

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Eyder Patiño Cabrera

Magistrado Ponente

AP7033-2016

Radicado N° 47.921

(Aprobado acta N° 317)

Bogotá, D. C., doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Corte sobre la apelación interpuesta por la Fiscalía contra la decisión de 5 de abril de 2016, proferida por el Tribunal Superior de San Gil dentro de la audiencia de juicio oral cursando en contra del fiscal Alberto Amaya Alean, por la cual accedió a la incorporación, a través del investigador privado, de dos documentales como prueba de referencia, en razón a la muerte del testigo directo.

II. HECHOS:

De conformidad con lo expresado en el escrito de acusación, son los siguientes1:

«El día 19 de Diciembre de 2014, mediante oficio N° 185 DFNEJT-PRNMA/ f.70, suscrito por la Doctora EDITH XIOMARA ARIAS RANGEL, Fiscal 70 Especializada del Eje Temático de protección a los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, con sede en Bucaramanga, pone en conocimiento la

presunta comisión de conductas punibles contra la administración pública por parte de funcionarios activos adscritos a la Fiscalía Seccional de Cimitarra, Departamento de Santander; manifestando que adelanta una investigación bajo el radicado 110016099034201300483, por el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales, por lo que encontró en la etapa de investigación, en el resultado de las escuchas de interceptaciones que se realizaron a unos abonados celulares, que estos funcionarios omitían, retardaban procedimientos legales relacionados con los procesos penales por el tráfico ilegal de madera en la zona de cimitarra (sic) y alrededores, de delitos investigados que adelantaban en su despacho Fiscal; por lo cual se nos remitió compulsas de copias de las piezas procesales pertinentes para adelantar la investigación contra estos funcionarios, entre lo que se encuentran transcripciones y análisis de los abonados que se interceptaron, donde el Fiscal Seccional Alberto Amaya Alean y su asistente MANUEL DEMETRIO BARRAGAN VARGAS, hablaban de dinero “arreglar” libertades de capturados en flagrancia y entrega de vehículos incautados, así mismo en interrogatorios realizados a algunos de los indiciados que conforman la organización criminal; proceso que adelanta la Fiscalía 70 especializada de la unidad de Medio Ambiente de Bucaramanga. Manifiestan y se ratifican de las negociaciones que hacían con los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía en desarrollo del programa metodológico y órdenes a policía judicial tendientes a la verificación de la compulsas de copias de piezas procesales aportadas a la investigación que nos concierne, encontró:

1. En interrogatorio recepcionado al señor EDINSON TELLEZ DÍAZ, con el Alias de

“MINCHO” de fecha 31 de octubre de 2014, donde manifestó: “también hemos entregado dineros a unos señores de la Fiscalía de Cimitarra, como a los Fiscales de nombre DR. AMAYA y DR. MANUEL, quienes nos colaboraron por sacar los camiones incautados y que estaban en los patios, el dinero que entregamos es de 4 a 5 millones de pesos a estos señores, la última entrega de dinero se la hicimos al Doctor MANUEL, le dimos \$2.800.000 millones de pesos de (sic) la estación de servicio salida al municipio de Landázuri, nos ayudó a sacar un camión sencillo, este era de un man que le dicen el GRINGO, yo fui el que le hice el contacto para que hablara con el Doctor MANUEL y DR, AMAYA que como hace unos 5 o 6 meses, le dimos 5 millones de pesos, en un establecimiento de razón social denominada la TATA, personalmente le entregué el dinero para que nos sacara un camión doble troque del señor ALEXIS PINÓN, así muchas veces hemos entregado dinero a esos señores Fiscales por los vehículos inmovilizados, también sé que otros comerciantes de manera han hecho otras entregas de dinero”

De lo manifestado anteriormente, el indiciado en esa otra investigación TELLEZ DÍAZ se ratificó de la acusación referida, conforme a declaración bajo juramento de fecha 21 de mayo de 2015, argumentando que el mismo les entregada los dineros al Doctor AMAYA y DR. MANUEL. Por lo que esta Fiscalía encuentra que estos funcionarios se encuentran inmersos en concierto para delinquir y concusión, ya que según lo manifestado por el testigo se dedicaban desde hace tiempo atrás a cuadrar entrega de vehículos y libertades de capturados en flagrancia concertándose previamente con los comerciantes de maderas en diversas oportunidades y frente a diversos hechos.

1. En interrogatorio recepcionado al Señor CESAR ARIZA QUIROGA, de fecha 31 de octubre de 2014, y su ampliación de 11 de diciembre de 2014, manifestó: “bajo la gravedad de juramento quiero informar que en dos oportunidades tuve dos vehículos con madera y los conductores en la Fiscalía de Cimitarra, me entregaron los carros y

soltaros a los conductores, debido a que el Señor Fiscal AMAYA en una oportunidad exigió y recibió \$5.000.000 DE PESOS Y EN LA OTRA \$3.500.000 PESOS, ESA PLATA SE HIZO LLEGAR POR MEDIO DE Tellez, el cual es conocido por él, no me acuerdo de la fecha exacta, pero la última vez fue hace dos meses, la plata de (sic) entrega al señor fiscal se realizó en efectivo en Cimitarra, fuera de la oficina eso me lo manifestó TELLEZ, esa plata se la dí a TELLEZ en efectivo en las dos oportunidades.”

De lo manifestado anteriormente, el indicado en esa otra investigación ARIZA QUIROGA se ratificó de la acusación referida, conforme a declaración bajo juramento de fecha 21 de mayo de 2015, argumentando que mediante EDINSON TELLEZ DÍAZ alias MINCHO les entregaba los dineros al Doctor AMAYA y DR MANUEL. Por lo que esta Fiscalía encuentra que estos funcionarios se encuentran inmersos en concierto para delinquir y concusión, ya que según lo manifestado por el testigo se dedicaban desde hace tiempo atrás a cuadrar entregas de vehículos y libertades de capturados en flagrancia concertándose previamente con los comerciales de madera y en diversas oportunidades y frente a diversos hechos.

Así mismo mediante entrevista realizada por policía judicial SIJIN el patrullero ALEJANDRO BRAVO PEDRAZA, al señor CESAR ARIZA QUIROGA se estableció la relación contractual de éste con SERJULIO TOLOZA y ANDERSON ENRIQUE ROJAS MUNEVAR para manejar camiones de su propiedad y que fueran incautados con madera ilícita, lo que brinda mayor credibilidad a las incriminaciones hechas.

1. En interrogatorio recepcionado al señor CARLOS ANIBAL SANTOS, de fecha 13 de noviembre de 2014, indicó, “que cuando les cogen algún carro con madera, estas personas tienen sus amistades para hablar con el Fiscal AMAYA para que este les colabore a cambio dinero, esto lo sé porque me lo contaba MINCHO (EDINSON TELLEZ), también

me contó un conductor de JORGE uno que le dicen TELETUVI, (sic) él se llama JHON FREDDY BAÑOS»

Más adelante el escrito de acusación² expresa que también se extraen hechos de la transcripción de las interceptaciones, de donde se sabe que el fiscal Amaya Alean y su asistente se comunicaban con los comerciantes de madera para solicitar dinero para entregar carros incautados, liberar conductores capturados y no solicitar medida de aseguramiento.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Con fundamento en lo narrado, el 11 de febrero de 2015 se imputó al fiscal Alberto Amaya Alean las conductas punibles de concierto para delinquir (Artículo 340 Código Penal) a título de autor, en concurso heterogéneo sucesivo con concusión (Canon 404 ibidem) como coautor, prevaricato por acción y por omisión (Preceptos 413 y 414 ídem, respectivamente), ambos como autor; las tres últimas cada una en concurso homogéneo y sucesivo³. En la misma audiencia se impuso medida de aseguramiento domiciliaria al funcionario imputado.

2. El 16 de junio de 2015 se llevó a cabo la audiencia de acusación; entre el 15 de septiembre y el 6 de octubre de la misma anualidad se surtió la preparatoria; el juicio oral tuvo su inicio el 9 de noviembre de 2015 y luego de múltiples aplazamientos continuó el 4 de abril de 2016; el 5 del mismo mes y año, se profirió la decisión que originó la alzada que se resuelve.

3. En la última sesión indicada, durante el testimonio del investigador privado de la defensa José Fernando Rodríguez, el abogado del acusado solicitó permiso al magistrado para exhibir al testigo el certificado de defunción de Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo, (testigo decretado en favor de la defensa en la preparatoria) y la entrevista realizada al mismo fallecido.

El magistrado no permitió que ello se verificara aduciendo que previamente a hacerlo debía aceptarse tales documentos como prueba de referencia.

Concluida en lo posible la declaración que se adelantaba, la defensa insistió en la introducción de los aludidos documentos, mencionando que constituyen una de las excepciones contempladas en el artículo 438 literal d) del Código de Procedimiento Penal, para que sean tenidos como prueba de referencia admisible.

El Tribunal corrió traslado de la petición al Ente acusador quien se opuso a la incorporación y al Ministerio Público que se expresó de acuerdo con el pedido de la defensa luego de lo cual, adoptó la decisión cuestionada.

IV. LA DECISIÓN APELADA

El a-quo el 5 de abril de 2016, autorizó la incorporación de una entrevista y el certificado de defunción de un testigo, con fundamento en las siguientes razones:

En la audiencia preparatoria la defensa solicitó y se decretó el testimonio de Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo, por tanto se debe entender que para aquella data se desconocía su fallecimiento, lo cual es aceptado en aplicación del principio de la buena fe.

José Fernando Rodríguez -investigador privado- manifestó en su declaración, que sólo se enteró del deceso de Franklin de Jesús Rodríguez a mediados de octubre de 2015, es decir, después de surtida la vista que prepara el juicio oral, sesión que tuvo lugar el 15 de septiembre de ese mismo año.

Reconoció que la banca opositora obró de buena fe al solicitar la testimonial de una persona muerta, sin dejar de mencionar que no existe en la actuación, elemento que demuestre que sí tenía ese conocimiento; además está verificada la muerte del testigo.

Concluyó: «Se decreta como prueba de referencia la entrevista practicada por el investigador de la defensa señor José Fernando Rodríguez al señor o testigo Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo y así mismo el certificado de defunción del mismo y así hacer procedente la admisión excepcional de la prueba de referencia»⁴.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La Fiscalía interpuso recurso de apelación que sustentó afirmando que la muerte del testigo sucedió dos meses antes de la audiencia preparatoria, pues lo primero acaeció el 15 de julio y la segunda el 15 de septiembre de 2015.

Siendo el proceso adversarial un juicio de partes, cada una debe velar por sus testigos, de suerte que la defensa debía conocer lo ocurrido con el suyo, más cuando José Fernando Rodríguez -investigador- adujo que la muerte de Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo fue un hecho notorio en Cimitarra, una población pequeña, donde sucedieron los hechos que se juzgan en el proceso y también reside el otro acusado, esto es Manuel Demetrio Barragán, lo que le permite concluir que a la defensa incumbía haberse enterado previamente del fallecimiento de su testigo.

Como normas que regulan el problema jurídico planteado invoca el contenido del artículo 344 que consagra excepcional el decreto de prueba en el juicio oral cuando sea trascendental y siempre que no se hubiere omitido su descubrimiento por causa imputable a la parte que la solicita.

Señala el Ente Acusador, que lo procedente es rechazar los elementos (Canon 346 de la Ley 906 de 2004) porque no hay excusa para que la defensa desconociera la muerte del testigo que ocurrió dos meses antes de la audiencia preparatoria. Agrega que el caso no está dentro de los parámetros del artículo 438

literal d), insistiendo en que es culpa exclusiva de la defensa el haber omitido reportar el fallecimiento de su declarante para que se tuviera como “prueba de referencia” la entrevista de Franklin Rodríguez Jaramillo.

VI. NO RECURRENTES

1. El defensor pidió mantener la decisión porque la misma se adapta a lo establecido en los postulados del 437 y 438 del Estatuto Procedimental aplicable.

Se aparta de lo expuesto por el Fiscal, quien incurrió en yerros, pues afirmó que Manuel Demetrio Barragan tiene su domicilio en Cimitarra lo cual no es cierto, ya que el coasusado reside en Girón.

En relación con la ausencia de descubrimiento alegado por el fiscal, afirmó que ese sujeto procesal no se pronunció en la audiencia preparatoria sobre vulneración al mismo pidiendo la aplicación del artículo 346; si ello fuere así, el Ente Acusador debió manifestarlo en la vista pertinente y no en el juicio oral.

De otra parte, si la Fiscalía conocía que el testigo había fallecido, ya que tiene jurisdicción y fiscales en Cimitarra, ha debido decirlo en la preparatoria y si lo sabía y no lo dijo, actuó de forma desleal.

Agregó que es más fácil para la defensa acudir a una prueba de referencia que pedir la declaración de un testigo, entonces no se justifica que conociendo el deceso del testigo no lo hubiera expresado.

Finalmente, adujo, está demostrado que el investigador de la defensa sólo se enteró del fallecimiento del testigo después de la audiencia preparatoria por tanto, hay condiciones para admitir la prueba de referencia debiéndose confirmar la decisión.

2. La agente del Ministerio Público expresó que no tiene comentario sobre la decisión del Tribunal, pero afirmó que cuando la defensa dio la orden de entrevistar al testigo éste estaba vivo al punto de haberse cumplido el mandato, por lo mismo, la buena fe de esa parte procesal no está empañada, ya que al momento de solicitar el testimonio en la preparatoria desconocía ese deceso. Pide la confirmación de la decisión.

CONSIDERACIONES:

1. Competencia

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

1. Problema Jurídico

Teniendo como fundamento el tema de disenso corresponde dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente decretar como prueba de referencia, en el juicio oral, la entrevista y certificado de defunción de un testigo cuya declaración fue previamente decretada en la audiencia preparatoria?

1. La Prueba de Referencia

La Ley 906 de 2004 introdujo dentro de su normativa el Artículo 437 según el cual:

«Art. 437.- 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 de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio».

Frente a la definición que trae la normativa procedimental aplicable sobre prueba de referencia, esta Corporación tiene dicho: (CSJ AP8611 - 2014 Rad. 34131)

«Significa esto, conforme ha sido advertido por la Corte, Cfr. CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477), que los elementos de la prueba de referencia son i) una declaración realizada por una persona por 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 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 (como por ejemplo la tipicidad de la conducta, el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, o la naturaleza o extensión del daño causado, entre otros aspectos).

La prueba de referencia se refiere entonces, ha sido dicho (Cfr. CSJ SP 21 sep. 2011, rad. 36023), a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio,

incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero, cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.»

De otro lado, también 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, 188ª, 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 presenció 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.

1. Caso concreto.

Descendiendo al análisis del asunto particular que concita esta decisión, la Sala desde ya advierte que habrá de confirmar la providencia recurrida con fundamento en las siguientes razones jurídicas:

4.1 Durante el juicio oral, estaba declarando José Fernando Rodríguez - investigador de la defensa- con quien pretendió el apoderado del implicado introducir el certificado de defunción de Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo cuya declaración también se había decretado, así como la entrevista realizada al mismo.⁵

El magistrado al advertir que se trataba de una prueba de referencia, corrió traslado de la petición a partes e intervinientes, oponiéndose el Ente Acusador, mientras el Ministerio Público pidió se accediera a la incorporación de documentos, en aplicación del principio de buena fe.

La decisión favorable a la pretensión se sustentó en: a) En la audiencia preparatoria se admitió el testimonio; b) Está demostrado el fallecimiento del testigo; c) La defensa sólo se enteró del deceso a mediados de octubre de 2015, d) No hay prueba que demuestre que la defensa solicitó la declaración a sabiendas de la muerte del deponente.

La apelación se sustentó en que la audiencia preparatoria se surtió el 15 de septiembre de 2015⁶ en tanto la muerte del declarante había ocurrido de manera previa; además, siendo tal suceso un hecho notorio en Cimitarra, debió ser conocido por la defensa que tenía que estar al tanto de sus testigos por tramitarse el asunto por el proceso acusatorio.

4.2 Para resolver el cuestionamiento lo primero que ha de advertirse es que de los documentos solicitados como prueba de referencia únicamente la entrevista que rindiera Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo, reúne las condiciones para ser tal⁷, pues se trata de una exposición que consta por escrito, sobre el conocimiento que directamente obtuviera el declarante de hechos que contribuyen a la demostración de la teoría del caso de la defensa⁸, además, data de antes del juicio oral⁹.

Sobre el certificado de defunción, en verdad es el medio de prueba que respalda la causal para que se admita la entrevista, pues claramente, el aludido documento lo que demuestra es el fallecimiento del testigo decretado en la vista preparatoria, es decir, es el soporte de la causal invocada para la admisibilidad de la prueba de referencia.

Establecido lo anterior y conforme con los alegatos del recurrente, corresponde establecer si es viable admitir para que sea incorporada dentro de la vista pública, la entrevista que rindiera Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo, a pesar que ya había fallecido antes de la audiencia que prepara el juicio oral.

Sobre el particular se encuentra que conforme con la declaración del investigador de la defensa -José Fernando Rodríguez- solo se enteró del fallecimiento de Franklin de Jesús a mediados de octubre de 2015, a pesar de haber acaecido el mismo el 15 de julio anterior.

Evidentemente, no existe en la actuación elemento alguno que permita concluir que la defensa conocía tal suceso de manera previa, por lo que le asiste razón a la representante del Ministerio Público cuando adujo que ha de entenderse que la apoderada del implicado actuó de buena fe cuando solicitó el testimonio de una persona que había fallecido.

Por mandato del artículo 12 del Estatuto Adjetivo, las partes están en el deber de actuar con lealtad y de buena fe, de manera que es en esa forma en que debe valorarse su conducta procesal, a menos que exista prueba en contrario, pues según los principios generales del derecho¹⁰

, la buena fe se presume en tanto que lo contrario debe demostrarse.

Implica lo anterior que no existiendo evidencia alguna que acredite que la defensa conocía el fallecimiento de Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo el día en que se solicitó su testimonio para ser evacuado en el juicio oral, prevalece la presunción mencionada.

Además, como se ha indicado, la entrevista recibida al fallecido, reúne las exigencias normativas y jurisprudenciales para ser tenida como prueba de referencia.

En suma, en el asunto está demostrada la causal invocada por la defensa, así como es evidente que el elemento reúne las condiciones para que se pueda admitir excepcionalmente la prueba de referencia, lo que lleva a confirmar la decisión adoptada por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio oral adelantado en contra de

Alberto Amaya Alean.

4.3. En cuanto a los argumentos de la Fiscalía, tratándose del proceso adversarial, cada parte debe estar atenta a sus testigos y por tanto, la defensa debía conocer la muerte de Franklin de Jesús en la medida en que ella ocurrió en Cimitarra -lugar de ocurrencia de los hechos- fue un hecho notorio y es donde reside el asistente del fiscal investigado, por lo que solicita el rechazo del elemento, por vulneración al descubrimiento.

Pues bien, tal alegato no pasó de ser un argumento carente de demostración en la actuación, pues se desconoce por qué razón la muerte del testigo decretado en favor de la defensa tuvo las particularidades para que pueda ser considerado notorio y menos está probado que la defensa conociera con antelación a la audiencia preparatoria que su testigo había fallecido.

En cambio, sí hay prueba dentro de la actuación sobre la fecha en que la banca opositora tuvo noticia del deceso, pues su testigo investigador declaró, bajo la gravedad del juramento, que sólo se enteró a mediados de octubre de 2015, no quedando otro escenario diverso del juicio oral para solicitar la incorporación de la prueba de referencia.

Además, también le asiste razón a la defensa cuando adviera que si el suceso fue un hecho notorio en Cimitarra, lugar donde la Fiscalía tiene jurisdicción y funcionarios, ha debido expresarlo así en la preparatoria, puesto que conocer un hecho tal y no comunicarlo al funcionario judicial, sin duda alguna constituye una vulneración al principio de lealtad¹¹ que debe regir las actuaciones de las partes e intervinientes dentro del proceso penal.

De otro lado, tampoco le asiste razón al Fiscal cuando reclama la aplicación del rechazo¹² de los elementos materiales de prueba, pues esa sanción se aplica cuando se ha incurrido en omisión al deber de descubrimiento, siendo el estadio para

que se haga el reclamo, justamente la preparatoria¹³; pero en el caso que se estudia, lo que está verificado es que para esa data¹⁴ la defensa desconocía la muerte del testigo y por tanto no contaba con el certificado de defunción que obtuvo de forma posterior, de suerte que mal pudiera exigírsele anunciar un documento del cual carecía.

Sobre la entrevista al testigo, al revisar los audios de la audiencia mencionada, se encuentra que la defensa sí descubrió¹⁵ la entrevista realizada a Franklin de Jesús Rodríguez Jaramillo y esto fue aceptado en forma expresa por el fiscal del asunto¹⁶, lo que implica que el elemento que recoge las expresiones del testigo fallecido, cumplió el debido proceso probatorio pues fue debidamente descubierta, enunciada, solicitada y decretada, pero en la medida en que la defensa desconocía la muerte del deponente, su petición se encaminó únicamente a ser utilizada para refrescar memoria o impugnar credibilidad del declarante.

En conclusión, tal como se había anunciado, la decisión objeto de la apelación debe ser confirmada, puesto que está demostrada la causal consagrada en el artículo 438 literal d) de la Ley 906 de 2004, así como que el documento que se pide incorporar como prueba de referencia reúne las condiciones legales y jurisprudenciales para ser tenido como tal. Además, los argumentos expuestos por el recurrente no tienen respaldo en el haz probatorio obrante en la actuación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

Primero: Confirmar la decisión emitida por el Tribunal Superior de San Gil, Sala Penal, mediante la cual aceptó incorporar con el testigo José Fernando Rodríguez el certificado de defunción y la entrevista realizada a Franklin De Jesús Rodríguez Jaramillo.

Segundo: DEVOLVER la actuación en forma inmediata al Tribunal de origen, para que se continúe con el juicio oral.

Tercero: INFORMAR a las partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede ningún recurso

Notifíquese 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 Es de resaltar que los hechos son copiados tal cual están plasmados en el texto original del escrito de acusación, incluyendo las subrayas, comillas, mayúsculas y demás aspectos.

2 Es de resaltar que de los 45 folios que componen el escrito de acusación, aproximadamente 28 describen los hechos relevantes, donde incluye citas textuales de testigos y de jurisprudencia.

3 En el escrito de acusación la Fiscalía hace mención de cuatro hechos constitutivos de concusión e igual número de conductas para cada uno de los prevaricatos.

4 Cfr. Audio 5 cd de 5 de abril de 2016, de 1'46'' a 5'15''

5 Cfr. Audio 3 cd de 5 de abril de 2016 record: 29'24''

6 Resalta la sala que si bien la audiencia preparatoria comenzó en la data anunciada por la Fiscalía, lo cierto es que el descubrimiento, enunciación y solicitud probatoria se realizó el día 1 de octubre de 2015, en vista convocada para continuar la preparatoria que se había suspendido el 15 de septiembre anterior, en razón a las discrepancias presentadas por las partes frente al descubrimiento probatorio de la Fiscalía.

7 Cfr. CSJ SC, 6 Mar 2008, Rad. 27477, AP5785, 30 sep. 2005 Rad. 46153

8 Cfr. Audio 5, Disco Comparto del 1 de octubre de 2015, minuto 28'46''. La pertinencia del testimonio expuesto por la defensora, consiste en que el testigo fue señalado de recibir los dineros con destino al fiscal investigado, lo que iría a desmentir demostrando que los testigos de cargo mienten y que son espurios.

9 Conforme con la exposición de la defensa en el descubrimiento probatorio, enunciación y solicitud de pruebas, la entrevista vertida por Franklin de Jesús Rodríguez

Jaramillo se realizó el 15 de abril de 2015 a las 18:20, dentro de la actividad investigativa realizada para la defensa, por José Fernando Rodríguez, testigo con quien se pidió la incorporación.

10 Constitución Política -Art. 230.- «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.»

11 Artículo 12.- Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de actuar con absoluta lealtad y buena fe.

12 En aplicación de las preceptivas consagradas en el artículo 344 y 346 de la Ley 906 de 2004.

13 Ley 906 de 2004 – Artículo 356.- En desarrollo de la audiencia preparatoria el juez dispondrá: 1.- Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo, Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

14 Se resalta que la audiencia en la que se hizo el descubrimiento probatorio por la defensa se realizó el 1 de octubre de 2015.

15 Cfr. Audio 1 del Cd de 1 de octubre de 2015, 12'29''.

16 Cfr. Audio 2 del cd ídem, 5'45''.