

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP896-2015

Radicación n° 45011

(Aprobado Acta No.77)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015).

Decide la Corte los recursos de apelación interpuestos por el Fiscal 4º Delegado ante el Tribunal y la defensa de LUIS ALBERTO TIBAQUIRA BAHENA en la audiencia preparatoria celebrada el 28 de octubre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, contra la decisión que les negó la práctica de pruebas dentro del proceso penal adelantado contra el citado ciudadano por los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. Por conducto de apoderado judicial, CAJANAL EICE en Liquidación, presentó denuncia

penal contra el Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales, doctor LUIS ALBERTO TIBAKUIRA BAHENA, al considerar que había proferido una decisión manifiestamente contraria a la ley, en tanto que, a través de la sentencia de tutela emitida el 8 de mayo de 2007 dispuso la reliquidación pensional de JOSÉ RAÚL GONZÁLEZ GARCÍA, ex funcionario del Ministerio de Justicia, como si fuera servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público, consignando para el efecto falsedades ideológicas representadas en espurias transcripciones de citas jurisprudenciales donde advertía que el Decreto 546 de 1971 se aplicaba a Funcionarios del Ministerio de Justicia.

2. Radicado el escrito de acusación por estos hechos ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en atención a la calidad foral del implicado, la audiencia para su formulación se llevó a cabo el 29 de julio de 2014, oportunidad en la que la Fiscalía 4ª Delegada acusó a LUIS ALBERTO TIBAKUIRA BAHENA como presunto coautor responsable del concurso de delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público, conforme los artículos 413 y 286 del Código Penal, modificados por el 14 de la Ley 890 de 2004.

3. El 28 de octubre de 2014 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, donde fiscalía y defensa presentaron sus peticiones probatorias.

3.1. El Fiscal Delegado, entre otras y para lo que aquí interesa, solicitó tener como prueba de referencia la exposición jurada rendida por JUAN CARLOS JURADO dentro del proceso 2012-01024, al haber fallecido el 12 de febrero de 2014. Su conducencia y pertinencia la sustentó en que era uno de los asistentes del Juzgado 7º Penal del Circuito, por tanto, tenía conocimiento de la dinámica frente a las acciones de tutela que fallaba el hoy acusado, circunstancias que comentó en la citada exposición.

Requirió igualmente se le permitiera usar en juicio las declaraciones previas rendidas en proceso diferente por CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO

CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, a efectos de refrescar memoria o impugnar la credibilidad en caso que fuere necesario al momento en que rindan su declaración en juicio.

3.2. A su turno, el defensor pidió la práctica de testimonios también solicitados por la Fiscalía, como los de CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, argumentando que al ser empleados del acusado, tuvieron conocimiento del trámite que se impartió a la tutela y en la que se sustenta la acción prevaricadora, además para que declaren sobre el manejo que le daba el procesado al Juzgado a su cargo, cómo era la distribución del trabajo en esa oficina y se orientaba la decisión de las distintas acciones públicas que allí se tramitaban.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Con providencia del 28 de octubre de 2014 el Tribunal Superior de Manizales se abstuvo de decretar como prueba de referencia la declaración jurada de JUAN CARLOS JURADO DURANGO, así como permitir la utilización de las exposiciones previas rendidas por CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, al considerar que se trataba de pruebas trasladadas, medios de conocimiento excluidos del sistema penal acusatorio, aunado a que éstos últimos comparecían al juicio a rendir testimonio.

Respecto de la prueba testimonial común cuya práctica solicitó la defensa, el Tribunal dispuso su rechazo, toda vez que el sustento de su justificación fue, en esencia, similar al que presentó el acusador, por tanto, con fundamento en lo anterior, declaró inconducente para dicha parte el interrogatorio directo de los testimonios de CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA.

LA IMPUGNACIÓN

1. En sustento del recurso de apelación, el Fiscal Delegado solicitó revocar la decisión del a quo que no permitió utilizar en juicio las declaraciones previas rendidas en otro proceso por CARLOS HUMBERTO LÓPEZ, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, ya que no las requirió como pruebas, tan solo dijo que las utilizaría en juicio, en caso que fuere necesario, para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad cuando declaren en juicio conforme lo prevé el artículo 403 del Código del Código de Procedimiento Penal.

De otro lado, señala, el Tribunal se equivocó al estimar que la exposición jurada de JUAN CARLOS JURADO DURANGO era prueba traslada, pues aunque no desconoce que su declaración se rindió en otro proceso, lo cierto es que debe considerársele como medio de conocimiento conforme lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 al haberse acreditado su fallecimiento.

2. Por su parte, la defensa solicitó revocar la decisión del a quo que no le permitió interrogar de manera directa a los testigos CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, al considerar que son la prueba de inocencia del acusado, afectándosele el derecho de defensa.

CONSIDERACIONES

1. La Corte es competente para resolver los recursos de apelación impetrados por el Delegado de la Fiscalía y la defensa de LUIS ALBERTO TIBAQUIRA BAHENA, contra la providencia del 28 de octubre de 2014, de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por cuanto la decisión fue proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

2. Pruebas de la Fiscalía, cuya admisión negó el Tribunal.

2.1. Uso de las exposiciones juradas rendidas en proceso diferente por CARLOS

HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, para refrescar memoria o impugnar credibilidad, de ser necesario al momento en que rindan su declaración en juicio.

Resulta indiscutible que en el juicio oral se producen las pruebas, que lo son por sujetarse a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración. Por ley de los contrarios, ante la ausencia de estas connotaciones, los resultados de la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores no tienen el carácter de «prueba», naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con total respeto de los principios ya enunciados, y sólo ella puede suministrar el fundamento del reproche penal.

Las exposiciones, para los efectos de la pretensión de la Fiscalía y que interesan a la decisión que se adopta, bien sea a través de entrevista, declaración jurada o interrogatorio al indiciado, no constituyen prueba por sí mismas, por las razones expuestas. Sin embargo, cuando son recopiladas legalmente pueden servir en la práctica de la prueba testimonial para dos fines específicos: a) refrescar la memoria (artículo 392-d CPP) o, b) impugnar la credibilidad (artículos 347, 393-b y 403 CPP).

De ahí que con celo el legislador registró en el inciso final del artículo 347 del C de P.P: que en las exposiciones que tengan como fin impugnar credibilidad, “La información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

Pero, no obstante lo expresado, el funcionario judicial de conocimiento no puede desdeñar la información ofrecida en las exposiciones previas, pues las mismas le sirven para apreciar la credibilidad en su exacto contexto de las atestaciones vertidas en la audiencia del juicio oral por el deponente, ellas inciden en la asignación o negación de un determinado poder suasorio o de persuasión del testimonio. Así lo ha expresado la

jurisprudencia (CSJ, AP 24 Abr, 2013, Rad. 40240):

«No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público».

«En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.»

Tiene que destacarse que en estricto sentido las exposiciones con finalidad de refrescar memoria corresponden a una técnica de acreditación, para ayudar a la memoria del testigo, como lo advierte expresamente el literal d) del artículo 392 de la Ley 906 de 2004, el propósito está directamente vinculado con facilitar el recuerdo, naturaleza que resulta compatible con el interrogatorio directo.

Desde luego, en sentido amplio, hay que admitir que con la técnica de refrescar memoria, se pueda aportar información que sirva para descalificar o desacreditar al órgano de prueba o su contenido. Esta situación podría darse como consecuencia de la conducta

que asuma el testigo, por ejemplo si se pone en evidencia que no se trata de un simple olvido sino un acto de retractación.

La impugnación de credibilidad es por excelencia una técnica de descredito, su objeto es esencialmente para descalificar al declarante por razones de verosimilitud, capacidad, interés, motivos, manifestaciones, personalidad o conocimiento. Con este propósito se anuncia en los artículos 347 y 403 del C de P.P., en esta última se advierte que “tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio”.

En las condiciones señaladas es frecuente que se acuda a la impugnación de credibilidad a través del contrainterrogatorio (inciso segundo, artículo 393 ídem), lo que no obsta para que a esa técnica se acuda en el directo, lo que se infiere del inciso primero del artículo 347 ídem al autorizarlo sin limitación en la intervención de cada una de las “partes”.

Las exposiciones pueden haberse rendido en proceso diferente al que se llevan para refrescar memoria o impugnar credibilidad, no necesariamente tienen que haberse producido en éste último en la fase de investigación o en la propia audiencia, este es el alcance que emerge de la interpretación de los artículos 347 inciso 1°, 393 inciso 1° literal b) y 403 numeral 4° de la Ley 906 de 2004.

Bajo las premisas anteriores, a la parte (en este caso la Fiscalía) no le está prohibido en un dado caso impugnar la credibilidad de sus propios testigos, ni tampoco apoyarlos con ayudas para refrescar su memoria, legitimación que está además habilitada en la medida en que la confrontación o el recuerdo se fundamenta en exposiciones del mismo testigo y sobre supuestos que tienen relación con los hechos objeto del proceso penal al que se llevan.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal encuentra no ajustada a derecho la

determinación del Tribunal Superior de Manizales, pues aunque en verdad las exposiciones juradas de CARLOS HUMBERTO LÓPEZ, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA no pueden ser aducidas como pruebas autónomas al juicio, también es cierto que pueden ser utilizadas para los fines invocados por el Delegado de la Fiscalía.

En ese orden y como quiera que la solicitud de la Fiscalía estuvo encaminada a solicitar del juez la utilización de tales exposiciones en caso de que fuere necesario, para impugnar credibilidad o refrescar memoria, mas no como pruebas autónomas, se revocara la decisión del a quo y en su lugar se permitirá su utilización para tales fines.

2.2. Introducción al juicio como prueba de referencia de la declaración que rindiera en el proceso 2012-01024 JUAN CARLOS JURADO DURANDO.

El legislador en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se refirió a la prueba de referencia en los siguientes términos:

«Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.».

La prueba de referencia no está proscrita en términos absolutos, el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 contempla algunos casos excepcionales, no taxativos, en los que es admisible. Claro está que, su capacidad suasoria es restringida en la medida que el inciso segundo del artículo 381 ibídem establece una tarifa legal negativa al prever que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse en ese tipo de medios probatorios.

Sobre el tema la Sala ha precisado:

3.3.1 El régimen de procedimiento penal colombiano (Ley 906 de 2004) exige -por principio general- el conocimiento personal directo, al prever en el artículo 402 que el “testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

Acorde con tal imperativo, el principio de inmediación en materia probatoria presupone que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio; y que las declaraciones se circunscriban a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, de modo que no se pierda la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

Aun así, por excepción, es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral -pruebas de referencia- a las cuales el legislador asigna un mérito menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la sentencia condenatoria.

(...)

La prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios; o para impugnar esa credibilidad; y como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 ibídem...»¹.

Conforme a lo anterior, es claro que en el presente caso debe considerarse la declaración que rindiera JUAN CARLOS JURADO DURANGO en el proceso 201-01024 como de referencia al encontrarse en los supuestos del literal d) del artículo 438 ibídem²

En efecto, la Fiscalía Delegada acreditó que el citado deponente si bien rindió una exposición bajo la gravedad del juramento en proceso diferente al que hoy se le sigue a LUIS ALBERTO TIBAQUIRA BAHENA, lo cierto es que no podrá comparecer a juicio en la medida que el 12 de febrero de 2012 falleció, circunstancia que por cierto no fue objetada por ninguna de las partes, es más, la defensa coadyuvó tal manifestación.

Por manera que, no fue acertado que el a-quo negara la prueba mencionada por impertinente, por constituir prueba trasladada, cuando es claro que están dados los presupuestos para considerarla como de referencia, dada su admisibilidad conforme a la motivación ofrecida por el fiscal al solicitar dicho medio probatorio.

No se está reclamando para este proceso que la declaración de JURADO DURANGO ingrese sin trámite diferente al de la incorporación del acta que la contiene, caso en el cual se tornaría en la inadmisible prueba trasladada, en este caso además deberá socializarse en el juicio oral para cumplir los principios de inmediación, publicidad y concentración y ofrecer la oportunidad a la contraparte de impugnar credibilidad y de interrogar al órgano con el que el medio se lleva a la audiencia sobre supuestos de autenticidad, entre otros.

En ese orden, se revocara la decisión que no permitió su incorporación, para en su lugar, decretarla en los términos solicitados por la Fiscalía.

3. Testimonios comunes de la Fiscalía y la defensa.

El problema jurídico a resolver en este caso corresponde a la hipótesis de si está vedado para las partes solicitar respecto de un mismo testigo interrogatorio directo.

Debe tenerse como regla que respecto de un testigo común, las partes pueden

demandar el interrogatorio directo para demostrar su particular teoría del caso que le permita apoyar su pretensión.

Esta conclusión se sustenta y desarrolla con las siguientes premisas:

3.1. Un mismo testigo puede ofrecer conocimientos al juez que soporten aspectos relacionados con la teoría del caso de quien la solicitó como también de la parte contraria, evento que legitima para esos supuestos que el declarante sea asumido como propio en lo que concierne al interés del fiscal o de la defensa.

3.2. La Ley 906 de 2004 regula un proceso de partes, esta condición hace que en el sistema acusatorio la práctica probatoria sea rogada.

3.3. La igualdad debe hacerse efectiva a las partes y a los intervinientes, quienes solo podrán materializar su derecho de contradicción si se les permite intervenir en la formación de la prueba. Estas condiciones realizan para aquéllos el principio de igualdad de derechos, facultades y obligaciones (también invocado como “igualdad de armas”).

3.4. La Sala no encuentra argumento válido para negar el interrogatorio directo a las partes en la práctica de una prueba común si no es porque existan motivos de rechazo, exclusión, inadmisibilidad, impertinencia, inutilidad o porque se trata de situaciones repetitivas, de hechos notorios o que no requieren prueba (estipulaciones).

Por tanto, ha de admitirse el interrogatorio directo a las partes para un mismo testigo si se refiere a los hechos que dieron origen al proceso penal, a los aspectos principales de la controversia, si se vinculan con situaciones que hagan más o menos probable las circunstancias y la credibilidad de otros medios, si tal interrogatorio no pone en peligro grave o causa perjuicio indebido a la administración de justicia, si no tiene por objeto generar confusión o no representa un escaso valor probatorio o si no tiene por objeto

hacer planteamientos sugestivos, capciosos, en fin si no corresponde a una conducta injustificadamente dilatoria.

3.5. El derecho del fiscal y la defensa respecto de la prueba común desarrolla los fundamentos de los incisos 1º y 2º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, pues no de otra forma se complementa el derecho que se les reconoce a solicitar “las pruebas que requieran para sustentar su pretensión” y la libertad para ofrecer en la preparatoria los medios que sustenten su teoría del caso y controvertir los allegados al juicio (artículos 373 y 378 ibídem).

3.6. Negarse el interrogatorio directo al fiscal y a la defensa para dejarlo exclusivamente a uno de ellos por haber solicitado el testimonio en primera oportunidad, sin aplicar los criterios que se vienen expresando, lesiona garantías fundamentales del debido proceso, defensa, contradicción, igualdad de oportunidades, así como también menoscaba los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.

3.7. Se debe garantizar el derecho al interrogatorio de ambas partes en las condiciones en que se viene registrando porque cada una de ellas tiene su interés por razón de su teoría y le corresponde demostrarla, ese fin particular no se identifica plenamente para el fiscal y la defensa.

3.8. Las reglas de hermenéutica llevan a admitir que ante el silencio o regulación incompleta de la legislación, en este caso la Ley 906 de 2004, hace surgir para el intérprete la facultad de precisar el alcance jurídico de los textos llamados a regular la situación, pero esta no es ilimitada, tanto que la orientación que se asigne a una disposición no puede afectar las garantías de las partes.

Con base en el criterio expresado, la afectación que se advierte si se niega a las partes interrogar directamente a un testigo, es evidente, cuando se han formulado argumentos en

el ofrecimiento de la prueba que cumplen a cabalidad los propósitos y las condiciones expresadas en el numeral 3.4. de los considerandos de esta providencia.

3.9. Como las partes en el campo probatorio tienen un objeto específico y consustancial a su pretensión, la carga de la prueba corre por su cuenta, de tal forma que al ofrecerla el fiscal o la defensa en la audiencia preparatoria deben precisar el thema probandum conforme a su interés, en lo que incide sustancialmente el objeto que puede abordarse en el interrogatorio o contrainterrogatorio.

Así debe ser, porque el interrogatorio directo le corresponde a quien pidió la prueba y el contrainterrogatorio al otro sujeto procesal, pero éste último tiene restringidos sus derechos frente al primero, así se advierte de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 391 del C.P.P., que reza:

“La parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo”.

El texto legal en cita implica que con el contrainterrogatorio no se pueden incorporar al proceso supuestos que no fueron objeto de interrogatorio, pues su finalidad principal es confrontar la prueba para obtener algo favorable a través de preguntas cerradas y sugestivas. En otras palabras, con el contrainterrogatorio no se pueden introducir al juicio supuestos nuevos.

Las características del contrainterrogatorio constituyen la razón primordial por la cual se le debe permitir a cada parte que pueda acceder al interrogatorio respecto de una prueba común, si justifica que lo requiere con los fines señalados en el numeral 3.4. de esta providencia, pues el directo por su naturaleza es el medio que facilita allegar información sobre la controversia con preguntas abiertas, dicho de otra manera a través del interrogatorio directo se presenta la prueba al juez.

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

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

3.11. En un proceso donde la Fiscalía y la Defensa han anunciado sus pretensiones de responsabilidad e inocencia, el sustento del interrogatorio directo sobre tales supuestos es sustancialmente diferente y por ende más que justificado, no puede tildarse en términos formalistas y anticipados de repetitivo, dado que la fiscalía interrogara sobre supuestos de responsabilidad y la defensa acerca de la inocencia.

No puede dejarse de considerar que durante la práctica del testimonio se ejercerán los

controles por parte del juez y las partes a través de las oposiciones y objeciones, lo que permite decidir sobre una situación dada y no a través de hipótesis sin fundamentos concretos y objetivos de si es suficiente o no el contrainterrogatorio.

3.12. En síntesis, la Ley 906 de 2004 autoriza el interrogatorio directo a un mismo testigo por ambas partes, a quienes se les ha de dar igual trato jurídico, bajo el supuesto que cada uno debe presentarse al juez de conocimiento en la audiencia preparatoria con la motivación que justifique la admisibilidad, pertinencia, conducencia, utilidad, licitud y necesidad, en los términos que ha quedado explicado en esta providencia.

3.13. En la audiencia del juicio oral pueden ocurrir vicisitudes en la práctica de los testigos, porque no concurren, son reticentes, han muerto, o el que solicita la prueba desiste o surgir cualquier otra eventualidad.

A juicio de la Sala, en los susodichos supuestos, la aplicación de los principios referidos en el acápite anterior preservan las garantías de las partes, pues son aspectos que debe en su estrategia contemplar la fiscalía y la defensa en la audiencia preparatoria, para que definan la postura argumentativa que deben asumir afín de resolver esas situaciones en el juicio oral a través de interrogatorio directo o contrainterrogatorio.

Es apenas razonable que quien solicita la prueba, por ejemplo, pueda desistir de ella si así lo estima, sin que tenga que exigírsele una determinada justificación, con esa conducta quien así obra asume el riesgo que implique esa decisión.

El desistimiento de la prueba solo tiene efectos vinculantes en el caso para quien la solicitó, de tal forma que si esa manifestación proviene del fiscal y la contraparte en la audiencia preparatoria no pidió ni obtuvo autorización para formular directamente preguntas, en el juicio oral éste último no puede protestar esa facultad ejercida por quien estaba legitimado para hacerlo.

En la situación examinada en el párrafo anterior no puede una de las partes en el juicio oral sorprender con el argumento que el desistimiento le genera las condiciones para que se le decrete el testimonio común como prueba sobreviniente por haber desistido una de ellas del interrogatorio directo, dado que por tener conocimiento del supuesto de hecho para reclamar interrogatorio directo en la audiencia preparatoria, es en esta oportunidad y no en el juicio oral que se debe ofrecer la pretensión probatoria.

Por tanto las eventualidades a que nos hemos referido en este acápite no le generan derechos a la contraparte si ésta en la audiencia preparatoria no cumple con la carga argumentativa que le corresponde.

3.14. Finalmente dígase que para la práctica del testimonio común con interrogatorio directo para las partes, se deben respetar los turnos que le corresponden al fiscal y a la defensa, a menos que de común acuerdo sugieran en el juicio por conveniencia o estrategia que esas facultades se ejerzan en el turno de uno de ellos.

4. La defensa reclama autorización para interrogar a los testigos solicitados por la Fiscalía, concretamente a CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CORRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, apoyado en que los requiere para demostrar la inocencia de LUIS ALBERTO TIBAQUIRA BAHENA, pues aduce que aquéllos poseen información que permite soportar su teoría del caso, dado que eran empleados del acusado, conocieron del trámite impartido a la tutela que generó esta investigación penal y son sabedores del manejo que le daba el procesado al Juzgado a su cargo, la distribución del trabajo en esa oficina y como se orientaban las decisiones.

Obsérvese que así los testigos sean los mismos para la fiscalía y la defensa y el conocimiento que puedan aportar lo hayan derivado por razón de las tareas cumplidas en el mismo lugar y tiempo, la estrategia de las partes no es idéntica, como tampoco lo es el objeto del cuestionario directo, la Fiscalía por razón de su teoría del caso anunció un

interrogatorio sobre supuestos de los que a su juicio se derivan fundamentos de reproche penal, en tanto que a la defensa le interesa llevar de esos supuestos los que estima derivan en elementos de juicio para absolver a su cliente.

En el presente caso, el apoderado del procesado atendió la carga argumental requerida, en el momento procesalmente indicado y dio a conocer la razón de ser de su pretensión conforme al numeral 3.4 de esta providencia para interrogar directamente a LÓPEZ CUENCIA, ROZO CORRALES y RÍOS ARIZA, tornándose el propósito de aquél en pertinente, necesario y útil, por lo que debe revocarse la decisión de primera instancia para autorizar la solicitud del defensor.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión de 28 de octubre de 2014, adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, en el curso de la audiencia preparatoria adelantada contra LUIS ALBERTO TIBAQUIRA BAHENA, por los delitos de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, en lo que fue materia de impugnación y en su lugar, se ordena:

1.1. Admitir el testimonio de JUAN CARLOS JURADO DURANGO ofrecido por la Fiscalía como prueba de referencia, al igual que se permitirá al ente acusador la utilización de las declaraciones juradas rendidas en otro proceso por CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CARRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, para los efectos de refrescar memoria e impugnar credibilidad.

1.2: Autorizar a la defensa del procesado para formular interrogatorio directo a los testigos CARLOS HUMBERTO LÓPEZ CUENCA, JOSÉ ORLANDO ROZO CARRALES y GUSTAVO RÍOS ARIZA, en las condiciones en que lo propuso en la audiencia preparatoria, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. Esta providencia se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP, 21 Feb. 2007, Rad. 25920

2 Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) (...)

d) Ha fallecido.