

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP4185-2016

Radicación n° 47508

(Aprobado Acta n.º 194)

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016)

I. ASUNTO

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el fiscal delegado contra el auto del 26 de enero del cursante año, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (Cauca), mediante el cual decidió la solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria, dentro del proceso que se le adelanta al doctor HUGO ALEXANDER DIAGO URRUTIA por el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, en su condición de Juez Penal Municipal con funciones de control de garantías.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El fiscal primero delegado ante el Tribunal Superior de Popayán presentó escrito de acusación en contra del doctor HUGO ALEXANDER DIAGO URRUTIA, el cual se formalizó en la correspondiente audiencia celebrada el 18 de febrero de 2015 ante la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo distrito judicial.

2. La situación fáctica que originó la acusación en contra del doctor DIAGO URRUTIA, en su condición de juez penal municipal con función de control de garantías, se contrae a su actuación en el proceso n.º 190016107397200781385, seguido en contra de Leonardo Edilberto Ortega Imbachí por el delito de hurto agravado y calificado, dentro del cual, a solicitud de la defensa, en audiencia realizada el 3 de diciembre de 2009, revocó la medida de aseguramiento privativa de la libertad que días atrás le había sido impuesta a Ortega Imbachí.

Inconforme con la providencia dictada en audiencia, el fiscal local interpuso el recurso de apelación que fue decidido por el Juez 5 Penal del Circuito de Popayán, quien, además de revocar el proveído recurrido, compulsó copias penales y disciplinarias para que se adelantaran las correspondientes investigaciones en contra del juez HUGO ALEXANDER DIAGO URRUTIA.

3. El anterior marco factual, fue adecuado por el Fiscal Delegado en la descripción típica del artículo 413 del Código Penal, denominada prevaricato por acción, por cuanto, considera el ente investigador, que el juez (i) vulneró el artículo 318 de la Ley 906 de 2004 al revocar la medida de aseguramiento impuesta sin contar con elementos materiales probatorios sobrevinientes que permitieran inferir la desaparición de los requisitos previstos en el artículo 308 ibídem; de la misma manera, (ii) se apartó de la ley al modificar los límites punitivos del delito de hurto calificado y agravado, teniendo como fundamento un escrito indemnizatorio a partir del cual concedió la rebaja prevista en el artículo 269 del Código Penal, cuando esta dosificación corresponde al juez de conocimiento.

4. La audiencia preparatoria se inició el 26 de enero del presente año, oportunidad en la cual el Tribunal se pronunció sobre el decreto de las pruebas que se traerán al juicio oral y negó una testimonial solicitada por el representante del ente acusador, consistente en la declaración del fiscal CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ. Contra esta decisión la Fiscalía interpuso los recursos de reposición y apelación. Negado el primero, se concedió el segundo.

III. LA DECISIÓN APELADA

El Tribunal Superior de Popayán decretó la práctica de las pruebas solicitadas por el Fiscal, excepto el testimonio del fiscal local de Santander de Quilichao, Carlos Julio Ñañez Martínez, por considerar que no es útil para el esclarecimiento de los hechos, toda vez que su intervención en la audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento, donde el juez acusado profirió la decisión catalogada de ilegal, se introducirá al juicio a través del audio, consiguiéndose conocer cuáles fueron sus argumentos, tanto para oponerse a la revocatoria de la medida cautelar restrictiva de la libertad de Leonardo Edilberto Ortega Imbachí, como aquéllos que esbozó durante la oportunidad para sustentar el recurso de apelación interpuesto.

Al resolver el recurso de reposición, mantuvo el A quo su decisión, en el entendido que el apelante adicionó la sustentación de la necesidad de escuchar a esta persona en declaración, motivo por el cual, la postura de la Sala no varió, en cuanto se discurrió sólo con las razones expuestas oportunamente.

IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El fiscal se muestra en desacuerdo con el Tribunal, por cuanto considera que la sustentación que realizó dentro del término oportuno, sobre la pertinencia y utilidad del testimonio de CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ, fue completa al

informar que esta persona declararía sobre las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a la audiencia realizada el 3 de diciembre de 2009, cuando el juez de garantías ahora investigado, emitió la decisión que se cuestiona.

Acorde con esto, critica que el Tribunal limite la utilidad de esta prueba, a los argumentos que Ñañez Martínez expuso durante la sustentación del recurso de apelación, los cuales efectivamente se conocerán a través del registro auditivo de la audiencia; sin embargo, este aspecto es sólo un segmento de lo que depondrá este testigo en el juicio oral.

Solicita a esta Corporación, revocar la negativa a escuchar en declaración a CARLOS JULIO ÑAÑEZ MARTÍNEZ, para en su lugar, disponer la práctica de esta prueba.

V. PLANTEAMIENTOS DE LOS NO RECURRENTES

1. El defensor solicita confirmar la decisión recurrida, porque, considera, que el fiscal durante la oportunidad para sustentar los recursos, adicionó la pretensión inicial acudiendo a argumentos nuevos que no fueron expuestos a tiempo.
2. El Ministerio Público coincide con el apoderado del acusado, en solicitar la ratificación de la negativa probatoria, en cuanto el fiscal dio a conocer situaciones adicionales, como aquella acerca de que el declarante informará sobre una conversación sostenida por fuera del trámite procesal con el juez de segunda instancia, situación que no deja de sorprenderlo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Corte es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto

contra el aparte del auto proferido el 26 de enero del presente año por el Tribunal Superior de Popayán, mediante el cual se negó escuchar en el juicio oral, el testimonio de Carlos Julio Ñañez Martínez, conforme a la solicitud realizada por el fiscal.

Centró el A quo, la razón de su negativa, en la falta de utilidad del testimonio, debido a que, por ser el fiscal que acudió como parte a la audiencia realizada el 3 de diciembre de 2009 donde el juez, ahora acusado, revocó una medida de aseguramiento privativa de la libertad impuesta por un homólogo suyo pocos días atrás, su intervención quedó registrada en el audio, volviéndose inútil escuchar de él nuevamente esos argumentos.

En orden a resolver la controversia planteada, esto es, si es admisible o no el testimonio de Carlos Julio Ñañez, solicitado por el fiscal, acude la Sala a la motivación por este realizada, dentro del traslado concedido para ello:

Doctor Carlos Julio Ñañez Martínez, identificado..., actualmente fiscal local de la URI de Santander de Quilichao, quien tenía a cargo la investigación contra Ortega Imbachí dentro de la cual se profirió la decisión cuestionada por el juez investigado. Quien va a declarar sobre las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores a la celebración de la audiencia de fecha 3 de diciembre de 2009 cuestionada, a través de la cual el juez investigado revocó la detención preventiva de., a lo cual se opuso y apeló, testigo que sostuvo que la decisión del juez era torcida porque él consiguió...la obra del doctor Iván González Amado, profesor de la Universidad..., encontrando en varias de sus páginas los apartes pertinentes leídos por el juez de garantías en audiencia de revocatoria ... aduciendo que ese era el texto que tenía abierto para resolver la pretensión de la defensa, empero, el juez amañadamente tergiversó lo que leyó, toda vez que en la audiencia de revocatoria,

aparecen palabras del juez leyéndolas como si fueran de autoría del mencionado tratadista, lo cual no era así porque en ninguna parte de los párrafos leídos se hace alusión al artículo 261 del C. P. que fue torcidamente por su supuesta diáfana lectura del texto mencionado. Además, omitió dar lectura a dos o tres renglones de un párrafo porque de haberlo hecho sabría que la parte dejada de leer no podría ser fundamento para la revocatoria que decretó. En otras palabras, el juez al utilizar el texto anotado le agregó cosas que no dice el autor y omitió otras que de haber leído no hubieran podido ser sustento de la revocatoria y fueron fundamento para que el juez de segunda instancia revocara la decisión impugnada y compulsara copias para que se investigara penal y disciplinariamente al juez hoy acusado, pues su decisión del 3 de diciembre de 2009 fue totalmente contraria a derecho¹.

Para ese momento, el agente del Ministerio Público interrumpió pidiendo el uso de la palabra para manifestar su inconformidad por la manera como el fiscal con la sustentación en torno a la admisibilidad del testimonio, realmente estaba contaminando al juez colegiado de conocimiento, al darle información acerca de lo que el testigo diría en el juicio. Luego de la reconvención que sobre el punto realizó el magistrado que presidía la audiencia, culminó el fiscal su solicitud, en los siguientes términos:

Este testimonio es pertinente, porque se refiere a los hechos materia de investigación, ya se sabe que es un delito. Nos permitirá la manifiesta ilegalidad de la resolución en cuestión, del 3 de diciembre de 2009 realizada con conocimiento y voluntad, transgredir el ordenamiento jurídico. Es conducente porque es prueba permitida por la ley. Útil porque nos va a permitir demostrar la responsabilidad del hoy acusado.

La Ley 906 de 2004, se encuadra dentro de una perspectiva procesal acusatoria,

regida, entre otros, por el principio adversarial, en el cual se reclama respeto integral por las posibilidades de contradicción y controversia, en el denominado «proceso de partes».

Por tanto, impone que durante la audiencia preparatoria se realice la depuración probatoria necesaria para que las partes e intervinientes conozcan las pruebas que se evacuarán en el juicio oral, bajo el respeto de los principios de publicidad, contradicción e inmediación.

De cara a determinar la admisibilidad, ha de tenerse en cuenta que toda prueba pertinente es admisible, salvo que (i) exista peligro de causar grave perjuicio indebido; (ii) probabilidad de que genere confusión, en lugar de mayor claridad al asunto; (iii) exhiba escasos valor probatorio, y, (iv) que sea injustamente dilatoria del procedimiento, como lo regula el artículo 376 de la normatividad en cita.

En este sentido, el artículo 375 de la mencionada ley señala que el elemento material probatorio, la evidencia física o el medio de prueba es pertinente cuando: (i) se refieren directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias; (ii) o a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado, (iii) si hace más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o, (iv) se refiere a la credibilidad de un testigo.

Bajo estos preceptos, esta Corporación ha sostenido en forma reiterada que la procedencia de la práctica de la prueba se encuentra vinculada a las exigencias de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad (CSJ AP-5785-2015. 30 sept. 2015. Radicado 46153):

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben

probarse en cada caso en particular.

(...)

Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba². Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.

A diferencia de los denominados sistemas de “prueba legal”, que se caracterizan porque el legislador establece con qué medios se puede probar un determinado hecho, o cuáles medios de prueba están prohibidos, la Ley 906 de 2004 consagra expresamente el principio de libertad probatoria.

(...)

Finalmente, “la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente” (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento.

Aplicadas las anteriores reglas al caso en concreto, considera la Sala que la práctica de la prueba que fuera negada por el juez colegiado, reúne los

presupuestos requeridos para su ordenamiento, y por tanto, los argumentos del fiscal están llamados a prosperar.

Ciertamente el fiscal expuso las razones por las cuales considera procedente escuchar la declaración de Carlos Julio Ñañez Martínez en la audiencia de juicio oral, dado que con él, dijo, contribuirá al esclarecimiento de los hechos; igualmente, se escuchó en su motivación el propósito relevante en relación con el marco fáctico contenido en la acusación, referido a dar a conocer las circunstancias que rodearon la audiencia de fecha 3 de diciembre de 2009 donde el hoy acusado adoptó la decisión cuya legalidad se discute.

Motivación suficiente para determinar su admisibilidad, en cuanto la pertinencia surge evidente, y no se limita, como erradamente lo entendió el Tribunal, a reiterar en el juicio sus argumentos para sostener la improcedencia de la revocatoria de la medida de aseguramiento que recaía en Ortega Imbachí, los cuales ingresarán al juicio a través del documento digital, sino que, al mismo tiempo, declarará sobre otras circunstancias que conoce y que antecedieron a la audiencia y otras más, que ocurrieron ulteriormente.

Por tanto, la negativa de la práctica de la prueba, no puede sustentarse en que el testigo vendrá al juicio a repetir lo que quedó plasmado en el registro técnico de la audiencia, por cuanto tal aspecto es sólo uno de los enunciados por la parte solicitante, más no el único. Además, no es válido especular acerca de lo que dirá el declarante, pues el único conocimiento que debe obtener el juez en la audiencia preparatoria, se circunscribe a la admisibilidad y utilidad de la prueba.

De otra parte, el cabal entendimiento de los principios que rigen la práctica probatoria bajo el procedimiento establecido por la Ley 906 de 2004, no admite que el juez adquiera el conocimiento acerca del delito y la responsabilidad penal del procesado, por medios diferentes a los debatidos en el juicio oral, luego, resulta inadmisibile que se le

exija a la parte que solicita el medio de prueba, exponer el conocimiento que el testigo posee y traerá al debate oral y público, nociones que, en principio parecían estar claras para el A quo, cuando requirió al representante del órgano persecutor de la acción penal, para que evitara hacer, de su pretensión probatoria, una extensa disquisición en la que se inmiscuyen aspectos propios de un alegato y de información cuya vía legítima de ingreso es el testigo, y no de quien requiere la prueba.

Entonces, si la pertinencia se orienta a la constatación directa o indirecta, de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad del procesado, tal concepto lo cumplió el fiscal cuando explicó que el testimonio de quien representó al ente acusador (Carlos Julio Ñañez) en la audiencia del 3 de diciembre de 2009, se hace necesario para que narre circunstancias relacionadas con la decisión cuestionada, ocurridas antes, durante y después de la vista. Adicionalmente, indicó que con él probará la ilegalidad del proveído cuestionado el 3 de diciembre de 2009 y el conocimiento y voluntad de transgredir el ordenamiento jurídico.

Ahora, esas circunstancias, que más adelante en sede de sustentación del recurso de reposición expuso el fiscal, son precisamente aquellas sobre las que le corresponde deponer al testigo, por haber sido quien las presencié, vivió, escuchó, o percibió por cualquier medio, luego, constituye un desacierto del juez colegiado entender que esa era la motivación que concernía dentro de la oportunidad para propugnar la petición del medio probatorio, sólo que, para el segundo momento ya era extemporánea.

En ese orden, resulta contradictorio que el juez de conocimiento requiera al fiscal para que omita soportar su pretensión probatoria utilizando excesiva información que desborda el concepto de pertinencia, para irrumpir en el terreno de lo que se ha denominado 'contaminación del juez'; no obstante, seguidamente reconozca que durante la sustentación del recurso el funcionario cumplió -a través de la provisión de detalles que pertenecen al testigo- con tal deber procesal.

Acerca del concepto de pertinencia de la prueba, señaló en pretérita oportunidad esta Corporación (CSJ AP5785-2015. 30 sept. 2015. Radicado 46153):

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.

Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará las pruebas solicitadas cuando ellas “se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código”. En la misma línea, el artículo 376 establece que “toda prueba pertinente es admisible”, salvo en los eventos consagrados en sus tres literales.

En síntesis, la sustentación de la pertinencia de la prueba testimonial, de ningún modo equivale a que la parte que demanda el medio probatorio, deba reproducir el relato de quien vendrá a declarar al juicio oral, pues esa equivocada práctica genera que el juez adquiera de manera anticipada información que pertenece al tema de prueba, y no a la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto de su decreto.

Así, se revoca la decisión de inadmitir el testimonio de Carlos Julio Ñañez Martínez, solicitado por el fiscal, para, en su lugar, disponer la recepción, acorde con lo expuesto en precedencia.

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

RESUELVE

REVOCAR el auto apelado en cuanto fue objeto de apelación. En su lugar, se decreta el testimonio de Carlos Julio Ñañez Martínez.

DEVUÉLVASE la actuación al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y Cúmplase

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Escuchar a partir del récord 34:00 del tercer audio de la audiencia preparatoria.

2 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002.