

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

Segunda instancia No. 58528

Acta No. 136

Bogotá, D. C., dos (02) de junio de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto AEP091-2020 (rad. 48900), proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual negó por improcedente la objeción a un dictamen pericial en el proceso seguido contra el ex Gobernador encargado del departamento de Guainía, José Gilberto Rojas Flórez, por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

HECHOS

1. Según se extrae del auto AEP091-2020, la presente actuación se originó por la compulsa de copias que hiciera la Contraloría General de la República, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 184-00, para que la Fiscalía General de la Nación investigara a funcionarios de la Gobernación de Guainía por el «cambio de objeto e incumplimiento del proyecto Control de contaminación por mercurio, implementación de producción limpia en la pequeña minería y organización de una promotora minera en el departamento de Guainía».

2. Con base en estos documentos, el 13 de septiembre de 2006, el ente investigador

dispuso apertura de investigación previa contra el ex Gobernador de Guainía Arnaldo José Rojas Tomedes y, al resolverle su situación jurídica, ordenó compulsas de copias contra José Gilberto Rojas Flórez, porque para la fecha de los hechos fungió como Gobernador encargado y suscribió algunos contratos relacionados con el proyecto en mención.

TRÁMITE DEL INCIDENTE DE OPOSICIÓN

1. La investigación seguida contra el ex Gobernador encargado del departamento de Guainía culminó con resolución de acusación por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros. Durante el desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento, en sesión del 21 de mayo de 2020, el defensor del procesado allegó escrito objetando por error grave los siguientes dictámenes periciales:

(i) el rendido en este proceso por la perito Martha Janeth Cano Salerno, sobre avalúo de daños y perjuicios; y

(ii) el que presentó el biólogo Néstor Javier Mancera Rodríguez en el proceso de responsabilidad fiscal No. 184-00, seguido por la Contraloría General de la República contra José Gilberto Rojas Flórez, en calidad de Secretario de Desarrollo Agropecuario y Medio Ambiente de la Gobernación de Guainía.

2. En relación con el peritaje sobre daños y perjuicios, la Sala Especial de Primera Instancia profirió el auto AEP092-2020, declarando impróspera la objeción. El apoderado de la defensa interpuso oportunamente recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente mediante auto AEP00123-2020.

3. Respecto del peritaje allegado al proceso de responsabilidad fiscal No. 184, la Sala Especial de Primera Instancia profirió el auto AEP091-2020, negando por improcedente la objeción. El defensor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. La reposición fue negada mediante auto AEP00123-2020 y se concedió el recurso de apelación,

ante esta Sala, en el efecto devolutivo.

EL AUTO APELADO

Los argumentos para negar por improcedente la objeción al dictamen pericial, fueron los siguientes:

1. La Fiscalía profirió resolución de acusación con fundamento, entre otras pruebas, en un dictamen pericial trasladado, rendido por el biólogo Néstor Javier Mancera Rodríguez dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 184-00, adelantado ante la Contraloría General de la República contra José Gilberto Rojas Flórez.

1.1. Objetar dicho dictamen es improcedente, pues cuando la prueba pericial fue practicada en el proceso de responsabilidad fiscal, el acusado «contó con los derechos de contradicción y debido proceso», siguiendo las formalidades del Código de Procedimiento Civil. En dicha actuación, la defensa no lo controvertió y no es viable someterlo nuevamente a examen «porque el trámite previsto para el efecto fue agotado legalmente por la instancia correspondiente».

2. La Sala de Casación Penal de la Corte ha indicado que los vicios que afecten la legalidad, eficacia y validez de una prueba pericial, deben ser alegados en el proceso de origen, ya sea fiscal o disciplinario (SP. Rad. 47430 de febrero 24 de 2016), mientras que la Corte Constitucional, en aplicación del artículo 174 del Código General del Proceso, tiene dicho que para que una prueba trasladada tenga eficacia como medio probatorio y pueda ser válidamente apreciada, sin más formalidades por el juez del proceso en el que se aduce, basta con que haya sido sometida a contradicción y al debido proceso (CC T-645 de 2014).

3. En la declaración que rindió en este proceso penal el biólogo Mancera Rodríguez, reconoció que carecía de pericia en materia de contaminación por mercurio, no obstante, el denominado error grave solo se predica del objeto del dictamen y no de la idoneidad o

calidad del perito, «aspecto [último] que será tenido en cuenta por el juez al sopesar el poder suasorio del dictamen en orden a lo dispuesto por el artículo 257 de la Ley 600 de 2000» y por la Corte Constitucional en la sentencia C-124 de 2011.

EL RECURSO

El apoderado del acusado interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación¹, para que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, «se emita pronunciamiento sobre el error en el objeto del peritaje». Como fundamento, indicó:

1. La decisión recurrida omitió pronunciarse sobre el numeral 3.2. del escrito de objeción al dictamen pericial, donde fueron expuestas las razones sobre la existencia de error grave, circunstancia que vulnera el debido proceso.
2. La improcedencia de la objeción no puede fundarse en que se trata de una prueba trasladada, porque en el proceso de responsabilidad fiscal No. 184-00 «no hubo una decisión de fondo», ya que la decisión de primera instancia que sancionó fiscalmente al exgobernador encargado fue revocada en segunda instancia y se declaró la prescripción de la acción fiscal, por lo que no operó el fenómeno de la cosa juzgada.
3. En el auto recurrido se dijo que como la prueba no fue controvertida en el proceso primigenio, no era posible revivir dicha etapa procesal, lo cual también es violatorio del debido proceso, porque en la referida actuación se discutió sobre responsabilidad fiscal y en este proceso la discusión gira en torno a una presunta responsabilidad penal, «circunstancias que distan diametralmente y son opuestas».
4. La primera instancia aludió a circunstancias propias de la materialidad de la conducta y la «eterna discusión del derecho formal y el derecho sustancial», pero debe analizarse la afectación de derechos fundamentales como la libertad y el debido proceso, de modo que, así en el proceso primigenio no se hayan elevado solicitudes de aclaración, adición u

objeción -conforme al procedimiento civil- por parte del profesional del derecho que apoderó en ese momento al procesado, aquí se está haciendo según las formalidades del proceso penal a efectos de garantizar el principio de contradicción, sin que aplique la preclusividad de los actos procesales, además, «no se dan las causales para aplicar el Código General del Proceso por analogía, máxime si (...) no permite la objeción del dictamen pericial».

1. La primera instancia antepuso lo formal sobre lo sustancial al manifestar que el peritaje cobró firmeza, que la oportunidad para formularle objeciones feneció, y que reviste de cosa juzgada por el hecho de haberse corrido traslado de esa prueba a quien en ese momento apoderaba al procesado en la actuación por responsabilidad fiscal, sin que presentara objeción alguna. Con este criterio se estaría trasladando al procesado la «desidia» del anterior defensor, pese a que se trata de asuntos de naturaleza y consecuencias jurídicas distintas.

2. En la decisión recurrida se alude a la sentencia de la Corte Constitucional C-124 de 2011, que trata sobre el error en el peritaje, tema sobre el cual debe versar el presente asunto para establecer como «error notorio» que (i) si la conducta punible tiene que ver con la ejecución de un proyecto por valor de \$214'500.000, para establecer la responsabilidad penal se allegue un dictamen pericial de un proyecto modificado y presentado por \$300'000.000, pues, precisamente, (ii) el perito manifestó que no realizó la pericia sobre el proyecto modificado.

NO RECURRENTES

Para la delegada de la Fiscalía no se advierten elementos de juicio de orden legal o jurisprudencial para revocar lo resuelto en primera instancia, pues:

(i) La defensa no dirigió sus reproches a debatir los argumentos de la primera instancia para declarar la improcedencia de la objeción, o al menos resultan insuficientes.

(ii) No se contravirtió el carácter de prueba trasladada del dictamen, además que el debate debió agotarse al interior del proceso donde se ordenó la prueba.

(iii) A la defensa le fue permitido interrogar al referido perito en este proceso y, a partir de sus particulares conclusiones, solventar su alegación final, con la objeción al dictamen solo se prolonga la discusión sobre una etapa ya precluida.

(iv) El proceso de responsabilidad fiscal difiere en su naturaleza y alcance de la acción penal, y aun cuando es permitido que compartan pruebas recaudadas en una u otra actuación, ello no comporta, de plano, que deba existir identidad frente a lo resuelto.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala de Casación Penal es competente para resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a lo establecido en el numeral 6º del artículo 235 de la [Constitución Política](#).

Esta facultad funcional se circunscribe a los temas de la apelación y de aquellos que resulten inescindiblemente vinculados con ella, de acuerdo con lo establecido en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000.

2. Objeto de la presente decisión

Resolver la apelación interpuesta por la defensa del exgobernador encargado del departamento de Guainía José Gilberto Rojas Flórez, contra la decisión de primera instancia que negó por improcedente la objeción formulada al dictamen pericial rendido por el biólogo Néstor Javier Mancera Rodríguez en el proceso de responsabilidad fiscal No.184 seguido por

la Contraloría General de la República, que fue trasladado a este proceso, por error grave.

2.2. La prueba trasladada

El estatuto procesal penal de la Ley 600 de 2000, por el que se sigue este caso, regula en su artículo 239 la figura de la prueba trasladada en los siguientes términos:

«Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial.»

Se trata de una figura propia del proceso penal mixto de tendencia inquisitiva, donde la prueba se rige por el principio de permanencia, permitiendo que las partes puedan hacer uso de evidencias válidamente practicadas en una actuación judicial y administrativa distinta, para probar hechos de su interés, a partir de sus contenidos. Por eso se ha dicho que al proceso ingresa «el medio de prueba y la prueba misma», quedando a disposición de partes y sujetos procesales para que puedan controvertirla (cfr. SP4281-2020, rad. 55649).

2.1. En relación con las normas aplicables para estos casos, le asiste razón al apelante cuando sostiene que la regulación contenida en los artículos 185 del Código de Procedimiento Civil y 174 del Código General del Proceso, resultan extrañas, porque en relación con el tema existe norma expresa en el Código de Procedimiento Penal, que debe preferirse, postura que la Sala ha venido reiterando al precisar que en esta materia no aplica el principio de remisión (cfr. AP213-2021, rad. 56803).

En relación con la garantía de contradicción de la prueba trasladada, la Sala de Casación Penal tiene dicho que «lo fundamental frente a la validez de la aducción de la prueba

trasladada no es el proceso de formación en la actuación de origen sino (i) el rito de su traslado y (ii) la posibilidad de que una vez incorporada los sujetos procesales hayan podido conocerla y por ende ejercer el derecho de contradicción» (Cfr. AP5618-2017, AP2257-2018, rad. 49592 y AP213-2021, rad. 56803 -entre otras-), que no debe confundirse con la posibilidad de rehacer o repetir su proceso de formación.

En torno a esta temática se ha dicho, por ejemplo, que una prueba testimonial trasladada no puede estar supeditada para su apreciación, a que la defensa pueda contrainterrogar de nuevo al testigo². E igual ocurre con los demás medios probatorios que pueden ser objeto de traslado, como la inspección, la peritación, el documento o la confesión (art. 233, L. 600/00 y AP213-2021, rad. 56803), en los que el derecho de contradicción no se entiende materializado con la repetición.

2.3. En el presente asunto, la defensa del exgobernador encargado Rojas Flórez objetó por error grave el dictamen pericial que la fiscalía incorporó a la actuación en condición de prueba trasladada. En la resolución de acusación el órgano persecutor se dejó consignado que «las pruebas aquí reseñadas y valoradas son trasladadas de las investigaciones adelantadas por la Procuraduría y Contraloría, que tienen plena validez en esta investigación penal acorde con la Ley 600 de 2000».

Siendo así, el derecho de contradicción no se realiza a través de las herramientas procesales propias del proceso de controversia de que disponen las partes en la formación del dictamen «contradicción del dictamen» (art. 254, L. 600/00), «objeción del dictamen» (art. 255 ibidem) o con la «comparecencia del perito a la audiencia» (art. 258 ibidem.), por tratarse de procedimientos que no se prevén para la prueba trasladada.

La garantía de contradicción en estos casos, ha dicho la Corte, se materializa «a través de la impugnación de las decisiones que las valoró [o que valoró el dictamen pericial] y presentando su personal criterio sobre su poder suasorio en los alegatos de conclusión,

entre otras posibilidades»³, mecanismos de los cuales la defensa puede hacer uso en el curso de la presente causa penal.

De modo que, no pueden ser de recibo los argumentos de la defensa orientados a discutir, por la vía de la objeción del dictamen, aspectos de su contenido, que a su juicio estructuran un error grave, pues como acertadamente lo consideró el a quo, serán temas a valorar en el momento procesal oportuno, cuando deban apreciarse en conjunto las pruebas aportadas a la actuación (art. 238, L. 600/00).

2.3.1. Lo importante, para que proceda su valoración, es que se haya cumplido el debido proceso de traslado, aspecto que la impugnación no discute, pues no se ha puesto en duda el cumplimiento de los requerimientos previstos en el artículo 239 de la Ley 600 para su apreciación, ni que con posterioridad a su ingreso no se le haya permitido su conocimiento o facilitado su contradicción.

2.3.2. Todo lo contrario, la primera instancia y la delegada del ente investigador precisaron que el perito Néstor Javier Mancera Rodríguez, testificó en este proceso (situación que se reafirma en el auto que resolvió las solicitudes de nulidad y práctica de pruebas AEP00064-2019), lo cual se erige en una herramienta más de contradicción con la que puede contar la defensa, como ya lo ha reconocido también la Sala en casos similares (AP5618-2017, rad. 49883).

2.3.2. En conclusión, la presente oposición al dictamen pericial que fue objeto de traslado, deviene improcedente, pues adelantar su trámite equivaldría a repetir su práctica probatoria, circunstancia ajena a los requisitos que rigen la prueba trasladada, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR, por los motivos expuestos en la parte motiva de la presente decisión, el auto AEP091-2020 (48900) proferido por la Sala Especial de Primera Instancia.

SEGUNDO. Esta providencia no es susceptible de recursos.

TERCERO. DEVUÉLVASE la actuación a la autoridad judicial de origen.

Notifíquese y cúmplase.

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 El recurso fue interpuesto en términos (folios 265 a 267 del C.O. No. 1º de objeción a dictámenes). A folios 278 a 282 se encuentra otro escrito del mismo apoderado, donde también interpone el recurso de reposición y en subsidio de apelación, y, según constancia de correo electrónico, también fue remitido dentro del término de traslado (7 de septiembre de 2020). En esencia, el recurrente presenta los mismos argumentos en uno y otro escrito, y se reseñan en la presente decisión.

2 Cfr. SP de 29 de julio de 1998, radicado 10827; SP del 28 de septiembre de 2006, radicado 19888 y AP-443 del 3 de febrero de 2016, radicado 37395 y SP2546 del 4 de julio de 2018, entre otros.

3 Cfr. SP de 29 de julio de 1998, radicado 10827; SP del 28 de septiembre de 2006, radicado 19888 y AP-443 del 3 de febrero de 2016, radicado 37395 y SP2546 del 4 de julio de 2018, entre otros.