraparte podrá utilizar todos los medios de impugnación frente al testigo que tuvo conocimiento «*personal y directo*» de aquello que constituye objeto de prueba: el falso testimonio, la declaración injuriente, etcétera.

Lo anterior sin perjuicio de que en casos donde la declaración anterior haga parte del tema de prueba, los medios utilizados para la demostración de su existencia y contenido puedan constituir prueba de referencia. Así, por ejemplo, si en un caso de injuria la Fiscalía presenta a un testigo que no escuchó directa y personalmente las frases injuriantes, pero tuvo conocimiento de las mismas por lo que otra persona le contó, se presenta un problema de prueba de referencia, porque se trata de una declaración anterior al juicio oral, que se está ofreciendo como medio de prueba de un elemento estructural de la conducta punible, y porque la defensa tendría derecho a ejercer la confrontación frente al testigo que dice haber presenciado los hechos, posibilidad que le sería truncada si su versión es llevada a juicio a través del testigo que escuchó el relato pero que no presenció el hecho jurídicamente relevante.

En la práctica suele suceder que cuando una parte le pregunta a un testigo sobre lo que le escuchó decir a una persona por fuera del juicio oral, se levanta la objeción por prueba de referencia. Según vimos, la decisión dependerá en buena medida de si la declaración anterior constituye objeto específico de prueba o medio de prueba, pues si el testigo en juicio escuchó la injuria y lo que se está probando en el juicio es el supuesto atentado contra la integridad moral, podrá exponer todo aquello que escuchó de manera personal y directa, y la defensa tendrá todas las posibilidades de impugnarlo.

Es común que muchas manifestaciones anteriores al juicio hagan parte del tema de prueba y, por ello, cualquier persona que las haya escuchado directamente puede ser citado en calidad de testigo: la amenaza durante

un hurto calificado por la violencia moral, las frases utilizadas por el estafador para hacer incurrir en error a su víctima, los escritos a través de los cuales se presiona a las víctimas en los casos de extorsión o constreñimiento ilegal, entre otros. La existencia y contenido de este tipo de manifestaciones también podría probarse a través de prueba documental o pericial. Igual sucede cuando la manifestación anterior de una persona puede tenerse como hecho indicador de su estado de ánimo, del móvil para realizar una determinada conducta o de cualquier otro aspecto relevante para la establecer la responsabilidad penal.

La determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán ante el juez. Por ello es tan importante que para la audiencia preparatoria se tenga absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración (medio de prueba), lo que en últimas entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de la prueba.

3.4. Reglas de admisibilidad de un documento cuando contiene declaraciones anteriores al juicio

El análisis sobre la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental, porque, según se ha visto, lo de fondo es establecer cuál es el papel que juega la declaración en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.

La utilización de documentos que contienen declaraciones ya había sido analizado por esta Corporación en el contexto de la prueba pericial. En un caso donde la Fiscalía solicitó introducir como prueba los informes preparados por el médico legista, bajo el argumento de que se trata de documentos, la Sala aclaró, basada en su propio precedente, que el informe pericial contiene la declaración anterior del perito y que, en consecuencia, la versión de éste debe someterse a las reglas generales de la prueba pericial, a la que se le aplican en lo pertinente las normas sobre el testimonio, según lo establecido en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SC, 17 Sep 2008, Rad. 30214).

Así, por ejemplo, si en un caso de muerte en accidente automovilístico la Fiscalía pretende aducir como prueba el informe del agente de tránsito, que contiene las entrevistas de dos testigos, no puede reducir su argumento para la admisibilidad a decir que se trata de prueba documental, porque, en últimas, el documento sólo constituye un

instrumento para llevar al juicio unas declaraciones anteriores con clara vocación de medio de prueba, como quiera que pretenden usarse para probar los pormenores del accidente.

En el ejemplo anterior, las entrevistas constituyen prueba de referencia, a pesar de estar incorporadas en un documento, público por demás. Primero, porque encajan en la definición del artículo 437, en cuanto se trata de (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se llevan al juicio oral, en este caso por la Fiscalía y a través del informe suscrito por el agente de tránsito; (iii) con la finalidad de probar con ellas un aspecto trascendente del debate o, lo que es lo mismo, como medio de prueba. Y segundo, porque la defensa tendría derecho a interrogar a los testigos que rindieron las entrevistas y difícilmente podría lograr su impugnación si no están presentes en el juicio oral, sometidos a interrogatorio cruzado.

Lo anterior pone de relieve un aspecto importante en materia de documentos. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad). Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

6.7 Diferencia entre la prueba de referencia y los medios de conocimiento utilizados para demostrar su existencia y contenido (valoración de estos últimos)

Extracto n. ° 381.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 43866 |
| Número de providencia | | SP3332-2016 |
| Fecha | : | 16/03/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es fundamental preguntarse “*quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra –del acusado²⁰⁸*”, y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, sólo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.

Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.

Como suele suceder con cualquier aspecto incluido en el tema de prueba, frente a la existencia y contenido de la declaración anterior puede debatirse, por ejemplo, si el documento representa de manera fidedigna el

²⁰⁸ Tribunal Supremo de Puerto Rico, Puerto Rico vs Ángel Santos (2012)

relato o si el testigo percibió con exactitud lo expresado por el declarante por fuera del juicio oral, el contexto en el que se hizo la declaración, la intención del declarante, la forma de las preguntas que dieron lugar a las respuestas del testigo, etcétera²⁰⁹. En consecuencia, frente a esta temática también deben aplicarse los criterios de valoración de la prueba, bien los consagrados para cada medio en particular (Artículos 404, 420, 432, entre otros, de la Ley 906 de 2004), o los criterios generales atinentes a la sana crítica.

Aunque, según se dijo, la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior está regida por el principio de libertad probatoria, entre otras cosas porque en ocasiones la documentación del relato se puede dificultar por las circunstancias que rodean la declaración (verbigracia, cuando una persona moribunda declara sobre la identidad de quien le ha causado las heridas mortales, o cuando la declaración se hace ante un particular), la Fiscalía debe tomar las medidas necesarias para lograr el mejor registro posible de las declaraciones anteriores al juicio oral, principalmente cuando de antemano se sabe que podrán ser aducidas al juicio oral a título de prueba de referencia, porque con ello se favorece el ejercicio de la contradicción por la contraparte y la valoración que debe realizar el juez para decidir sobre la responsabilidad penal.

En este sentido, la Ley 1652 de 2013 que, valga aclararlo de una vez, no estaba vigente para cuando se adelantó el proceso en contra del procesado GS, en su artículo 2° establece que la entrevista forense de niños, debe ser *“grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004”*, que, a su turno, dispone que en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o la Policía Judicial serán registradas y reproducidas *“mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad”*.

Aunque las omisiones sobre el particular no conducen inexorablemente a la inadmisión de la declaración anterior, como quiera que se trata de un problema probatorio (la demostración de la existencia y contenido de la declaración anterior), regido, según se dijo, por el principio de libertad probatoria, el adecuado registro de las entrevistas de menores puede generar efectos favorables para la prontitud y eficacia de la justicia, entre otras cosas porque (i) pueden disminuirse los debates sobre la existencia y contenido de la declaración anterior, que es el tema central de la demanda de casación que se analiza, (ii) la defensa tendrá mejores oportunidades para ejercer los derechos del acusado, no obstante los límites que para la confrontación implica la admisión de prueba de referencia, y (iii) el juez

²⁰⁹ En el mismo sentido, CHIESA APONTE, Ernesto. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Ed. Luigi Abraham, Pag. 231

tendrá mejores elementos de juicio para valorar la declaración anterior al juicio oral, presentada a título de prueba de referencia.

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que *“es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código”*.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 146, 206, 402, 420, 432, y 437
Ley 1652 de 2013

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP5798-2016.

6.8 Los testimonios de acreditación, siempre que se refieran a aspectos relativos a la autenticidad del documento, que no a la veracidad de su contenido, no son prueba de referencia

Extracto n. ° 382.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 43162 |
| Número de providencia | : | AP1644-2014 |
| Fecha | : | 02/04/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] la Sala tiene dicho que los testimonios de acreditación, siempre que se refieran a aspectos relativos a la autenticidad –*origen y procedencia*– del documento, que no a la veracidad de su contenido, no son prueba de referencia.

Así, en CSJ SP, 19 Feb. 2014, Rad. 43002, señaló:

El recurrente pregona que la sentencia de condena se fundamentó en prueba de referencia, pues, las dos investigadoras al servicio de la Fiscalía no podían declarar acerca del contenido de las piezas procesales del trámite de tutela fallado por la acusada, dado que ellas no las produjeron ni intervinieron en la diligencia.

Sucede, sin embargo, que las declarantes en cuestión no fueron citadas para referir ese contenido o suplantar a quienes tuvieron un conocimiento directo, sino apenas en calidad de testigos de acreditación de pruebas documentales, asunto que escapa por completo a la naturaleza y efectos de la prueba de referencia.

Desde luego que, si las atestantes hubiesen acudido a declarar acerca de esas actuaciones judiciales, su contenido y fundamentos –jurídicos, probatorios y fácticos– habría sido factible determinar que las declaraciones operan dentro de las excepciones de admisibilidad de la prueba de referencia y, de contar apenas con estos elementos de juicio, obligatoria hubiese sido la absolución.

No obstante, ya suficientemente claro debería estar que los documentos y su contenido no representan prueba de referencia sino un mecanismo autónomo e independiente, con poder suasorio suficiente, por sí mismo, para facultar el conocimiento de los hechos y consecuente responsabilidad de la persona.

Por ello, la codificación penal trae una regulación específica del medio en cuestión e incluso delimita los factores de autenticación, diferentes de aquellos que gobiernan el análisis de su contenido a partir de las reglas que soportan la sana crítica.

En este sentido, para referirnos al tema concreto discutido por el apelante, en tratándose de copias del trámite de tutela realizado por la procesada, de ninguna manera el aporte de los documentos reclama que todos los que participaron en las diligencias o signaron escritos allí contenidos, acudan a relatar personalmente lo sucedido, pues, el objeto de examen es precisamente el continente junto con su contenido, en cuanto actuación oficial sometida al escrutinio público.

Para el caso, las encargadas de la labor investigativa en la Fiscalía, apenas dirigieron su atestación a determinar la forma como fueron recogidos los documentos, a fin de precisar su origen y autenticidad, pero nada dijeron respecto de su contenido, por la obvia razón que no participaron directamente en las diligencias.

Surge patente, entonces, que en el caso de la especie los testimonios de las investigadoras que acreditaron la autenticidad de las certificaciones expedidas por la Superintendencia Financiera, en la medida en que no se refirieron a la veracidad de su contenido, no son prueba de referencia».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP1850-2014.

6.9 Aplicación de las reglas del descubrimiento probatorio a la prueba de referencia

Extracto n. ° 383.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 44056 |
| Número de providencia | : | SP14844-2015 |
| Fecha | : | 28/10/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | |
|---------------------------|---|----------|
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |
|---------------------------|---|----------|

«El descubrimiento probatorio debe sujetarse a las reglas generales establecidas para todos los medios de prueba ((CSJ AP, 13 Jun 2012, Rad. 32058, CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SC, 20 Feb. 2007, Rad. 25920, CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177, CSP AP, 03 Sep 2014, Rad. 41908 entre otras).

En materia de prueba de referencia, debe tenerse especial cuidado en descubrir tanto la declaración anterior al juicio oral, que se pretende introducir como prueba al tenor de lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, así como los medios de prueba que se pretenden utilizar para demostrar la existencia y contenido de dicha declaración.

Este requisito debe ser minuciosamente verificado, habida cuenta de los límites para el ejercicio del derecho a la confrontación asociados a la admisión de prueba de referencia.

Así, por ejemplo, si se trata de la declaración rendida por un testigo antes de fallecer, debe descubrirse dicha declaración, así como los documentos que la contengan y/o los datos de los testigos que la escucharon y que pretenden ser utilizados como prueba de su existencia y contenido».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 437

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP1823-2014 y CSJ SP606-2017.

6.10Ataque en casación por controversias respecto a la prueba de referencia

Extracto n. ° 384.

| | | |
|------------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 41322 |
| Número de providencia | : | AP653-2016 |

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Fecha | : | 10/02/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] en materia de prueba de referencia pueden suscitarse diferentes debates, que pueden tener como objeto: (i) el carácter de prueba de referencia que pueda atribuírsele a una declaración anterior al juicio oral; (ii) la admisibilidad de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, según las reglas establecidas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004; (iii) la imposibilidad de basar la condena únicamente en prueba de referencia, según lo establecido en el artículo 381 ídem; (iv) la suficiencia de la prueba (integrada por prueba de referencia y por la que no tenga dicho carácter) para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, según el estándar de conocimiento establecido por la ley, etcétera.

Por su trascendencia, estos aspectos pueden ser ventilados en el contexto del recurso extraordinario de casación, según las reglas establecidas en la ley y los parámetros desarrollados por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, mientras la admisión de prueba de referencia puede dar lugar a la violación indirecta de la ley sustantiva, por error de derecho derivado de un falso juicio de legalidad, la emisión de una condena basada exclusivamente en prueba de referencia puede dar lugar al mismo resultado (violación indirecta de la ley), pero en la modalidad de error de derecho por falso juicio de convicción.

Para la Sala es claro que una cosa es elevar una censura orientada a demostrar que se admitió prueba de referencia por fuera de las causales excepcionales consagradas en el artículo 438, y otra muy distinta que se cuestione la condena por estar basada exclusivamente en prueba de referencia. Esta diferencia no sólo es relevante por la modalidad de trasgresión indirecta de la ley sustancial, según se indicó en el párrafo anterior, sino además porque las cargas argumentativas son sustancialmente diferentes. En efecto, en el primer caso la parte debe demostrar que la prueba de referencia se admitió por fuera de los presupuestos de la norma en cita, mientras que en el segundo “*es menester acudir a las motivaciones del fallo que condensan el juicio de reproche, para denotar que efectivamente la decisión está soportada únicamente en tales medios de convicción, indicando a continuación las consecuencias del error*” (CSJ SP, 25 Feb. 20015, Rad. 43173).

Además, ninguno de estos temas puede ser considerado insustancial o “*netamente formal*”, porque, a manera de ejemplo, las reglas de obtención y práctica de la prueba son determinantes para el debido proceso. En ese sentido, el debate sobre la admisión de una declaración anterior al juicio a título de prueba de referencia puede ser determinante de cara al desarrollo

de los principios de confrontación, contradicción, inmediación, etcétera, sin perjuicio de su ligamen con los derechos que pueden verse comprometidos con la sentencia.

Finalmente, es procedente aclarar que los derechos de contradicción y confrontación pueden verse afectados en cualquiera de los ámbitos de la prueba de referencia atrás descritos, principalmente cuando se toma la decisión de admitir como prueba una declaración vertida por fuera del juicio oral, con la consecuente limitación para controlar el interrogatorio, contrainterrogar al testigo o impugnarlo a través de los otros mecanismos que consagra el ordenamiento jurídico, etcétera.

Así, cuando un impugnante hace alusión a los derechos que pueden verse afectados con la prueba de referencia, no puede deducirse automática e irreflexivamente que la censura se orienta a que la sentencia está basada exclusivamente en ese tipo de información, porque planteamientos de ese orden son pertinentes cuando lo que se cuestiona es la admisión irregular de este tipo de declaraciones. En términos simples, cuando se reprocha la admisión irregular de prueba de referencia, lo que en el fondo se está planteando es la limitación de los derechos de contradicción y confrontación, y la afectación de los principios de inmediación, concentración, entre otros, por fuera de las excepciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 381 y 438

Extracto n. ° 385.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 49280 |
| Número de providencia | : | AP2313-2017 |
| Fecha | : | 05/04/2017 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] cuando lo argüido es la violación de la prohibición de condena con fundamento exclusivo en prueba de referencia -según las voces autorizadas del artículo 381 de la Ley 906 de 2004-, la vía expedita de censura no es la de la infracción directa de la ley sustancial por falta de aplicación, sino la de la violación indirecta por error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción.

En verdad, sólo si los juzgadores hubieran reconocido, expresamente, a lo largo de sus providencias, que el juicio de reproche solamente se fundó en pruebas de referencia pero, a su turno, se evidenciara que ellos se sustrajeron de conferirle la consecuencia jurídica respectiva, esto es, la absolución, el jurista podría haber apelado a la causal primera de casación.

Como no fue así, porque los jueces fueron enfáticos en establecer que la condena se soportó en la prueba testimonial e indiciaria, al censor le correspondía acreditar que se acudió únicamente a medios de naturaleza eminentemente referencial a través del aludido falso juicio de convicción.

Para el efecto, debía probar que los falladores valoraron las pruebas haciendo abstracción del predeterminado mérito otorgado por la ley, en cuyo caso, le competía i) identificar los medios cognoscitivos indebidamente justipreciados; ii) indicar el crédito otorgado a las probanzas; iii) señalar el valor fijado por la ley; iv) a partir del cotejo entre uno y otro, determinar su distanciamiento; v) establecer la trascendencia del error en el fallo, lo cual le imponía la carga de confrontarlo con el plexo probatorio sustento del fallo atacado y, (vi) puntualizar de qué forma se violó la ley sustancial, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 381

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 07 jul. 2008, rad. 29866; CSJ AP, 27 jul. 2009, rad. 31752; CSJ AP, 10 mar. 2010, rad. 33284; CSJ AP, 29 sept. 2010, rad. 32270; CSJ AP, 26 oct. 2011, rad. 34991; CSJ AP624-2015, CSJ AP995-2015, CSJ AP1558-2015, CSJ AP5146-2015, CSJ AP124-2015, CSJ AP1001-2016, CSJ AP5768-2016, CSJ AP1009-2017, y CSJ AP1145-2017.

7. PRUEBA SOBREVINIENTE

7.1 Concepto y parámetros para que se admita la práctica de una prueba sobreviniente

Extracto n. ° 386.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 47401 |
| Número de providencia | : | AP4150-2016 |
| Fecha | : | 29/06/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

« [...] el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal del 2004 prevé la posibilidad excepcional de decretar una prueba sobreviniente. Ello sólo es posible en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio.

Siendo ello así, la parte que pretende su decreto tiene la carga de demostrar la existencia de esos elementos y de explicar su pertinencia y admisibilidad, en los términos de los artículos 357, 359, 375 y 376 de la Ley 906 de 2004.

La prueba sobreviniente no está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento probatorio ni remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo. Por tanto, este concepto no incluye los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por la partes con el despliegue de mediana diligencia en la ejecución de los deberes que su rol les impone».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 344, 357, 359, 375 y 376.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 30 mar. 2006, rad. 24468; CSJ AP, 01 dic. 2010, rad. 35373; CSJ AP, 21 sep. 2011, rad. 35386; CSJ AP, 21 nov. 2012, rad. 39948; CSJ AP1683-2014, CSJ AP882-2014, CSJ AP3136-2014, CSJ AP3455-2014, CSJ SP5399-2015, CSJ AP1083-2015, CSJ AP1092-2015, CSJ AP3596-2016, y CSJ AP4164-2016.

7.2 Diferencia entre la prueba sobreviniente y de refutación

Extracto n. ° 387.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 43749 |
| Número de providencia | : | AP4787-2014 |
| Fecha | : | 20/08/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

«Tampoco la **prueba sobreviniente puede identificarse con la prueba de refutación**, así sea en el evento en que ésta última se conoció únicamente en el juicio oral con los resultados probatorios de la prueba practicada, por la diferencia de objeto que caracteriza a cada una.

Si una de las partes al momento del juicio oral encuentra una prueba significativa para conjurar graves perjuicios en la resolución del problema jurídico o el derecho de defensa, solamente con carácter excepcional se puede autorizar su práctica dado su condición de sobreviniente. Este supuesto es el que corresponde al artículo 344 de la Ley 906 de 2004, cuando establece que *“si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”*.

Las pruebas de refutación y sobreviniente comparten que su conocimiento surge en el juicio oral y lo trascendente que resulta la información que suministran.

Pero, sustancialmente diferencia a las pruebas de refutación y sobreviniente su objeto y propósito, la refutación es significativa para demeritar otra prueba en concreto, mientras que la sobreviniente introduce materia distinta y busca soportar o infirmar la teoría del caso o los descargos, pues su no incorporación acarrea grave perjuicio en la

decisión que debe adoptarse en el proceso o también cuando genera daño a la garantía de defensa».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 344

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP4164-2016.

8. DEMOSTRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CASOS EN QUE HA HABIDO CAPTURA EN FLAGRANCIA

Extracto n. ° 388.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 48175 |
| Número de providencia | : | SP3623-2017 |
| Fecha | : | 15/03/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] si un juez de control de garantías concluye que el imputado efectivamente fue sorprendido y capturado durante la comisión de la conducta punible, ello sólo es trascendente para el análisis de la medida preventiva, pero bajo ninguna circunstancia puede tenerse como hechos demostrados a efectos de establecer la responsabilidad penal.

Esto último (la responsabilidad penal) debe resolverse en el juicio oral, por un juez imparcial, luego de un debate regido por los principios de inmediación, concentración, contradicción, confrontación, etcétera (Art. 16 de la Ley 906 de 2004).

Para garantizar la imparcialidad del fallador, así como las garantías judiciales atrás descritas, el legislador optó por separar las funciones de control de garantías y de juzgamiento, en orden a que el funcionario que debe resolver sobre la responsabilidad penal no haya tenido a su cargo decidir sobre medidas cautelares, actos de investigación y demás asuntos asignados a los jueces de control de garantías.

Si se asume, como lo insinúan el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público, que la captura en flagrancia, y las decisiones que al respecto tome el juez de control de garantías, implican dar por probado algunos hechos de cara al análisis de la responsabilidad penal del procesado, se dejarían sin efecto los principios rectores del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, así como las garantías judiciales mínimas de los procesados, simple y llanamente porque la responsabilidad penal no se resolvería con base en la prueba *“que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*, como lo ordena el artículo 16 ídem.

En consecuencia, si la Fiscalía opta por incluir en la acusación uno o varios de los aspectos fácticos que en su momento determinaron la

captura en flagrancia, asume cargas como las siguientes: (i) constatar que se trate de hechos jurídicamente relevantes, en la medida en que puedan ser subsumidos en la respectiva norma penal; (ii) si se trata de datos o “*hechos indicadores*” a partir de los cuales puede inferir uno o varios hechos jurídicamente relevantes, debe ocuparse de su demostración a efectos de poder utilizarlos en el respectivo proceso inferencial; (iii) debe establecer cuáles son los medios de prueba pertinentes y agotar los trámites previstos en la ley para su admisión; (iv) si pretende valerse de los testimonios de quienes aseguran haber sorprendido al procesado y/o realizado la aprehensión, deberá realizar las gestiones necesarias para presentarlos en el juicio oral, salvo que medie alguna de las causales de admisión excepcional de prueba de referencia; (v) de haber incluido evidencias físicas o documentos como medios de prueba, le corresponde cumplir los respectivos requisitos de admisibilidad; y (vi) estas cargas no pueden ser eludidas bajo el argumento de que un juez de control de garantías, en su momento, concluyó que la captura se realizó según las reglas constitucionales y legales».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 16, 27 y 301

9. PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN

9.1 El principio de intermediación frente a otros derechos fundamentales

Extracto n. ° 389.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 38512 |
| Fecha | : | 12/12/2012 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] el principio de intermediación como tal, cuyas características ampliamente se han referenciado en precedencia, hace parte toral, no de un debido proceso en general, esto es, de los requisitos mínimos que debe contener cualquier procedimiento penal, acorde con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución colombiana, sino del procedimiento instituido por el legislador en la Ley 906 de 2004, con soporte constitucional en el artículo 250 de la Carta.

Esto es, que perfectamente un determinado procedimiento que se adopte en Colombia para adelantar la investigación y juzgamiento penal, puede excluir el principio de intermediación, sin que por ello se pueda entender vulnerado el artículo 29 de la Carta, aunque, desde luego, dado que en el numeral 4° del artículo 250 de la misma se obliga a que el juicio se adelante, cuando se trata de sistema acusatorio, dentro de los presupuestos torales de la intermediación, sí es posible afirmar que en los casos en los cuales se elimina absolutamente el principio en cuestión puede verificarse vulneración constitucional.

En otras palabras, la vulneración del debido proceso por el camino de desconocer el principio de intermediación, opera únicamente en los casos tramitados dentro de la órbita del sistema acusatorio, hoy diseñado en la Ley 906 de 2004

Obsérvese, para la muestra, que en la Ley 600 de 2000, actualmente vigente, cabe relevar, ese principio no opera en lo fundamental, dada la prevalencia del principio de permanencia de la prueba, sin que de ninguna manera se pueda decir que uno u otro sistemas se acoplan más o menos a esos principios basilaes del artículo 29 en cita.

Por ello, se repite, la mención constitucional al principio de inmediación se hace precisamente en atención a la modificación que del artículo 250 de la Carta Política, realizó el Acto Legislativo 03 de 2002, cuando en su numeral 4° establece como deber del Fiscal: *“presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”*.

Evidente se aprecia, por lo anotado, que el principio en mención posee una clara connotación procedimental, de cara al sistema que el legislador estimó mejor para desarrollar la investigación y el juzgamiento penales.

Ahora, en el ámbito del llamado Bloque de Constitucionalidad, la Corte debe precisar que respecto de los compromisos mínimos que han de honrar los Estados en aplicación material del debido proceso, no se halla el principio de inmediación.

[...]

[...] el cumplimiento de los deberes que competen al Estado colombiano por virtud de los tratados referidos a derechos humanos por este suscritos, no implica de manera alguna la implementación o respeto absoluto del principio de inmediación.

Ahora, ya dentro del mismo plano constitucional, incluidos los tratados internacionales, se establece una amplia limitación al principio de inmediación, en los casos en que el mismo forma parte toral del procedimiento, pues, específicamente se contempla en las normas mínimas que representan debido proceso ineludible, el derecho del procesado a interponer recurso de impugnación ante un superior del juez, en caso de sentencia condenatoria.

De esta forma, el literal h) del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, expresamente, dentro de las garantías mínimas obligadas de ofrecer al inculgado de un delito, delimita el *“derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

De la misma forma, el numeral 5° del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estipula *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”*

Ello se acompasa perfectamente con los presupuestos mínimos que para el debido proceso referencia el artículo 29 de la Carta Política, cuando en el apartado final del inciso 4°, advierte que el sindicado tiene, entre otros,

derecho a “*impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*”.

De la forma establecida en la Constitución colombiana y en los convenios internacionales, no cabe duda de que se establece ineludible la habilitación para que el procesado impugne “*ante un tribunal superior*” la sentencia condenatoria.

Ello, para ampliar más el espectro, fue extendido también por la Corte Constitucional en la sentencia C-047 de 2007, a la sentencia absolutoria, en aplicación del derecho de igualdad y buscando proteger los derechos de las víctimas.

Entonces, si se ha verificado que el principio de inmediación opera obligatorio exclusivamente en atención al tipo de procedimiento penal adelantado, pero además está claramente deducida la obligación de acudir a una instancia superior para controvertir la sentencia condenatoria o absolutoria, la conclusión evidente es que el principio en cuestión puede limitarse en su aplicación, pues, no sobra recordar, la intervención de ese juez o tribunal superior, en lo que al análisis probatorio compete, implica morigerar en esa instancia, lo postulado en el mismo.

Pero, además, dentro del mismo diseño procedimental instituido por el legislador en la Ley 906 de 2004, se acota en sus efectos el principio de inmediación, dado que excepcionalmente se faculta la introducción de prueba anticipada y es permitido que se analice, aunque con efectos probatorios reducidos, la prueba de referencia admisible.

No admite discusión que los institutos en cita representan clara limitación de los efectos que busca producir el principio examinado, en el entendido que tanto en la prueba anticipada como en los casos de la prueba de referencia, el medio suasorio no es practicado en presencia del funcionario judicial encargado de emitir la decisión.

Y, es necesario precisar, si se acepta sin restricciones el pleno efecto demostrativo de la prueba anticipada, es porque en su práctica se respetan los principios de contradicción y confrontación.

Asunto que no ocurre con la prueba de referencia y en razón de ello se introduce por el legislador la tarifa probatoria negativa estipulada en el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004²¹⁰.

Mírese cómo el mismo legislador establece un balanceo entre derechos y principios cuando, a pesar de la exigencia de inmediación, permite que se

²¹⁰ “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”

introduzca prueba anticipada y sobre ella no fija reglas probatorias en punto de su capacidad demostrativa, por entender que si bien, se reduce en sus efectos el principio en estudio, las razones que facultan la práctica del medio antes de llevarse a cabo la audiencia de juicio oral y ante el juez de control de garantías –justicia material- y la preservación de otros caros derechos -contradicción y confrontación-, resultan suficientes para validar el sacrificio.

Por último, en la Ley 906 de 2004, la configuración procesal y sustancial del recurso de casación implica necesariamente, cuando menos en lo que corresponde a los errores de hecho, la evaluación de los medios probatorios presentados ante la primera instancia, sin restricción ninguna, con ostensible desmedro del principio de inmediación.

Ahora, desde otra perspectiva argumental, tampoco puede pasarse por alto que por la vía jurisprudencial, en aplicación de métodos de ponderación o balanceo, se han ido estableciendo hitos que reducen aún más el campo material de acción del principio de inmediación.

Apenas como ejemplo, cabe citar lo resuelto por la Corte Constitucional, en la tutela T-205 de 2011, que en lo pertinente señala:

“Como se reiteró en la consideración tercera de esta providencia, los principios de concentración y de inmediación de la prueba dentro del sistema penal acusatorio contienen una caracterización trascendental. La inmediación permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes, mientras la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un lapso temporal que no debe ser prolongado, para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca con el transcurrir del tiempo, principios éstos que deben ser acatados con rigurosidad.

*Sin embargo, **es claro que estos principios no deben tomarse como absolutos, según lo reiterado en esta providencia, bajo el entendido que la repetición de un juicio oral para nominalmente preservar los principios de inmediación y concentración, debe ser excepcional y estar fundada en motivos muy serios y razonables.***

*El proceso penal no puede estar sujeto exclusivamente al cumplimiento de las ritualidades que lo caracterizan, pues **de la mal entendida rigidez de unos preceptos podría derivarse, de manera abrupta e injustificada, la conculcación de valores superiores del Estado social de derecho, que brinda garantías fundamentales a todos los sujetos procesales, sumado a que el juez debe disponer de medios técnicos fidedignos, ágiles e idóneos para el registro y reproducción de lo actuado,** pues, se repite, no puede desconocerse que “el legislador habilita la posibilidad de que la inmediación del juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y*

reproducción idóneos y garantes del principio, **cuando circunstancias excepcionales así lo requieran**” (no está en negrilla en el texto original).

Con su determinación, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, al confirmar en junio 21 de 2010 (fs. 54 a 69 cd. inicial) la censurada providencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de dicha ciudad, se limitó a anular la actuación, a partir del inicio del debate probatorio, creyendo “vulnerado el debido proceso, habida cuenta de los principios de inmediación y concentración, como consecuencia del cambio del titular del juzgado” (f. 56 ib.), por lo cual erróneamente ordenó “repetir el juicio para que sea reconstruido en presencia de la nueva funcionaria, no obstante lo traumático que puede resultar, sobre todo para las menores ofendidas” (f. 68 ib.).

Así, trató de aplicar el ad quem el estatuto procesal acusatorio penal, pero arrolló los derechos inherentes a las víctimas, máxime siendo ellas menores de edad, cuando se ha podido acudir al registro técnico de lo que ya se había efectuado válidamente en el juicio oral, tal cual se haría al resolver una apelación, un recurso extraordinario de casación o una acción de revisión.

Se concluye, entonces, que con la declaratoria de nulidad de la etapa probatoria en el proceso penal, sin respeto a los derechos de las victimizadas menores de edad, se transgredió el artículo 44 superior, entre otros preceptos, al no valorarse debidamente el interés superior del niño.

El asunto debió haberse resuelto con acatamiento del principio pro infans, previendo que en eventos donde resulten contrapuestas dos prerrogativas, deberá optarse por la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad. Recuérdese que, en apropiado desarrollo de la preceptiva constitucional e internacional, el artículo 193.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), consagra que en los procesos por conductas punibles donde las víctimas hayan sido menores de edad, las autoridades judiciales no les deben generar adicionales daños.

(...)

5.5. De otra parte, la Corte Constitucional reitera el llamado que consta en su precitada sentencia C-059 de 2010, instando a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para que suministren a plenitud la dotación técnica idónea y apropiada de equipos de audio y **video**, entre otros, a todas las áreas judiciales donde opere el sistema penal acusatorio, y así la **Rama Judicial disponga de los medios necesarios, que permitan el registro ágil y la reproducción fiel de todo lo actuado, sin necesidad de repetir las actuaciones, de forma que supla de la mejor manera posible el principio de inmediación, cardinal en este sistema.**” (Lo destacado no pertenece al original).

La Sala estima trascendental, para lo que aquí se decide, destacar cómo la decisión transcrita consagra una especie de *capitis diminutio* al principio

de intermediación, al extremo de establecer como tesis principal que la nulidad del juicio, cuando el juez no presencié las pruebas, o mejor, éstas no fueron practicadas en presencia del funcionario encargado de emitir la decisión, sólo es posible decretarla por vía excepcionalísima, si se demuestran graves afectaciones a derechos o principios de más hondo calado.

Pero, cabe resaltar, no es, la anotada, una afirmación insular de la alta Corporación, pues, apenas se reitera lo manifestado en la Sentencia C-059 de 2010, del siguiente tenor:

“Por supuesto que la interrupción de las audiencias de juzgamiento no es deseable en un sistema penal acusatorio, ni debe convertirse en una práctica recurrente. Por el contrario, los funcionarios judiciales deben garantizar la continuidad del juicio oral a efectos de acercarse, lo antes posible, a la verdad de lo sucedido, e igualmente, para evitar situaciones que puedan llegar a afectar a las víctimas y a los testigos. En efecto, no escapa a la Corte el hecho de que la repetición de la práctica de pruebas puede lesionar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, en especial, cuando las víctimas sean niños o adolescentes.

*Así las cosas, la Corte considera que las normas acusadas no lesionan el derecho al debido proceso. Sin embargo, insiste en señalar que **la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos.**” (Lo destacado no pertenece al original)».*

NORMATIVIDAD APLICADA:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14-5

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, art. 8

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250-4

Acto Legislativo 03 de 2002

Ley 906 de 2004, art. 381

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 37107, y CSJ SP17065-2015.

9.2 El principio de intermediación no se encuentra inescindiblemente vinculado con el principio de juez natural

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 38512 |
| Fecha | : | 12/12/2012 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«En las decisiones que ahora se examinan con otra óptica por la Corte, fue señalado que el principio de inmediación se encuentra inescindiblemente vinculado con el principio de juez natural y, en consecuencia, que la vulneración o limitación de uno, implica afectación del otro.

Empero, esa postura debe ser recogida, como quiera que se aparta con mucho de la verdadera naturaleza y efectos del principio del juez natural, cuando menos, respecto de lo que tradicionalmente se ha entendido al respecto.

En efecto, la Sala precisó el concepto de la siguiente manera²¹¹:

“(i).- Del Concepto de Juez Natural.-

El concepto de Juez natural como imperativo constitucional se erige en una garantía formal y material en orden a que los ciudadanos en desarrollo del principio de igualdad no puedan llegar a ser sometidos a persecuciones por parte del Estado por razones políticas, raciales, ideológicas o de cualquier otra índole, conjurando que el aparato jurídico-penal se pueda llegar a ejercer de manera arbitraria o ilegal.

Por juez natural se entiende al funcionario judicial preexistente a las conductas objeto de investigación y juzgamiento penal, instituido por la Constitución o la ley con competencias singularmente establecidas, quien a su vez deberá pronunciarse de manera imparcial, es decir, sin sometimiento, ni dependencia ideológica, discursiva, ni conceptual de ningún otro órgano o funcionario de la rama ejecutiva, legislativa, incluidos sus inmediatos superiores. Estos reglados de autonomía de igual se aplican a los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación²¹², quienes no podrán tener ninguna clase de incidencia personal ni corporativa en las decisiones cuando de efectuar pronunciamientos se trate.”

²¹¹ Auto del 17 de marzo de 2009, radicado 31080

²¹² Corte Constitucional. Sentencia C-1260 del 5 de diciembre de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Lo anotado, sobra recalcar, apenas desarrolla el contenido del artículo 29 de la Carta Política que, en punto del juez natural, exige de su consagración legal preexistente.

Nada, sobre el particular, permite afirmar que el concepto en cuestión pueda extenderse para amparar los casos en los cuales ese funcionario preexistente y con plena competencia es remplazado por otro con las mismas cualidades.

Es que, si ese fuese el entendimiento o alcances del principio estudiado, apenas elemental surgiría decretar la nulidad en todos los casos de cambio de juez durante el juicio, sin siquiera verificar si se practicaron o no pruebas, o si ese cambio representó que el encargado de emitir la sentencia fuese diferente de aquel ante quien se practicaron esas pruebas, entre otras razones, porque, cabe agregar, el principio de juez natural posee una jerarquía constitucional mucho mayor al de inmediación, lo que representa que su afectación abarque un ámbito mayor en lo que a la invalidación de lo actuado compete.

No es posible, así, emparentar el principio de inmediación con el de juez natural, de lo que se sigue que en tratándose del cambio de funcionario por otro con iguales calidades y competencia previamente establecidas en la ley, de ninguna manera se vulnera el principio de juez natural».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 37107.

9.3 El cambio de juez durante el juicio no necesariamente genera la nulidad del proceso

Extracto n. ° 391.

| | | |
|---------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 38512 |
| Fecha | : | 12/12/2012 |

| | | |
|----------------------------|---|-----------|
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La Sala advierte necesario reexaminar el punto al que llegó en las sentencias de casación del 7 de septiembre de 2011 y del 26 de noviembre de 2011, pues, aunque no se discute que los principios de concentración e inmediación, en cuanto soporte del principio de oralidad, son parte sustancial del sistema penal acusatorio, no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio en los casos en que la persona del juez que presenció las pruebas en las cuales se basa la sentencia, no es la misma que anuncia el sentido del fallo y profiere la sentencia, pues, debe precisarse, en la medida que no se trata de principios absolutos, en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a precaver la afectación de principios de mayor alcance tuitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación.

[...]

1. El principio de inmediación tiene una connotación eminentemente procesal, definida por el tipo de procedimiento adoptado en determinado momento histórico.
2. El principio de inmediación no hace parte del núcleo fuerte del debido proceso que en Colombia se instituye constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Política, aunque, ya instituido el trámite consagrado en el artículo 250 de la misma, su eliminación o afectación del núcleo básico sí conduce a estimar violado el debido proceso y, consecuentemente, los dictados de la Constitución.
3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y La Convención Americana de Derechos Humanos, referentes ineludibles para nuestro país, no consideran el principio de inmediación como uno basilar u obligado de preservar por los Estados parte.
4. En contrario, tanto el Pacto Internacional, como la Convención Americana, demandan obligatorio permitir del condenado impugnar la sentencia ante un tribunal superior.
5. Esa exigencia se reproduce en el artículo 29 de la Carta Política colombiana y fue extendida por la Corte Constitucional a los fallos absolutorios.
6. Tanto la posibilidad de impugnar los fallos ante otra instancia, como los institutos de la prueba anticipada, la prueba de referencia y el recurso extraordinario de casación, representan limitación del principio de inmediación.

7. El principio de inmediación debe ceder ante otros derechos fundamentales o de más peso y, en consecuencia, la nulidad de la audiencia de juicio oral cuando las pruebas no fueron practicadas ante el funcionario encargado de emitir el sentido el fallo o éste, sólo opera como mecanismo excepcionalísimo cuando se advierta que esa circunstancia causó un daño grave.

La nueva perspectiva de la Corte frente a la jurisprudencia que se busca ampliar.

Pues bien, las conclusiones referidas en el acápite anterior obligan de la Sala expandir, como se anotó al inicio, la tesis hasta el presente sostenida, en tanto, aparece evidente que el principio de inmediación no comporta la naturaleza y efectos superlativos que se estimaron en las decisiones jurisprudenciales ampliamente reseñadas en precedencia y, en consecuencia, su limitación o afectación no necesariamente implica que deba acudir al mecanismo extremo de la nulidad.

La Sala, visto que el principio en estudio debe balancearse con otros de igual o superior cariz protectorio, entre ellos el de acceso a la justicia en su componente de celeridad, junto con los derechos de los menores, las víctimas y testigos, ha de advertir que no necesariamente debe propenderse por el remedio extremo de la nulidad en los casos en los que el funcionario encargado de emitir el fallo estuvo ausente de la práctica probatoria fuerte.

Ello, se resalta, porque en sí mismo el principio de inmediación no representa un valor constitucional, legal o procesal obligado de respetar de manera absoluta, superior, y ni siquiera de la misma jerarquía, a otros inmanentes que deben privilegiarse.

Comparte la Corte Suprema de justicia, con su par Constitucional, que en razón a esa naturaleza intrínseca del principio de inmediación, su afectación o limitación no debe conducir a la nulidad, que apenas puede decretarse en circunstancias particularísimas y muy excepcionales de daño grave demostrado a otros distintos derechos de raigambre fundamental.

De esta manera, nunca la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo –o su sentido- es distinto de aquel encargado de presenciar la práctica probatoria trascendente, puede conducir a la anulación del juicio oral, consecuencia que, de solicitarse, obliga demostrar grave afectación de otros derechos o principios fundamentales.

Es que, para el operador judicial debe ser materia obligada de examen, cuando se presente la circunstancia analizada, tanto lo correspondiente a

las razones que motivaron ese cambio de fallador, como los derechos que en concreto pueden ser afectados si se dispone la nulidad.

Entonces, para ir precisando el punto con los tópicos que al día de hoy se observan decantados, si la repetición del juicio implica afectar de manera importante o grave los derechos de los menores –víctimas o testigos trascendentales- ; o de las mujeres víctimas de delitos sexuales (que obligadas a recordar el episodio vejatorio pueden ser objeto de doble victimización o sufrir daños psicológicos); o si corren peligro los testigos o víctimas, en atención a amenazas o temores fundados de retaliación; el juez debe ponderar los derechos en juego para proteger a estas personas y, en consecuencia, mientras no existan razones de mayor peso, diferentes a la de tutelar de forma irrestricta el principio de inmediación, está en la obligación de morigerarlo y evitar la invalidez del juicio.

Pero, además, la definición de cuál debe ser la solución también debe pasar por apreciar cuáles fueron las razones que obligaron el cambio de funcionario.

De esta manera, para citar apenas por vía enunciativa algunos temas puntuales, si son motivos de fuerza mayor o caso fortuito los que demandan el cambio de juez, dígame la licencia por embarazo, la muerte o enfermedad impeditiva que se prolonga en el tiempo, la sanción disciplinaria o medida restrictiva personal de carácter penal que se impongan al titular del despacho, las calamidades que obliguen la dejación prolongada de la función, siempre será necesario proteger lo actuado evitando la nulidad, dado que esas son situaciones que se salen de las manos de la judicatura o su administración, al punto que no pueden preverse o eliminarse en sus efectos inmediatos.

Ahora, si el cambio de funcionario obedece a una situación administrativa normal o previsible, ya no es posible acudir a esos factores ingobernables para soportar mantener incólume el proceso, pues, aquí sí refulge en toda su dimensión el principio de inmediación, que no puede ser desnaturalizado sólo en atención a circunstancias particulares de interés apenas para el funcionario.

En estos casos, sigue invariable el deber del juez de adelantar el juicio desde su inicio hasta la cabal terminación; y de los nominadores, de hacer respetar esa obligación, como así lo han señalado la Corte Constitucional y esta Corporación.

Para resumir, la nulidad sólo puede decretarse excepcionalmente, cuando se cumplan (en conjunción) dos presupuestos: (i) que no se afecten de forma importante o grave otros derechos fundamentales; (ii) que el cambio

de funcionario no obedezca a situaciones ingobernables para el funcionario o la administración.

Debe precisar la Corte que la decisión en ciernes no significa sacrificar absolutamente, o mejor, eliminar el núcleo central del principio de inmediación, en tanto, no puede desconocerse cómo al día de hoy los adelantos tecnológicos, facultan remplazar con una fidelidad bastante aceptable la verificación *in situ* que realiza el juez dentro de la audiencia.

Y, entonces, si los registros de lo sucedido en la práctica probatoria permiten esa auscultación directa del funcionario encargado de emitir el fallo, sin desnaturalizar el contenido esencial del medio, nada obsta para que el examen se adelante por quien remplazó al juez anterior.

Desde luego, en todos los casos, independientemente que se afecten otros derechos de mayor calado o se trate de una situación obligada de sustitución del funcionario, si no existe registro de la práctica probatoria realizada en la audiencia de juicio oral, o la fidelidad del mismo es tan precaria que impide verificar cabalmente lo ocurrido con las pruebas, es menester anular lo actuado y repetir el juicio a partir del momento en que se inicia la presentación de las pruebas.

En contrario, si se cumplió cabalmente con la posibilidad de contradicción y confrontación probatoria –con la obvia excepción de la prueba de referencia y su eficacia demostrativa limitada-, se tomaron registros fidedignos que permitan del fallador examinar la prueba de forma adecuada, y si además se entiende necesario proteger derechos fundamentales o se advierte que la sustitución del juez devino obligada, no es factible decretar la nulidad de la audiencia de juicio oral apenas buscando que se repitan las pruebas en presencia del funcionario que proferirá el fallo».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 03 jul. 2013, rad. 38632; CSJ AP, 06 ag. 2013, rad. 40670; CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 40557; CSJ AP, 09, oct. 2013, rad. 40616; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 37107; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 40540; CSJ AP2930-2014, CSJ AP864-2015, CSJ AP1675-2016, CSJ AP7353-2016, CSJ AP4865-2016, y CSJ AP5775-2016.

9.4 Las pruebas de referencia y anticipada como excepciones al principio de inmediación

Extracto n. ° 392.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 42656 |
| Número de proceso | : | SP880-2017 |
| Fecha | : | 30/01/2017 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Las excepciones a la regla señalada están reguladas en el estatuto procesal penal y corresponden a la prueba anticipada (artículo 284 del C de P.P.) y la de referencia (artículos 437 y 438 ídem).

En efecto, se ha clarificado que el principio de *inmediación* no es absoluto, toda vez que legalmente son admisibles tanto las pruebas anticipadas, como las de referencia, las cuales no son practicadas en presencia del funcionario judicial director del juicio oral, obviamente siempre que para las primeras medie la contradicción y confrontación²¹³, y que para las segundas se cumpla con la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 ídem, toda vez que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en una prueba de esa estirpe».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art 16, 284, 381, 437 y 438

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP8611-2014.

9.5 Técnica para alegar en casación la violación al principio de inmediación

Extracto n. ° 393.

| | | |
|---------------------------|---|-------|
| Número de radicado | : | 46339 |
|---------------------------|---|-------|

²¹³ En CC C-591/05, la Corte concluyó que la práctica de pruebas anticipadas, en circunstancias excepcionales, no vulnera el principio de inmediación en un sistema acusatorio.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de providencia | : | AP7385-2015 |
| Fecha | : | 16/12/2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] si lo censurado era que la juez que profirió sentencia no fue la misma que evacuó el referido testimonio, ello no es susceptible de ataque por la senda seleccionada, sino que correspondía al amparo de la causal segunda de casación por violación al principio de inmediación que impone el deber de *"acreditar que la sustitución del juez del proceso afectó de manera grave los derechos de los intervinientes o que al momento de proferir el fallo no pudo conocer con fidelidad las pruebas practicadas en el juicio oral..."*²¹⁴, a través de un cargo autónomo y principal, en tanto, de prosperar, conllevaría la nulidad de la actuación. Por lo demás, el recurrente se quedó en el simple señalamiento de la supuesta falencia, sin acreditar su trascendencia».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP4378-2015, CSJ AP6286-2015, CSJ AP889-2016, y CSJ AP904-2016.

²¹⁴ CSJ AP4378-2015

CAPÍTULO III

DECISIÓN O SENTIDO DEL FALLO

10. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

10.1 El principio de congruencia como garante de los derechos fundamentales del debido proceso y defensa

Extracto n. ° 394.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 43855 |
| Número de providencia | : | SP9961-2015 |
| Fecha | : | 29/07/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«De tiempo atrás, en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley y la jurisprudencia han sido consistentes en establecer que entre la conducta punible definida en el pliego de cargos y la de la sentencia debe existir perfecta armonía personal –en cuanto al sujeto activo-, fáctica –en torno al hecho humano investigado con todas sus circunstancias y motivos de agravación o atenuación- y jurídica –en punto de las normas transgredidas con la conducta-, de tal suerte que, la imputación concebida por el órgano acusador corresponda al límite dentro del cual el juez debe verificar si hay lugar o no a atribuir responsabilidad al presunto infractor.

Este postulado, emerge como una clara garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa en su componente de contradicción, toda vez que impone el deber de informar al sujeto pasivo de la acción penal el objeto concreto de persecución, a fin de que pueda tener completa claridad acerca de los hechos jurídicamente relevantes que se le imputan y, de este modo, logre establecer la estrategia defensiva, que durante el juzgamiento, resulte ser más favorable a sus intereses».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 06 abr. 2006, rad. 24668; CSJ SP, 25 abr. 2007, rad. 26309; CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 34717; CSJ SP, 25 sep. 2013, rad. 41290; CSJ SP6701-2014, CSJ SP16544-2014, CSJ AP4459-2015, y CSJ AP5138-2015.

10.2 La petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral

Extracto n. ° 395.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 43837 |
| Número de providencia | : | SP6808-2016 |
| Fecha | : | 25/05/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Desde los mismos albores de la vigencia de la Ley 906 de 2004 y hasta época reciente, de manera reiterada, la Sala ha sostenido que la solicitud de absolución elevada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación durante los alegatos finales del juicio oral, equivale a un “*retiro de los cargos*”²¹⁵, por lo que en tal hipótesis al juez de conocimiento no le queda otro camino que el de emitir un fallo absolutorio. Tal conclusión se refrendaría con la previsión del artículo 448 *ibídem* acerca del principio de congruencia, según el cual no se puede condenar al acusado por un delito respecto del cual no se haya solicitado tal decisión. Las principales razones que se han esbozado en los distintos pronunciamientos como sustento de esa tesis son las siguientes:

En la sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15843, se manifestó que la Fiscalía era la titular de la acción penal, que el prementado artículo 448 prohibía la condena por delitos que hubiesen sido objeto de pedimento absolutorio y, por último, que la congruencia se establece ahora sobre el trípode acusación - petición de condena -sentencia. En efecto, en aquella ocasión, al precisar la diferencia en las consecuencias que produce una petición absolutoria del órgano acusador, entre el régimen procesal actual y los anteriores, se concluyó que:

²¹⁵ Esa misma expresión se utiliza, entre otras providencias, en las sentencias del 13 de julio de 2006, Rad. 15843; y del 27 de octubre de 2008, Rad. 26099, así como también en el auto del 11 de septiembre de 2013, Rad. 43837.

En cambio, en aplicación de la ley 906/04 cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público y el defensor soliciten), tal como paladinamente lo señala el art. 448 de la ley 906 al establecer que (entre otro caso) la congruencia se establece sobre el trípode acusación –petición de condena- sentencia.

Así, una gran diferencia se encuentra en este campo respecto de la ley 600 y el Decreto 2700 en la medida en que –en contra de lo que ocurre en la ley 906- un juez de conocimiento puede condenar a un acusado aun mediando petición expresa de absolución por parte del fiscal, ministerio Público, sindicado y defensor.²¹⁶

Luego, en decisión del 22 de mayo de 2008, radicado 28124, que retomó los fundamentos de una del 13 de abril de esa misma anualidad²¹⁷, se sentaron las siguientes premisas: primera, la acusación no es una decisión judicial sino una pretensión, de tal manera que al formularla la Fiscalía no renuncia a la potestad de retirar los cargos “*pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no*”; y, segunda, el juez está impedido para actuar de oficio porque es un sistema de partes.

(...), lo concerniente a la congruencia como es regulada en la Ley 906 de 2004, en cuanto en el sistema acusatorio si el Fiscal retira los cargos el Juez no puede emitir sentencia condenatoria, en la Sentencia del 13 de abril de 2008 (radicación 27413), la Sala de Casación Penal señaló:

(...).

En el sistema regulado por la Ley 906, la fiscalía es la titular de la acción penal durante todo el proceso, de tal forma que al formular la acusación no renuncia a la potestad de retirar los cargos formulados, pues es dueño de la posibilidad de impulsarla o no. La acusación, no es una decisión judicial, sino su pretensión. El Juez está impedido para actuar de oficio porque se está ante un sistema de partes.”²¹⁸

Por su parte, en providencia del 29 de julio de 2008, radicado 28961, se consideró que la capacidad dispositiva de la Fiscalía sobre la acción penal es limitada y se encuentra mediada por el control judicial, “(por contraposición al sistema Norteamericano, donde el funcionario cuenta con

²¹⁶ Idénticas consideraciones se reprodujeron en sendas sentencias proferidas en 2008: la del 13 de abril, Rad. 27413; la del 8 de octubre, Rad. 28361; y la del 27 de octubre, Rad. 26099. Así mismo, en la emitida el 3 de junio de 2009, Rad. 28649.

²¹⁷ Rad. 27413.

²¹⁸ Tales asertos se reiteraron en el fallo del 23 de julio de 2014, Rad. 36772.

amplias prerrogativas para determinar cuándo y cómo hace decaer la pretensión punitiva)”; sin embargo, se admitió que existía una situación en que tal discrecionalidad puede operar de manera autónoma y con efectos absolutos, cual es la contemplada en el artículo 448 de la Ley 906/2004.

Es importante anotar que en la decisión referenciada se advirtió que la disposición normativa excepcional es lejana al contexto del sistema acusatorio colombiano, pues la regla general es la inexistencia de una potestad dispositiva de la acción penal, por lo que en punto a la cesación del ejercicio de la misma, la Fiscalía sólo cuenta con facultades de postulación. Tal contexto de la persecución penal vendría demarcado por el principio de legalidad y de intervención judicial.

Esta norma, debe resaltarse, se muestra aislada dentro del contexto de lo que se decanta en el sistema acusatorio colombiano en torno de las facultades del fiscal, pues, se repite, bajo el imperio del principio de legalidad y dentro del entorno de las muy limitadas posibilidades de disponer autónomamente de la acción penal, en la generalidad de los casos, su potestad deviene en simple posibilidad de postulación, sujeta siempre a la decisión del juez (de control de garantías, en los casos de aplicación del principio de oportunidad, y del juez de conocimiento, respecto de la solicitud de preclusión), sin que esa decisión opere solamente formal o limitada por la manifestación del fiscal.

En auto del 29 de julio de 2010, radicado 28912, se hizo énfasis en los diferentes roles asignados a la Fiscalía General de la Nación en la Ley 600 de 2000 y en la 906 de 2004. En ese marco de la discusión, se manifestó que en el primer estatuto el órgano acusador debía cumplir la actividad probatoria únicamente en la etapa de la investigación porque en la causa correspondía al juez, mientras que en la última normatividad *“el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448,...”*²¹⁹

En 2012, en auto del 21 de marzo proferido en el proceso radicado con el número 38256, se aseguró que la Fiscalía era *“dueña de la acusación”*²²⁰ y que este acto procesal –de parte- estaba conformado no solo por el pliego y por su respectiva formulación oral, sino también por el alegato final en el juicio, por lo que la habilitación al juez para condenar surgía desde la

²¹⁹ “Respecto del papel que cumple la Fiscalía en los dos sistemas de procedimiento, el de la Ley 600 de 2000 y el acusatorio de la Ley 906 de 2004, esta Corporación también ha tenido oportunidad de señalar que el papel asignado a la Fiscalía General de la Nación difiere con amplitud: en la Ley 600 de 2000 la actividad probatoria debía cumplirla únicamente en la etapa de la investigación, porque en la causa estaba a cargo del juez, mientras que en la Ley 906 de 2004, el ente instructor es el que tiene la misión exclusiva de dar impulso de la acción penal y de allí el mandato contenido en el artículo 448, según el cual “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

²²⁰ En la providencia del 7 de diciembre de 2012, Rad. 37596; se utilizó idéntico adjetivo.

solicitud que en tal sentido elevara el órgano acusador. Así pues, si a pesar de una petición de absolución originada en dicho ente, el juez decide condenar, lo que hace es asumir, por su propia voluntad, la función de titular de la acción penal.

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, *“pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras”* (sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28.649).

[...]

Con posterioridad, en auto del 27 de febrero de 2013, radicado 40306, se dejó claro que el decaimiento de la acción penal a partir de la sola voluntad de la Fiscalía opera cuando solicita absolución en el alegato conclusivo y que ello ocurría de manera excepcional si se tenía en cuenta que “no es cierto que en la sistemática de la Ley 906 de 2004 el fiscal sea dueño incondicional de la acción penal y que pueda a su arbitrio disponer de la misma”. Ahora bien, al intentar justificar la excepción, la Sala consideró que tal opción se entendía lógica y jurídica en los casos en que aquél no logró cumplir con la promesa de acreditar la responsabilidad del acusado. En ese orden, la petición de absolución debe conducir a ello por “simple sustracción de materia, o carencia jurídica de objeto”.

Ese mismo año, el 11 de septiembre, en el proceso radicado con el número 43837 se profirió un auto en el que se esbozaron las siguientes ideas fundamentales en torno al problema jurídico que habrá de resolverse:

La acusación es un acto de parte, por lo que una petición de absolución proveniente de su titular equivale a un retiro de los cargos. De allí que, al juez de conocimiento no le sea permitido asumir como propia la acusación o tomar el rol de acusador oficioso.

No obstante lo anterior, lo cierto es que ningún yerro se le puede atribuir al sentenciador por haber proferido sentencia absolutoria frente a la petición en tal sentido formulada por la fiscalía, en la audiencia del juicio oral. Ello es así, porque en el proceso de tendencia acusatoria que adopta la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto de parte. Por tanto, una petición como aquella, proveniente de su exclusivo titular, equivale a su retiro, sin que al juez de conocimiento le sea permitido, como ocurre en el sistema mixto acogido por la Ley 600 de 2000, asumirla como propia o tomar el rol de acusador oficioso, en atención a lo que estime probado en el juicio. Por

tanto, ante la petición absolutoria de la fiscalía la acusación decae y es por eso que el funcionario judicial no puede más que fallar según lo pedido.

La posibilidad de que el juez de instancia realice una evaluación probatoria para determinar si la pretensión absolutoria de la Fiscalía carece de sustento, rompe con los principios que regulan el proceso acusatorio, en particular, con la autonomía del titular de la acción penal para retirar la acusación y con la prohibición que recae en el funcionario judicial para ejercer por sí mismo la tarea acusadora.

[...]

Por último, unos días después, el 25 de septiembre de 2013, en el proceso radicado con el No 41290, la Sala reiteró su posición agregando que la misma era una derivación necesaria del principio de congruencia, conforme a lo establecido en el plurimentado artículo 448 adjetivo: *“Esa doble connotación del principio de congruencia implica, de un lado, que la Fiscalía conserva una cierta potestad para incidir de forma autónoma en las resultados del proceso, pues, si solicita absolución o se abstiene de pedir condena por el delito objeto de acusación o uno de ellos, invariablemente el juez debe absolver. (...)”*.

[...]

La congruencia es una garantía del derecho a la defensa porque la exigencia de identidad subjetiva, fáctica y jurídica entre los extremos de la imputación penal, asegura que una misma persona sólo pueda ser condenada por hechos o delitos respecto de los cuales tuvo efectiva oportunidad de contradicción. Tal garantía se manifiesta como la necesaria correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, especialmente en aquellos sistemas procesales que han adoptado como principio rector el acusatorio. En todo caso, la congruencia implica una delimitación del objeto inmutable del proceso penal que tiene, en lo fundamental, una connotación fáctica: los hechos que habilitan la consecuencia jurídico-penal.

Los sistemas acusatorios propugnan por una congruencia esencialmente fáctica y por la libertad en la calificación jurídica²²¹. Inclusive, así ocurre en los procesos civiles en el que los intereses son disponibles, por cuanto

²²¹ “Esta posición de subordinación exclusiva al hecho controvertido y absoluta libertad en cuanto a la calificación, tiene su asiento en el principio acusatorio.” (p. 154). “Como dejamos sentado en la parte introductoria de este análisis, el tributo al principio acusatorio obliga al Tribunal a respetar solamente el hecho imputado y tiene libertad para calificar por el delito que considere adecuado e imponer la pena que estime le corresponda. Esta libertad se deriva del carácter no disponible de la norma sustantiva penal, que hace que el Tribunal no deba depender preceptivamente del criterio de calificación del fiscal y tenga la libertad para apreciar la norma de derecho aplicable” (pp. 159-160). MENDOZA DÍAZ, Juan, “La correlación entre la acusación y la sentencia. Una visión americana”, en Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla.

el juez debe fallar conforme a la norma (*iura novit curia*). Sin embargo, en un proceso penal garantista el tema adquiere otra connotación por la necesidad de salvaguardar el derecho a la defensa, especialmente cuando el juzgador decide condenar al procesado por una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación. Ante esa situación, se han enarbolado las “tesis de desvinculación” que le permitirían al juzgador, en mayor o menor medida, apartarse en la sentencia de la denominación jurídica contemplada en la acusación siempre que se haya garantizado una oportunidad previa de conocimiento y contradicción de la novedosa.

En nuestro país, el artículo 250 de la Constitución Política define el objeto del ejercicio del poder punitivo como “**los hechos que revistan las características de un delito**”. Son éstos los que determinan la extensión de la investigación y conformarán el sustrato de la acusación cuya confección está a cargo exclusivo de la Fiscalía General de la Nación. Sobre el hecho histórico fundamental, entonces, girará el debate en el juicio oral sin que exista la posibilidad de que el mismo pueda ser variado, de allí la necesidad de que sea depurado al máximo durante la audiencia de formulación de acusación, tanto a iniciativa del propio titular de la acción penal como a petición de la defensa y de los demás intervinientes. Así lo exige expresamente el artículo 448 del C.P.P./2004 cuyo tenor es el siguiente:

El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

Esa disposición normativa ha sido interpretada por la Corte en los siguientes términos:

Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, alude a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, dictando otra oficiosamente, pues se trata de un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

(...).

Con todo, la Corte ha admitido la posibilidad de que el Juez profiera sentencia por conductas punibles diversas a las contenidas en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del

mismo género, (iii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

En una reciente decisión acerca del tema (CSJ AP, 24 sep. 2014, Rad. 44458), reiteró la Sala que cuando de manera excepcional el juez pretendiera apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, aun tratándose de la denominada congruencia flexible, era necesario que respetara los hechos, se tratara de un delito del mismo género y que el cambio de calificación se orientara hacia una conducta punible de menor o igual entidad.²²²

Conforme a lo anterior, la interpretación del artículo 448 del C.P.P./2004 permite entender: (i) que agotado el debate probatorio, la Fiscalía puede, al igual que los demás intervinientes, elevar solicitud de absolución o de condena. Si opta por la última, es claro que podrá proponer una calificación jurídica distinta a la contenida en la acusación, ajustándose a las condiciones ya reseñadas; y (ii) que el juez de conocimiento oficiosamente puede desvincularse de la calificación típica realizada por la Fiscalía, atendiendo los mismos requisitos. Adicionalmente, como se mostró en el apartado inicial de estas consideraciones, la Sala también ha establecido, en la mayoría de ocasiones, que una consecuencia necesaria del principio de congruencia es que la petición de absolución de la Fiscalía inexorablemente debe conducir a una sentencia en igual sentido.

Sin embargo, es claro que el pluricitado artículo 448 consagra estrictamente la necesaria congruencia que debe existir entre la sentencia condenatoria y el acto de la acusación que, como se vio, en lo jurídico puede sufrir modificación en beneficio del acusado. De esa manera, se asegura que la defensa no sea sorprendida en la sentencia con una calificación jurídica respecto de la cual no haya tenido oportunidad efectiva de controversia, salvo cuando la variación favorezca los intereses del procesado porque en ese evento aunque, en estricto sentido, se le condena por un delito que no fue el controvertido, se justifica la excepción por el efecto benéfico que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación.

En ese orden, la previsión normativa bajo análisis, contempla una garantía a favor de la defensa que, a la vez, es límite de la intervención de la Fiscalía y de los demás intervinientes en el juicio y de la eventual decisión de condena que adopte el juez de conocimiento. En ningún momento, prevé una hipótesis de facultad discrecional de la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal, como lo sería la inconstitucional de retiro de la acusación. Así pues, ni la literalidad del artículo 448 procesal ni ninguna de sus interpretaciones lógicas posibles, puede llevar a concluir que el mismo

²²² Fallo de casación del 15 de octubre de 2004, Rad. 41253.

supuesto de hecho consagre un límite a la persecución penal y, al tiempo, una potestad dispositiva incontrolada del órgano acusador. Tampoco esta conclusión puede derivar de una interpretación sistemática, pues, como se vio, en el proceso penal colombiano la regla general es el principio de legalidad morigerado por una excepcionalísima discrecionalidad y la decisión judicial como prerequisite de cualquier forma de cesación del ejercicio de la acción penal.

[...]

Se varía, entonces, la jurisprudencia anterior para que, en adelante, se entienda que la petición de absolución elevada por la Fiscalía durante las alegaciones finales es un acto de postulación que, al igual que la planteada por la defensa y demás intervinientes, puede ser acogida o desechada por el juez de conocimiento, quien decidirá exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas aducidas en el juicio oral²²³. Así, la sentencia, al constituir una verdadera decisión judicial, sea condenatoria o absolutoria, siempre será susceptible de recurso de apelación por la parte o el interviniente que le asista interés. A su vez, el juez de segunda instancia revisará la corrección del fallo a partir de los puntos de impugnación que se le propongan o los que resulten inescindiblemente vinculados, sin que, en todo caso, su resolución pueda agravar la situación del apelante único.

Las razones de la tesis interpretativa expuesta, se pueden sintetizar así:

[...]

c) Todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, tanto las que provienen de alguna forma de discrecionalidad de la Fiscalía (oportunidad en sentido estricto y la negociación de culpabilidad), como las que son consecuencia del principio de legalidad (preclusión y absolución perentoria); deben someterse a la decisión de los jueces, quienes podrán aprobarlos y dictar la providencia que ponga fin al proceso o simplemente negarlos cuando no reúnan los requisitos legales que sean exigibles.

d) Una sentencia que “decida” absolver al acusado porque la Fiscalía así lo “solicita”, con exclusión del ejercicio de valoración -autónoma e independiente- de las pruebas válidamente incorporadas; no constituye una verdadera decisión judicial sino la mera refrendación de la voluntad del acusador. Esta última tampoco puede ser catalogada como una petición sino como un verdadero acto de disposición de la acción penal. Así, la equiparación entre la petición de absolución y el retiro de la acusación viola el principio lógico de identidad, tal y como ya lo había

²²³ Artículo 162-4 C.P.P./2004.

dejado entrever la sentencia del 27 de julio de 2007, Rad. 26468, al inicio citado.

[...]

g) Ni el artículo 448 ni ninguna otra norma de la Ley 906 de 2004 concibe en su literalidad la figura del retiro de cargos o de la acusación. Esta tampoco puede inferirse o entenderse implícita en el estatuto procesal porque una interpretación así violaría la regla constitucional de la irrenunciabilidad de la persecución penal.

h) No debe confundirse la facultad –limitada como se vio- que conserva la Fiscalía hasta los alegatos finales para proponer una imputación jurídica diferente a la planteada en la acusación, con el poder de retirar esta última o de cualquier otra manera disponer de la acción penal. El primero constituye un margen de libertad en el imperativo ejercicio de la persecución penal, mientras que el segundo es un desconocimiento de la obligación que al respecto estatuye la Constitución.

i) La sentencia debe ser congruente con la acusación, entendida ésta como el acto complejo integrado por el respectivo escrito y su formulación oral. No obstante, es claro que tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento pueden apartarse de la calificación jurídica de los hechos contenida en la acusación, en las condiciones antes anotadas».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 250

Ley 600 de 2000

Ley 906 de 2004, art. 162-4 y 448

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; CSJ SP, 13 mar. 2008, rad. 27413; CSJ SP, 22 may. 2008, rad. 28124; CSJ SP, 27 oct. 2008, rad. 26099; CSJ SP, 03 jun. 2009, rad. 28649; CSJ SP7591-2015, CSJ SP8033-2015, CSJ SP9961-2015, CSJ SP8398-2016, CSJ AP4864-2016, y CSJ AP5771-2016.

10.3 Presupuestos para que el juez pueda realizar la variación de la calificación jurídica en la sentencia sin vulnerar el principio de congruencia

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 43041 |
| Número de providencia | : | SP2390-2017 |
| Fecha | : | 22/02/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamientos punibles diversos a los contenidos en la acusación, está sometida a que: i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685).

En este caso, se verifica que los falladores atendieron a esas directrices cuando afianzaron su negativa en el requisito concerniente a la identidad de género de las conductas en cuestión.

De manera que, bajo esos parámetros jurisprudenciales, vigentes hasta hace poco, en el *sub examine* no había lugar a admitir la variación propuesta por la Fiscalía, pues, aun cuando el nuevo comportamiento -constreñimiento ilegal-, es de menor entidad, en verdad no corresponde al mismo género, porque está ubicado en el Título III, Capítulo V del Código Penal, que trata de los delitos contra la autonomía personal, mientras que la extorsión hace parte de las infracciones contra el patrimonio económico y obra en el Título VII, Capítulo II.

Sin embargo, recientemente, en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta Corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta, no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000.

Así discernió:

Debe advertirse también que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que “*La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni,*

por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado”, por cuanto “En la ley procesal actual –Ley 600 de 2000–, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron”²²⁴.

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa.

De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes.

Los anteriores lineamientos concurren en este caso y, por ello, bajo esa directriz, la Sala procederá a variar la calificación jurídica, porque advierte que el comportamiento de la procesada no se adecua al injusto de extorsión tentada por el cual fue condenada en segunda instancia, sino que encaja en el ilícito de constreñimiento ilegal, propuesto por la Fiscalía en su alegato conclusivo.

En ese sentido, se casará oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, arts. 103 y 104-1

Ley 600 de 2000, art. 398 - 3

Ley 906 de 2004

Decreto 2700 de 1991

²²⁴ Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ SP17352-2016.

11. PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN

11.1 No es procedente que el juez que emitió el sentido del fallo posteriormente decida anularlo ante una variación de su criterio (principios de inmediación, concentración e inmutabilidad)

Extracto n. ° 397.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 40694 |
| Número de providencia | : | SP12846-2015 |
| Fecha | : | 23/09/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La jurisprudencia de la Sala, tiene dicho que el anuncio del sentido del fallo por parte del juez de conocimiento, una vez finalizado el debate público oral, constituye un acto procesal que forma parte de la estructura del debido proceso y vincula al juzgador con la decisión adoptada en la sentencia, conformando con esta una unidad temática inescindible. Así se ha pronunciado en relación con este aspecto en particular:

*Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances.*²²⁵

Sin embargo, no obstante el criterio invariable en torno a la naturaleza compleja del fallo y el carácter vinculante entre su sentido y la sentencia, en la jurisprudencia acabada de citar, la Corte admitía la posibilidad de que el juzgador, de manera excepcional, pudiera declarar la nulidad del sentido del fallo, cuando advirtiera, luego de su anuncio, que el mismo contiene una injusticia material, con el propósito de preservar con uno nuevo las garantías de las partes.

Así lo definió esta Corporación, en la citada decisión:

En resumen: la sentencia que pone fin al proceso en el sistema de la Ley 906 de 2004 es un acto complejo que se conforma con el sentido del fallo que, motivado sucintamente con los aspectos señalados en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el juez debe anunciar al finalizar el debate oral, y la providencia finalmente redactada y leída a las partes, siendo imperativo para el juez que ésta guarde armonía, consonancia, congruencia

²²⁵ CSJ SP, 17 sep. de 2007, Rad. 27336; CSJ SP, 3 de may. 2007, Rad. 26222.

con aquel aviso, porque las dos fases de ese único acto constituyen una unidad temática.

Pero si, eventual y excepcionalmente, al redactar la sentencia el juez llega a la convicción de que el acatamiento al anuncio de ese sentido implicaría una injusticia material, debe declarar la nulidad de aquel aviso, para que, al reponer la actuación con el anuncio correcto, respete las garantías de las partes.²²⁶

Línea jurisprudencial que la Sala mantuvo de manera pacífica, sosteniendo posteriormente que:

En todo caso, importa recordar la importancia del anuncio del sentido del fallo, el respeto que por ese acto debe tener el juez al momento de dictar sentencia, máxime cuando haya lugar a cambio en la persona y únicamente en los términos expuestos.

En torno al anuncio del sentido del fallo y a la obligación del juez de respetarlo en el momento de la redacción de la sentencia, la Corte ha sostenido que forman parte de la estructura básica de un debido proceso. Por manera que si el juzgador pretende desconocer o retractarse del sentido de su aviso, para variar la orientación de la sentencia, debe acudir al remedio extremo de la nulidad. Dicho enunciado cobra mayor fuerza cuando, por alguna circunstancia excepcional, es otro juez, distinta persona, el que desatiende los derroteros hechos por su antecesor.²²⁷

No obstante, el criterio de la Sala según el cual de manera excepcional era posible la anulación del sentido del fallo, cuando después de su anuncio se percataba el juez de la inclusión de una injusticia material en su determinación, para modificarlo a través de uno nuevo, fue recogido en el precedente jurisprudencial adoptado en CSJ SP, 14 nov. 2012, rad. 36333, en un asunto en el que se afinaron las reglas en materia de sentido de fallo y sentencia, binomio reputado como una unidad temática inescindible.

En dicha decisión se reflexionó en el hecho de que tras presenciar la práctica de las pruebas y escuchar los alegatos de conclusión de las partes e intervinientes, el juez se encuentra en capacidad para dar a conocer de manera oral y pública el sentido del fallo, el que debe anunciar inmediatamente o después del receso establecido en la ley, que puede prologarse de acuerdo a la complejidad del asunto²²⁸, lapso en el que puede evaluar los acontecimientos percibidos en el juicio e incluso consultar los registros de la audiencia para disipar sus dudas y

²²⁶ CSJ SP, 17 sep. 2007, Rad. 27336.

²²⁷ CSJ SP, 20 ene. 2010, Rad. 32556. En el mismo sentido, CSJ SP, 5 dic. 2007, Rad. 28125.

²²⁸ Posibilidad de ampliación del término para preparar el sentido del fallo que ya la Sala ha admitido, cfr. CSJ SP, 17 sep. 2010, Rad. 32196.

determinar, en el trascendental acto procesal, si halla culpable o inocente al procesado.

Determinación aquella, que además de garantizar el pronto conocimiento de la decisión adoptada, resulta consecuente con los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad, que rigen el proceso penal, razones que justifican, desde el punto de vista de la legitimidad de la decisión judicial, su aspiración de corrección en la determinación del juez de conocimiento, por lo que resulta inconveniente en términos de coherencia y seguridad jurídica la posibilidad que ante la variación de su criterio pudiera modificar el anunciado sentido del fallo.

De esta manera se comprende que no resulta refractario con el valor justicia, la reivindicación del debido proceso constitucional como garantía inalienable, la misma que resultaría sacrificada si se admitiera la modificación del sentido del fallo, pues significaría ello el desconocimiento de la secuencia lógica y coherente de los actos procesales que determinan la existencia del proceso como instrumento legítimo precisamente para la consecución de la justicia material, cometido que igual queda salvaguardado con la existencia de los medios idóneos para impugnar la decisión recogida en la sentencia.

Por lo tanto, se puntualizó en aquella decisión que *“el debido proceso acusatorio se preserva, cuando el juez al redactar la sentencia respeta el sentido del anuncio del fallo y no a la inversa, esto es, cuando anula su aviso por considerar que el mismo encierra una injusticia material”*.

Por lo demás, dejó dicho la Corte en aquella decisión que:

De otro lado, los equívocos en que pudo incurrir el juez al hacer el anuncio, son susceptibles de ser corregidos con la interposición de los recursos legales por la parte a la que le asista interés jurídico, haciendo posible la reparación de la “injusticia material” vislumbrada al redactar la sentencia, pero no por vía de anulación que equivaldría a la revocatoria de la sentencia por el mismo juez que la dictó.

La obligación de mantener inmodificable el sentido del fallo no atenta contra la verdad y la justicia, por el contrario respeta los pilares sobre los que se sustenta el debido proceso acusatorio y vivifica el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe de quienes intervienen en la actuación, los cuales no pueden ser sorprendidos ni afectados con nuevas decisiones que desconocen el surgimiento de derechos con el sentido del fallo anunciado, como el de la libertad y el levantamiento de las medidas cautelares impuestas.

En este sentido, la Sala tiene dicho que “claramente delimitadas la naturaleza y efectos concretos de esas dos figuras, sentido del fallo y sentencia, debe hacerse

énfasis en que de la primera nacen expectativas, o, si se quiere, derechos, que no pueden ser desconocidos”²²⁹.

La anulación del sentido del fallo cuando se ha observado el debido proceso acusatorio, es una medida extrema contraria a la seguridad jurídica, no solo porque las partes no sabrían a qué procedimiento atenerse, sino que quedarían sometidas al arbitrio de la facultad discrecional del juez, a quien solo le bastaría con invocar la justicia material para modificar su decisión inicial. Además, la nulidad no es aplicable para corregir un criterio del juez, sino que opera por vicios en la producción de los actos procesales y el sentido del fallo no fue irregular.

En consecuencia, le está vedado al juez de conocimiento la modificación del sentido del fallo emitido tras la culminación del debate probatorio que pone fin al juicio oral y público, debiendo ser congruente con el contenido de dicha anunciación la decisión vertida en la correspondiente sentencia, quedando a salvo el ejercicio del derecho de impugnación que puede ser incoado por las partes e intervinientes en uso de los mecanismos de los recursos, si lo consideran pertinente, para combatir la decisión adoptada conforme al anuncio de aquel sentido del fallo emitido.

Invariable línea jurisprudencial que se mantiene hasta hoy, en la que se privilegia la total consonancia que debe existir entre la anunciación del sentido del fallo y el contenido de la decisión recogida en la sentencia, lo que revela como evidente el dislate en que incurrieron los falladores en el presente caso, como vicio generador de la nulidad, debiéndose anunciar el remedio extremo que hoy reclama el censor, respaldado por la propia Fiscalía²³⁰».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 446 y 457

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 20 en. 2010, rad. 32196; CSJ AP, 14 nov. 2012, rad. 36333; CSJ SP2390-2017.

11.2 El que un juez diferente al que emitió el sentido del fallo sea quien profiere la sentencia no necesariamente genera una nulidad en el proceso

²²⁹ Casación, enero 20 de 2010; radicación 32196.

²³⁰ En el mismo sentido, CSJ SP, 21 nov. 2012, Rad. 38518; CSJ AP, 27 feb. 2013, Rad. 40110; CSJ SP, 25 sep. 2013, Rad. 40334; CSJ SP-10400, 5 ago. 2014, Rad. 42495.

Extracto n. ° 398.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 32196 |
| Fecha | : | 20/01/2010 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] se constata, como lo afirma el demandante, que el fallo condenatorio no fue proferido por el mismo juez que presencié el debate probatorio del juicio oral y anunció el sentido del fallo. Esa incorrección, sin embargo, no se muestra capaz de desarticular la actuación cumplida porque, aún cuando el principio de *inmediación* no se observó a cabalidad, lo cierto es que no alcanzó a causar algún perjuicio, en tanto se respetaron las garantías fundamentales de la procesada y no se afectó la estructura básica del proceso, en cuanto se mantuvo la unidad temática entre la sentencia condenatoria proferida y el sentido del fallo anunciado».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 20 en. 2010, rad. 32556; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38308; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38453; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 32650; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 38755, y CSJ SP, 14 nov. 2012, rad. 36333.

12. COMPETE AL JUEZ DE CONOCIMIENTO DECIDIR RESPECTO A LA SOLICITUD DE LIBERTAD PRESENTADA CON POSTERIORIDAD AL ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO Y ANTES DE QUE LA SENTENCIA COBRE EJECUTORIA

Extracto n. ° 399.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 49070 |
| Número de providencia | : | AHP7019-2016 |
| Fecha | : | 13/10/2016 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | HÁBEAS CORPUS |

«En el presente caso el defensor no solicitó la libertad de su representado al juez competente para concederla según el estado actual del proceso. La conclusión de que la competencia para decidir ese tipo de solicitudes con posterioridad al anuncio del sentido del fallo es del juez de conocimiento surge de las claras siguientes consideraciones:

La Ley 906 de 2004 solamente prevé tres clases de jueces: de control de garantías (artículo 39), de conocimiento (artículo 40) y de ejecución de penas y medidas de seguridad (artículo 41).

Esa normatividad dispone que las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral (que son audiencias de conocimiento), se resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías (artículo 153). Tal es el caso, entre otras, a título de enunciación: *“Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo”* (artículo 154-8).

En consecuencia, necesario es concluir que si únicamente las solicitudes de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo son resueltas en audiencia preliminar por el juez de control de garantías, las que se formulen con posterioridad a ese momento no serán decididas en ese tipo de acto ni por esa clase de funcionario.

Por tanto, como –según se vio– solamente existen jueces de garantías, de conocimiento y de ejecución, el de la primera clase queda descartado por el precepto citado y el último solamente adquiere competencia a partir de la ejecutoria de la sentencia (artículo 41). Por ello, el único que tiene la

potestad para decidir ese tipo de pedimentos en el momento procesal señalado es el **juez de conocimiento**.

Y así lo corroboran los artículos 449, 450 y 451, que, en su orden, lo autorizan a disponer, en el momento mismo de anunciar el sentido del fallo, la libertad inmediata del absuelto, la continuación de la libertad del que no está detenido, el encarcelamiento del acusado libre o la excarcelación del enjuiciado que sea acreedor a la concesión de un subrogado penal.

Por último, que el vencimiento de términos que sirve de sustento a la solicitud de libertad sea atribuible al juez de conocimiento no es obstáculo para elevar la petición, pues, según se extrae de la solicitud, dicho funcionario hasta el momento no se ha declarado impedido y es opción del defensor recusarlo o no».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 39, 40, 41, 153, 154-8, 449, 450 y 451

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, la providencia: CSJ AP4315-2016.

CAPÍTULO IV

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO SEGUIDO BAJO LA LEY 906 DE 2004

13. EL JUEZ PENAL CARECE DE COMPETENCIA PARA DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

Extracto n.º

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 36841 |
| Fecha | : | 18/01/2012 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] la prescripción de la acción civil reglada en el artículo 98 del Código Penal, parte del presupuesto necesario de que haya sido tramitada conjuntamente con el proceso penal.

Esa viabilidad no presenta inconveniente alguno en el procedimiento de la Ley 600 del 2000, por cuanto de conformidad con su artículo 47 la víctima puede ejercitar la acción civil desde el momento mismo en que se inicie la penal, luego paralelamente con ésta, como parte, puede participar para probar, contraprobar, postular decisiones y recurrir las que le sean adversas en aras de hacer efectivos sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Bien diversa es la situación bajo los lineamientos de la Ley 906 del 2004. Ésta habilita a la víctima la posibilidad de intervenir dentro del trámite procesal e, incluso, mediante sentencia C-454 del 7 de junio de 2006, la Corte Constitucional le permitió realizar solicitudes probatorias en los términos del artículo 357, en igualdad de condiciones con la defensa.

Pero lo cierto es que tales facultades pueden ser ejercidas exclusivamente en lo que se relaciona con sus derechos a la verdad y a la justicia.

El tema relacionado con la indemnización integral por los daños y perjuicios causados con el delito, cual es el alcance específico del artículo 98 del Código Penal cuando alude a la “*acción civil*”, solamente puede ser propuesto por la víctima al finalizar esa acción penal, como que con el original artículo 102 de la Ley 906 del 2004 el incidente para lograr la reparación debía ser propuesto luego de que, agotado el juicio, el juzgador anunciara el sentido condenatorio del fallo, y con la modificación introducida por el artículo 86 de la Ley 1395 del 2010 ello debe plantearse exclusivamente una vez adquiriera firmeza la sentencia de condena.

En esas condiciones, las reglas del artículo 98 penal no pueden ser aplicadas por el juez de esta especialidad, en cuanto la prescripción allí dispuesta y que debe ser decretada por el juzgador penal, parte del presupuesto necesario de que “*la acción civil proveniente de la conducta punible*” hubiese sido ejercida “*dentro del proceso penal*”.

Por manera que el juez penal carece de competencia para declarar la prescripción de la acción civil “*en relación con los penalmente responsables*”, en tanto esa potestad le es deferida, única y exclusivamente, cuando tal acción se ejercita dentro del proceso penal, lo cual sucede solamente en los trámites de la Ley 600 del 2000, no así en los de la Ley 906 del 2004.

No puede pretenderse que, como el incidente de reparación integral lo realiza el juzgador penal, deba entenderse que esa actuación forma parte del “*proceso penal*”, pues la connotación de éste comporta el adelantamiento del trámite reglado por el legislador para declarar la responsabilidad penal del autor o partícipe, tema que se agota con la ejecutoria de la sentencia. Por tanto, ese incidente escapa a la razón de ser del proceso penal, pues solamente regula una extensión del fuero del juez penal para decidir un asunto exclusivamente civil, derivado eso sí, del delito como fuente de la obligación civil.

En esas condiciones, al juez penal le está vedado declarar la prescripción de que trata el artículo 98 del Código Penal, ni respecto de los terceros civilmente responsables según la jurisprudencia ya decantada, pero tampoco en relación con los penalmente responsables, según lo que acaba de verse, luego sobre este tópico la situación de los últimos debe ser dilucidada bajo los parámetros de la legislación civil y por los jueces de tal especialidad, quienes, como ya se dijo, para los efectos pertinentes, especialmente lo relativo a la prescripción de la acción y a la interrupción de la misma, deberán considerar que bajo los lineamientos de la ley, la del procedimiento penal, en forma oportuna la víctima intervino válidamente, fue reconocida y reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito.»

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 599 de 2000, art. 98

Ley 906 de 2004, art.102

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 05 nov. 2013, rad. 40034; CSJ SP6946-2014; CSJ SP2644-2014; CSJ SP16229-2016, y CSJ AP291-2016

CAPÍTULO V

LA EXTRADICIÓN

14. PRESUPUESTOS PARA APLICAR LA LEY 906 DE 2004 A UN TRÁMITE DE EXTRADICIÓN Y COMPARACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA LEY 600 DE 2000

Extracto n. ° 400.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 24187 |
| Fecha | : | 04/04/2006 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«Atendiendo a que el artículo 533 de la ley 906 de 2.004 dispone la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal a las conductas punibles realizadas a partir del 1° de enero de 2.005, en la forma señalada por el artículo 530 ibídem, surge la inquietud de cuál de los dos Estatutos debe aplicarse a este caso, la cual se resuelve aplicando el nuevo Código Procesal Penal ya que el concierto para delinquir es un punible permanente cuya ejecución termina con el último acto, en este caso en abril de 2.005, siendo ese el instante a tener en cuenta para efectos puramente de trámite.

Ante la evidencia de que las conductas atribuidas al requerido en extradición fueron realizadas después del 1° de enero de 2.005, palmar resulta que la ley 906 de 2.004 es la llamada a disciplinar el trámite de la presente solicitud de extradición.

Ahora, al cotejar el trámite previsto en las dos legislaciones fácilmente se colige que es idéntico pues solo varía en algunos aspectos que en nada cambian su estructura.

En efecto, en ambas se prevé que la extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer con arreglo a los tratados públicos y en su defecto a la ley; exigiendo para la entrega de colombianos por nacimiento la comisión de los delitos en el exterior, con anterioridad al 17 de diciembre de 1.997,

y que sean considerados punibles en nuestra legislación, prohibiéndola por delitos políticos.

Se mantiene la potestad de ofrecer o conceder la extradición facultativa de personas condenadas o procesadas en el exterior en el Gobierno Nacional, previo concepto favorable de esta Sala de Casación.

Al Gobierno requirente le es exigida la presentación de la solicitud por vía diplomática o excepcionalmente por la consular o de gobierno a gobierno, el cumplimiento de los presupuestos sustanciales relativos a que el hecho que la fundamenta esté previsto como delito en Colombia y reprimido con pena privativa de la libertad no inferior a 4 años, y que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente, y los formales dirigidos a permitir a la Sala verificar la presencia o no de los elementos del concepto consistentes en anexar copia o transcripción auténtica de la sentencia, resolución de acusación o su equivalente; la indicación exacta de los actos que determinaron la solicitud de extradición y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados; todos los datos que posea y sirvan para establecer la plena identidad de la persona reclamada, y copia auténtica de las disposiciones penales aplicables para el caso. Documentación que debe ser expedida en la forma prevista por la legislación del país extranjero y traducida al castellano, de ser ello necesario.

Conserva el trámite mixto de la extradición pasiva. En efecto, la primera y tercera etapa que impulsa el ejecutivo ostenta el carácter administrativo y, la segunda, judicial, a cargo de esta Sala de Casación.

En la inicial participan el Ministerio de Relaciones Exteriores recibiendo la solicitud de extradición y sus anexos y conceptuando si es del caso proceder con sujeción a convenios o usos internacionales o si se debe obrar de acuerdo con las normas de este Código, y el del Interior y de Justicia constatando si la documentación está completa, de no ser a sí devolverá el expediente al de Relaciones Exteriores con indicación detallada de los elementos de juicio que faltan, quien procederá a su consecución con el gobierno requirente. En la segunda fase, perfeccionado el legajo el Ministerio del Interior y de Justicia lo remite a la Sala para que emita el concepto; una vez provisto de defensor el requerido, corre traslado a los intervinientes por diez días para pedir pruebas, vencido el cual abrirá a pruebas la actuación por un término similar, en el cual practicará, de ser conducente y procedente, las pedidas por los intervinientes y las que estime necesarias para conceptuar; realizadas las mismas permanece el expediente en Secretaría por cinco días para alegatos, a cuya expiración emite el concepto verificando si concurren o no sus elementos; ellos son, la validez formal de la documentación, el principio de la doble incriminación, la plena identidad del requerido, la equivalencia de la providencia dictada

en el exterior y cuando fuere el caso lo previsto en los tratados públicos; de ser adverso el concepto obliga al gobierno, pero de ser favorable lo deja en libertad para obrar según las conveniencias nacionales. En la tercera etapa, recibido el expediente procedente de la Corte, el Gobierno dispone de quince días para decidir si concede o no la extradición.

Regula los aspectos atinentes a la entrega diferida del extraditado, la prelación en la concesión, la entrega del requerido por parte del Fiscal General de la Nación, la entrega de objetos, la cancelación de los gastos por parte de los dos Estados, la captura a decretarse por el Fiscal General de la Nación una vez conozca de la solicitud formal de la extradición o antes, si así lo pide el Estado requirente con nota en la que exprese la plena identidad de la persona, la circunstancia de haberse proferido en su contra sentencia condenatoria, acusación o su equivalente y la urgencia de tal medida; las causales de libertad cuando habiendo transcurrido sesenta días desde la fecha de su captura sin formalizarse la petición de extradición, o treinta días desde la puesta a disposición del país requirente y no se haya producido el traslado.

Como puede observarse los cambios se contraen a la desaparición del artículo 527 que por ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-760 de 2.001 revivió la aplicación del 565 del decreto 2700/91, que dispone la prohibición de la extradición cuando el requerido fue o está siendo juzgado en Colombia por los mismos hechos por los cuales está siendo solicitado.

Hipótesis sobre la cual la Sala de manera uniforme y reiterada se inhibía de pronunciarse ante su incompetencia debido a que es al Gobierno Nacional a quien atañe decidir si concede o no la entrega; además, por ser un aspecto que ninguna conexión tiene con los fundamentos del concepto.

Por lo demás y de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, se prevé que el gobierno podrá subordinar el ofrecimiento o la concesión de la extradición a las condiciones que considere oportunas, pero en todo caso deberá exigir que no sea juzgado por un hecho anterior diverso del que motiva la extradición, ni sometido a sanciones distintas de las que se le hubieren impuesto en la condena, a conmutar la pena de muerte si es esa la sanción prevista en el país requirente; y, adicionalmente, a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni a destierro, prisión perpetua o confiscación.

Y, fijó un término improrrogable de 5 días al Ministerio del Interior y de Justicia para verificar si el expediente está o no completo.

Es decir, que la naturaleza jurídica y el trámite legal de la extradición en el nuevo Código Procesal Penal no sufrió ninguna modificación fundamental,

por lo tanto, la jurisprudencia decantada por la Corte en los últimos lustros no amerita ser modificada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 03 oct. 2006, rad. 25080; CSJ AP, 05 jul. 2007, rad. 26209; CSJ CP, 23 en. 2008, rad. 28643; CSJ AP, 06 mar. 2008, rad. 28991, y CSJ AP, 21 jul. 2010, rad. 33954.

15. EXTRADICIÓN SIMPLIFICADA

15.1 Concepto y trámite

Extracto n. ° 401.

| | | |
|----------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 37409 |
| Fecha | : | 26/10/2011 |
| Tipo de providencia | : | CONCEPTO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«El artículo 70 de la Ley 1453 de 2011 introdujo al ordenamiento jurídico nacional la figura de la extradición simplificada en virtud de la cual la persona requerida en extradición, con la coadyuvancia de su defensor y del Ministerio Público, puede renunciar al procedimiento y solicitar la emisión del concepto correspondiente.

En el caso bajo examen la Sala encuentra reunidos los requisitos previstos en dicha normatividad para proceder a emitir concepto de plano sobre el requerimiento elevado por el Gobierno de España en relación al ciudadano colombiano OGPM.

En efecto, la solicitud del implicado se radicó en vigencia de dicha preceptiva y fue coadyuvada por su defensor dentro del mismo escrito y por la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, quien además se trasladó hasta las instalaciones del Centro Penitenciario y Carcelario La Picota, donde se entrevistó con OGPM y pudo verificar que *“la manifestación de acogimiento al trámite especial de la extradición simplificada previsto en el art. 70 de la Ley 1453/11, fuere libre, espontánea y voluntaria”*, descartándose con ello la vulneración de sus garantías fundamentales.

En suma, como se reúnen los presupuestos para emitir concepto bajo el rito del trámite simplificado, a ello procede la Corte».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 500 parágrafo 1°
Ley 1453 de 2011, art 70

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ CP, 14 dic. 2011, rad. 37834; CSJ CP, 16 dic. 2011, rad. 37777; CSJ CP, 01 feb. 2012, rad. 37822; CSJ CP, 20 jun. 2012, rad. 38675; CSJ CP, 12 dic. 2012, rad. 40029; CSJ CP, 19 dic. 2012, rad. 40288; CSJ CP, 15 en. 2013, rad. 40030; CSJ CP, 17 abr. 2013, rad. 40396; CSJ CP, 19 jun. 2013, rad. 39083; CSJ CP, 13 nov. 2013, rad. 40962; CSJ CP079-2014; CSJ CP095-2014; CSJ CP157-2014; CSJ CP169-2014; CSJ CP204-2014; CSJ CP004-2015; CSJ CP026-2015; CSJ CP088-2015; CSJ CP139-2015; CSJ AP1189-2016; CSJ CP035-2016; CSJ CP081-2016; CSJ CP022-2017; CSJ CP032-2017; CSJ CP055-2017; CSJ CP058-2017, y CSJ CP070-2017.

15.1.1 Oportunidad para solicitar el trámite de extradición simplificada

Extracto n. ° 402.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 39075 |
| Fecha | : | 24/07/2012 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«Con el propósito de determinar la procedencia de esta pretensión, resulta necesario recordar que de conformidad con lo preceptuado en el parágrafo primero del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 70 de la Ley 1453 de 2011, *“La persona requerida en extradición, con la coadyuvancia de su defensor y del Ministerio Público, podrá renunciar al procedimiento previsto en este artículo y solicitar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de plano el correspondiente concepto”*.

Ahora, cabe indicar el procedimiento previsto en el artículo en cita se contrae a que *“Recibido el expediente por la Corte, se dará traslado a la persona requerida o a su defensor por el término de diez (10) días para que soliciten las pruebas que consideren necesarias”*.

Igualmente, se ofrece oportuno señalar que el artículo 500 prevé que *“Practicadas las pruebas, el proceso se dejará en secretaría por cinco (5) días para alegar”*, de donde se sigue que *“el procedimiento previsto en este artículo”* al que se puede renunciar, abarca esos dos momentos procesales, valga decir, el traslado para pedir pruebas y el destinado para alegar.

En esa medida, el parágrafo primero del artículo 500 de la Ley 906 de 2004, tiene aplicabilidad en tanto haya lugar a que surta sus efectos, es

decir, que se pueda renunciar a esos dos momentos, o por lo menos al último de ellos.

Esa es la interpretación que se desprende de lo analizado por la Sala, cuando afirmó:

“Si bien los requeridos... coadyuvados por su defensor, manifiestan que renuncian a términos y a su vez, piden que se dé aplicación a lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 500 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 70 de la Ley 1453 de 2011, en orden a que se surta el trámite de la extradición simplificada, ello obliga a señalar lo siguiente:

Respecto de la renuncia a términos, no obstante el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil prevé tal posibilidad, al cual se acude en aplicación del principio de integración consagrado en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, igualmente debe revisarse que la misma tenga un efecto en el caso concreto, el cual se reputa ausente en el sub iudice, por cuanto, de un lado, la petición se presentó la víspera en que vencía el término para alegar de conclusión, sin olvidar que era necesario dejarlo correr para el Procurador Delegado y, de otro, contradictoriamente, los reclamados realizan un conjunto de peticiones en orden a que sean resueltas por la Corte al momento de emitir el concepto respectivo, de donde se sigue que en realidad hicieron uso del traslado anotado y, por tanto, implícitamente desisten de la renuncia a términos.

Ahora, en cuanto hace referencia a la aplicación del trámite de la extradición simplificada, el asunto no difiere en mucho, pues se observa que la solicitud se formuló cuando se habían dispuesto —y en gran medida agotado— los traslados estipulados en el artículo 500 de la Ley 906 de 2006, valga decir, ya se había corrido el destinado para pedir pruebas y el previsto para presentar alegatos, como se dijo atrás, expiraba al día siguiente en que se allegó la solicitud, por consiguiente, si el trámite advertido está instituido para obviar tales traslados, amén de que requiere ser coadyuvado por el representante del Ministerio Público, es evidente que en el sub lite carecería de objeto proceder de la forma deprecada por los reclamados”²³¹.

²³¹ Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, concepto del 8 de noviembre de 2011, radicación No, 36985.

Entonces, en el caso particular se observa que la requerida, con la coadyuvancia de su defensor, solicitó la aplicación del trámite de la extradición simplificada poco después de vencido el término para pedir pruebas, lo que quiere decir que está pendiente el agotamiento del dispuesto para alegar, por lo cual aún tiene efectos prácticos el adelantamiento del trámite señalado en el parágrafo único del artículo 500 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, se accederá a lo solicitado por la ciudadana MMP, razón por la cual, una vez en firme esta determinación, se dará traslado al representante del Ministerio Público con el propósito de que manifieste si coadyuva la aplicación del trámite aludido, conforme lo depreca la citada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004 art 25, 500 parágrafo 1
Ley 1453 de 2011, art 70
Decreto 1400 de 1970, art 122

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ CP, 22 ag. 2012 38984; CSJ CP, 20 nov. 2013, rad. 41957; CSJ CP016-2014; CSJ CP043-2014; CSJ CP069-2015; CSJ CP077-2015; CSJ CP092-2015, y CSJ CP108-2016; CSJ CP020-2017

15.1.2 Participación del Ministerio Público

15.1.2.1 Caso en que el Ministerio Público no coadyuvó la solicitud de extradición simplificada, porque estableció que el requerido no tenía claridad acerca de la finalidad del trámite abreviado, las consecuencias de su aceptación y tampoco tuvo conocimiento sobre los derechos a que renunciaba

Extracto n. ° 403.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 42302 |
| Número de providencia | : | AP085-2014 |
| Fecha | : | 22/01/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«El párrafo 1° del artículo 500 de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 70 de la Ley 1453 de 2011, dispone que la persona requerida en extradición con la coadyuvancia de su defensor y del Ministerio Público podrá renunciar al procedimiento previsto en la misma norma y solicitar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de plano el correspondiente concepto, a lo cual procederá dentro de los 20 días siguientes si se cumplen los presupuestos para hacerlo.

Así, se desprende como presupuesto procesal para acceder a la renuncia presentada que (i) la manifestación en dicho sentido provenga del ciudadano requerido de manea informada y voluntaria, y (ii) sea coadyuvada por su defensor y el Ministerio Público.

En el caso bajo examen no concurren los anteriores requisitos, porque aun cuando el requerido expresó que renunciaba al procedimiento ordinario del trámite de extradición y se acogía al simplificado, introducido al ordenamiento procesal a través del artículo 70 de la Ley 1453 de 2011, actuación en la que fue secundado por su defensor; el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal no coadyuvó la solicitud, porque al entrevistarle estableció no tuvo claridad acerca de la finalidad del trámite abreviado, las consecuencias de su aceptación y tampoco conocimiento sobre los derechos a que renunciaba.

En tal sentido, en el acta de verificación de garantías fundamentales, firmada por el Delegado de la Procuraduría y ERE, obra constancia de lo manifestado por éste, específicamente que su abogado no le ofreció explicación acerca de la extradición simplificada, quizá porque tenía otras personas privadas de la libertad para atender, circunstancia que traduce no estuvo lo suficientemente informado acerca de las consecuencias de la extradición simplificada, aspecto que se corrobora incluso en la solicitud que presentó, en donde manifestó que el escrito le fue elaborado por una persona diferente al defensor público designado a quien para ese momento todavía no conocía, según se colige de su contenido.

En tales condiciones no convergen los requisitos legales previstos para la extradición simplificada, por lo que no se accederá a la renuncia presentada por el señor ERE, al procedimiento previsto en el artículo 500 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, se dispondrá continuar con el trámite señalado en la disposición citada y, de acuerdo con lo señalado en el inciso 1° de la misma, se ordenará correr traslado al requerido y a su defensor para que en el término de diez (10) días soliciten las pruebas que consideren necesarias».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 500 parágrafo 1
Ley 1453 de 2011, art. 70

15.1.2.2 Es aconsejable que el Ministerio Público procure el contacto personal con el requerido y su defensor, para así velar por sus derechos y el interés de la sociedad, ejerciendo la comprobación material de que la renuncia al trámite convencional de extradición sea libre y voluntaria

Extracto n. ° 404.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 43222 |
| Número de providencia | : | CP079-2014 |
| Fecha | : | 14/05/2014 |
| Tipo de providencia | : | CONCEPTO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«[...] la Corte, de manera respetuosa, echa de menos el acta en la que, como suele ocurrir en estos casos en los que el requerido se acoge a la modalidad simplificada de la extradición, consta la entrevista personal sostenida por el representante del Ministerio Público con el mencionado ciudadano y su defensor, diligencia en la que de manera personal y directa el Procurador Delegado constata los presupuestos del mecanismo en cuestión, dada la trascendencia de las garantías fundamentales comprometidas.

La presunción de autenticidad a que se refiere el agente del Ministerio Público en su concepto opera respecto de los documentos públicos, naturaleza que no tienen los escritos a través de los cuales el solicitado y su defensor se acogieron al trámite de la extradición simplificada. En todo caso, dicha presunción se refiere a la certeza de la identidad de sus autores, como así lo enseña el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que cita el Delegado. Pero tal presunción no necesariamente acredita que la manifestación de voluntad expresada por los firmantes esté exenta de vicio. Es por esto que debido a la trascendencia de las garantías fundamentales que se involucran en el trámite jurídico – administrativo de la extradición es aconsejable que el Ministerio Público, como así lo hace en la mayoría de ocasiones, procure el contacto personal con el ciudadano solicitado y su defensor, para así velar por sus derechos y el interés de la

sociedad».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, art. 500 parágrafo 1

Ley 1453 de 2011, art. 70

Decreto 1400 de 1970, art. 252

Extracto n. ° 405.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 42380 |
| Número de providencia | : | AP3611-2014 |
| Fecha | : | 02/07/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«[...] recuérdese que la Corte ha distinguido entre actos de rito y actos de garantía. Los primeros dicen relación con la estructura del proceso como es debido y los segundos con el derecho de defensa, garantía sustancial para la validez del trámite que - según se alcanza a inferir del alegato - le sirve al defensor para sustentar la solicitud de nulidad de la actuación, no por conductas imputables a la Corte, sino por la ausencia de control formal y material del consentimiento por parte de la Procuraduría, al no haber constatado si la abdicación del ciudadano venezolano al trámite convencional de extradición por la actuación más ágil y expedita, prevista en el parágrafo 1 del artículo 500 de la Ley 906 de 2004, fue libre, voluntaria e informada.

[...]

Por tratarse de una renuncia al procedimiento convencional e involucrar un mecanismo de cooperación internacional, el Ministerio Público no puede constatar su validez mediante inferencias que le corresponde hacer al Juez a partir del examen de los antecedentes que obran en el expediente, como precisamente ocurre ahora, al deducir o inferir a partir de la presentación de la solicitud ante las autoridades carcelarias en donde se encuentra recluido el requerido en extradición y del cumplimiento de las formalidades relacionadas con la presentación personal de ese escrito ante los funcionarios de la División Jurídica de dicho establecimiento, que la renuncia al trámite era libre, voluntaria e informada, pero sin constatar si realmente lo era.

Si bien a la Corte, de acuerdo con el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, le corresponde verificar el cumplimiento de los presupuestos formales en que se basa el concepto, conforme a un trámite expedito que tiene origen en el libre albedrío del requerido y que por la importancia del tema y de las garantías judiciales, tiene que estar apoyado por su defensor y coadyuvado por el Ministerio Público; también, como garante de la legitimidad y validez del trámite, la Sala debe corroborar que la renuncia al trámite convencional sea libre y voluntaria, para lo cual es necesaria, imprescindible y sustancial, la comprobación material de ese presupuesto por parte del Ministerio Público, que en modo alguno se cumple mediante el estudio formal de los antecedentes que obran en el expediente, pues de ser así la intervención de la Procuraduría sería innecesaria, debido a que esa reflexión es privativa de la Corte.

En ese orden, al no haberse constatado materialmente si la renuncia al trámite fue debidamente informada y si el requerido entendía los pormenores y consecuencias de su manifestación, que es precisamente lo que ahora se coloca en tela de juicio, el trámite se afecta de tal manera que no sería posible emitir un concepto de fondo al no cumplirse uno de los presupuestos procesales esenciales para proferir una decisión de tal magnitud. Por lo tanto, con el fin de sanear el proceso de la irregularidad sustancial que se advierte, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha del 23 de abril pasado, con el fin de que el Ministerio Público constate materialmente si la información fue libre e informada y si en tales condiciones coadyuva la solicitud».

Salvamento de voto del Dr. Eugenio Fernández Carlier

«La razón de mi disentimiento radica en que se convierte en regla perentoria para las extradiciones simplificadas, una actuación del Ministerio Público que no debe de tener esa condición, pues conforme a los fundamentos de la decisión que no comparto el deber del Procurador solo puede demostrarse con prueba solemne consistente en el acta de entrevista, cuando el legislador no quiso darle a tal exigencia ese alcance, menos en casos como el presente, en donde es manifiesta la intención de GL y su apoderado de retractarse de una manifestación válidamente formulada, por lo que la Sala no debió prohiar esa conducta procesal en la que los argumentos de apoyo son infundados y por ende no procedía el decreto de nulidad».

15.2 Diferencia entre la extradición simplificada y la renuncia a términos

| | | |
|----------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 37010 |
| Fecha | : | 26/10/2011 |
| Tipo de providencia | : | CONCEPTO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«La Ley 1453 de 2011 dispuso que el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), tendrá un quinto inciso cuyo contenido es del siguiente tenor:

“Parágrafo 1°. Extradición Simplificada. La persona requerida en extradición, con la coadyuvancia de su defensor y del Ministerio Público podrá renunciar al procedimiento previsto en este artículo y solicitar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de plano el correspondiente concepto, a lo cual procederá dentro de los veinte (20) días siguientes si se cumplen los presupuestos para hacerlo.

“Parágrafo 2°. Esta misma facultad opera respecto al trámite de extradición previsto en la Ley 600 de 2000”.

Ahora bien, como quedó relacionado en el acápite de antecedentes, el solicitado **GMR y su defensor** expresaron al unísono su deseo de *renunciar a términos*, reclamo que apoyaron, entre otras normas, en el artículo 70 de la Ley 1453 de 2011; dicho sustento jurídico le permitió a la Colegiatura asimilar la petición formulada a la intención del nacional reclamado por el gobierno de los Estados Unidos de acogerse a la **extradición simplificada**. Es necesario precisar aquí que la *renuncia a términos*, como aparece regulada en el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil²³², no equivale a la figura de que trata el artículo 70 de la Ley 1452 aludida, como erróneamente parece entenderlo el apoderado memorialista, pues aquella figura opera exclusivamente respecto del interés privado de la persona en cuyo favor se concede el término y, en tal virtud, supone la disponibilidad de un derecho procesal, dentro de un ordenamiento que establece los ritos en un proceso de partes. No ocurre lo mismo respecto de los términos que transcurren en el trámite jurídico administrativo de la extradición, el cual no se caracteriza por el enfrentamiento de pretensiones privadas de parte, sino que es regido por el interés público y no exclusivamente el de la persona cuya entrega es reclamada.

²³² Artículo 122: “Los términos son renunciables total o parcialmente por los interesados en cuyo favor se concedan. La renuncia deberá hacerse verbalmente en audiencia o por escrito autenticado como se dispone para la demanda, o en el acto de la notificación personal de la providencia que lo señale.”

La figura de que trata la norma citada se denomina extradición simplificada porque, en aras de abreviar la actuación, en beneficio del sometido al trámite de extradición que no se opone a su entrega, pretende eliminar el traslado para solicitud y práctica de pruebas, siempre que su interés sea apoyado por el Ministerio Público, de modo que la Corte proceda directamente a la emisión del respectivo concepto, en un término relativamente corto.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, comoquiera que se cumplen los requisitos señalados en el artículo 70 de la Ley 1453 de 2011, se procede, entonces, a estudiar la viabilidad de acceder a la petición del Estado reclamante»

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004 art 25, 500 parágrafo 1
Ley 1453 de 2011, art 70
Decreto 1400 de 1970, art 122

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ CP, 08 nov.2011 36985; CSJ AP, 24 jul. 2012, rad. 39029, y CSJ AP, 12 sep. 2012, rad. 39405.

15.3 No es procedente la retractación o renuncia al trámite de extradición simplificada, salvo que se demuestre la configuración de vicios en el consentimiento o la vulneración de garantías fundamentales

Extracto n. ° 407.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 42380 |
| Número de providencia | : | AP3611-2014 |
| Fecha | : | 02/07/2014 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«[...] el actual código de procedimiento penal no prevé soluciones puntuales para eventos en los cuales se desiste de la solicitud de renuncia al trámite previsto en el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, situaciones análogas, tales como la aceptación de cargos en el proceso penal (*artículo 351 ibidem*), permiten concluir que dicha petición es inadmisibles e inaceptable,

salvo que se demuestre la configuración de vicios en el consentimiento o la vulneración de garantías fundamentales.

Sin embargo, hay diferencias sustanciales entre uno y otro instituto: en la solicitud de renuncia al trámite ordinario de extradición, al contrario de lo que sucede en el proceso penal, no acepta responsabilidad alguna, pues el requerido no renuncia a su presunción de inocencia, sino al término probatorio que tiene como objeto allegar pruebas para controvertir los fundamentos de los requisitos formales de la solicitud de extradición, los cuales le corresponde a la Corte verificar como garante de la legalidad del trámite, sea cual fuere el procedimiento adoptado para proferir el concepto.

De manera que, en principio, atendiendo el principio de lealtad y la analogía del concepto de retractación previsto en el artículo 293 ley 906 de 2004, reformada por el artículo 69 de la ley 1453 de 2011, si es irrevocable la admisión libre y voluntaria de responsabilidad penal, con mayor razón lo será la retractación al trámite simplificado de extradición e inaceptable la manifestación de retrotraerse a la voluntaria, informada y libre manifestación de no controvertir los presupuestos formales del concepto de extradición, salvo que se demuestre, como no puede ser de otra manera, la infracción de garantías fundamentales.

Pues bien:

La petición de trámite simplificado de la extradición, como expresión de la autodeterminación personal, debe ser libre, consciente e informada, la cual puede verse afectada por la violencia, la intimidación o error, circunstancias que por supuesto la Corte debe verificar mediante el examen sistemático de la solicitud de extradición, del cumplimiento de los presupuestos formales indicados en la Ley 906 de 2004 o los Tratados Internacionales y de la corroboración material por parte del Ministerio Público de la libre e informada decisión del requerido de renunciar al trámite convencional, concepto que se constituye en presupuesto sustancial de la validez del trámite y no en una mera formalidad del procedimiento.

En efecto:

Por tratarse de una renuncia al procedimiento convencional e involucrar un mecanismo de cooperación internacional, el Ministerio Público no puede constatar su validez mediante inferencias que le corresponde hacer al Juez a partir del examen de los antecedentes que obran en el expediente, como precisamente ocurre ahora, al deducir o inferir a partir de la presentación de la solicitud ante las autoridades carcelarias en donde

se encuentra recluido el requerido en extradición y del cumplimiento de las formalidades relacionadas con la presentación personal de ese escrito ante los funcionarios de la División Jurídica de dicho establecimiento, que la renuncia al trámite era libre, voluntaria e informada, pero sin constatar si realmente lo era.

Si bien a la Corte, de acuerdo con el artículo 500 de la Ley 906 de 2004, le corresponde verificar el cumplimiento de los presupuestos formales en que se basa el concepto, conforme a un trámite expedito que tiene origen en el libre albedrío del requerido y que por la importancia del tema y de las garantías judiciales, tiene que estar apoyado por su defensor y coadyuvado por el Ministerio Público; también, como garante de la legitimidad y validez del trámite, la Sala debe corroborar que la renuncia al trámite convencional sea libre y voluntaria, para lo cual es necesaria, imprescindible y sustancial, la comprobación material de ese presupuesto por parte del Ministerio Público, que en modo alguno se cumple mediante el estudio formal de los antecedentes que obran en el expediente, pues de ser así la intervención de la Procuraduría sería innecesaria, debido a que esa reflexión es privativa de la Corte.

En ese orden, al no haberse constatado materialmente si la renuncia al trámite fue debidamente informada y si el requerido entendía los pormenores y consecuencias de su manifestación, que es precisamente lo que ahora se coloca en tela de juicio, el trámite se afecta de tal manera que no sería posible emitir un concepto de fondo al no cumplirse uno de los presupuestos procesales esenciales para proferir una decisión de tal magnitud. Por lo tanto, con el fin de sanear el proceso de la irregularidad sustancial que se advierte, la Sala decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha del 23 de abril pasado, con el fin de que el Ministerio Público constate materialmente si la información fue libre e informada y si en tales condiciones coadyuva la solicitud.

En síntesis, la solicitud de trámite simplificado libre, voluntaria e informada es irrevocable, siempre y cuando, como en éste caso, no se configuren vicios en el trámite que inciden en la validez del procedimiento por ausencia de control material sobre la petición del requerido de someterse al trámite simplificado».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 9006 de 2004 art 293,351, 500

Ley 1453 de 2011 art 69

ANEXO I

RELACIÓN DE PROVIDENCIAS

| Nro. | Radicado | Fecha Prov. | No. Providencia | Clase de Actuación | Tipo de providencia |
|-------------|-----------------|--------------------|------------------------|---------------------------|----------------------------|
| 1 | 18103 | 02/03/2005 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 2 | 24323 | 24/11/2005 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 3 | 24468 | 30/03/2006 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 4 | 24187 | 04/04/2006 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 5 | 24668 | 06/04/2006 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 6 | 25080 | 03/10/2006 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 7 | 26089 | 02/11/2006 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 8 | 25738 | 09/11/2006 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 9 | 25920 | 21/02/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 10 | 26128 | 11/04/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 11 | 26309 | 25/04/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 12 | 26381 | 25/04/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 13 | 26310 | 16/05/2007 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 14 | 27281 | 13/06/2007 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 15 | 26209 | 05/07/2007 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 16 | 26468 | 27/07/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 17 | 27962 | 08/08/2007 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 18 | 26276 | 29/08/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 19 | 28059 | 26/09/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 20 | 28212 | 10/10/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 21 | 27608 | 26/10/2007 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 22 | 26411 | 08/11/2007 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 23 | 28635 | 14/11/2007 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 24 | 28656 | 28/11/2007 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 25 | 28704 | 05/12/2007 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|----|-------|------------|--|----------------------|------------------------|
| 26 | 28643 | 23/01/2008 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 27 | 28257 | 29/02/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 28 | 27477 | 06/03/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 29 | 28991 | 06/03/2008 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 30 | 27413 | 13/03/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 31 | 29416 | 23/04/2008 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 32 | 25913 | 15/05/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 33 | 28124 | 22/05/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 34 | 29866 | 07/07/2008 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 35 | 29001 | 19/08/2008 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 36 | 24920 | 02/09/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 37 | 29609 | 17/09/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 38 | 30214 | 17/09/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 39 | 26099 | 27/10/2008 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 40 | 30021 | 02/12/2008 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 41 | 31049 | 26/01/2009 | | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 42 | 29415 | 04/02/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 43 | 30598 | 19/02/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 44 | 31127 | 20/05/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 45 | 28649 | 03/06/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 46 | 31475 | 17/06/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 47 | 28935 | 01/07/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 48 | 30355 | 15/07/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 49 | 31752 | 27/07/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 50 | 30838 | 31/07/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 51 | 31900 | 24/08/2009 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 52 | 31500 | 14/09/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 53 | 31981 | 14/09/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 54 | 32050 | 14/09/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 55 | 31795 | 16/09/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 56 | 31001 | 21/10/2009 | | CASACIÓN | SENTENCIA |

| | | | | | |
|----|-------|------------|--|----------------------|------------------------|
| 57 | 32193 | 21/10/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 58 | 32595 | 09/11/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 59 | 32604 | 11/11/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 60 | 32972 | 03/12/2009 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 61 | 32196 | 20/01/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 62 | 32556 | 20/01/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 63 | 30612 | 03/02/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 64 | 32863 | 03/02/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 65 | 31946 | 24/02/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 66 | 32868 | 10/03/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 67 | 33284 | 10/03/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 68 | 32829 | 17/03/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 69 | 33255 | 30/06/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 70 | 33658 | 30/06/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 71 | 33954 | 21/07/2010 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 72 | 33997 | 04/08/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 73 | 34258 | 10/08/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 74 | 33559 | 18/08/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 75 | 31853 | 15/09/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 76 | 33993 | 15/09/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 77 | 34312 | 15/09/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 78 | 34717 | 15/09/2010 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 79 | 34733 | 15/09/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 80 | 33901 | 21/09/2010 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 81 | 34614 | 22/09/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 82 | 32270 | 29/09/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 83 | 34953 | 18/11/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--|-------------------|---------------------|
| 84 | 35373 | 01/12/2010 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 85 | 33457 | 15/12/2010 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 86 | 34976 | 02/05/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 87 | 33844 | 04/05/2011 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 88 | 33651 | 18/05/2011 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 89 | 34827 | 19/05/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 90 | 35130 | 08/06/2011 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 91 | 36011 | 06/07/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 92 | 36121 | 06/07/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 93 | 36252 | 27/07/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 94 | 35532 | 24/08/2011 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 95 | 35386 | 21/09/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 96 | 36023 | 21/09/2011 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 97 | 36489 | 21/09/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 98 | 37182 | 21/09/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 99 | 34235 | 28/09/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 100 | 30592 | 05/10/2011 | | ÚNICA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 101 | 34991 | 26/10/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 102 | 36445 | 26/10/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 103 | 37010 | 26/10/2011 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 104 | 37409 | 26/10/2011 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 105 | 37432 | 26/10/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 106 | 36985 | 08/11/2011 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 107 | 37298 | 30/11/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 108 | 37559 | 30/11/2011 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 109 | 37596 | 07/12/2011 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 110 | 34703 | 14/12/2011 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 111 | 37834 | 14/12/2011 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 112 | 37777 | 16/12/2011 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--|-------------------|---------------------|
| 113 | 36841 | 18/01/2012 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 114 | 37822 | 01/02/2012 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 115 | 37901 | 15/02/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 116 | 36754 | 14/03/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 117 | 33999 | 21/03/2012 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 118 | 38172 | 28/03/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 119 | 37574 | 18/04/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 120 | 37952 | 18/04/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 121 | 38051 | 18/04/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 122 | 38308 | 18/04/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 123 | 38364 | 18/04/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 124 | 38453 | 18/04/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 125 | 38382 | 23/05/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 126 | 38810 | 23/05/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 127 | 36562 | 13/06/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 128 | 38675 | 20/06/2012 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 129 | 32650 | 27/06/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 130 | 34867 | 27/06/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 131 | 38755 | 27/06/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 132 | 39029 | 24/07/2012 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 133 | 39075 | 24/07/2012 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 134 | 39416 | 08/08/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 135 | 38984 | 22/08/2012 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 136 | 39405 | 12/09/2012 | | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 137 | 39602 | 12/09/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 138 | 36784 | 17/09/2012 | | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--|-------------------|---------------------|
| 139 | 39475 | 17/10/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 140 | 39747 | 17/10/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 141 | 36333 | 14/11/2012 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 142 | 39948 | 21/11/2012 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 143 | 35676 | 28/11/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 144 | 40171 | 28/11/2012 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 145 | 38512 | 12/12/2012 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 146 | 40029 | 12/12/2012 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 147 | 40288 | 19/12/2012 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 148 | 40030 | 15/01/2013 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 149 | 38975 | 06/02/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 150 | 40672 | 20/02/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 151 | 40330 | 06/03/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 152 | 37462 | 16/04/2013 | | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 153 | 40396 | 17/04/2013 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 154 | 41003 | 15/05/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 155 | 41106 | 22/05/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 156 | 40195 | 29/05/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 157 | 41127 | 05/06/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 158 | 39083 | 19/06/2013 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 159 | 40457 | 19/06/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 160 | 37130 | 03/07/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 161 | 38632 | 03/07/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 162 | 41544 | 03/07/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 163 | 40670 | 06/08/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 164 | 41499 | 14/08/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 165 | 40557 | 28/08/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 166 | 41764 | 28/08/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|-------------|-------------------|---------------------|
| 167 | 41790 | 11/09/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 168 | 41505 | 11/09/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 169 | 41290 | 25/09/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 170 | 36518 | 09/10/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 171 | 40616 | 09/10/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 172 | 39257 | 16/10/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 173 | 39661 | 16/10/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 174 | 42315 | 16/10/2013 | | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 175 | 40034 | 05/11/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 176 | 40962 | 13/11/2013 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 177 | 37107 | 20/11/2013 | | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 178 | 40540 | 20/11/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 179 | 41957 | 20/11/2013 | | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 180 | 39449 | 11/12/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 181 | 40239 | 11/12/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 182 | 40629 | 11/12/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 183 | 42629 | 11/12/2013 | | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 184 | 42873 | 29/01/2014 | AP192-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 185 | 42705 | 12/02/2014 | CP016-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 186 | 43002 | 19/02/2014 | SP1850-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 187 | 43092 | 19/02/2014 | AP640-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 188 | 42302 | 22/01/2014 | AP085-2014 | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 189 | 36624 | 26/02/2014 | AP822-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 190 | 42497 | 26/02/2014 | AP882-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 191 | 43176 | 26/02/2014 | AP897-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 192 | 41909 | 05/03/2014 | SP2644-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 193 | 41741 | 17/03/2014 | AP1282-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 194 | 42166 | 19/03/2014 | CP043-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 195 | 37112 | 02/04/2014 | AP1587-2014 | CASACIÓN | AUTO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--------------|-------------------|---------------------|
| | | | | | INTERLOCUTORIO |
| 196 | 41754 | 02/04/2014 | AP1683-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 197 | 43162 | 02/04/2014 | AP1644-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 198 | 36784 | 08/04/2014 | AP1823-2014 | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 199 | 37391 | 30/04/2014 | SP5192-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 200 | 43481 | 08/05/2014 | AP2421-2014 | QUEJA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 201 | 43222 | 14/05/2014 | CP079-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 202 | 42864 | 21/05/2014 | SP6361-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 203 | 42340 | 28/05/2014 | AP2930-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 204 | 42357 | 28/05/2014 | SP6701-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 205 | 41637 | 04/06/2014 | SP6946-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 206 | 43601 | 04/06/2014 | CP095-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 207 | 43433 | 11/06/2014 | AP3136-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 208 | 43554 | 18/06/2014 | AP3299-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 209 | 43303 | 25/06/2014 | AP3455-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 210 | 34131 | 02/07/2014 | SP8611-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 211 | 42380 | 02/07/2014 | AP3611-2014 | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 212 | 43790 | 02/07/2014 | AP3621-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 213 | 37697 | 30/07/2014 | AP4398-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 214 | 41539 | 30/07/2014 | AP4442-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 215 | 43847 | 30/07/2014 | AP4478-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 216 | 43857 | 30/07/2014 | AP4414-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 217 | 38021 | 05/08/2014 | SP8433-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 218 | 43691 | 05/08/2014 | SP10303-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 219 | 41390 | 20/08/2014 | SP10986-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 220 | 43749 | 20/08/2014 | AP4787-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 221 | 44066 | 27/08/2014 | AP5013-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 222 | 34719 | 03/09/2014 | SP12030-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--------------|-------------------|---------------------|
| 223 | 43254 | 03/09/2014 | AP5228-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 224 | 43922 | 10/09/2014 | CP157-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 225 | 42720 | 18/09/2014 | AP5614-2014 | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 226 | 39279 | 24/09/2014 | SP12926-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 227 | 38208 | 22/10/2014 | AP6538-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 228 | 44325 | 22/10/2014 | CP169-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 229 | 40004 | 20/11/2014 | SP15903-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 230 | 42866 | 26/11/2014 | AP7191-2014 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 231 | 44706 | 03/12/2014 | CP204-2014 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 232 | 41315 | 03/12/2014 | SP16544-2014 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 233 | 44338 | 10/12/2014 | AP7666-2014 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 234 | 43911 | 21/01/2015 | CP004-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 235 | 45067 | 21/01/2015 | AP124-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 236 | 41154 | 28/01/2015 | AP164-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 237 | 45121 | 11/02/2015 | AP624-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 238 | 43173 | 25/02/2015 | AP995-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 239 | 43618 | 25/02/2015 | AP934-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 240 | 43820 | 25/02/2015 | AP965-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 241 | 45011 | 25/02/2015 | AP896-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 242 | 45282 | 25/02/2015 | AP864-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 243 | 44238 | 04/03/2015 | AP1083-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 244 | 44925 | 04/03/2015 | AP1092-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 245 | 45278 | 18/03/2015 | CP026-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 246 | 45126 | 25/03/2015 | AP1611-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 247 | 45310 | 25/03/2015 | AP1558-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 248 | 45328 | 25/03/2015 | AP1515-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 249 | 45598 | 25/03/2015 | AP1529-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--------------|-------------------|---------------------|
| 250 | 45629 | 25/03/2015 | AP1531-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 251 | 43262 | 16/04/2015 | SP4316-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 252 | 45711 | 22/04/2015 | AP2020-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 253 | 42843 | 29/04/2015 | AP2146-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 254 | 45469 | 29/04/2015 | AP2202-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 255 | 45516 | 29/04/2015 | AP2152-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 256 | 45533 | 29/04/2015 | AP2194-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 257 | 45572 | 29/04/2015 | AP2144-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 258 | 44850 | 06/05/2015 | SP5399-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 259 | 45667 | 20/05/2015 | AP2574-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 260 | 43638 | 25/05/2015 | AP2772-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 261 | 45578 | 25/05/2015 | AP2770-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 262 | 40478 | 10/06/2015 | SP7248-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 263 | 44710 | 17/06/2015 | SP7591-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 264 | 45322 | 17/06/2015 | CP069-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 265 | 45043 | 24/06/2015 | SP8033-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 266 | 44168 | 01/07/2015 | CP077-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 267 | 45410 | 01/07/2015 | SP8367-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 268 | 46183 | 15/07/2015 | AP3967-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 269 | 42307 | 29/07/2015 | SP9792-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 270 | 43855 | 29/07/2015 | SP9961-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 271 | 45738 | 29/07/2015 | CP088-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 272 | 42088 | 30/07/2015 | SP9864-2015 | REVISIÓN | SENTENCIA |
| 273 | 45780 | 05/08/2015 | AP4378-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 274 | 46096 | 05/08/2015 | AP4459-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 275 | 46279 | 05/08/2015 | AP4447-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 276 | 46102 | 11/08/2015 | SP10546-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 277 | 44559 | 19/08/2015 | AP4758-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--------------|----------------------|------------------------|
| 278 | 46190 | 19/08/2015 | CP092-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 279 | 44485 | 09/09/2015 | AP5138-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 280 | 45327 | 09/09/2015 | AP5187-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 281 | 45975 | 09/09/2015 | AP5146-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 282 | 46107 | 09/09/2015 | AP5241-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 283 | 40694 | 23/09/2015 | SP12846-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 284 | 45435 | 30/09/2015 | AP5746-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 285 | 46153 | 30/09/2015 | AP5785-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 286 | 46687 | 30/09/2015 | AP5671-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 287 | 46109 | 08/10/2015 | AP5911-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 288 | 46398 | 14/10/2015 | CP139-2015 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 289 | 44056 | 28/10/2015 | SP14844-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 290 | 45586 | 28/10/2015 | AP6286-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 291 | 46736 | 28/10/2015 | AP6426-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 292 | 46842 | 28/10/2015 | AP6401-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 293 | 41198 | 12/11/2015 | AP6357-2015 | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 294 | 44001 | 25/11/2015 | AP6877-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 295 | 46215 | 25/11/2015 | AP6915-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 296 | 45824 | 02/12/2015 | SP16559-2015 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 297 | 45238 | 10/12/2015 | SP17065-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 298 | 45759 | 16/12/2015 | AP7394-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 299 | 46139 | 16/12/2015 | SP17459-2015 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 300 | 46339 | 16/12/2015 | AP7385-2015 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 301 | 34099 | 18/01/2016 | AP098-2016 | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 302 | 45790 | 27/01/2016 | SP490-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 303 | 47304 | 27/01/2016 | AP291-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|-------------|-------------------|---------------------|
| 304 | 41322 | 10/02/2016 | AP653-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 305 | 41712 | 24/02/2016 | SP2144-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 306 | 45883 | 24/02/2016 | AP1022-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 307 | 47115 | 24/02/2016 | AP1226-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 308 | 47303 | 24/02/2016 | AP1001-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 309 | 47421 | 24/02/2016 | AP889-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 310 | 47440 | 24/02/2016 | AP904-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 311 | 47166 | 02/03/2016 | AP1189-2016 | EXTRADICIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 312 | 43866 | 16/03/2016 | SP3332-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 313 | 46676 | 16/03/2016 | AP1526-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 314 | 43278 | 30/03/2016 | AP1794-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 315 | 45528 | 30/03/2016 | AP1675-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 316 | 46036 | 30/03/2016 | AP1777-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 317 | 43007 | 06/04/2016 | SP4129-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 318 | 46131 | 06/04/2016 | CP035-2016 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 319 | 46674 | 06/04/2016 | AP1877-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 320 | 47212 | 06/04/2016 | AP1929-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 321 | 43921 | 13/04/2016 | AP2197-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 322 | 41667 | 04/05/2016 | SP5798-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 323 | 41758 | 18/05/2016 | SP6411-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 324 | 43837 | 25/05/2016 | SP6808-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 325 | 45627 | 25/05/2016 | AP3177-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 326 | 47422 | 25/05/2016 | AP3318-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 327 | 46862 | 08/06/2016 | AP3596-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 328 | 47811 | 08/06/2016 | CP081-2016 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 329 | 47666 | 15/06/2016 | SP7856-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 330 | 42720 | 22/06/2016 | SP8398-2016 | ÚNICA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 331 | 47061 | 22/06/2016 | AP3987-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--------------|---------------------------|---------------------|
| 332 | 45120 | 29/06/2016 | AP4164-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 333 | 47401 | 29/06/2016 | AP4150-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 334 | 48310 | 06/07/2016 | AP4315-2016 | DEFINICIÓN DE COMPETENCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 335 | 47124 | 13/07/2016 | SP9508-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 336 | 48125 | 13/07/2016 | AP4516-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 337 | 42720 | 27/07/2016 | AP4864-2016 | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 338 | 46399 | 27/07/2016 | AP4865-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 339 | 47469 | 27/07/2016 | AP4812-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 340 | 47955 | 27/07/2016 | CP108-2016 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 341 | 48198 | 27/07/2016 | AP4771-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 342 | 47548 | 10/08/2016 | AP5173-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 343 | 47660 | 10/08/2016 | SP11015-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | SENTENCIA |
| 344 | 41198 | 16/08/2016 | AP7066-2016 | ÚNICA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 345 | 44106 | 24/08/2016 | AP5589-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 346 | 44494 | 24/08/2016 | AP5587-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 347 | 43916 | 31/08/2016 | SP12229-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 348 | 45608 | 31/08/2016 | AP5775-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 349 | 45619 | 31/08/2016 | SP12158-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 350 | 47563 | 31/08/2016 | AP5771-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 351 | 47803 | 31/08/2016 | AP5798-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 352 | 48584 | 31/08/2016 | AP5768-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 353 | 46432 | 28/09/2016 | SP13792-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 354 | 47553 | 28/09/2016 | AP6560-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 355 | 45466 | 05/10/2016 | AP6909-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 356 | 47921 | 12/10/2016 | AP7033-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 357 | 48115 | 12/10/2016 | AP6980-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|--------------|-------------------|---------------------|
| 358 | 49070 | 13/10/2016 | AHP7019-2016 | HÁBEAS CORPUS | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 359 | 43392 | 26/10/2016 | AP7353-2016 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 360 | 40843 | 09/11/2016 | SP16332-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 361 | 47045 | 09/11/2016 | SP16229-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 362 | 44113 | 16/11/2016 | SP16564-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 363 | 45589 | 30/11/2016 | SP17352-2016 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 364 | 48178 | 05/12/2016 | AP8489-2016 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 365 | 43879 | 18/01/2017 | AP130-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 366 | 44741 | 18/01/2017 | SP160-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 367 | 48128 | 18/01/2017 | SP154-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 368 | 48216 | 18/01/2017 | SP179-2017 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 369 | 44950 | 25/01/2017 | SP606-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 370 | 48131 | 25/01/2017 | AP260-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 371 | 42656 | 30/01/2017 | SP880-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 372 | 49533 | 08/02/2017 | AP682-2017 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 373 | 43041 | 22/02/2017 | SP2390-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 374 | 45269 | 22/02/2017 | AP1009-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 375 | 46887 | 22/02/2017 | AP1071-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 376 | 48910 | 22/02/2017 | CP022-2017 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 377 | 49076 | 22/02/2017 | AP1026-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 378 | 49167 | 22/02/2017 | CP020-2017 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 379 | 49313 | 22/02/2017 | AP1145-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 380 | 49353 | 22/02/2017 | AP1165-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 381 | 49513 | 08/03/2017 | CP032-2017 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 382 | 48175 | 15/03/2017 | SP3623-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 383 | 43665 | 22/03/2017 | SP3964-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 384 | 44441 | 22/03/2017 | SP3989-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |
| 385 | 47016 | 22/03/2017 | AP1821-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 386 | 49280 | 05/04/2017 | AP2313-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 387 | 49435 | 05/04/2017 | CP055-2017 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 388 | 49514 | 19/04/2017 | CP058-2017 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |

| | | | | | |
|-----|-------|------------|-------------|----------------------|------------------------|
| 389 | 46132 | 26/04/2017 | AP2622-2017 | CASACIÓN | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 390 | 49307 | 03/05/2017 | AP2814-2017 | SEGUNDA INSTANCIA | AUTO INTERLOCUTORIO |
| 391 | 49515 | 24/05/2017 | CP070-2017 | EXTRADICIÓN | CONCEPTO |
| 392 | 46278 | 01/06/2017 | SP7732-2017 | CASACIÓN | SENTENCIA |