

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP1663-2016

Radicado N° 47531.

Aprobado acta No. 93.

Bogotá, D.C., treinta (30) marzo de dos mil dieciséis (2016).

## V I S T O S

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor de MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS, contra el auto dictado por el Tribunal Superior de Montería el 2 de febrero de 2016, mediante el cual resolvió inadmitir la práctica de unas pruebas.

## A N T E C E D E N T E S

### 1. Fácticos

El 20 de agosto de 2009, la señora Heidy Johanna Torres Becerra, obrando como apoderada de 25 extrabajadores de Telecom, instauró acción de tutela en contra del Patrimonio Autónomo de Remanentes -PAR-.

En primera instancia, la acción constitucional fue conocida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sahagún (Córdoba), despacho que en fallo del 1 de septiembre de 2009 la declaró improcedente.

En virtud de la impugnación promovida por la apoderada de los accionantes, el Juez Promiscuo de Familia de Sahagún, MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS, el 24 de septiembre de 2009, resolvió revocar el fallo de primera instancia respecto de algunos de los extrabajadores de Telecom<sup>1</sup> tutelándoles los derechos al mínimo vital, al trabajo, al fuero sindical, a la igualdad y la dignidad humana. Como consecuencia de ello, ordenó a la entidad accionada que dentro de las 48 horas siguientes pagara los salarios, prestaciones y demás acreencias laborales dejadas de percibir por aquéllos por causa del despido, en garantía de lo cual decretó el embargo de los dineros depositados en cuentas bancarias hasta por la suma de \$4.000.000.000.

En sede de revisión del ya referido y de otros fallos de tutela, la Corte Constitucional profirió la sentencia SU 377 de 2014 mediante la cual decidió revocar la orden de amparo que en segunda instancia decretó el Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Sahagún y, en su lugar, declararla improcedente.

## 1. Procesales

El 28 de abril de 2014, en audiencia preliminar celebrada ante el Juez Tercero Penal Municipal de Montería, un delegado de la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS como autor del delito de Prevaricato por acción (art. 413 C.P.).

El 9 de junio de 2015, la Fiscalía presentó escrito de acusación por el delito que antes había imputado y el 4 de noviembre siguiente el Tribunal Superior de Montería celebró la

respectiva audiencia de formulación oral.

El 2 de febrero de 2016 se dio inicio a la audiencia preparatoria, durante la cual el Tribunal admitió la práctica de todas las pruebas solicitadas por la Fiscalía y negó algunas solicitadas por el defensor, motivo por el cual este último interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo el primero de ellos resuelto negativamente.

#### Solicitud de la defensa

El defensor pidió los testimonios de Ramón de Jesús Jaller Dumar, Roberto Carlos Mendoza Reyes y Rosmery Martínez Humanes, así como la incorporación de los siguientes documentos: a) las providencias de la Corte Constitucional CC A-124/09, CC A-280/09 y CC C-836/01; b) la demanda de tutela instaurada por un grupo de extrabajadores contra el PAR Telecom; y c) la contestación que de la misma hizo la entidad accionada.

Respecto de la declaración del señor Roberto Carlos Mendoza Reyes<sup>2</sup>, indicó que su testimonio era pertinente en razón a que para la época de los hechos laboraba en el Juzgado Promiscuo de Familia de Sahagún y por tal circunstancia el acusado le compartió el proyecto del fallo de tutela, motivo por el cual puede dar fe de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que antecedieron a la expedición de la decisión que se acusa de prevaricadora, pretendiendo demostrar con ello la ausencia del dolo en el comportamiento del juez. Además, con el testigo aspira a incorporar la demanda de tutela y la contestación rendida por la entidad accionada.

En relación con el testimonio de Rosmery Martínez Humanes<sup>3</sup>, manifestó que era pertinente y conducente teniendo en cuenta que se desempeñó como secretaria del Juzgado Promiscuo de Familia de Sahagún y, en tal virtud, el acusado también le dio a conocer los problemas jurídicos planteados en la referida acción de tutela, demostrando con ello que la decisión allí adoptada no fue

“arbitraria, burda ni desprovista de argumentación jurídica<sup>4</sup>”. Adicional a ello, con su testimonio incorporaría las decisiones CC A-124/09, CC A-280/09 y CC C-836/01, con las cuales pretende demostrar que el acusado cumplió la ley y los lineamientos jurisprudenciales, no sin antes advertir que el Auto 280 de 2009 fue emitido el mismo día del fallo y, por tanto, no lo pudo conocer.

Al referirse a la declaración de Ramón de Jesús Jaller Dumar<sup>5</sup>, señaló que es pertinente como quiera que fue el magistrado ponente de la sentencia absolutoria proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, en el proceso que se adelantó en contra de su representado por los mismos hechos que constituyen el objeto del enjuiciamiento penal, resaltando que en esa decisión se realizó «un estudio exhaustivo, amplio, pormenorizado de la sentencia proferida por mi cliente hoy cuestionada en este proceso, y determinarse de que su actuar no fue arbitrario, que fue argumentado jurídicamente no obstante a que de pronto no haya sido un criterio acogido por un órgano superior».6

La providencia impugnada

El Tribunal resolvió inadmitir las pruebas solicitadas por la defensa que antes se mencionaron por las siguientes razones básicas:

1. Los testimonios de Ramón de Jesús Jaller Dumar, Roberto Carlos Mendoza Reyes y Rosmery Martínez Humanes no son conducentes para determinar si la providencia judicial es prevaricadora o no porque el experto en derecho es el juez.
2. La incorporación de las providencias de la Corte Constitucional CC A-124/09, CC A-280/09 y CC C-836/01, no constituyen tema de prueba, toda

vez que, de conformidad con la jurisprudencia nacional, aquéllas hacen parte del ordenamiento jurídico.

#### Sustentación del defensor

Señala que en momento alguno solicitó las declaraciones de Roberto Carlos Mendoza Reyes, Rosmery Martínez Humanes y Ramón de Jesús Jaller Dumar como testigos expertos en derecho, a fin de que determinaran si la decisión proferida por MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS fue ajustada a la ley, sino para que declararan, los dos primeros, sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que antecedieron a la emisión del fallo de tutela cuestionado, como quiera que para la fecha de los hechos se desempeñaban como empleados del despacho judicial del cual es titular el acusado, y el último de los testigos en mención, pues tuvo en sus manos el proceso disciplinario adelantado por los mismos hechos acá juzgados, que concluyó con el proferimiento de una decisión absolutoria, y en consecuencia, «pudo corroborar circunstancias de modo, tiempo y lugar»<sup>7</sup>.

En relación con las decisiones CC A-124/09, CC A-280/09 y CC C-836/01 señaló que con ellas lo que pretende demostrar es la ausencia del tipo subjetivo, y no, como pareció entenderlo la judicatura, si la decisión proferida por su prohijado fue adecuada o no a la ley.

Finalmente, afirma que el a-quo omitió referirse a la incorporación al juicio de la demanda de tutela incoada por la apoderada Heidy Johanna Torres Becerra y a los «descargos» rendidos por la entidad accionada -PAR Telecom, pruebas documentales en relación a las cuales afirma haber realizado el análisis de pertinencia, conducencia y utilidad.

#### Intervención de los no recurrentes

El representante de la Fiscalía General de la Nación solicitó la confirmación de la decisión impugnada argumentando, en primer lugar, que la incorporación del precedente judicial, independientemente del uso que el defensor quiera darle, es innecesario como quiera que el mismo no tiene relación directa con los hechos aquí investigados. En segundo lugar, porque las piezas procesales que conforman el expediente de tutela fueron solicitadas por el ente fiscal y admitidas por el A quo, por lo que su repetición es innecesaria, y en tercer lugar, porque los testimonios solicitados son impertinentes, inconducentes e inútiles para que emitan un concepto sobre si la decisión cuestionada es contraria a derecho o no.

Los apoderados del PAR Telecom y de la Rama Judicial solicitaron, de manera conjunta, la confirmación de la decisión proferida por el Tribunal, luego de considerar que «la misma se encuentra ajustada a derecho»<sup>8</sup> aduciendo similares argumentos a los expuestos por la Fiscalía.

Finalmente, el representante del Ministerio Público pidió se confirme la decisión impugnada y, en consecuencia, se conceda el recurso de apelación. Como un argumento «al margen», afirma que el debate sobre la incorporación de las decisiones judiciales adoptadas por la Corte Constitucional y por el Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, es irrelevante, pues podrán ser empleadas por el defensor en los alegatos finales.

### Decisión de reposición

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, se mantuvo en la decisión adoptada, luego de considerar lo siguiente.

Con relación al testimonio de Ramón de Jesús Jaller Dumar, el A quo señaló que el defensor, al momento de presentar la solicitud probatoria, se limitó a señalar que era pertinente «porque fue magistrado ponente en el caso en donde se investigaba a

su representado disciplinariamente»<sup>9</sup>, entendiendo entonces que el testigo se referiría a las razones por las cuales adoptó la decisión absolutoria en el proceso disciplinario adelantado en contra del acusado, lo que resulta a todas luces impertinente.

En lo atiente a las declaraciones de Rosmery Martínez Humanes y Roberto Carlos Mendoza Reyes, el Tribunal señaló que solo en la sustentación de los recursos interpuestos, el defensor argumentó con claridad las razones de pertinencia, conducencia y utilidad de tales medios de prueba, sin embargo, tales alegatos ya no pueden ser tenidos en cuenta por cuanto «los recursos no pueden ser momento para enmendar las omisiones que se hicieron en la solicitud probatorias<sup>10</sup>»

Al referirse a las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, las cuales pretende el defensor su incorporación al juicio, el A quo manifestó que, de conformidad con la jurisprudencia nacional, los precedentes jurisprudenciales no se pueden constituir en medios de prueba; sin embargo, ello no es óbice para que el abogado los emplee en las «alegaciones finales».

Por último, y con relación a la demanda de tutela y a la contestación que diere el PAR Telecom, el Tribunal aseveró que, una vez surtido el descubrimiento probatorio, el ente investigador solicitó la introducción al juicio de toda la actuación, documentales que fueron admitidas. Luego entonces, si los documentos que conforman la actuación procesal surtida dentro de la acción de tutela no se encuentran completos, el defensor debió hacer la observación al descubrimiento probatorio en el momento procesal oportuno, sin embargo, guardó silencio a este respecto.

## CONSIDERACIONES

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para desatar el recurso

de apelación interpuesto por el defensor contra el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Montería inadmitió la práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa.

El objeto de prueba en los procesos penales está constituido por los hechos con relevancia jurídica. Así, el artículo 372 de la Ley 906 de 2004, define el tema en los siguientes términos: «Las pruebas tienen por fin 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.»

En tratándose del delito de Prevaricato por acción tipificado en el artículo 413 de la ley 599 de 2000, el tema de prueba se circunscribe a determinar si la resolución, dictamen o concepto es contraria a la ley de manera manifiesta. Dicho en otros términos, habrá de establecerse si la decisión que se califica de prevaricadora carece de reflexión o, si con algún tipo de razonamiento, ofrece conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o la normatividad que debe regir el asunto, al punto que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.<sup>11</sup>

Dicho lo anterior, a continuación la Corte analizará cada una de las pruebas que fueron inadmitidas por el A quo y de las cuales pretende el defensor su práctica en la audiencia del juicio oral, a fin de establecer su admisibilidad.

## 1. De la prueba testimonial

### a. Testimonio de Ramón de Jesús Jaller Dumar

En el curso de la audiencia preparatoria, la defensa solicitó la práctica del testimonio de Ramón de Jesús Jaller Dumar, en su calidad de magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, respecto del cual argumentó lo siguiente:

... es pertinente por cuanto guarda relación directa con los hechos materia de investigación dado a que este fue el magistrado ponente en el caso en el cual se investigaba disciplinariamente a mi representado por las conductas asumidas en la decisión de tutela que hoy se cuestiona por parte de la fiscalía, y que fue el magistrado ponente para finalmente también dictar una sentencia absolutoria por considerarse que mi representado no actuó de forma arbitraria, que tiene un mínimo de argumentación jurídica su sentencia, que acudió o respetó directrices sobre casos similares adoptados por un órgano superior como lo es el Tribunal Superior de Montería entre otros despachos, de manera que es útil para demostrar la inocencia, o más bien, reafirmar la inocencia que hasta el momento se presume de mi representado. Conducente para determinar que efectivamente la conducta desplegada por este no fue constitutiva de delito de prevaricato, y además porque con él se pretende incorporar como testigo de acreditación la decisión de fecha 22 de octubre de 2014 proferida por el Honorable Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba bajo el radicado interno No. 2011 01150 siendo magistrado ponente casualmente el doctor Ramón de Jesús Jaller Dumar, decisión ésta en la cual se absuelve disciplinariamente a mi representado luego de haberse realizado un estudio exhaustivo, amplio, pormenorizado de la sentencia proferida por mi cliente hoy cuestionada en este proceso y determinarse de que su actuar no fue arbitrario, que fue argumentado jurídicamente, no obstante a que de pronto no haya sido un criterio acogido por un órgano superior.<sup>12</sup>

La Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, admitió el testimonio del doctor Ramón de Jesús Jaller Dumar exclusivamente como testigo de acreditación, para incorporar al juicio la sentencia absolutoria proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo

Seccional de la Judicatura de Córdoba el 22 de octubre de 2014<sup>13</sup>, luego de considerar que no podía admitirse la prueba si se ofreciera como un testigo experto en derecho.

El defensor, al momento de sustentar el recurso de apelación, señaló que, contrario a lo expresado por el A quo, en momento alguno solicitó el testimonio del doctor Ramón de Jesús Jaller Dumar como «testigo experto», a fin de que estableciera si la decisión proferida por el acusado fue o no emitida conforme a derecho; sino para que se refiriera a las circunstancias por él percibidas, por cuanto en su calidad de magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, tuvo a cargo la ponencia de la sentencia absolutoria proferida a favor de MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS en el proceso que allá se adelantó por los mismos sucesos por los cuales fue acusado.

Pues bien, resultan evidentes las profundas inconsistencias argumentales en las que incurre el defensor, no solo al presentar la solicitud probatoria sino también al sustentar el recurso de apelación contra la decisión que la negó. Lo anterior, por cuanto, en primer lugar, insiste en que hay una relación entre los hechos que deben probarse y el medio de prueba solicitado, nexo que es a todas luces inexistente, pues el magistrado Ramón de Jesús Jaller Dumar no presencié las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el procesado dictó el fallo de tutela cuestionado, por lo que, contrario a lo manifestado por él, dicho funcionario judicial no percibió los hechos que aquí se investigan.

En segundo lugar, el defensor desvía el objeto del debate dirigiéndolo por sendas equivocadas, pues si bien el funcionario Ramón de Jesús Jaller Dumar, en estricto cumplimiento de las funciones jurisdiccionales que le vienen atribuidas como magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Córdoba, se encargó de sustanciar la sentencia absolutoria proferida a favor de MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS de fecha 22 de octubre de 2014, en proceso disciplinario que se

adelantó en contra de aquél, ello no lo autoriza para que conceptúe sobre si la decisión de tutela cuestionada es contraria a derecho o no.

Ahora bien, dijo el defensor que el testimonio del magistrado Ramón de Jesús Jaller Dumar era «conducente para determinar que efectivamente la conducta desplegada por este no fue constitutiva de delito de prevaricato...», afirmación que resulta reveladora de que el propósito que con él se persigue es que valore la prueba de unos hechos que tuvieron ocurrencia para, a partir de esa valoración, señalar que no constituyen delito, lo que ni más ni menos corresponde a conceptuar sobre la configuración del tipo tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo; ejercicio que le corresponde de manera exclusiva al juzgador.

Desde esa perspectiva, la pretensión final del defensor se encamina a la designación de una especie de perito que anteponga su criterio jurídico al de los jueces penales y conceptúe acerca de la configuración o no del delito de Prevaricato por acción, lo que resulta ser a todas luces improcedente, pues ello implicaría delegar en un testigo la función jurisdiccional propia de los jueces en el marco de su competencia funcional.

En conclusión, como quiera que no existe ninguna relación entre el medio de prueba y los hechos que deben probarse, el testimonio solicitado es impertinente y, por lo tanto, inadmisibile.

Finalmente, a manera de glosa, la Sala considera que fue un desacierto del Tribunal admitir el testimonio del funcionario Ramón de Jesús Jaller Dumar como testigo de acreditación, para introducir la sentencia absolutoria de fecha 22 de octubre de 2014, proferida a favor del hoy acusado en el proceso disciplinario adelantado en su contra, por cuanto las decisiones judiciales son documentos públicos cuya autenticidad se presume de acuerdo con el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, por lo que pueden ser incorporados por uno de los investigadores que participó en el caso o por el que lo recolectó

o lo recibió, conforme lo dispone el artículo 429 ibídem modificado por el 63 de la Ley 1453 de 2011<sup>14</sup>. Sin embargo, como quiera que ello no fue objeto de impugnación, en virtud del principio de limitación, ninguna decisión al respecto se adoptará.

#### b. Testimonios de Rosmery Martínez Humanes y Roberto Carlos Mendoza Reyes

El defensor solicitó la recepción de las testificales de Rosmery Martínez Humanes y de Roberto Carlos Mendoza Reyes, quienes para la época de los hechos fungían como secretaria y sustanciador del Juzgado Promiscuo de Familia de Sahagún, respectivamente; medios probatorios que fueron admitidos por el Tribunal exclusivamente como testigos de acreditación a fin de incorporar al juicio oral algunos documentos, estándoles vedado referirse a si la decisión adoptada por el acusado era o no contraria a derecho, pues en ese caso actuarían como peritos, lo cual es inconducente de conformidad con las normas procesales.

Al momento de sustentar el recurso de apelación, el defensor señaló que en momento alguno solicitó tales probanzas como “testigos técnicos”; en su lugar, asegura que fincó la pertinencia y la utilidad de ellas en el hecho de que en su calidad de empleados del despacho, pudieron conocer de manera directa las circunstancias antecedentes al proferimiento de la sentencia que se acusa de prevaricadora, pues el juez MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS discutió con ellos el proyecto de decisión. Este supuesto fáctico resultaría relevante pues daría cuenta sobre la ausencia del dolo en el comportamiento del acusado.

Pues bien, a fin de resolver el problema jurídico planteado, para la Corte resulta imprescindible conocer los argumentos esgrimidos por el defensor al momento de solicitar dichos medios de prueba. En primer lugar, al referirse al testimonio de Rosmery Martínez Humanes manifestó:

Igualmente esta prueba es útil, conducente, pertinente y admisible, a la luz del

artículo 376, pues tiene relación directa con los hechos en razón de que hace parte del equipo de trabajo del juzgado con el cual el juez socializa la postura, el análisis del caso, para a partir de allí, con una decisión ajustada a derecho según su criterio jurídico.

Tuvo contacto con el proceso de tutela hoy cuestionado, es decir, esta declaración será relacionada con los hechos, es conducente porque con ella se puede demostrar cuál fue el proyecto de criterio, cuál fue el análisis previo a la decisión final realizada por mi pupilo, a efectos de establecer así entonces, si la decisión fue caprichosa, arbitraria, burda, desprovista de cualquier análisis jurídico, o si por el contrario hubo una mínima argumentación jurídica ajustada a algunos lineamientos jurisprudenciales que para el momento se venían trayendo por parte de Tribunales constituyendo ello órganos de superior jerarquía, y precedentes jurisprudenciales.

(...).

Luego, entonces, la declaración de la señora Rosmery es útil, pertinente y conducente para los fines de esta defensa, pues guarda relación directa con los hechos, hace parte del equipo de trabajo del doctor Miguel Francisco Burgos Iglesias, hizo parte del equipo de trabajo del doctor Miguel Francisco Burgos Iglesias cuando se dio la decisión hoy cuestionada, es admisible, no tiene alguna circunstancia según la norma que impida su admisibilidad dentro de este proceso penal y con ello se podrá demostrar entonces la buena fe de mi representado, los criterios adoptados, que su decisión no fue arbitraria, burda, desprovista de cualquier argumentación jurídica, si no por el contrario, una mínima argumentación exigida en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para estudio del delito de prevaricato aquí se encuentra en esta sentencia hoy cuestionada y que por ello no habrá lugar a determinar la existencia del delito.<sup>15</sup>

Al efecto, surge imperioso precisar que, contrario a lo manifestado por el A quo, la defensa nunca petitionó la declaración de Rosmery Martínez Humanes como

experta jurídica, pues con claridad manifestó que la relación entre el medio de prueba y los hechos materia de juzgamiento consiste en que aquélla, en su calidad de secretaria del Juzgado Promiscuo de Familia de Sahagún, conoció el análisis jurídico que del caso realizó el acusado con anterioridad a la emisión del fallo de tutela hoy cuestionado, por lo que su testimonio versará sobre circunstancias que ella pudo percibir directamente y que pueden resultar relevantes a fin de establecer la tipicidad de la conducta.

De otra parte, en relación con el testimonio de Roberto Carlos Mendoza Reyes, si bien el profesional del derecho manifestó que la declaración del testigo versaría sobre la argumentación jurídica utilizada por su representado en su decisión, lo que resulta abiertamente inadmisibile; no es menos cierto que en algunos apartes señaló que el juez le dio a conocer a aquel empleado el proyecto del referido fallo de tutela. Así lo manifestó el defensor:

El testimonio de este señor es pertinente en razón de que para la época de los hechos se encontraba laborando en el Juzgado Promiscuo de Familia de la ciudad de Sahagún-Córdoba. La declaración que dará versará sobre la argumentación, el proyecto de argumentación y el análisis del caso realizado por el señor Miguel Francisco Burgos Iglesias en calidad de juez<sup>16</sup>.

Y más adelante señaló:

Es útil porque casualmente esta sentencia fueron los antecedentes analizados por mi representado al momento de realizar su proyecto de fallo de la tutela hoy cuestionada, socializada con el señor Roberto Carlos Mendoza, quien para en ese entonces fungía en calidad de sustanciador del despacho Juzgado Promiscuo de Familia<sup>17</sup>.

Lo anterior revela que, Roberto Carlos Mendoza Reyes y Rosmery Martínez Humanes

percibieron directamente algunas circunstancias de modo, tiempo y lugar que antecedieron al proferimiento del fallo de tutela cuestionado, como quiera que, se itera, el acusado dio a conocer su postura jurídica y/o el proyecto de la decisión con ellos, lo que evidentemente tiene relación con el tema de prueba pues con dichos medios de conocimiento el defensor pretende demostrar que no existió una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico, lo que, además de pertinente, resulta útil al debate probatorio. Obviamente, a los declarantes no les será dable realizar análisis jurídicos sobre la argumentación de la decisión tantas veces referida, pues no se decretan, ni podría hacerse, como testigos expertos en derecho.

Procede así, la revocatoria de la decisión adoptada en cuanto a los testimonios de Rosmery Martínez Humanes y Roberto Carlos Mendoza Reyes, en la forma como aquí ha sido expuesto.

## 1. De la prueba documental

### a. Providencias de la Corte Constitucional CC A-124/09, CC A-280/09 y CC C-836/01.

El defensor, en lo que considera la Corte es un argumento confuso, impreciso y por demás errado, afirma que con la introducción de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional CC A-124/09, CC A-280/09 y CC C-836/01 al juicio oral, pretende demostrar la ausencia del tipo subjetivo del delito de Prevaricato por acción, por el cual fue acusado su representado. Esto dijo el defensor:

Entonces lo que se pretende demostrar con esta prueba no es que se siguió un

precedente jurisprudencial como tal, sino el aspecto subjetivo en el actuar de buena fe y así se argumentó en la solicitud de prueba; que es una de las circunstancias que se van a debatir en este tipo de procesos, porque este tipo de procesos no se va a tratar solamente de decir la sentencia no era como el juez la dictó, y que un tribunal superior la revocó, y más si fue un órgano de cierre, sino mirar cuál fue el proceder del juez, donde se infiera los elementos subjetivos y se pueda determinar la existencia de la comisión de una conducta punible.<sup>18</sup>

Y sigue diciendo:

No se solicita para decir es que mi poderdante, la sentencia de mi poderdante fue adecuada o no, sino con la finalidad de demostrar el elemento subjetivo de la buena fe, casualmente por ser anterior a la fecha de la providencia, para demostrar que mi representado no hizo una sentencia en forma caprichosa, y corroboró, no se cita con la finalidad estricta de tenerla como precedente jurisprudencial para asegurar que la providencia de mi cliente fue acertada, sino para decir que mi cliente actuó de buena fe, respondiendo a lineamientos de superiores<sup>19</sup>.

Pues bien, tal y como lo ha decantado esta Corporación, el precedente judicial no hace parte del tema de prueba. Si éste se encuentra delimitado por la acusación y por las alternativas de orden fáctico que proponga la defensa, no existen razones aceptables para concluir que los pronunciamientos de los tribunales de cierre hacen parte de las teorías estructuradas por las partes frente a los hechos, pues el precedente hace parte del cuerpo normativo aplicable al caso, según las reglas establecidas por la jurisprudencia.

En un caso que presenta una marcada analogía fáctica con el asunto que ahora nos convoca, esta Corporación había resaltado que constituye un «error mayúsculo» incluir el precedente judicial en el tema de prueba, precisamente porque las sentencias de

la Corte Constitucional y de los tribunales de cierre en la justicia ordinaria, «no son simples criterios auxiliares de la actividad judicial, sino que por el contrario se integran al postulado del imperio de la ley y tienen fuerza vinculante» (CSJ AP, 12 May 2010, Rad. 33420).

En conclusión, el argumento que reiteradamente fue expuesto por el recurrente resulta inane, por lo que sobran mayores consideraciones en orden a su desestimación.

a. Demanda de tutela instaurada contra el PAR Telecom y la contestación de la misma

Sea lo primero decir que en la audiencia preparatoria el representante de la Fiscalía General de la Nación solicitó, como prueba documental, las copias auténticas del proceso de tutela 2009-00043 promovido por Norma Constanza Díaz y otros contra el PAR Telecom<sup>20</sup>, documentales que fueron admitidas por el Tribunal<sup>21</sup>; y, a su vez, el defensor solicitó la incorporación al juicio de la demanda de tutela<sup>22</sup> y la contestación rendida por la entidad accionada<sup>23</sup>, lo que significa que se tratan de pruebas conjuntas, motivo por el cual, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, a la defensa se le exige una comprobación de pertinencia, conducencia y utilidad con argumentos diferentes a los presentados por la contraparte.

Lo anterior, porque como distinto es el rol que cumplen la parte acusadora y la defensa, 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 sin ningún argumento, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez de conocimiento -deber que también le incumbe a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo ésta es idónea para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el

caso, según el interés que se defienda<sup>24</sup>.

Dentro del presente asunto, ningún razonamiento de pertinencia, conducencia y utilidad diferente elaboró el defensor para justificar la práctica común de la prueba documental también solicitada por la Fiscalía, pues, al momento de solicitar la introducción de la demanda de tutela manifestó que es: «pertinente en razón de que guarda relación estricta con los hechos objeto de estudio pues fue punto de partida la demanda de tutela para determinar una decisión final como la adoptada por mi representado<sup>25</sup>», y al referirse a la contestación rendida por el PAR Telecom señaló: «es útil porque se podría incorporar por medio de este testigo la inferencia argumentativa de los descargos rendidos por el PAR Telecom, y cuál fue el camino de partida de parte del señor juez MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS para adoptar una decisión conforme a los planteamientos de cada uno de los extremos<sup>26</sup>».

Tales argumentos coinciden con los expuestos por el representante de la Fiscalía, quien al solicitar las mismas pruebas documentales, al referirse a su pertinencia, conducencia y utilidad aseveró: «...dado que fue en ese proceso en el que el acusado MIGUEL FRANCISCO BURGOS IGLESIAS, como Juez Promiscuo de Familia de Sahagún, y actuando como juez constitucional de segunda instancia, profirió la decisión que la fiscalía por considerarla contraria al ordenamiento jurídico presentó la acusación objeto de esta acusación. Es de gran utilidad conocer los antecedentes de esa decisión, conocer qué se solicitó en la demanda de tutela, conocer las razones y la sustentación de esa razones que tuvo el accionado para oponerse a esa acción, el sustento y lo decidido por el juez constitucional de primera instancia y por supuesto las razones y lo decidido por el acusado como juez constitucional de segunda instancia, la expresada prueba documental a que se ha hecho referencia es admisible al tenor del artículo 376 del C.P.<sup>27</sup>». Por tanto, las pruebas documentales solicitadas por la defensa resultan inadmisibles.

Ahora bien, cierto es que el A quo, al momento de emitir el proveído, omitió referirse a las documentales ahora analizadas<sup>28</sup>, sin embargo, al momento de resolver el recurso de reposición, aseguró que se trataban de pruebas conjuntas que fueron admitidas por solicitud que hiciera la fiscalía y que si se encontraban incompletas, así lo debió manifestar el defensor en el momento procesal oportuno, dejando fenecer tal oportunidad, debiéndose recordar que el auto impugnado y el que resuelve el recurso de reposición conforman una unidad inescindible.

## Conclusión

Se revocará parcialmente el auto proferido el 2 de febrero de 2016 por el Tribunal Superior de Montería, con el objeto de decretar la práctica de los testimonios de Rosmery Martínez Humanes y Roberto Carlos Mendoza Reyes. En lo demás, se confirmará dicha providencia.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

## RESUELVE

Primero: Revocar parcialmente el auto proferido el 2 de febrero de 2016 por el Tribunal Superior de Montería, con el objeto de decretar la práctica de los testimonios de Rosmery Martínez Humanes y Roberto Carlos Mendoza Reyes, solicitados por la defensa.

Segundo: Confirmar en lo demás, la providencia objeto de apelación.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Carlos Mauricio Osorio Ruiz, Heberto López Machado, Armando Bello Pico, Haidy Danith Vargas, Saabi Arena Moreno, Gerardo Alirio Ipia Narvaez, José Luis Cuadros, Clarivel Arias Gaviria, Fredy Arnul Díaz Claros, Eucardo Vinicio Hurtado Urbano, Fredy Habit Cocabelo Candia, Zulmary Pabón Rodríguez, María Jesús Cifuentes Yague, Andrés Felipe Cruz Herazo y Álvaro Eugenio Posso Bedoya.

2 A record 17:13

3 A record 26:59

4 A record 34:38

5 A record 35:07

6 A record 37:29

7 A record 42:17

8 A record 1:10:54

9 A record 1:19:48

10 A record 1:22:15

11 CSJ SP, 17 jun. 2009, Rad. 30748.

12 A record 35:07

13 A record 20:43

14 CSJ AP5233, 3 sept. 2014, Rad. 41908.

15 A record 26:59

16 A record 18:12

17 A record 21:03

18 A record 49:39

19 A record 51:58

20 A record 9:38

21 A record 03:03

22 A record 25:23

23 A record 23:55

24 Ver CSJ SP6361-2014

25 A record 25:39

26 A record 24:24

27 A record 11:41

28 A record 22:25. El tribunal al resolver sobre las pruebas coincidentes se refirió específicamente a las decisiones de tutela proferidas en primera y segunda instancias, las cuales el defensor también pretendía incorporar con el testimonio del juez acusado, y sobre las cuales el Tribunal resolvió que se podrían incorporar, siempre que existiese un «elemento que no concuerde».