

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SP2523-2018

Radicación N° 46814

Aprobado Acta N° 211

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación promovido por la acusada LUZ MARINA NARVÁEZ -a través de defensor-, contra la sentencia proferida el 8 de julio de 2015 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con la cual fue condenada por el delito de abuso de confianza en circunstancia de agravación.

I. DESCRIPCIÓN FÁCTICA OBJETO DEL PROCESO

LUZ MARINA NARVÁEZ, en calidad de administradora de la persona jurídica Edificio Nepal 73 Propiedad Horizontal, cuyo cargo ejerció de julio de 2005 a febrero de 2010, tomó gradualmente \$101.480.861 de la copropiedad para su propio beneficio. De esa cifra, \$55.004.099 fueron recaudados en el 2009 y enero de 2010, y el valor restante en los años 2006, 2007 y 2008.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

Denunciados los anteriores hechos por el representante legal del Edificio Nepal 73 Propiedad Horizontal y fracasada audiencia de conciliación, la Fiscalía imputó cargos contra LUZ MARINA NARVÁEZ el 28 de febrero de 2012 ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, como autora responsable de abuso de confianza agravado (artículos 249 y 267.1 del Código Penal), a los cuales la imputada no se allanó.

Adelantada la fase de investigación formal, la Fiscalía presentó el escrito de la acusación el 29 de mayo de 2012¹, formulada oralmente el 26 de julio del mismo año ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal con funciones de conocimiento de Bogotá, para cuyo efecto mantuvo la descripción fáctica y calificación jurídica manifestadas en la diligencia de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 11 de julio de 2013.

El juicio tuvo lugar en sesiones del 24 de abril de 2014, 13 y 16 de marzo de 2015, al final del cual el juez emitió sentido de fallo absolutorio. La correspondiente sentencia se dictó el 10 de abril ídem.

Apelada la anterior decisión tanto por la Fiscalía como por la víctima a través de apoderado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 8 de julio de 2015 resolvió revocarla, para en su lugar condenar a la acusada a las penas principales de 27 meses de prisión -con beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena-, multa de 22 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, como autora de abuso de confianza agravado.

Inconforme la procesada, interpuso -mediante apoderado- recurso de casación, cuya

demanda fue admitida el 18 de enero de 2017. La audiencia de sustentación tuvo lugar el 11 de septiembre del mismo año.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

La materialidad de la conducta y la responsabilidad de la acusada se sustentan en las siguientes premisas declaradas probadas:

(i) LUZ MARINA NARVÁEZ se desempeñó en el cargo de Administradora del Edificio Nepal 73 Propiedad Horizontal desde julio de 2005 hasta el 19 de febrero de 2010, y entre sus funciones estaba la de recaudar las cuotas de administración, pagar los gastos y obligaciones de la persona jurídica y llevar bajo su dependencia y responsabilidad, la contabilidad del Edificio, conforme con lo establecido en la Ley 675 de 2001. (Proposición no cuestionada en la demanda).

(ii) LUZ MARINA NARVÁEZ fue contratada como administradora porque acreditó experiencia como auxiliar contable y gozaba de la confianza de los miembros del Consejo de Administración. (Proposición no cuestionada).

(iii) Éstos sospecharon de las sustracciones dinerarias, porque a mediados de 2009 en las reuniones del consejo, la acusada comenzó a decir que no había dinero para cancelar algunos ítems del presupuesto, “haciendo traslados de otras cuentas que el Edificio tenía por concepto de unas antenas que alquilaba en la cubierta”. (Proposición no cuestionada).

(iv) En el 2010 Álvaro Olaya Melo presentó informe de revisoría fiscal de “abstención”, porque la administradora LUZ MARINA NARVÁEZ no presentó la información requerida para expresar su opinión sobre los estados financieros. (Proposición no cuestionada).

(v) La procesada tenía la contabilidad en desorden, así como los recibos de caja oficial, las conciliaciones bancarias estaban “amañadas”, los comprobantes de egreso no tenían un

consecutivo normal, muchos comprobantes carecían de soportes y faltaban documentos de algunos meses. (Proposición no cuestionada).

(vi) LUZ MARINA NARVÁEZ elaboró los documentos con base en los cuales se alimentó el sistema, situación por la cual el revisor fiscal durante los primeros años no advirtió las inconsistencias en las cuentas. (Proposición no cuestionada).

(vii) Francisco Torres, experto en contabilidad, fue contratado -en el 2010- para hacer una auditoría contable a los recaudos por cuotas de administración en el período en el que LUZ MARINA NARVÁEZ se desempeñó como administradora, de cuya labor rindió informes al consejo de administración del Edificio Nepal 73. (Proposición no cuestionada).

(viii) En la mencionada auditoría Francisco Torres verificó faltantes de dinero. (Premisa censurada en la demanda).

(ix) Al rendir descargos ante el consejo de administración por los hallazgos del auditor, LUZ MARINA NARVÁEZ admitió haber tomado dinero para su “diario vivir”, en suma que no supo precisar y se mostró arrepentida por lo sucedido; motivo por el cual fue despedida. De estas manifestaciones de la señora NARVÁEZ quedó constancia en acta firmada por ella y los miembros del consejo. (Premisa censurada en la demanda).

IV. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación contenida en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004 el impugnante, pese a postular “cargo único”, realmente propone varios cuestionamientos así:

4.1. Plantea error de raciocinio en la valoración del testimonio de Francisco Javier Torres Hurtado y del dictamen por el introducido en el juicio, contentivo de la auditoría que realizó con el fin de establecer el quantum de los dineros “supuestamente” tomados por la acusada

para su beneficio.

La queja se centra en que el Tribunal acogió estas pruebas sin examinar su contenido, en cuanto restó importancia a las inexactitudes del estudio contable, de donde deriva desconocimiento de la sana crítica, porque presenta graves errores como desconocer la naturaleza de las cuentas de cobro, las cuales no constituyen soporte contable, sino que sólo muestra un valor adeudado a favor del Edificio, no que necesariamente la cifra allí plasmada hubiese ingresado.

Por consiguiente, no se calcularon los ingresos reales de la Copropiedad, lo cual, dice, viola “el principio lógico de la propia identidad”, pues se confundió lo adeudado por los copropietarios del Edificio con lo recibido por la administradora.

Asegura que el auditor se limitó simplemente “a sumar las cuentas de cobro para calcular en forma evidentemente errónea lo percibido por el conjunto”.

También señala como falta a la sana crítica que se desconociera el carácter empírico o el saber científico o los objetivos de la técnica contable, por cuanto durante los meses de octubre a diciembre de 2008 así como de septiembre de 2009 a enero de 2010, el experto supuso los ingresos, además que para calcular los egresos no tuvo en cuenta los gastos realizados en cheque sino sólo los ejecutados en efectivo.

4.2. De otra parte, el defensor postula falso juicio de convicción en la apreciación del testimonio de Eduardo José Pulido Roncancio y del acta de los descargos rendidos por la acusada ante el consejo de administración del Edificio Nepal 73, donde admitió haberse apropiado de los dineros.

Se trata de una prueba de referencia inadmisible de acuerdo con el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal de 2004, pues esos elementos de conocimiento no probaban nada en sí mismos, sino las declaraciones extraprocesales de la sindicada.

V. INTERVENCIONES EN LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

5.1. La defensa tras indicar que “el único cargo (sic) se formula por violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de raciocinio en la valoración del testimonio del señor Francisco Javier Torres Hurtado y del dictamen pericial por él introducido al juicio, y derivada también (sic) de error de derecho por falso juicio de convicción en la valoración del testimonio del señor Eduardo José Pulido Roncancio y del acta de descargos de 18 de febrero de 2015 (sic) introducida al juicio oral por el mismo testigo Pulido Roncancio”, reiteró el contenido de la demanda atrás reseñada.

5.2. El Fiscal Delegado ante la Corte, solicita no casar el fallo impugnado por las razones que se pasan a ver:

5.2.1. En punto del falso raciocinio, señala que la censura carece de razón, por cuanto el impugnante olvidó el principio de libertad probatoria, “que condujo al Tribunal a tener por demostrado el delito con diversos elementos de juicio, lo que descarta que el monto sólo podía establecerse a través de admitir el comprobante de pago en su acepción contable”, cuando lo cierto es que ese documento fue apreciado de manera conjunta con el testimonio de Francisco Javier Torres Hurtado “por el cual el Tribunal admitió las inconsistencias señaladas por la defensa, sin que por ello -deba- descartar el fondo de su relato”. El demandante dejó de lado, que el auditor no se centró en determinados documentos, por cuanto “la acusada amañaba la contabilidad y sus soportes, para así sólo entregar al experto lo que a bien tenía en aras de que su delito no fuera descubierto”.

Adicionalmente, se demostró en el juicio, y así razonó el Tribunal, que la cuenta de cobro se manejaba en un aplicativo contable especializado para copropiedades que muestra los saldos de cartera, resultando factible determinar si un copropietario estaba en mora o había pagado la cuota. De manera que el comprobante “no sólo no fue analizado de manera aislada, sino que tampoco se le dio el alcance que se denuncia, pues se estimó en su real

contenido”, lo cual excluye el error de identidad aducido.

Asegura que el aplicativo sí fue utilizado para establecer el monto del delito, y el Tribunal encontró demostrado que, de existir morosos, el sistema los habría señalado. “Además (...) se verificó por el Edificio que los dineros recaudados por pagos de cuotas de administración y los dineros faltantes, no coincidían”.

Respecto del señalamiento por falta a la sana crítica por desconocimiento del saber científico o los objetivos de la técnica contable, recordó el Fiscal que el testigo reconoció y el Tribunal lo encontró admisible, que en sus cálculos hay un margen de error el cual no da al traste con el fondo de sus estimativos, pues fueron las maniobras de la acusada - consistentes en amañar las cuentas, las conciliaciones y los soportes contables-, las que impidieron un ejercicio en los términos precisos que ahora reclama la defensa, a la cual le quedaba fácil no acudir a críticas genéricas, sino demostrar con los soportes respectivos que los faltantes atribuidos a la procesada no existieron, por ejemplo, aportando los cheques que dice no fueron considerados.

Adicionalmente, aunque la defensa tuviese razón sobre alguna diferencia en las cifras faltantes, ello sólo apuntaría a mermar el monto del delito, pero no infirma su existencia y por ende, puede ser tema a debatir en el incidente de reparación integral.

5.2.2. Respecto del falso juicio de convicción, debe resaltarse que el Tribunal compartió el criterio de la defensa, en cuanto consideró inadmisibile el dicho de la procesada como prueba de referencia. No obstante, con fundamento en el documento y la declaración de Eduardo José Pulido Roncancio, construyó el indicio de manifestaciones posteriores al hecho, en el entendido de que luego de cometido el delito, la procesada admitió haberlo ejecutado y mostro arrepentimiento de su acto.

Para la Fiscalía, el Tribunal con buen tino acudió a estructurar ese hecho indicador siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte (SP3006 del 18 de marzo de 2015, radicado

No. 33837), en la cual se concluyó que las manifestaciones del acusado tienen validez probatoria, en cuanto no se trata de un acto jurídico en el que deben estar garantizados todos los derechos, como la potestad de no autoincriminarse y la asistencia de un abogado, pues sólo se está ante circunstancias fácticas, manifestaciones de la conducta humana exteriorizadas en el mundo real.

Desde esa perspectiva, resulta válido que las declaraciones realizadas por una persona fuera del juicio oral, puedan hacer parte del tema de prueba, lo que en este evento se hizo con el testimonio de Pulido Roncancio y el acta suscrita por la acusada, cuyos elementos acreditaron, con base en el principio de libertad probatoria, el hecho de que ésta admitió haberse apropiado de los dineros, emplearlos en sus gastos personales y lamentarse de haberlo realizado.

Recordó que en providencia AP 5985 del 30 de septiembre de 2015, Radicado 46153, la Corte indicó que cuándo la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga, igual que la declaración de la persona que la percibió directa y personalmente. Esto acaeció en el evento analizado sin afectación al derecho a la defensa, pues la parte pasiva tuvo oportunidad de cuestionar al testigo que tuvo conocimiento personal y directo de aquello que constituía el objeto de prueba.

5.3. La delegada del Ministerio Público, señaló que las inconsistencias a las que alude el demandante por la senda del falso raciocinio, sólo corresponden a diferencias numéricas, pero que no desvirtúan la existencia del ilícito, “ya que con los otros medios de prueba que militan en el proceso se arriba al mismo resultado”, entre ellas, se evidenció que la procesada tenía las cuentas en desorden a pesar que la Administración del Edificio Nepal 73 manejaba un sistema informático de cobro que permitía reflejar el manejo de las mismas, y que en el trámite adelantado por el consejo de administración aquella “reconoció haberse apoderado de los recursos de la Administración” para su propio beneficio.

De otra parte, no advierte que el Tribunal hubiese incurrido en el error de hecho por falso juicio de convicción, toda vez que tuvo como fundamento de la condena tanto el informe del perito Francisco Javier Torres, como el testimonio de Eduardo José Pulido, ante quien la procesada aceptó haberse apropiado de los recursos, cuya versión se plasmó en el acta del 18 de febrero de 2010, incorporada al proceso, lo cual sólo es prueba de un hecho indicador.

5.4. El apoderado de la víctima solicitó a la Corte no casar la sentencia, por cuanto la demanda no acredita los yerros que le atribuye, toda vez que, de una parte, pasa por alto que los testimonios criticados fueron valorados en conjunto y, de otra, no confronta las razones del Tribunal dirigidas a demostrar que la declaración de Eduardo José Pulido y el acta de descargos de la acusada no constituyen prueba de referencia, cuya motivación fue fundada en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. El demandante cuestiona el mérito asignado al testimonio del auditor Francisco Javier Torres Hurtado y sus informes, mediante los cuales el Tribunal tuvo por probado la sustracción dineraria atribuida a la acusada, con el argumento de que el monto de los ingresos de la copropiedad aquél los calculó con base en las cuentas de cobro -de las cuotas de administración-, las cuales acreditan lo adeudado al Edificio, mas no su recaudo.

El Tribunal indicó, basado en la declaración de Álvaro Olaya Melo, que “la cuenta de cobro se manejaba en un aplicativo especializado para copropiedades, que muestra los saldos anteriores de cartera de una unidad específica, es decir, de cada una de las oficinas que debían pagar las cuotas de administración, de modo que era factible determinar en cada caso si la oficina estaba en mora o si había pagado la cuota a la procesada”.

Ciertamente, verificada la declaración del testigo antes mencionado, quien obró como revisor fiscal en el Edificio Nepal 73, la administradora LUZ MARINA NARVÁEZ contaba con

un aplicativo contable que le permitía emitir cuentas de cobro en la que se indicaba concretamente los saldos de cartera.

Expresamente dijo el declarante:

“La cuenta de cobro, al ser manejada en un aplicativo contable especializado para copropiedades, el sistema muestra en la cuenta de cobro los saldos anteriores de cartera que tiene una unidad específica, le facturan o le cobran la mensualidad de la cuota de administración, le informan que tiene un descuento por pronto pago si paga dentro de un periodo determinado y le muestra cuál es el saldo total. Entonces en esa cuenta de cobro puede uno establecer si los copropietarios deben o no deben porque el mismo sistema genera toda esa información”.

Por tanto, no se observa configurado el error de hecho endilgado, pues las cuentas de cobro a las que alude la demanda, al contener no sólo la suma cobrada por la administradora por concepto de cuotas de administración, sino la cartera de cada una de las unidades de la copropiedad, para el auditor le era factible establecer el monto de los ingresos de la copropiedad, máxime cuando éste también se apoyó en los “recibos de caja” –así lo declaró el mismo declarante al señalar el procedimiento llevado a cabo-.

Además, ningún reproche puede tener cabida el que, para establecer tales ingresos, el auditor se hubiese informado de las cuentas de cobro, toda vez que, de acuerdo con la sentencia, aquél explicó cómo “la procesada no sólo tenía la contabilidad en desorden, sino también los recibos de caja oficial, además las conciliaciones bancarias estaban amañadas (...), los comprobantes de egreso no tenían un consecutivo normal (...) -y- a muchos comprobantes les faltaban los soportes”.

Ahora, el censor alega que el auditor se limitó simplemente “a sumar las cuentas de cobro para calcular en forma evidentemente errónea lo percibido por el conjunto”. Sin embargo, esta proposición sólo constituye una manifestación subjetiva, por cuanto nada indica en la

actuación que aquél hubiese operado en la forma descrita en la demanda, como tampoco el defensor interrogó o contrainterrogó suficientemente sobre ese aspecto (se aclara que Francisco Javier Torres Hurtado fue testigo tanto de cargo como de descargo).

La pregunta más cercana que sobre el punto formuló la defensa al declarante, fue la siguiente: “Qué documento tuvo usted para calcular el ingreso por cuotas de administración”². A la cual el testigo respondió: “el documento físico”, “la cuenta de cobro”, y “los recibos de caja” con la advertencia de que la procesada “elaboraba recibos de caja provisionales y unos recibos de caja oficiales, -y- tenía ese juego con los dos recibos”.

Como se ve, el auditor manifestó haberse apoyado en las cuentas de cobro, no que hubiese tomado como ingreso la cartera, ni que haya realizado alguna operación que implicara ese resultado.

Por tanto, el Tribunal no incurrió en el error de raciocinio alegado en la demanda.

6.2. El impugnante se queja de haber desconocido el Tribunal el carácter empírico o el saber científico o los objetivos de la técnica contable, debido a que (i) durante los meses de octubre a diciembre de 2008, así como de septiembre de 2009 a enero de 2010, el experto supuso los ingresos, y (ii) para calcular los egresos no tuvo en cuenta los gastos realizados en cheque, sino sólo los ejecutados en efectivo.

Sobre el primer asunto, se advierte que el auditor Francisco Javier Torres Hurtado atestiguó que los ingresos del Edificio los estableció con base tanto en las cuentas de cobro -físicas- como en los recibos de caja elaborados por la administradora, e hizo conciliaciones bancarias mes a mes para esclarecer las cifras consignadas. De manera que, contrario a lo manifestado en la demanda, los ingresos no fueron simplemente imaginados o supuestos por aquél, al margen de algunas insuficiencias descriptivas o de detalle en los informes de auditoría, los cuales deben comprenderse, no aisladamente, sino en conjunto con las

explicaciones del testigo en la audiencia.

Respecto de lo segundo, se observa que Torres Hurtado para determinar el quantum aproximado del dinero extraviado durante la administración de la acusada, estableció los “faltantes por consignar”. Cifras a las cuales arribó a partir de restar al monto del recaudo, el dinero consignado y los egresos en efectivo.

Así las cosas, además de intrascendente, resultaría inadecuado que el auditor hubiese considerado los egresos mediante cheque, pues estos se cargan a las cuentas bancarias, es decir, afectan el saldo del dinero depositado en bancos, mas no los montos de dinero no consignados, los que en el presente caso, se insiste, conforman el valor faltante aproximado atribuido a la acusada.

6.3. De otra parte, el defensor se duele de que el testimonio de Eduardo José Pulido Roncancio y del acta de los descargos rendidos por la acusada ante el consejo de administración del Edificio Nepal 73 -donde ésta admitió haber tomado dineros-, constituyen prueba de referencia inadmisibles de acuerdo con el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal de 2004, pues esos elementos de conocimiento no probaban nada en sí mismos, sino las declaraciones extraprocesales de la sindicada.

No le asiste razón al demandante por las razones que se pasan a ver:

6.3.1. Se considera 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 (artículo 437 del C.P.P.).

Según jurisprudencia de la Sala, la mencionada prueba debe reunir los siguientes elementos: “(i) una declaración realizada por una persona 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 de 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 (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)". (CSJ SP 6 de marzo de 2008, rad. 27477; AP, 25 de mayo de 2015, Rad. 45578, reiterada en AP, 25 de enero de 2017, Rad. 48131).

La prueba de referencia se refiere, entonces, a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que -excepcionalmente- 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 este un instituto que no satisface "los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada". (CSJ SP 21 de septiembre de 2011, rad. 36023, reiterada en SP 12 de octubre de 2016, Rad. 47921).

Adicionalmente, cuando se trata de declaraciones de niños, y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, habilita el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, "así el menor haya sido llevado como testigo al juicio oral", debido a su "relativa" disponibilidad originada en la posibilidad "que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez)". (SP 28 de octubre de 2015, Rad. 44056, reiterada en AP 31 de mayo de 2017. Rad. 46091).

6.3.2. La regla general de inadmisibilidad de las declaraciones surtidas fuera del proceso, se sustenta en la necesidad de confrontar al deponente con la parte en contra de la cual se aporta el testimonio, con el fin de satisfacer los derechos de confrontación y contradicción, pues mediante el ejercicio de estas garantías pueden aflorar posibles defectos de la declaración, originados en el lenguaje (ambigüedades, lapsus, malentendidos), o en la percepción, memoria o falta de sinceridad del testigo.

En esa misma dirección pueden verse los artículos 16, 402 y 403 del C.P.P, los cuales, en su orden señalan (i) que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción (...)”; (ii) que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, y (iii) los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Esto en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, “como elemento estructural de derecho a la confrontación”. (SP 25 de enero de 2017, Rad. 44950).

En punto de la relación del derecho de confrontación con la denominada prueba de referencia, tiene dicho la Corte lo siguiente:

La posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba generalmente implica la afectación del derecho a la confrontación del testigo, básicamente porque la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, con las prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para tales efectos; ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato, cuando la versión es producto de un interrogatorio. Lo anterior sin perjuicio de la limitación a la inmediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia.

Como quiera que la posibilidad de ejercer la confrontación es uno de los aspectos más importantes al momento de evaluar si el uso de una declaración anterior al juicio constituye o no prueba de referencia, a continuación se hará un breve recorrido por las normas del ordenamiento jurídico colombiano que consagran este derecho.

A diferencia de lo que sucede en la Ley 600 de 2000 y los sistemas procesales que la antecedieron³, el derecho a la confrontación tiene un amplio desarrollo en la Ley 906 de 2004. No sólo aparece expresamente consagrado en su artículo 16, sino que, además, sus elementos estructurales fueron regulados a lo largo de la normatividad.

Así, el artículo 8º, literal k, consagra el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y las normas sobre impugnación de testigos le brindan prerrogativas a la parte para que pueda ejercer a cabalidad este derecho. Ello se ve reflejado en la posibilidad de formular preguntas sugestivas durante el contra interrogatorio, de utilizar declaraciones anteriores con el fin de impugnar la credibilidad y de valerse de prueba de refutación para los mismos fines (CSJ SC, 20 Agos. 2014, Rad. 43749).

En el literal k del artículo 8º también se consagra el derecho a lograr la comparecencia de testigos que puedan “arrojar luz sobre los hechos”, y dispone que ello podrá hacerse por medios coercitivos.

De otro lado, el artículo 15 de la misma codificación dispone que las partes tienen derecho a participar en la práctica de la prueba. En materia de prueba testimonial, esta norma encuentra desarrollo en las reglas sobre interrogatorio cruzado de testigos, que abarcan la posibilidad de participar en la formulación de preguntas durante el interrogatorio directo o el contra interrogatorio, según el caso; de formular oposiciones a las preguntas, etc.

Además, el artículo 402 establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”, y deberá hacerlo, por regla general, en el juicio oral. Con esto se garantiza que la parte contra la que

se aduce el testimonio tenga la oportunidad de interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, de impugnar su credibilidad, así como de controlar el interrogatorio a través de las oposiciones a las preguntas o conductas que pudieran incidir ilegalmente en la obtención de la versión. Con ello también se facilita la posibilidad de que el acusado esté frente a frente con los testigos de cargo, salvo en los casos en los que el legislador ha limitado esa posibilidad⁴.

Así las cosas, cuando una parte solicita la inadmisión de una declaración anterior al juicio oral, por constituir prueba de referencia, debe verificarse si dicho uso afecta los elementos estructurales del derecho a la confrontación. Esta, sin duda, constituye una herramienta idónea para tomar una decisión adecuada. (CSJ AP 30 de septiembre 2015, Rad. 46153. Postura reiterada en SP 16 de marzo de 2016, Rad. 43866; SP 25 de enero de 2017, Rad. 44950, entre otras. Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, la aplicación de las excepciones de la regla general de inadmisibilidad de la prueba de referencia, contenidas en el artículo 438 del C.P.P., implican la afectación del derecho de confrontación, sólo que está legalmente autorizado por motivos de necesidad, pues hacen alusión a situaciones en las que el declarante no está disponible física, mental o psicológicamente.

En síntesis, las declaraciones producidas fuera del juicio son prueba de referencia si su eventual incorporación implica afectación al derecho de confrontación. Por tanto resultan inadmisibles, salvo en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 438 del C.P.P., siempre que reúna los elementos ya determinados por la Corte.

A contrario sensu, las manifestaciones surtidas fuera del juicio no son prueba de referencia si su eventual incorporación no implica afectación alguna al derecho de confrontación.

6.3.3. A partir de la anterior premisa, la Sala considera que la declaración surtida fuera del juicio y aducida como prueba en contra del mismo declarante, no constituye prueba de

referencia, toda vez que no genera afectación al derecho de confrontación, debido a que lógicamente no hay lugar a confrontarse a sí mismo.

De igual criterio es, por ejemplo, el profesor Ernesto Chiesa, quien en punto de la declaración autoincriminatoria extrajuicio, sostiene que “debe quedar fuera de la regla de exclusión de prueba de referencia, pues no está presente el problema de falta de confrontación entre declarante y parte perjudicada pues se trata de la misma persona –y- no cabe hablar de falta de confrontación con uno mismo”⁵.

Adicionalmente, esta postura está implícitamente prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que solamente en el entendido de que la regla general de inadmisibilidad de la prueba de referencia no es aplicable a las declaraciones autoincriminatorias surtidas por fuera del juicio, tienen aplicación práctica los derechos del capturado a guardar silencio y a ser informado sobre “que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra” (artículo 303 del C.P.P.).

Dicho de otro modo, precisamente, debido a que las declaraciones -de quien resulta indiciado, imputado o acusado- expuestas fuera del juicio, pueden ser válidamente usadas como prueba en su contra, el Estado -a través de sus servidores- tiene el deber de informarle al capturado sobre esa realidad jurídico probatoria, así como del derecho a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

6.3.4. Conforme con lo expuesto, la declaración de LUZ MARINA NARVÁEZ antes del proceso ante el consejo de administración del Edificio Nepal 73, no constituye prueba de referencia y por lo mismo, no le es aplicable la regla general de inadmisibilidad dispuesta para esta especie de medios de conocimiento en el Código de Procedimiento Penal (artículo 438 en armonía con el 16), toda vez que fue allegada como prueba en su contra, lo cual, como se adelantó, no representa afectación al derecho de confrontación.

6.4. De otra parte, cabe señalar que el derecho a ser informado sobre la garantía

contenida en el artículo 336 de la [Constitución Política](#), sólo opera en las situaciones previstas en el Código de Procedimiento Penal de 2004.

Así lo señaló la Corte en sentencia del 23 de noviembre de 2017, radicado 45899:

(...). El tema fue ampliamente desarrollado en la Ley 906 de 2004, especialmente en lo que concierne a las circunstancias bajo las cuales se activa este derecho y a la posibilidad que tiene el indiciado, imputado o acusado de guardar silencio.

En primer término, la norma rectora 8 dispone que:

“En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

a. No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra

de su cónyuge, compañero permanente (...)

b. No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge (...).”.

Más puntualmente, el artículo 126 precisa que “el carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de imputación o desde la captura, si ésta ocurriere primero”. El artículo 282, que regula el interrogatorio al indiciado, establece que “el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra (...). Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un

abogado". En la misma lógica, el artículo 303 dispone que "al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente: (...) 3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente (...)". Por su parte, el artículo 394 regula el interrogatorio del acusado o coacusado en el juicio, bajo la advertencia de que para ello es necesario que estos se "ofrecieren a declarar", lo que fue ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C-782 de 2005.

El sentido de estas normas es unívoco en lo que concierne a los siguientes aspectos: (i) el derecho a no autoincriminarse, y su correlato, el derecho a guardar silencio, se activa, entre otros eventos, cuando la persona ha sido capturada; (ii) Si la posibilidad de guardar silencio bajo estas condiciones está consagrada como una garantía de rango constitucional, el Estado no puede valorar en contra del procesado el ejercicio de la misma, porque ello implicaría vaciarla de contenido; y (iii) si el Estado pretende interrogar a una persona privada de la libertad, debe cumplir los requisitos previstos en los artículos 282 y 303, orientados a garantizar que ello obedezca a un verdadero acto de liberalidad, bajo el asesoramiento de un abogado contractual o provisto por la Defensoría Pública.

La acusada al rendir descargos ante el consejo de administración por su gestión como administradora del Edificio Nepal 73, no estaba en ninguna de las hipótesis señaladas en la ley -relacionadas en la jurisprudencia citada-, pues ni siquiera su manifestación fue rendida ante servidor estatal, sino en el ámbito de una relación jurídico laboral entre particulares, en momento que, como se verá más adelante, tampoco estaba siendo indagada por la comisión de algún delito.

Por tanto, no se activó su derecho a ser informada sobre sus prerrogativas consagradas en el artículo 33 constitucional.

6.5. En punto de las declaraciones autoincriminatorias fuera del proceso y aparte de las

hipótesis antes mencionadas, lo relevante para su validez es que las mismas emerjan espontáneamente, es decir, sin engaño ni coacción alguna. Caso en el cual pueden ser valoradas a modo de indicio frente a las reglas de la sana crítica (CSJ, SP, 3 de diciembre de 2003, Rad. 19149; AP 18 de marzo de 2015, Rad. 33837; AP 22 de julio de 2009, Rad. 31338 y AP 25 de enero de 2017, Rad. 48131).

En el presente caso, respecto de las enunciaciones de LUZ MARINA NARVÁEZ -en el sentido de que gastó dineros de la propiedad horizontal para su “diario vivir” y se sentía arrepentida de ese acto-, además de que la defensa no alega que hubiese sido engañada, coaccionada o presionada para aceptar su responsabilidad, de las pruebas tampoco se evidencia alguna situación de esa naturaleza, sino que, contrariamente, se incriminó espontáneamente.

Esto último, toda vez que las manifestaciones de la acusada ocurrieron en desarrollo de una relación laboral, cuando, legal, legítima y naturalmente, fue llamada por el consejo de administración del Edificio Nepal 73 a rendir explicaciones sobre las inconsistencias contables halladas por el auditor Francisco Javier Torres Hurtado, debido a que ella desempeñaba el cargo de administradora de la misma persona jurídica, entre cuyas funciones estaba precisamente -de acuerdo con el régimen de propiedad horizontal, Ley 675 de 2001-, la de recaudar las cuotas de administración con su correlativa e inherente obligación de brindar cuentas sobre su gestión. Contexto este en el que LUZ MARINA NARVÁEZ optó por indicar que había tomado dinero para su “diario vivir” y declararse arrepentida.

De manera que la Sala no advierte quebrantada ninguna garantía iusfundamental que imponga la exclusión de la prueba.

Consecuencia de todo lo anterior, los cargos no prosperan.

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

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 21-27 de la carpeta de primera instancia.

2 Hora 01:15:50 del registro de la sesión de audiencia del 13 de marzo de 2015.

3 A pesar de que varios componentes del derecho a la confrontación ya habían sido desarrollados en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

4 Es el caso de lo establecido en la Ley 1098 de 2006 sobre interrogatorio a testigos y víctimas menores de edad.

5 Tratado de Derecho Probatorio, Tomo II, Ed. Publicaciones JTS. 2005, páginas 588 y 589.

6 “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.