

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP767-2015

Radicación n° 43976

(Aprobado Acta n.º 67)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015).

I. ASUNTO

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor contra el auto del 10 de abril de 2014 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal (Casanare), mediante el cual decidió la solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria, dentro del proceso que se le adelanta al doctor CARLOS ERNESTO GUERRERO RODRÍGUEZ por el delito de PREVARICATO POR ACCIÓN, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Villanueva (Casanare).

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 20 de junio del año 2013 la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo y Yopal, formuló imputación en contra del doctor CARLOS

ERNESTO GUERRERO RODRÍGUEZ, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Villanueva (Casanare).

La descripción fáctica realizada por el ente fiscal, se circunscribe a la sentencia condenatoria de primera instancia proferida el 3 de diciembre de 2009 por el doctor GUERRERO RODRÍGUEZ, dentro del proceso que por el delito de invasión de tierras cursó en contra de JOSÉ JOAQUÍN GUEVARA RICO, en la que, según afirma la fiscalía, el imputado realizó una «motivación sofística, falsa o aparente porque en su apreciación probatoria omitió valorar todas las pruebas presentadas por el procesado y su defensor, de las que hubiera llegado a una conclusión distinta a la sentencia condenatoria.»

2. Presentado el escrito de acusación,¹ se llevó a cabo la correspondiente audiencia² dentro de la cual el Delegado Fiscal formuló cargos por el delito de prevaricato por acción y seguidamente materializó el descubrimiento probatorio con la entrega de los elementos materiales probatorios en su poder.

3. La audiencia preparatoria se inició el 13 de marzo de 2014 y continuó el 10 de abril del mismo año, oportunidad en la cual el Tribunal se pronunció sobre el decreto de las pruebas que se traerán al juicio oral y la negativa de las testimoniales solicitadas por el abogado defensor. Contra esta decisión la defensa técnica interpuso recurso de apelación.

III. LA DECISIÓN APELADA

El Tribunal decretó la práctica de todas las pruebas solicitadas por el Fiscal, considerando que son pertinentes con el objeto del juicio que se adelanta y por tanto resultan útiles para el esclarecimiento de la verdad.

A cambio, negó por ‘inconducentes’ las testimoniales requeridas por el

abogado defensor, por cuanto están encaminadas a establecer aspectos ajenos a este debate, resultando impertinentes.

Precisó que Jorge Enrique Gómez Montealegre, Camilo Casas, Gildardo Molina, Blanca Stella Álvarez, Clara Margot Toloza, José Mahecha Sánchez, Frank Azley Romero Arias y Julio Strauss no aportarán ninguna información relevante para el proceso, dado que se dice depondrían acerca del conocimiento sobre los verdaderos dueños de los predios en disputa, aspecto que resulta 'inconducente' para este proceso en el que se investiga el delito de prevaricato por acción.

Agregó que el testimonio de León Fernando Mojica, fiscal que profirió la resolución de acusación dentro del proceso por invasión de tierras en el que se emitió la sentencia discutida, es 'totalmente inconducente' por cuanto sus argumentos fueron plasmados en la providencia que se será traída al juicio oral.

Frente a las documentales³

, el Tribunal accedió a su introducción al juicio, teniendo en cuenta que hacen parte de las pruebas que fueron aportadas al proceso penal que cursó por el delito de invasión de tierras, siendo necesario conocer si fueron valoradas por el Juez acusado. De igual manera, aceptó la petición de escuchar en declaración al acusado.

IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El defensor se muestra en desacuerdo con el Tribunal en dos aspectos:

1. Las pruebas decretadas a la Fiscalía. Solicita la inadmisión del testimonio de Mónica Del Carmen Aguas, habida cuenta que no fue enunciada como prueba

en el escrito de acusación y tampoco hubo adición a éste, por lo que se declara sorprendido al desconocer el contenido de la inspección que con ella se pretende introducir. Agrega que se trata de labores que realizó la Fiscalía con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación.

También se opone a la introducción de varios de los elementos materiales probatorios que anunció el Fiscal, por cuanto no mencionó el testigo de acreditación con quien se allegarán al juicio.

Continúa señalando que los informes de investigador de campo no son prueba y por ende debe inadmitirse los rendidos por José Armando Ardila Rincón, adscrito al CTI. Concretamente menciona los relacionados en los numerales 7º4 y 11º5 del anexo al escrito de acusación que contiene el descubrimiento probatorio.

Sobre los documentos que pretende introducir el fiscal⁶ y que corresponden a actuaciones que obran en el radicado 2009-065 que culminó en primera instancia con la sentencia cuestionada, sustenta que igualmente es prueba inadmisibles por contener «testimonios que están por fuera de este juicio oral por tanto la defensa no ha tenido oportunidad de refutarlos y no veo que se den los criterios para tomarla como una prueba de referencia... la Fiscalía no ha probado la admisión excepcional de que trata el artículo 438.».

Argumenta que esos documentos eventualmente podrían utilizarse dentro de este proceso para impugnar la credibilidad o refrescar la memoria del testigo, pero no para allegarse como prueba documental por cuanto se estaría admitiendo la prueba trasladada dentro del trámite procesal de la Ley 906 de 2004.

Concluye que: «...la misma fiscalía está trasladando pruebas recaudadas en trámites administrativos volviéndolos en un proceso penal en el cual

necesariamente debe traerse a las persona que actuaron allá para que con Ley 600 -porque eso se tramitó con Ley 600- se hiciera la refutación en la misma audiencias (sic) o en los juicios en ese momento amparados. Considero Señores Magistrados que se deben inadmitir esos medios probatorios que acabo de enunciar... estaríamos incurriendo en prueba trasladada de ese proceso, sería muy simple, la Ley 906 no habla de prueba trasladada por eso me opongo...»

2. Sobre las pruebas negadas a la defensa.

Critica que el Tribunal niegue la recepción de los testimonios de Jorge Gómez Montealegre y Camilo Casas Ortiz, por cuanto son los titulares del derecho de dominio de los predios 'La Comarca' y que «fueron tenidos en cuenta dentro del fallo más no fueron tenidos en cuenta en la sentencia de casación...».

Expone que también requiere las declaraciones de Gildardo Molina y Blanca Stella Álvarez, porque con ellos incorporará el «inventario de enseres», y además sus testimonios tampoco fueron valorados por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre las declaraciones de Clara Margot Toloza, José Giovanni Mahecha Sánchez, Frank Azley Romero Arias, Ciro Alberto Ríos y Julio Strauss, refiere que son valiosos por cuanto se les podrá refrescar memoria o impugnar credibilidad a través de las actas de inspección judicial que pretende incorporar la Fiscalía.

Reitera que algunos de ellos como Ciro Alberto Ríos (secuestro de la entrega provisional) y Julio Strauss (arrendatario) también fueron ignorados en el «trámite de la demanda de casación en el cual no se determina el dolo, o sea uno determinar dentro de la teoría del delito de la tipicidad, antijuridicidad y el dolo de que su decisión fue conforme a derecho pese a tener la oposición de las demás

partes, esa es la conducencia y la utilidad de esa prueba que no fueron tenidos en cuenta ese material probatorio ya sea en todas las instancias que se hayan dado y al hablar del dolo incluso con un salvamento de voto...»

Así, solicitó a la Corte Suprema de Justicia «revocar y también excluir las pruebas documentales por ser pruebas de referencia que fueron recaudadas fuera de la sede del juicio oral y que no pueden servir para que a través del criterio de la prueba trasladada que pretende la fiscalía determinar, crear su teoría del caso porque la defensa nunca tuvo la oportunidad de refutar esa serie de declaraciones y testimonios fuera de la sede para el ejercicio de la refutación o el ejercicio de la defensa de ejercer el contradictorio.»

V. PLANTEAMIENTOS DE LOS NO RECURRENTES

El Fiscal Delegado ante los Tribunales de Santa Rosa de Viterbo y Yopal, manifestó no tener interés en descorrer el traslado conferido para los no apelantes.

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 auto proferido el 10 de abril de 2014 por el Tribunal Superior de Yopal.

La Sala encuentra necesario hacer algunas precisiones que se requieren para la integral comprensión que rige el decreto de pruebas dentro del trámite procesal de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Corporación en esa materia.

1. Procede el recurso de apelación contra el auto que admite la aducción, admisión y

decreto de pruebas?

Inicialmente la Corte adoptó un criterio de interpretación limitado a la literalidad del artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que dispone el recurso de alzada solo frente a las decisiones que excluyen, rechazan o inadmiten pruebas, bajo el entendido que la claridad de la norma:

...no da espacio a interpretaciones subjetivas o acomodadas, por elaboradas que ellas sean: sólo respecto de los pronunciamientos que impiden o enervan (afectan) la práctica de pruebas, son pertinentes los recursos ordinarios.

De lo anterior se sigue, en consecuencia, que en la hipótesis contraria, esto es, cuando el juez ordena la práctica o incorporación de las pruebas solicitadas por las partes, o cuando desestima o niega la exclusión, rechazo o inadmisibilidad alegada por alguna de ellas, tal pronunciamiento, en aplicación de la regla general contenida en el artículo 176, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, sólo es susceptible del recurso de reposición. (CSJ. AP. 30 nov. 2011. Rad. 37298).

Sin embargo, un nuevo análisis del tema llevó a la Sala a reconsiderar esa postura para adoptar una posición jurisprudencial contraria, a partir de la cual (CSJ. AP. 13 jun. 2012. Rad. 36562):

«...el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátese 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».

Enfoque que mantuvo (CSJ. AP. 26 sept. 2012. Rad. 39848; CSJ. AP. 17 oct. 2012. Rad. 39747) hasta la decisión AP. del 20 de marzo de 2013, radicado 39516, en la que al retomar la postura inicial acudió al estudio de la garantía constitucional del principio de

doble instancia desarrollado en la Ley 906 de 2004 a través de los artículos 20 y 176, para concluir que:

«...contra la determinación que ordena la práctica o incorporación de pruebas en el juicio, o que niega su exclusión, rechazo o inadmisión, cuando han sido solicitadas por las partes, no procede el recurso de apelación, pues tal posibilidad no se encuentra cobijada con la garantía de acceso a la segunda instancia, como lo dispuso el legislador.»

Empero, ante la propia dinámica del sistema acusatorio adversarial, la jurisprudencia de esta Sala retomó el enfoque a partir del cual el auto que ordena la admisión o aceptación de pruebas, es recurrible (CSJ AP, 22 may. 2013, Rad. 41106) no solo a través de reposición sino haciendo uso del recurso de alzada, siempre que se tenga interés jurídico. Criterio que desde entonces la Corte ha mantenido uniforme y reiterado en diversos pronunciamientos (CSJ. AP. 05 jun. 2013. Rad. 41127; CSJ. AP. 11 sep. 2013. Rad. 41790; CSJ. AP. 5233-2014. 3 sep. 2014. Rad. 41908; CSJ. SP.13709-2014. 8 oct. 2014. Rad. 44683).

En el presente caso, en el normal decurso de la audiencia preparatoria el Juez otorgó la palabra a los sujetos para que, atendiendo sus intereses, se pronunciaran frente a las solicitudes probatorias de la contraparte, oportunidad en la cual el defensor manifestó su oposición con las pretensiones que en tal sentido hiciera el Fiscal, habilitando la facultad impugnativa ante la desatención de sus planteamientos.

Conforme con lo anterior, procede la Sala al estudio del recurso interpuesto por el apoderado del acusado, para lo cual encuentra necesario hacer algunas precisiones en torno de los siguientes temas: (i) el descubrimiento probatorio y (ii) la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004.

i. El descubrimiento probatorio.

Es una de las características más notables del sistema acusatorio y adversarial, en tanto supone un elemento medular del principio de igualdad de armas que debe existir entre las dos partes, cuyos propósitos con fines completamente opuestos requiere del equilibrio que permitirá en condiciones coincidentes, que la fiscalía demuestre los supuestos de la acusación, mientras que la defensa procura desvirtuarlos.

Ninguna discusión se presenta en cuanto a que el descubrimiento probatorio es una carga ineludible de la fiscalía que inicia con la presentación del escrito de acusación que conforme con el artículo 337-5 de la Ley 906 de 2004 incluirá, entre otras exigencias, un documento anexo en el que se indique: a) los hechos que no requieren prueba; b) la transcripción de las pruebas anticipadas que se pretende aducir en el juicio; c) los datos personales de los testigos y peritos que se escucharán; d) los documentos, objetos u otros elementos que se aducirán, junto con los testigos de acreditación y la indicación de los nombres de los testigos o peritos de descargo y demás elementos favorables al acusado.

Aquella carga de poner de presente todo elemento material probatorio y evidencia física de que se tenga conocimiento, continúa en la audiencia en la que se formaliza la acusación a través de la verbalización del escrito y que también prevé otra oportunidad para que el ente investigador, actuando con total lealtad, lo adicione con información obtenida luego de su presentación.

En desarrollo de este acto, la Fiscalía podrá pedirle al juez que ordene a la defensa la entrega de los elementos materiales probatorios que hubiere recaudado hasta ese momento (art. 344 del C.P.P.).

Finalmente, se da paso a la audiencia preparatoria, en donde emerge prioritario que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al descubrimiento de elementos

probatorios ya adelantado y si ha sido completo, así como la intervención de la defensa para que descubra sus elementos materiales y evidencia física, para entonces requerirlas a fin de que enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral y público y cuya práctica solicitarán para ser llevadas al debate.

Entonces, salvo que se presente una de las situaciones excepcionales previstas en el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, la audiencia preparatoria es el momento último para las solicitudes probatorias que deberán corresponder al descubrimiento recíproco que las ha precedido.

Como conclusión, no hay un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento, ni existe una sola manera de suministrar a la contraparte las evidencias y medios probatorios. Lo trascendental es «garantizar que se mantenga incólume el principio de contradicción, que las partes se desempeñen con lealtad y que las decisiones que al respecto adopte el juez, se dirijan a la efectividad del derecho sustancial y al logro de los fines constitucionales del proceso penal.» (CSJ. AP. 21 feb.2007. Radicado 25920).

Ahora bien, la consecuencia por el incumplimiento del deber de descubrir oportunamente, es el rechazo que el juez realizará para que la información, evidencia, elemento o material probatorio ingrese al juicio oral.

Así las cosas, atinente a la situación específica en estudio, no prosperará el primer reclamo del defensor, dirigido a que se inadmita el testimonio de Mónica del Carmen Aguas, dado que los registros (escritos y en audio) evidencian que el Fiscal actuó lealmente con la contraparte.

Si bien es cierto el nombre de la investigadora del C.T.I. no fue anunciado por el Delegado de la Fiscalía en el escrito de acusación (presentado el 6 de septiembre de 2013) y tampoco en la audiencia correspondiente (5 de diciembre del mismo año),

ello obedeció a que para esas oportunidades no existía el documento recaudado a través de la inspección practicada por Mónica del Carmen Aguas en la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Además, el actuar del Fiscal no muestra ánimo de esconder información a la defensa, pues desde la elaboración del escrito de acusación plasmó que en trámite se hallaba el recurso extraordinario de casación presentado en el proceso contra José Joaquín Guevara Rico, que no es otro a aquel en el que el Juez procesado emitió la sentencia condenatoria. Ya en la audiencia, expuso:

«14. A la fecha aún no se ha decidido el recurso extraordinario de casación presentado contra la sentencia de segunda instancia que condena por delito de invasión de tierras a José Joaquín Guevara Rico. Por la eventual importancia que esta decisión podría tener en este proceso penal, se aportará y descubrirá la decisión de la Corte Suprema de Justicia, si es posible, dentro de la excepción consagrada en el art. 346 del Código de Procedimiento Penal.»⁸

...Antes de proceder a hacer la enunciación probatoria, en virtud a lo acontecido en la audiencia anterior, la fiscalía en uso del artículo 346 -excepción allí consagrada cuando el descubrimiento probatorio no se ha podido hacer completo por causas no imputables a la fiscalía-, continúa con ese descubrimiento explicando por qué razón está dentro de esa excepción, si usted me lo permite...

Como se anunció en el punto 14 del escrito de acusación, la sentencia de casación contra la sentencia de segunda instancia que condena por el delito de invasión de tierras -por no haberse proferido cuando se formuló acusación-, se anunció que se aportaría y descubriría la decisión de la Corte Suprema de Justicia dentro de la excepción consagrada dentro del artículo 346.

El escrito de acusación se radicó el 6 de septiembre de 2013 y la sentencia

enunciada en el escrito de acusación, de casación se produjo el 18 de diciembre de 2013, de ahí que estamos dentro de la causal, entonces me permito continuar...

De tal forma que aunque el defensor sólo conoció en la audiencia preparatoria el nombre de la investigadora que a través de inspección obtuvo la sentencia de casación, desde la audiencia de acusación sabía del interés de la Fiscalía en aportarla, por supuesto, una vez se produjera. De ahí que no sea atendible el razonamiento del profesional para impedir que ella se introduzca al juicio a través de Mónica del Carmen Aguas -testigo de acreditación-, por cuanto ningún sorprendimiento representa para él este documento, menos, si dentro de las pruebas que aducirá se halla el salvamento de voto del mismo fallo de casación.

i. La prueba de referencia.

Ante la palmaria confusión del apelante acerca del concepto de prueba de referencia, ha de reiterar la Sala que:

«...una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

(i) Se rinde por fuera del juicio oral.

(ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo.

(iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa.» .
(CSJ SP, 27 Feb. 2013, Rad. 38773).

Bajo esas premisas, atinada resulta la decisión de primera instancia al desatender los planteamientos del apoderado defensor, quien señala que la Fiscalía pretende allegar documentos: «...que contienen una serie de testimonios que no fueron sujeto de refutación por parte de la defensa», refiriéndose a las declaraciones recaudadas en la causa contra José Joaquín Guevara, las que, en su entender, deben ser repetidas en este juicio, pues de lo contrario, se convertirían en prueba de referencia.

Veamos. La desacertada posición del defensor obedece a la incomprensión del tema a debatir en el juicio oral y que se circunscribe únicamente a la situación fáctica de la acusación que corresponde desvirtuar a la defensa. Así, el ente acusador intentará probar que el doctor GUERRERO RODRÍGUEZ omitió valorar todas las pruebas aportadas por el defensor de Guevara Rico; de ahí que la sentencia fechada el 3 de diciembre de 2009, cuestionada en este proceso, incluya una motivación sofística, falsa o aparente, en palabras de la fiscalía, y por tanto, se le acuse como autor del delito de prevaricato por acción.

Entonces, corresponde a las partes acudir a las pruebas que conforman la causa penal 2009-065, y no a otras, pues el reproche enrostrado al funcionario judicial vinculado se circunscribe a ellas.

Sumado a lo anterior, ninguna novedad se observa en el hecho de que la Fiscalía pretenda introducir la prueba documental obtenida a través del investigador que practicó inspección al expediente (2009-065), dado que es el testigo de acreditación a quien corresponde la autenticación, más no deponer sobre el contenido.

Ahora, por tratarse de documentos públicos (un expediente penal, lo es) la Sala de Casación Penal ha precisado que a pesar de presumirse auténticos, se requiere que la introducción al juicio se realice a través de un testigo de acreditación, aunque

no necesariamente por el investigador que los hubiese obtenido, «sino por cualquiera de los que intervinieron en las pesquisas. Si ello es así, con mayor razón deriva que el servidor de policía judicial que los logró se encuentra habilitado por su incorporación en el juicio».(CSJ. SP 13709-2014. 8 oct. 2014. Radicado 44683).

De manera que es equivocado entender que los documentos públicos recaudados por un funcionario de la policía en ejercicio de su labor de investigador judicial, en el que no ha emitido conceptos u opiniones sobre el contenido de los mismos, se convierten en prueba de referencia cuando no se introducen por quien los elaboró. Sobre el tópico, ya la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse:

3.2 En cuanto a la ilegalidad de la referida prueba documental expedida por la Superintendencia Financiera, que el demandante hace consistir en que no fue incorporada al juicio por quien la suscribió, sino a través de las investigadoras de la Fiscalía que participaron en el caso, es claro que aquel desconoce que tal procedimiento se hizo siguiendo la jurisprudencia de la Sala, vigente cuando se realizó la respectiva audiencia.

Si bien para la época en que se introdujo la prueba en mención no había entrado a regir el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 429 de la Ley 906 de 2004, que regula la presentación en juicio de los documentos, el cual autoriza a que éstos sean 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», de tiempo atrás las decisiones de esta Corporación sobre el tema reconocían la necesidad de que el documento que se pretendiera aducir en juicio, lo fuera a través de un testigo de acreditación que debía declarar sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribe, si es original o copia y los datos generales relativos a su contenido, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia. (CSJ. AP

1644-2014, rad. 43.162).

Por ende, debido a que la prueba se practicará en el juicio oral, en presencia de la contraparte y con obediencia a las reglas procedimentales y jurisprudenciales para la introducción de documentos, no hay lugar a concebir que se trata de prueba de referencia.

Menos pretender escuchar en este proceso penal a quienes declararon bajo la gravedad del juramento o intervinieron como sujetos procesales en el radicado 2009-065, ya que, se reitera, no es el contenido de las pruebas ni las afirmaciones realizadas por los testigos de los hechos que allí concernían, lo que ocupará este juicio, sino corresponde establecer si el juez decidió de acuerdo con las que allí se recaudaron legal y oportunamente.

Por otra parte, tampoco tiene vocación de prosperidad la tesis del recurrente, según la cual el A quo da paso a la prueba trasladada al permitir que el investigador introduzca a través de su testimonio los documentos obtenidos en inspección al proceso que cursó contra José Joaquín Guevara Rico.

Es claro que la prueba trasladada prevista en el artículo 239 de la Ley 600 de 2000, no tiene posibilidad de ser apreciada en el sistema de tendencia acusatoria donde es inexistente, por cuanto en virtud del artículo 377 de la Ley 906 de 2004, toda prueba debe ser practicada en la audiencia de juicio oral en presencia de las partes, intervinientes y el público asistente.

Sin embargo, la pretensión del Fiscal y lo admitido por la primera instancia no se corresponde a lo concebido por el abogado defensor, pues no se procura allegar actas de declaraciones rendidas en otro proceso (2009-065), para en este considerar su contenido pese a no ser practicadas en el juicio; solo se verificará si los documentos obtenidos por el investigador José Armando Ardila Rincón a través de inspección

corresponden a los que ha sostenido la fiscalía, no fueron tenidos en cuenta por el Juez Carlos Ernesto Guerrero.

En vista de lo anterior, la declaración que rendirá José Armando Ardila en el juicio oral, con la inmediación del juez y observando el principio de publicidad, es el escenario para que la contraparte materialice también el derecho a la contradicción de las pruebas, lo cual logrará a través del contrainterrogatorio.

Acerca de la confusión existente entre los conceptos de prueba trasladada e introducción de documentos obtenidos a través de inspección, la Sala ha sostenido (CSJ. AP. 21 sept. 2011. Radicado 37205):

...incurre en un error al señalar que las pruebas aportadas por la fiscalía y demarcadas con los números 1, 2, 3, 4 y 5 son pruebas trasladadas cuando en realidad se trata de pruebas documentales adquiridas legalmente a través de inspección judicial y que fueron introducidas al proceso en cumplimiento de las reglas previstas en los artículos 424 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, especialmente la lectura de la totalidad de los documentos y el testimonio del funcionario de policía judicial que dirigió la inspección respectiva, razón por la cual no se accede a la petición del agente público en cuanto a eliminar dicho material probatorio por ser supuestamente contrario a los principios de inmediación, publicidad y contradicción.

Posición ésta que ha evolucionado únicamente frente a la no exigencia de la lectura total de los documentos cuya introducción se pretende, sino de los apartes que conforme a las reglas de admisibilidad de la prueba, se consideren relevantes, pertinentes, necesarios, no repetitivos y útiles para el fin del proceso.

Por lo tanto, acorde con lo expuesto, se confirmará en este sentido la decisión del Tribunal en cuanto halló pertinentes, necesarias y útiles las pretensiones probatorias de la

fiscalía.

Pasando a la inconformidad referida a la aducción de los informes de investigador suscritos por José Armando Ardila Rincón y Mónica del Carmen Aguas, quienes asistirán al juicio oral, razón le asiste al defensor cuando afirma que no deben ser introducidos como prueba.

Ello por cuanto las labores realizadas por los investigadores del CTI serán conocidas a través de sus testimonios en la audiencia, luego, los informes rendidos durante la etapa de investigación dando cuenta al fiscal del cumplimiento a las órdenes por él impartidas en desarrollo de un programa metodológico, serán útiles para refrescar memoria o impugnar credibilidad. De suerte que la prueba documental que con ellos se allegará, no está ligada al contenido de los informes.

En consecuencia, se revocará el auto para que las declaraciones de José Armando Ardila y Mónica del Carmen Aguas se reciban junto con los documentos anunciados, menos, los informes de investigación rendidos.

2. Las pruebas solicitadas por el defensor, cuya práctica negó el Tribunal.

Las solicitudes probatorias que realicen las partes en la audiencia preparatoria deberá contener la indicación sobre pertinencia y admisibilidad de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 906 de 2004, dado que su decreto -por el Juez- procede luego del examen que le permitirá establecer si están referidas a los hechos de la acusación.

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.

Y en punto de la admisibilidad, la norma procesal penal de 2004, dispone:

Artículo 376. Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y,
- c) Que sea injustificadamente dilatoria del procedimiento.

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 24 ago. 2011. Radicado 37198):

La conducencia “supone que la práctica de la prueba solicitada es permitida por la ley como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta investigada o la responsabilidad del procesado”.

La pertinencia “apunta no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino a que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite”.

La racionalidad del medio probatorio “tiene que ver con la viabilidad real de su

práctica dentro de las circunstancias materiales que demanda su realización”.

Y 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”.

Aplicado lo anterior al caso en concreto, considera la Sala que la práctica de las pruebas que fueran negadas por el juez colegiado, no cumplen con los presupuestos requeridos para su ordenamiento, y por tanto, los argumentos del defensor no están llamados a prosperar.

En efecto, escuchados los registros técnicos, se encuentra que la parte inconforme no sustentó la necesidad de escuchar en declaración a las nueve personas citadas. Su argumento se encaminó a señalar que no fueron tenidas en cuenta por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación, como si el objetivo de este proceso estuviera encaminado al cuestionamiento del fallo de casación.

Lo anterior deja en evidencia que la defensa pretende revivir en este juicio el tema de la posesión de unos predios que se debatió y culminó en primera instancia con la sentencia emitida por el Juez acusado (3 de diciembre de 2009), discusión que por supuesto resulta ajena al objetivo de este juicio a través del cual la Fiscalía procura probar que la aludida providencia es prevaricadora, por cuanto GUERRERO RODRÍGUEZ realizó en ella una falsa motivación que se aparta de las pruebas allí obrantes.

Entonces, no se trata de rehacer las pruebas recaudadas en la causa 2009-065 que conoció el doctor CARLOS ERNESTO GUERRERO en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Villanueva (Casanare), pues los hechos allí debatidos originaron decisiones judiciales que hicieron tránsito a cosa juzgada. Lo que aquí se requiere es confirmar o desvirtuar la hipótesis del ente investigador consistente en

que en forma deliberada el funcionario judicial dejó de valorar las pruebas allí practicadas.

Para ello, se contará con las piezas procesales que conformaban el expediente 2009-065, las cuales obtuvo el Delegado Fiscal a través de inspección realizada por la investigadora del C.T.I. Mónica Del Carmen Aguas, dado que la situación fáctica por la cual se formuló imputación y se acusó al Juez, se circunscribe a:

La motivación de la sentencia es apenas sofística, falsa o aparente porque en su apreciación probatoria omitió valorar todas las pruebas presentadas por el procesado y su defensor, de las que hubiera llegado a una conclusión distinta a la sentencia condenatoria...

(...)

Las pruebas que demuestran la versión del sindicado y que no fueron valoradas por la sentencia, a pesar de ser oportuna y regularmente aportadas al proceso y en la audiencia pública el defensor, insistió al Juez de la instancia para que les diera significado probatorio, fueron las siguientes:

Así, resulta desatinado entender que se requiere escuchar en declaración a los propietarios, arrendatarios de los inmuebles, a quienes realizaron un inventario de los enseres que se hallaban en el lugar y al secuestre que recibió provisionalmente el predio, cuando lo reprochado penalmente consiste en que el Juez no las tuvo en cuenta pese a obrar en el radicado 2009-065, o que habiéndolas apreciado, lo hizo en forma sesgada.

De igual manera, expone la defensa técnica que demanda la práctica de esa prueba testimonial porque así podrá impugnar su credibilidad o refrescarles

la memoria a través de las «declaraciones que dieron en el trámite administrativo», razonamiento que demuestra aún más la impertinencia de su pretensión probatoria, por cuanto este proceso no se ocupa de discutir la veracidad de sus versiones.

De manera que los testimonios solicitados por la defensa son impertinentes e inútiles para el objeto de este proceso penal que se adelanta por el delito de prevaricato por acción, ya que la ilegalidad del actuar del funcionario vinculado se predica de las pruebas que para el momento de dictar la sentencia obraban en la actuación y no de nuevas versiones que sobre el punto se consiga escuchar, pues indudablemente, ante su inexistencia para el 3 de diciembre de 2009 no podían ser tenidas en cuenta por el Juez.

Por tanto, se confirmará la providencia recurrida en cuanto a dicho punto, pues los testimonios cuya práctica se negó resultan impertinentes e inútiles para los fines de este juicio.

Conforme con lo expuesto, la Sala confirmará el auto apelado, con excepción de la orden de introducir los dos informes de investigador, cuya revocatoria se impone.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el auto apelado en cuanto hace relación a las pruebas que se decretaron para la fiscalía y las negadas a la defensa.

Segundo: REVOCAR el aparte referido únicamente a la introducción de los dos informes de policía judicial elaborados por los

investigadores que declararán en el juicio oral.

Tercero: DEVUÉLVASE la actuación al Tribunal de origen.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

PAULA CADAVID LONDOÑO

Conjuez

ABEL DARÍO GONZÁLEZ SALAZAR

Conjuez

WILLIAM MONROY VICTORIA

Conjuez

RICARDO POSADA MAYA

Conjuez

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

Conjuez

JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA

Conjuez

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Conjuez

YEZID VIVEROS CASTELLANOS

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto por la posición mayoritaria de la Sala, y habiendo acogido la decisión proferida con Ponencia de la H. Magistrada Patricia Salazar, a través de la cual confirmó el auto apelado en cuanto hace a la relación de pruebas que se decretaron para la fiscalía y las negadas a la defensa, e igualmente se revocó el aparte referido únicamente a la introducción de los dos informes de policías judicial elaborados por los investigadores que declararán en el juicio oral, procedo a presentar aclaración de voto, exclusivamente en relación al concepto de que prueba de referencia ha venido siendo ampliado a mi modo de ver de manera equivocada por la Sala de Casación Penal.

De manera concreta en la providencia, a folio 15 de la misma al explicar la Institución de la prueba de referencia se señala:

“Ante la palmaria confusión del apelante acerca del concepto de prueba de referencia, ha de reiterar la Sala que:

“...una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

- i. Se rinde por fuera del juicio oral
- ii. No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo
- iii. El declarante refiere hechos que no aprecia en forma personal y directa” (CSJ. SP. 27 Feb 2013, Rad.38773)

Por prueba de referencia, entiendo la declaración que dentro de un proceso rinde una persona que no tiene conocimiento directo sobre los hechos, sino que narra aquello que conoció a través de otra persona, y es por ello que dentro del proceso de naturaleza acusatoria no tienen validez como regla general y solo son excepcionalmente admitidas, porque lo que caracteriza a estos, radica precisamente en que las personas solo declaran sobre aquello que han conocido de manera directa.

El Código de Procedimiento Penal define la prueba de referencia en el artículo 437 señalando que: “Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada por 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”.

Frente a esta noción que se da de prueba de referencia en nuestro código, considero pertinente realizar una precisión, no es absolutamente cierto que la prueba de referencia es la que se practica por fuera del juicio oral; no se puede olvidar que

nuestro sistema consagra la figura de la prueba anticipada, que es precisamente aquella que se practica de manera anticipada al juicio oral, ante un juez de control de garantías, cuando existan elementos de los cuales se pueda inferir que resulte imposible su práctica en desarrollo del juicio, como en aquellos casos, que un testigo de los hechos o la propia víctima está gravemente herido y se requiere recibir su testimonio, para garantizar que el elemento probatorio no se pierda, quedando claro que si la prueba se puede practicar en desarrollo del juicio, la misma debe llevarse a cabo en aras de garantizar el principio de inmediación, práctica de la prueba anticipada que busca garantizar que el medio probatorio ingrese al proceso y por ello solo es posible acudir a la misma cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad que indiquen que el medio probatorio se perderá o puede ser alterado .

El profesor Ernesto L. Chiesa explicado la institución de la prueba de referencia afirma:

“En esencia, la prueba de referencia consiste en recibir como evidencia una declaración que se hizo fuera de la vista o juicio en el que se ofrece, justamente para probar que tal declaración es verdadera. En la medida en que el declarante no está testificando en esa vista, el valor probatorio de la prueba de referencia depende de la credibilidad que puede merecer una persona que no está sujeta a confrontación con la parte perjudicada por su declaración. Esto explica ya la razón de ser de la regla general de exclusión de prueba de referencia: que la parte afectada o perjudicada con la declaración no ha tenido oportunidad de confrontarse con el declarante. De ahí que si el declarante testifica en la vista en que se ofrece su declaración anterior sujeta al contrainterrogatorio de la parte perjudicada, no se considera que se trata de prueba de referencia admisible sujeto a ciertas condiciones”

Concepto de prueba de referencia que comparto, y estimo que cuando se señala por la

Corporación que una de las hipótesis constitutivas de prueba de referencia consiste en que “No se garantice a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo”, se termina confundiendo la institución de la prueba de referencia, con la vulneración al derecho de contradicción que tienen tanto la fiscalía como la defensa frente al testigo de la contraparte.

Si un testigo tuvo conocimiento directo de los hechos, y declara sobre lo que percibió, nunca podrá ser considerado como testigo de referencia, porque esta referenciado una situación fáctica que apreció a través de sus sentidos, situación distinta es que a una de las partes no se le permita ejercer un contrainterrogatorio, caso en el cual se está vulnerando el derecho a contrainterrogarlo. Los efectos de una u otra situación son distintos, si se llegase a considerar ese testigo como prueba de referencia, en primer lugar tendrá una admisibilidad excepcional y en caso de que así se considere no se podría dictar sentencia exclusivamente con dicha prueba, en la medida que nos encontraríamos ante una situación que esta tarifada legalmente de forma negativa y que implicaría atacarla en casación planteando un falso juicio de convicción. Por el contrario, si lo que se estima es que se vulneró el derecho de contradicción la solución a la problemática, implicaría acudir a una institución sustancialmente distinta a la de prueba de referencia, ello nos enmarcaría probablemente en el marco de una nulidad, naturalmente en la medida en que se demuestre la trascendencia que para efectos del proceso implicó que a cualquier de las partes - fiscalía o defensa-se les hubiese negado el derecho a contrainterrogar a los testigos de la contraparte.

Estas las razones que me llevan a aclarar el voto.

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

CONJUEZ

1 El 6 de septiembre de 2013.

2 5 de diciembre del mismo año.

3 1). Escritura 2595 de 1997. 2). Auto de la Fiscalía 16 mediante el cual se inició el proceso por invasión de tierras que culminó con la sentencia cuestionada. 3) certificado de la oficina de Instrumentos Públicos. 4). Promesa de compraventa entre Casas Ortiz y Gómez Montealegre. 5). Acta de inventarios de muebles. 6). Resolución acusatoria de fecha 20 de febrero de 2009 contra José Joaquín Guevara. 7). Pronunciamiento de segunda instancia. 8). Escritura del 30 de marzo de 2007. 9). Auto del 24 de abril de 2008 que ordena la restitución del predio, «ordenadas como pruebas de la fiscalía por lo tanto es innecesario aportarse nuevamente» 10). Salvamento de vota de la sentencia de casación.

4 Informe de investigador de campo suscrito por el investigador del CTI José Armando Ardila rincón.

5 Acta de inspección realizada al Juzgado Promiscuo Municipal de Villanueva, durante la cual se obtuvo fotocopia de cuatro cuadernos que corresponden al proceso radicado con el número 2009-065.

6 Querella presentada por José Giovanny Mahecha; indagatoria de José Joaquín Guevara; diligencia de lanzamiento de los predios Comarca Ganadera, Mangón de la Comarca y Comarca Arrocería; resolución administrativa 316 de 2008; resolución 18 de 2008; resolución n.º 040 de diciembre 17 de 2007; alegatos presentados en audiencia pública por el abogado de José Joaquín Guevara.

7 “Salvo la sentencia la reposición procederá para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral en la respectiva audiencia”.

8 Tercer audio del cd de la audiencia de acusación. Récord 44:24