

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado Ponente

AP2753-2023

Radicación No. 62469

(Aprobado Acta No.171)

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2.023)

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los defensores de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA contra el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia el 31 de agosto de 2022, mediante el cual no excluyó unas pruebas de la Fiscalía y negó algunas solicitudes probatorias, dentro la actuación que se les sigue a las mencionadas personas por el delito de prevaricato por acción agravado.

HECHOS

Extraídos de la acusación, así se relataron en la providencia objeto del recurso:

“La presente actuación tuvo origen en la compulsación de copias que el 14 de diciembre de 2011 ordenó la Sala de Casación Penal de esta Corporación al resolver el recurso extraordinario de casación, para que se investigara a los Magistrados integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta que el 7 de abril de 2010 emitieron el fallo de

segundo grado dentro del radicado 470016001018200900744, por incurrir en el presunto punible de prevaricato por acción. Se imputa a los funcionarios judiciales los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

El 7 de abril de 2010, los Magistrados JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, en sede de segunda instancia revocaron el fallo de condena emitido por el Juez Penal del Circuito Especializado de Santa Marta contra Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López, por los delitos de secuestro extorsivo agravado, en concurso heterogéneo con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego, y en su lugar los absolvió y ordenó su libertad inmediata. Contra la decisión se interpuso recurso extraordinario de casación.

El 14 de diciembre de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, casó el fallo y convalidó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgador de primera instancia. Luego de analizar los yerros denunciados y su transcendencia determinó que la decisión proferida en sede de apelación desconoció la realidad probatoria, situación que motivó la expedición de copias penales contra los Magistrados que la adoptaron.

Se alude a que los Magistrados JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, decidieron el recurso de apelación de manera contraria a lo dispuesto en los artículos 380, 404, 406, 432 a 434, 162 y 381 de la Ley 906 de 2004, al:

Primero, omitir en el proceso de apreciación probatoria valorar la versión suministrada por el plagiado Emilio Sánchez en la denuncia que formuló, la cual no confrontó con el restante acervo probatorio.

Segundo, no apreciar integralmente la prueba testimonial introducida al juicio, al ponderar algunos apartes y dejar por fuera aspectos transcendentales de sus dichos.

Tercero, excluir de su apreciación probatoria las pruebas testimoniales de los funcionarios adscritos al CTI y al Gaula, Edgar Sarmiento Sierra, Ferney Vargas, René Fernández y Dioselina González Camacho, así como los elementos materiales probatorios que recolectaron en las diligencias de allanamiento y registro, los que resultaban relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Quinto, otorgarles credibilidad a los testimonios de la defensa vertidos por los señores Ricardo Millán Montenegro, Raúl Alberto Hernández Oñate y Lourdes del Socorro Montero Franco que el juez a quo desestimó, sin proporcionar las razones para validar sus dichos dieron por sentado que el plagiado departió con uno de sus captores en una discoteca para luego inferir que no podía ser objeto de secuestro.

Finalmente, por haber estimado un documento incorporado al trámite de segunda instancia que la Sala de Casación determinó inexistente dentro de los elementos materiales probatorios aducidos en la audiencia de juicio oral, en la medida que no fue descubierto, enunciado, ni solicitado; tampoco decretado, menos sometido a contradicción, pues en el intento del defensor de aducirlo a través del testimonio de José Alexander Reina, el juzgado a quo lo desestimó, conducta con la que contrariaron manifiestamente los principios modulares y las garantías procesales de imparcialidad, oralidad, contradicción, concentración y publicidad y, el derecho fundamental al debido proceso...”.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 16 de agosto de 2017, en audiencia preliminar llevada a cabo ante un Magistrado en Función de Control de Garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, un Fiscal Delegado ante esta Corporación formuló imputación en contra de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA por el delito de prevaricato por acción agravado, arts. 413 y 415 del C.P., con la circunstancia de mayor punibilidad del art. 58-10 ibidem¹.

2. El 12 de diciembre siguiente, la fiscalía radicó escrito de acusación², cuya formulación se efectuó ante la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación en sesiones de 33 y 16 de septiembre⁴ de 2020, conforme a la calificación jurídica ya descrita.

3. La audiencia preparatoria tuvo lugar en sesiones del 26 de mayo⁵ y 12 de septiembre⁶ de 2022. En esta última, se dio lectura a la decisión del 31 de agosto inmediatamente anterior (AEP105-2022), por medio de la cual se pronunció sobre las postulaciones probatorias de las partes, determinación contra lo cual los defensores de los acusados interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido para surtirse ante esta Sala.

DECISIÓN IMPUGNADA

La Sala Especial de Primera Instancia, en la referida decisión AEP105-2022, resolvió las diferentes peticiones probatorias formuladas por las partes en la audiencia preparatoria; sin embargo, para los efectos de esta decisión, solo se relacionarán aquellas cuya postulación controvierten los defensores recurrentes. Para tal efecto, se respetará el orden y numeración de la providencia impugnada⁷:

1. (2.1.1.)⁸ Documentales decretadas a la fiscalía que hacen parte del expediente No. 470016001018200900744 tramitado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta, en primera instancia, contra Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López por los delitos de secuestro extorsivo agravado y porte, fabricación y tráfico de armas de fuego agravado. En concreto, las siguientes piezas procesales de esa actuación:

(2.1.1.1.)⁹ Audio y acta de juicio oral y público, sesión del 4 de noviembre de 2009, contentivo de los testimonios de Telma Isabel Colina Pertuz, Franklin Lozano Mendoza, Ana Santamaria Ayala, Juan Carlos Cataño Gutiérrez, Nelson Fernández Quiñonez y Ferney Vargas Vargas (CD-R No. 6).

(2.1.1.2.)10 Audio y acta de juicio oral y público, sesión del 4 de noviembre de 2009, contentivo de los testimonios de Said Amastha Segrebe y Edgar Sarmiento Sierra (CD-R No. 7).

(2.1.1.3.)11 Audio y acta de juicio oral y público, sesión del 5 de noviembre de 2009, contentivo del testimonio de Dioselina González Camacho y del video de la diligencia de allanamiento y registro realizado al apto 301 del Edificio Mediterráneo del Rodadero (DVD No. 4).

(2.1.1.4.)12 Audio y acta de juicio oral y público, sesión del 5 de noviembre de 2009, contentivo de los testimonios de René Ramírez Rondón y la continuación del rendido por Dioselina González Camacho (CD-R No. 5).

(2.1.1.5.)13 Audio y acta de juicio oral y público, sesión del 6 de noviembre de 2009, contentivo del testimonio del investigador José Manuel Ortiz Cardozo, con el que ingresaron a ese proceso las siguientes evidencias físicas: denuncia instaurada por Emilio Sánchez Sierra, informe de allanamiento y registro, acta de allanamiento y registro y un sobre con una copia de la diligencia del allanamiento y registro filmada en video. De igual manera, información relacionada con la reserva de tiquetes de transporte del señor Emilio Sánchez Sierra y documentos del vehículo donde aparece registrado quien era su propietario legalmente (DVD No. 3).

(2.1.1.6.)14 Audio y acta de juicio oral y público, sesión del 6 de noviembre de 2009, contentivo de los testimonios de Ricardo Alfonso Millán Montenegro, Raúl Alberto Hernández Oñate, Lourdes del Socorro Montero Franco, José Alexander Reina y el del acusado Giovanni Vélez Valencia (CD-R No. 2).

En desarrollo de la audiencia preparatoria los defensores de los acusados solicitaron a la Sala Especial de Primera Instancia excluir los anteriores elementos materiales probatorios y evidencias físicas, a lo cual no se accedió en la providencia recurrida. Al respecto, se

argumentó que tales elementos de juicio claramente tienen que ver con el tema de prueba, de ahí que se precise su incorporación.

2. (2.2.2.1.)¹⁵ Testimonial de Constanza Moya Pardo, experta en lingüística y argumentación, negada a los defensores de los procesados BAENA MEZA, DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA.

(2.2.3.)¹⁶ Documentales negadas a los defensores de los procesados BAENA MEZA, DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA, que corresponden a copias simples de cinco (5) providencias emitidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta que servirían de insumo al informe base de opinión pericial que rendiría la testigo Constanza Moya Pardo y que se identifican con los siguientes radicados:

(2.2.3.1.)¹⁷ Decisión proferida dentro del Rad. 470016001018200800213 el 20 de mayo de 2010.

(2.2.3.2.)¹⁸ Decisión proferida dentro del Rad. 470016001018201000208 el 23 de jun. de 2010.

(2.2.3.3.)¹⁹ Decisión proferida dentro del Rad. 470016001018200900057 el 3 de dic. de 2009.

(2.2.3.4.)²⁰ Decisión proferida dentro del Rad. 472886104798200880212 el 2 de dic. de 2009.

(2.2.3.5.)²¹ Decisión proferida dentro del Rad. 471893104002200900058 el 26 nov. de 2009.

La Sala a quo, para sustentar su determinación, estimó que ni el testimonio ni los documentos son pertinentes, pues no se relacionan con los hechos jurídicamente relevantes

de la acusación, ni tampoco ofrecen utilidad para su esclarecimiento.

3. (2.2.3.6.)²² Documental negada al defensor de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, consistente en auto del 10 de septiembre de 2009, con ponencia del prenombrado, dentro del Rad. 200900744, adelantado contra Héctor Ramírez y otros, a través del cual se resolvió la apelación contra decisión que negó una nulidad procesal.

4. (2.2.3.7.)²³ Documental negada a los defensores de los acusados DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA, correspondiente al proveído de 6 de noviembre de 2014 proferido en la investigación disciplinaria No. 11001010200020120014800 que cursó contra los acusados en el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se resolvió terminar el procedimiento disciplinario en su favor y, en consecuencia, dispuso el archivo definitivo de las diligencias.

En cuanto a la solicitud del primer defensor, en la providencia recurrida se precisó que la explicación de pertinencia brindada no refirió la transcendencia del hecho que se pretendía probar ni la relación de este medio de prueba con ese hecho, más allá de mencionar la necesidad de incorporar el contenido del documento sin ilustrar sobre otro aspecto relevante para fortalecer su teoría del caso o desvirtuar la de la fiscalía, por lo que decretó su inadmisión. Frente a la petición del segundo, encontró que no fue descubierto en debida forma, ante lo cual dispuso su rechazo para esta parte.

5. (2.2.3.10.)²⁴ Documental negada al apoderado del procesado CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, correspondiente a las fotocopias del libro de circulación de los proyectos del despacho del mencionado magistrado.

Frente a esta solicitud probatoria se dispuso su inadmisión, por resultar insuficiente la explicación de pertinencia que, en últimas, imposibilita establecer su relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN Y RÉPLICAS

Contra la anterior decisión, los defensores de BAENA MEZA, DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA interpusieron recurso de apelación (i) controvirtiendo la admisión de las pruebas referidas admitidas a la fiscalía respecto de las cuales solicitaron su exclusión y (ii) con el fin de que se admitan algunas de las que les fueron negadas (en concreto, las aludidas en el acápite precedente). El acusado FONSECA LIDUEÑA, a su turno, complementó la sustentación de su defensor, mientras que los dos restantes se atuvieron a lo expuesto por sus apoderados. Ahora, como algunos argumentos son repetitivos, se condensarán en bloque, tras lo cual se sintetizarán, en el mismo apartado, los argumentos expuestos por los no recurrentes, quienes solo se pronunciaron frente a los tópicos que consideraron más relevantes de la impugnación.

1. En relación con las pruebas decretadas a la fiscalía y respecto de las cuales los defensores habían pedido exclusión²⁵:

Coinciden los defensores de los tres implicados y el procesado FONSECA LIDUEÑA en sostener que los elementos materiales probatorios y evidencias físicas relacionadas con las diferentes sesiones de la audiencia de juicio oral del expediente 470016001018200900744 (actas, videos y audios), tramitado en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta contra Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López por los delitos de secuestro extorsivo agravado y porte, fabricación y tráfico de armas de fuego agravado, no deben ser admitidas.

Se trata de pruebas trasladadas de otra actuación a la presente, cuya incorporación está prohibida en el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004 que adoptó el sistema penal acusatorio, como así lo ha determinado esta Sala de Casación, pues con ello se imposibilitaría a las partes ejercer contradicción y, en relación con las testimoniales allí

practicadas, su debida confrontación y el ejercicio del contrainterrogatorio.

El defensor de BAENA MEZA agregó que si bien no discute que esas probanzas tienen que ver con el tema de prueba, es cuestionable que se pretermita el procedimiento de incorporación de pruebas practicadas por fuera del proceso al que se pretenden llevar, con lo cual se quebranta el debido proceso probatorio, como ocurre en este caso, sin que puedan validarse con su recolección a través de una inspección judicial, pues de esa manera se ingresaría cualquier prueba practicada en un proceso externo, además de que se daría por cierto su contenido sin posibilidad alguna de contradicción.

Para el apoderado de DIETES LUNA, de otra parte, se confunde la naturaleza de tales testimonios porque acá en realidad se trata de prueba documental, cuya introducción al juicio debe ser en tal calidad para evitar que ingresen automáticamente al proceso sin la debida contradicción, e incluso puedan ser objeto de estipulación entre las partes, como así lo estableció la misma Sala a quo en AEP065, jul. 1° de 2020, rad. 50753, y esta Sala de Casación en AP3359, ago. 8 de 2018, rad. 5304 (sic).

El defensor de FONSECA LIDUEÑA adicionalmente sostiene que el decreto de estas pruebas afecta el principio de economía procesal, pues ninguna funcionalidad cumple incorporar una prueba que ya fue practicada previamente, en contra de la teleología de los artículos 334 y 356 procesales, aunado a que se estaría ante un doble descubrimiento del medio probatorio que se pretende hacer valer.

En su condición de no recurrente, el representante del ente persecutor precisa que no hay mecanismo distinto al de la inspección judicial para traer los aludidos elementos documentales que constituyen el tema y objeto de prueba, punto sobre el cual advierte confusión de los defensores como quiera que los testimonios obran en esa prueba documental (cd's), sin que lo que ahora se vaya a examinar sea su contenido, sino la interpretación que los procesados le dieron, por lo que no hay motivo alguno de ilegalidad

para su exclusión, como lo pretenden los recurrentes.

En la misma calidad de no recurrente, el representante de la víctima reconocida dentro de esta actuación opina que el juzgador de primera instancia acertó en la delimitación del tema de prueba, pues lo que se debe tener en cuenta es que esos elementos no son medio de prueba en este asunto como sí lo fueron en el proceso del que conocieron los acusados, razón por la cual su forma de obtención no podía ser otra que la surtida por el ente investigador a través de inspección judicial. Además, aquí no se pueden practicar nuevamente, dado que los hechos jurídicamente relevantes a que se circunscribe este juicio conciernen a un eventual prevaricato por acción de los acusados por la valoración de esos medios de convicción en el proceso original, según así lo ha entendido esta Sala en diversas decisiones, como en la de mayo 8 de 2018, rad. 48199. En ese orden, tampoco se van a tener en cuenta ni como prueba trasladada ni como prueba de referencia, puesto que no se van a volver a practicar en este juicio, motivo por el cual deprecia se desestime el argumento de los impugnantes.

2. En relación con las pruebas negadas a los defensores:

1. Inconformidad de los tres defensores en relación con el testimonio de la perito Constanza Moya Pardo y la incorporación de cinco decisiones del Tribunal Superior de Santa Marta con ponencia de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA26:

Los defensores de los acusados y el procesado CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA en su intervención complementaria a la de su representante, están en desacuerdo con la negativa de practicar estas pruebas porque Constanza Moya Pardo es una experta lingüista, quien,

con soporte en las decisiones referidas, identificará el estilo de escritura, estructura, argumentación, morfología y forma que utilizaba el mencionado magistrado en sus providencias, lo cual reviste de importancia en este asunto, dado que dicho funcionario también fungió en esa condición en la decisión que se tilda de prevaricadora, sin que con su realización se pretenda sustituir la interpretación judicial que allí se aplicó, pues concierne a un aspecto netamente extrajurídico.

Añaden que resultan de gran trascendencia estas probanzas frente al objeto de prueba en cuanto se ha endilgado a los acusados haber omitido valorar algunos elementos de juicio en la decisión cuestionada o haber errado en ese proceso, pero con la realización del pretendido peritaje se demostrará que sí se hicieron esas valoraciones solo que bajo el estilo de redacción breve y sintético del ponente y no con la extensión y amplitud que muchos funcionarios emplean en las decisiones judiciales, lo cual tiene relación con la configuración del tipo subjetivo y de ahí su pertinencia, al demostrarse que la providencia en cuestión no constituía una excepcionalidad en las elaboradas por quien fungió como ponente, sino una totalmente normal que, además, no despertaba suspicacias en los demás integrantes de la sala de decisión.

Los defensores de BAENA MEZA y DIETES LUNA agregan que el a quo soslayó que las cinco providencias a las que se hace mención no solo se pidieron como insumo de la prueba pericial, sino también como pruebas documentales independientes, sin que nada dijera el a quo al respecto.

Sobre este punto, el defensor de LIDUEÑA FONSECA acotó que la providencia impugnada se desestructura en virtud de las aclaraciones de voto presentadas por dos de los tres magistrados que integran la Sala a quo, por lo que demanda un control efectivo de legalidad, al tenor de lo normado en los artículos 25 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en los artículos 42, numeral 12, y 132 del Código General del Proceso.

En esa medida, solicitan se revoque la determinación de negar la práctica de la experticia y la incorporación de las cinco decisiones referidas.

2. Inconformidad de los defensores de DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA en relación con la introducción del proveído emitido dentro del trámite disciplinario surtido en contra de los procesados²⁷:

Los señalados defensores y el acusado CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA están en desacuerdo con la decisión de inadmitir la incorporación del documento referido en el que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 6 de noviembre de 2014, dentro de la investigación 11001010200020120014800 de esa naturaleza que cursó contra los acusados, resolvió terminar el procedimiento en favor de BAENA MEZA, DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA y, en consecuencia, dispuso el archivo definitivo de las diligencias.

Para sustentar la apelación, el defensor de DIETES LUNA sostuvo que, contrario a lo afirmado en la providencia recurrida, sí se expuso en su oportunidad la pertinencia y trascendencia del documento, pues si bien fue objeto de estipulación el hecho consistente en el archivo de esa actuación, la decisión en comento resulta de incidencia en su contenido por relacionarse directa e indirectamente con la conducta en lo que tiene que ver con el análisis del tipo objetivo y subjetivo, pues permitirá demostrar que no hay una única vía para resolver el asunto que los acusados tuvieron bajo su consideración, ante la controversia que al respecto existe. En relación con la tipicidad objetiva, además, permitirá vislumbrar que no hay decisión manifiestamente contraria a la ley y, desde la órbita del tipo subjetivo, verificará que hubo ausencia de dolo.

A su vez, el defensor de FONSECA LIDUEÑA manifestó que esta decisión que se pretende incorporar toca con lo esencial del proceso, pues allí se dijo de una manera clara que la conducta carecía de ilicitud sustancial, lo cual implica que no se estaría frente a un

prevaricato porque la decisión fue razonable, como también lo ratifica su representado en su intervención, quien agrega que, a diferencia de lo expuesto por la Sala a quo en la providencia impugnada al disponer el rechazo de la solicitud, su incorporación no sorprenderá a las demás partes e intervinientes como quiera que conocen su contenido.

Por su parte, el apoderado de la víctima adujo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ya se ha pronunciado sobre el punto señalando que ese tipo de decisiones no son tema de prueba.

Estimó que la sustentación fue clara al señalar la pertinencia de incorporar la copia del aludido auto con ponencia de su defendido, no solo porque se emitió dentro de la misma actuación en que se profirió la sentencia que se tilda de prevaricadora, sino por demostrar que habiéndose proferido antes de esta, pone de presente la imparcialidad y juridicidad con que se actuó, lejos de pretender favorecer a alguien, pues, si así hubiera sido, se habría accedido al decreto de esa nulidad.

Como el reproche de la sala de primera instancia parte de que no se cumplió la acreditación de pertinencia, no se puede pasar por alto que al ofrecerse un medio de prueba que advierte sobre el acierto judicial de una decisión rodeada de imparcialidad, se hace relación al componente del tipo subjetivo de la conducta, cuya relación resulta diáfana con el tema de prueba, por lo cual emerge nítida su admisibilidad.

4. Inconformidad del defensor de CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA en relación con la incorporación de la fotocopia del libro de circulación de proyectos de su despacho²⁹.

El impugnante discutió la inadmisión del referido documento porque, como lo planteó al momento de solicitar la prueba y así se reconstruyó en la decisión impugnada, su importancia deriva de que era determinante para corroborar que el 7 de abril de 2010 no circuló al despacho de su representado la decisión que se tilda de prevaricadora, por lo que “allí radica la importancia de la misma y, por supuesto, la pertinencia tiene que ver con la forma en que el objeto material del presunto prevaricato se llegó a constituir”; por tal razón no puede ser soslayada³⁰.

El acusado FONSECA LIDUEÑA complementó la intervención de su defensor. Señaló que al verificarse que el proyecto de la decisión que se endilga prevaricadora no circuló para el 7 de abril de 2010 en su despacho, surge “la íntima relación de la aludida prueba con la trazabilidad de la decisión tildada de prevaricadora [que] justifica su pertinencia, pues a través del aludido documento se corrobora que los miembros de la sala tuvieron la oportunidad de aprobar la decisión aparentemente prevaricadora, de tal forma que refulgía fácilmente que se trataba de pertinencia y no tenía que decir la palabra pertinente para entender que era pertinente la prueba”³¹.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De conformidad con el numeral 6° del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo 01 de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir esta decisión, en tanto que la providencia recurrida fue proferida por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación.

En consecuencia, por virtud del principio de limitación, procederá a resolver el recurso de apelación conforme con los planteamientos expresados por los recurrentes y las temáticas inescindiblemente vinculadas a ellos.

2. Pruebas decretadas a la fiscalía y respecto de las cuales los defensores habían pedido exclusión:

Frente a este primer punto que cuestionan todos los defensores, relativo a la admisión como pruebas documentales de los cd's contentivos de las diferentes sesiones de la audiencia de juicio oral del expediente 470016001018200900744 (actas, videos y audios), tramitado en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta contra Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López por los delitos de secuestro extorsivo agravado y porte, fabricación y tráfico de armas de fuego agravado, se debe desde ya precisar que le asiste razón a la Sala Especial de Primera Instancia al ordenar su decreto.

Dichos elementos materiales probatorios conciernen a los medios de convicción que los acusados JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, en su calidad de magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, tuvieron a su disposición para valorarlos en la decisión que se tacha de prevaricadora, precisamente por falencias en esa labor.

Al respecto se debe hacer hincapié en que los hechos de esa actuación original no constituyen, desde luego, tema de prueba en el proceso que ahora se sigue en pos de determinar la responsabilidad penal de los funcionarios, pero sí es necesario conocer esos elementos de convicción con que allí contaron para establecer su responsabilidad en el delito atribuido, como así lo precisó la Sala en la decisión que oportunamente traen a colación el a quo y el apoderado de la víctima (SP2920, may. 8 de 2017, rad 48199) de la siguiente manera:

“Finalmente, cuando la acusación por el delito de prevaricato consiste en que el juez no valoró integralmente la prueba y, por ello, emitió una sentencia manifiestamente contraria a

la ley, los hechos del caso donde se emitió la decisión objeto de cuestionamiento no hacen parte del tema de prueba en el proceso seguido en contra del funcionario (eran tema de prueba en el proceso presidido por el procesado).

Según se indicó en precedencia, lo determinante es demostrar cuáles eran los medios de conocimiento con los que contaba el procesado y cuál la decisión que emitió. A partir de esa realidad, el juzgador debe realizar los ejercicios valorativos atrás descritos. Lo anterior, se insiste, sin perjuicio de los referentes fácticos del dolo y demás presupuestos de la punibilidad de la conducta” (subrayas fuera de texto).

De manera similar esta Sala de Casación se pronunció con posterioridad, entre otras, en SP5496, dic. 12 de 2019, rad. 52071, en la que consignó:

“De igual modo es importante indicar que la Sala³² se ha ocupado de analizar el tema de prueba en los delitos de prevaricato por acción cuando el reproche recae sobre la valoración probatoria realizada por el funcionario procesado, llamando la atención en que para delimitar si los hechos del caso pueden ser subsumidos en el tipo penal en comento, es necesario constatar cuáles eran las pruebas con las que contaba el funcionario cuando emitió la decisión prevaricadora y cuál aquella que emitió, y a partir de ello, el juez determinará si la decisión adoptada por el acusado es contraria a la ley y si dicha contrariedad es manifiestamente adversa al ordenamiento jurídico.

Asimismo, en el análisis de este punible, la Corte ha llamado la atención sobre la necesidad de diferenciar los hechos del caso en donde se emitió la decisión objeto de cuestionamiento –en el caso que se analiza el proceso administrativo-, y los del proceso seguido contra el funcionario –el proceso penal-, precisando que los primeros no hacen parte del tema de prueba del segundo” (subrayas fuera de texto).

Se insiste: esos elementos de juicio con los que contaron los funcionarios para proferir la sentencia que se reputa prevaricadora sí hacen parte del tema de prueba dentro de esta

actuación, por erigirse, como lo ha reiterado esta Sala y bien lo indicó la Sala Especial a quo, en la realidad procesal que afrontaron para tomar tal determinación. Sin ellos, por demás, no se podría determinar, en el plano de la tipicidad objetiva, si la decisión fue manifiestamente contraria a la ley o no, máxime en este caso cuando la imputación fáctica recae sobre una eventual valoración errada que los procesados habrían efectuado a esos medios de convicción en la providencia en cuestión.

Esta situación, recurrente por demás, ha llevado a que esta Sala de Casación haya acuñado, para los casos de prevaricato por acción, el concepto de “realidad procesal” para hacer referencia a esos elementos de juicio de que disponía el funcionario cuando profirió la decisión que se censura de manifiestamente contraria a la ley, conforme lo plasmó en AP4438, sep. 22 de 2021, rad. 60064:

“De otro lado, la Sala ha establecido que, en los casos por el delito de prevaricato, la realidad procesal que afrontó el procesado al emitir la decisión tildada de ilegal hace parte de los hechos jurídicamente relevantes. Por tanto, esa realidad procesal hace parte del tema de prueba (CSJAP, 26 junio 2019, Rad. 55408, entre otras).

Por su naturaleza, ese dato factual suele estar representado en un documento, independientemente de la forma de documentación: escritos, grabaciones de audio, videos, etcétera.

En ese tipo de casos puede presentarse una confusión entre el tema de prueba y el medio de prueba, porque, generalmente, se hace alusión a dos procesos diferentes, a saber: (i) aquel que estuvo bajo la dirección del procesado, en el que pueden existir pruebas testimoniales, documentales, periciales, etcétera, así como alegatos, constancias, entre otra información; y (ii) el proceso penal, en el que debe demostrarse la realidad procesal que enfrentó el procesado al emitir las decisiones tildadas de ilegales o al incurrir en las omisiones que la Fiscalía considera penalmente relevantes.

En todo caso, en el proceso seguido por el delito de prevaricato, la realidad procesal constituye un aspecto del tema de prueba (valga la repetición), que, generalmente, se demuestra con el respectivo documento (carpeta, expediente, etcétera)". (subrayas fuera de texto).

Como se advierte en este último precedente, y así también lo explicó ampliamente el a quo en la providencia impugnada, la confusión, en estos casos, se suele presentar entre las nociones de tema de prueba y medio de prueba³³, sobre lo cual ha reiterado la Sala (SP3229, ago. 14 de 2019, rad. 54723):

"En decisión CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46153, la Corte, luego de hacer referencia a la importancia de que la Fiscalía exprese los hechos jurídicamente relevantes de manera «clara y sucinta, en un lenguaje comprensible», advirtió que el estudio de pertinencia de la prueba comprende dos aspectos perfectamente diferenciables aunque estén íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho.

A partir de allí, precisó que se entiende que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración" (énfasis tomado del texto original. En el mismo sentido, cfr. AP1670, abr. 30 de 2019 y AP1260, abr. 30 de 2019, rad. 53856).

De lo anteriormente expuesto queda suficientemente decantado que esos elementos de juicio del proceso que se siguió en contra de Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López por los delitos de secuestro extorsivo agravado y porte, fabricación y tráfico de armas de fuego agravado bajo la dirección del juez penal del circuito especializado de Santa Marta con los que contaron los procesados al adoptar la decisión de segunda instancia que se tacha de prevaricadora, sin lugar a dudas hacen parte del tema

de prueba de este proceso, mas no son medios de prueba encaminados a demostrar los hechos jurídicamente relevantes de la presente acusación, como sí lo fueron en el proceso originario, y, en esa medida, no se precisa nuevamente de su práctica para garantizar, como lo pretenden al unísono los impugnantes, su contradicción y confrontación (por ejemplo, en el caso de las testimoniales, con el ejercicio de la confrontación y el contrainterrogatorio).

Para su introducción al juicio oral, por consiguiente, es suficiente con su simple enunciación, al ser evidente su pertinencia, dado que, como se ha recabado, tales elementos constituyen un aspecto atinente al tema de prueba delimitado en la acusación, los cuales, de forma usual, están contenidos en prueba documental, como se indicó en la ya citada AP4438, sep. 22 de 2021, rad. 60064, siendo suficiente entonces con su enunciación y solicitud genérica y no detallada, esto es, sin individualizar elemento por elemento, según se precisó en AP2554 jun. 26 de 2019, rad. 55408:

“Para ponerle fin a las inaceptables dilaciones de este trámite (la acusación y la preparatoria se han extendido por casi 4 años), resulta imperioso que se entienda lo siguiente: (i) en los casos de prevaricato y en otros donde deba evaluarse la realidad procesal dentro de la cual se toman decisiones tildadas de ilegales, dicha realidad hace parte del tema de prueba; (ii) de ahí emana la pertinencia del documento que da cuenta de la misma, que generalmente corresponde a la respectiva carpeta o expediente; (iii) para identificar dicho documento, resulta suficiente con la alusión a la carpeta o expediente al que corresponde, así como el número de folios; (iv) no puede confundirse ese documento, con los informes presentados por los investigadores dentro de la investigación seguida en contra del funcionario investigado; (v) los anexos de estos informes, que tengan vocación probatoria, deben ser tratados individualmente, pues no constituyen tema de prueba sino medio de prueba; (vi) por tanto, cada uno de ellos debe someterse a las reglas previstas para cada medio de prueba; y (vii) así, por ejemplo, si en el informe suscrito por un investigador dentro del trámite seguido en contra del servidor público, se anexan

entrevistas, evidencias físicas y dictámenes periciales, las primeras deben someterse a las reglas de la prueba testimonial, las segundas a las reglas de los elementos físicos y los terceros a lo establecido en los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior resulta determinante para la incorporación y práctica de las pruebas. Así, el documento que da cuenta de la realidad procesal que enfrentó el procesado se incorpora como lo que es, una sola prueba, según las reglas de la prueba documental. Tal y como se indicó en el auto del 7 de marzo de 2018, no es necesario que el documento sea leído en su integridad. En dicho proveído se hicieron múltiples sugerencias para evitar que el trámite de incorporación de documentos voluminosos haga imposible la realización del juicio oral en términos razonables” (énfasis tomado del texto original, subrayas fuera de texto).

Así las cosas, se evidencia que, en el caso de la especie, la solicitud y decreto de los aludidos elementos de juicio obedeció a las anteriores pautas. De ese modo, se solicitaron como prueba documental y así también se decretaron (puntos 2.1.1.1., 2.1.1.2., 2.1.1.3., 2.1.1.4. y 2.1.1.5. de la providencia impugnada), sin que al respecto se haya incurrido, como lo indicó el apoderado del procesado DIETES LUNA, en confusión alguna sobre su naturaleza. Por otro lado, en su petición a cargo del ente acusador se siguieron las directrices vistas, pues bastó con su enunciación general por parte del ente acusador, bastando con individualizar cada uno de los discos contentivos de las diferentes sesiones de juicio oral del proceso original y las pruebas recaudadas en su desarrollo.

La admisión de tales elementos de convicción, a su turno, lejos está de transgredir el derecho de defensa en sus componentes de contradicción y confrontación, como lo pregonan los defensores, porque, se reitera, constituyen tema de prueba y no medios de prueba en esta actuación procesal, esto último, se recalca, como sí lo fueron en el proceso original frente a los hechos jurídicamente relevantes de ese caso por los delitos de secuestro extorsivo agravado y porte, fabricación y tráfico de armas de fuego agravado. Así, verbi gratia, los testimonios incluidos en esos medios magnéticos informan sobre

circunstancias que rodearon esas conductas y nada pueden aportar sobre la imputación fáctica que aquí se atribuye a los acusados relacionada con si incurrieron o no en evidentes errores cuando las valoraron, como para que sea viable ejercer contradicción y confrontación frente a ese tópico. No tendría sentido, por consiguiente, su repetición en este momento, como en cierta forma lo expone el defensor de FONSECA LIDUEÑA al argumentar que con ello también se quebranta el principio de economía procesal.

Ahora, ninguna crítica deviene de la forma en que fueron obtenidos por el ente acusador. En efecto, la inspección judicial al proceso original era la forma idónea para su consecución, lo cual garantiza, en principio, su autenticidad y mismidad. Al respecto, la Sala no comparte el argumento del defensor de BAENA MEZA para quien esa mecánica permite el ingreso indiscriminado de cualquier prueba proveniente de un proceso externo, dando por cierto su contenido sin posibilidad alguna de contradicción. Esto no es cierto, pues la parte interesada puede ejercer ese derecho bien si se opone al momento de su solicitud o decreto, ya si repudia su incorporación o si solicita su exclusión, para lo cual podría señalar, a modo de ejemplo, que el material recaudado en la diligencia no se corresponde con el que tuvo a disposición el procesado en su valoración o que fue alterado de alguna manera, sobre lo cual el director del proceso debe ser en extremo celoso para verificar que en efecto se trate de los mismos elementos de juicio que tuvo a disposición el implicado para realizar la valoración en la decisión que se estima manifiestamente contraria a la ley.

De ninguna manera, además, esta forma de aducción se equipara al de la prueba trasladada del régimen de la Ley 600 de 2000, como lo sostienen los impugnantes, el cual está tajantemente prohibida en el sistema de la Ley 906 de 2004, por comportar afectación a los principios de inmediación y contradicción (entre otros, SP5461, dic. 1 de 20121, rad. 54495 y AP767, feb. 19 de 2015, rad. 43976); empero, eso no significa, como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, que dicha prohibición haya “cercenado la posibilidad del ingreso a los procesos de medios de prueba usados en otras actuaciones”, pues es viable “siempre y cuando se respete el debido proceso probatorio” (SP1209, abr. 7 de

2021, rad. 54384, entre otras).

El acatamiento a ese debido proceso probatorio fue justamente lo que se verificó en el caso de la especie porque dichos elementos de convicción fueron obtenidos de forma legal mediante diligencia de inspección judicial, como así lo precisó la Sala a quo y se destacó en la última providencia referida:

“En concreto, en la decisión AP5785-2015, Rad. 46153 la Sala indicó lo siguiente:

«...si una parte considera pertinentes los medios de prueba usados en otra actuación, debe agotar los trámites atinentes al debido proceso probatorio. A manera de ejemplo, si en el otro proceso declararon testigos, debe solicitarlos como prueba para que su contraparte tenga la posibilidad de ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación; si el testigo no puede ser ubicado, falleció o se encuentra en alguno de los presupuestos del artículo 438, debe sustentar la causal excepcional de admisión de prueba de referencia; si pretende aducir como prueba un documento o una evidencia física utilizado con el mismo fin en un proceso diferente, debe cumplir con el deber de autenticarlos. Lo anterior sin perjuicio de la obligación de cumplir todos los requisitos generales para la admisión de la prueba: descubrimiento, solicitud de decreto a partir de la explicación clara y concisa de la pertinencia, etcétera».

(...)

Como se ve, es cierto que las interceptaciones de los abonados telefónicos referidos no se ordenaron ni realizaron al interior de esta investigación, sino en la que adelantaba el Fiscal Seccional 1 EDA de Riohacha -La Guajira-, dentro del radicado 440016008788201600094; no obstante, tales documentos no pueden considerarse como prueba trasladada, en tanto, se trata de pruebas documentales adquiridas legalmente a través de inspección judicial, las cuales fueron introducidas al proceso en cumplimiento de las reglas previstas en los artículos 424 y siguientes de la Ley 906 de 2004, con los testimonios de los policías

judiciales que participaron en su recolección – ver CSJ SP 21 sep. 2011, rad. 37205-...”
(subraya fuera de texto).

En ese orden, tampoco se trata, como también lo plantearon los recurrentes, de prueba de referencia. No es que, a la manera de medio de prueba, se pretenda traer declaraciones anteriores al juicio oral cuya admisión excepcional se permite ante la verificación de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 438 el estatuto adjetivo penal. Simplemente son elementos de juicio que se requieren para establecer la realidad procesal que enfrentaron los acusados en la decisión que se tacha de prevaricadora (tema de prueba).

Por último, el defensor del acusado DIETES LUNA argumentó que en casos similares al presente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal se ha inclinado por inadmitir los elementos de convicción que tuvo a disposición el funcionario en eventos de prevaricato, por no garantizarse su inmediación y contradicción, como así –dice— se plasmó en AP3359, ago. 8 de 2018.

Tampoco se advierte, como lo sostiene el mismo profesional, que en la decisión AEP065, jul. 1° de 2020, rad. 50753, la Sala Especial de Primera Instancia hubiera llegado a esa conclusión, porque los hechos jurídicamente relevantes de esa actuación no guardan ninguna similitud con los de este asunto. Debe observarse que allí se juzgaba la conducta de un aforado que, antes de adquirir tal condición, como apoderado judicial de una persona acusada de homicidio, entregó dinero a un testigo para que atestiguara de manera favorable a su asistido, con lo cual obtuvo decisiones judiciales beneficiosas para su cliente, lo que determinó su enjuiciamiento, entre otros, por el delito de prevaricato por acción agravado en calidad de determinador, sin que se hubiera debatido el mismo punto que ahora concita la atención.

En suma, se confirmará la decisión de admitir como prueba los medios de convicción que

los acusados JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA, en su calidad de magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, valoraron en la decisión redargüida de prevaricadora (2.1.1.1., 2.1.1.2., 2.1.1.3., 2.1.1.4. y 2.1.1.5. de la providencia impugnada).

2. Pruebas negadas a los defensores:

1. A los tres defensores:

1. El testimonio de la perito Constanza Moya Pardo y la incorporación de cinco decisiones del Tribunal Superior de Santa Marta con ponencia de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA³⁴:

La Sala avalará la decisión tomada en primera instancia en relación con la negativa a disponer la práctica de los referidos medios de prueba, pues ya sean considerado como prueba autónoma de carácter documental o como insumo para el informe base de la opinión pericial de Constanza Moya Pardo, aflora evidente su falta de pertinencia y su inutilidad.

En cuanto a que la Sala a quo solo se pronunció frente a las cinco decisiones con ponencia de BAENA MEZA como insumo para el informe base de la opinión pericial de Constanza Moya Pardo y no como prueba documental autónoma, no encuentra la Corte mayor relevancia, porque, en uno u otro caso, su pertinencia se concretó a lo mismo, esto es, establecer el estilo de escritura, redacción, morfología y estructura que utilizaba el ponente en sus decisiones, sobre lo cual ampliamente se disertó en la providencia impugnada en el sentido de que esa pretensión no resulta pertinente. De modo que las razones expuestas

frente a la negativa a recibir el testimonio de la experta lingüista son extensivas a estos documentos bajo cualquiera de las dos formas.

Por otro lado, como de forma reiterada lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, es oportuno recordar que la pertinencia de la prueba atiende “no únicamente a su relación con el objeto de investigación y debate, sino que resulte apta y apropiada para demostrar un tópico de interés al trámite”³⁵. A su vez, la utilidad “refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”³⁶, aspecto que “en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento”³⁷.

Desde esa perspectiva, es claro que ninguna relación guarda la petición con los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, atinentes a la incursión por parte de los funcionarios acusados en graves errores en la valoración probatoria para la estructuración de la decisión que adoptaron en segunda instancia el 7 de abril de 2010, que se predica manifiestamente ilegal por esa causa.

Tampoco conserva ninguna relación la petición en comento frente a todo aquello que incida en la responsabilidad penal por esa conducta, que se determine o califique el estilo de redacción, morfología o estructura que de manera usual empleaba en sus proyectos quien fungió como ponente en esa decisión. Ninguno de esos aspectos concierne, ni de manera directa ni indirecta, a los puntos objeto de debate. Por consecuencia, las pruebas solicitadas con ese propósito se tornan impertinentes.

Tampoco tienen que ver con el aspecto volitivo-cognoscitivo de la conducta o tipo subjetivo —que sin duda sí se relaciona con la responsabilidad penal—, sobre lo cual insisten los defensores para demostrar su pertinencia, máxime cuando no son lo suficientemente

ilustrativos al respecto.

En segundo lugar, la solicitud también se ofrece inútil, pues no porque una providencia judicial contenga una argumentación breve u obedezca a una estructura particular, revela defectos graves de valoración probatoria. Dicho de otro modo: que la providencia sea concreta no significa que ostente defectos en su motivación o en la valoración probatoria, pues lo realmente esencial es que aborde el estudio de los puntos y de las pruebas relevantes y que, frente a esto último, se haya sujetado a las reglas de la sana crítica, para lo cual no se precisa de ninguna experticia, en cuanto se trata de un tópico eminentemente jurídico, al tenor de lo normado en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004³⁸. Entendido entonces que lo que se pretende, como lo dejan en claro los defensores y el acusado FONSECA LIDUEÑA es auscultar sobre un aspecto extrajurídico –sobre lo que no surge duda alguna— no se vislumbra su pertinencia ni utilidad para lo que aquí es objeto de debate.

Por el contrario, la práctica de la prueba pericial o la incorporación de las providencias aludidas, con el propósito pretendido, como bien lo indica el representante de la Fiscalía en su intervención como no recurrente, puede arrojar confusión y desviación del tema de prueba, lo que reafirma la decisión de inadmitirlas.

Con respecto al argumento del defensor de LIDUEÑA FONSECA incluido en este punto, según el cual la providencia impugnada se desestructura en virtud de las aclaraciones de voto presentadas por dos de los tres magistrados que integraron la Sala de primer nivel, lo que demanda un control efectivo de legalidad de la segunda instancia, con sujeción a lo normado en los artículos 25 de la Ley 1285 de 2009 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y desarrollado en los artículos 42, numeral 12, y 132 del Código General del Proceso, se logra advertir que, a luz de las normas que invoca, lo que en realidad pretende es el decreto de nulidad de la actuación de manera oficiosa.

Empero, la circunstancia que sustenta su propuesta, esto es, que dos de los magistrados

que integraron la Sala a quo aclararon el voto en la decisión impugnada— por manera alguna constituye una afectación del debido proceso o de las garantías fundamentales de las partes o intervinientes como para desencadenar la invalidez de la actuación.

La facultad de aclarar el voto en las decisiones de los jueces colegiados está contemplada, respecto de la Corte Suprema de Justicia, en los artículos 31, 33 y 34 del Reglamento Interno de esta Corporación (Acuerdo No. 006 de 2002), y en el artículo 56 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996). Pues bien, en el artículo 33 del citado reglamento, se indica que tiene que ver con un disenso en la parte motiva de la decisión que se suscribe, sin efectos en la resolutive, razón por la cual no es aceptable el argumento del defensor de LIDUEÑA FONSECA en el sentido de que la providencia se desestructura.

En ese orden, se confirmará la decisión de negar el testimonio de la experta lingüista Constanza Moya Pardo y de incorporar las cinco decisiones del Tribunal Superior de Santa Marta con ponencia de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA (2.2.2.1., 2.2.3.1., 2.2.3.2., 2.2.3.3., 2.2.3.4. y 2.2.3.5. de la providencia impugnada).

2. A los defensores de los procesados DIETES LUNA y FONSECA LIDUEÑA.

1. Fallo emitido dentro del trámite disciplinario surtido en contra de los procesados:

Frente a lo argumentado por el defensor de DIETES LUNA en el sentido de que, diferente a lo señalado por la autoridad a quo, sí cumplió en la solicitud de esta prueba con el señalamiento de su pertinencia, se advierte que asiste razón a lo expuesto en la providencia

impugnada, pues en el momento de la solicitud “no refiere la trascendencia del hecho que pretenden probar ni la relación de este medio de prueba con este hecho, más allá de mencionar la necesidad de incorporar el contenido del documento sin brindar otro aspecto relevante para fortalecer su teoría del caso o desvirtuar la de la Fiscalía”³⁹.

Dicho error se pretende superar ahora, de manera inoportuna, en la sustentación del presente recurso de apelación, al sostenerse que la decisión resulta de incidencia en su contenido por relacionarse directa e indirectamente con la conducta en lo que tiene que ver con el análisis del tipo objetivo y subjetivo, pues permitirá vislumbrar que no hubo decisión manifiestamente contraria a la ley, así como verificar que hubo ausencia de dolo. Estos argumentos no se expusieron cuando se hizo la solicitud, que no pasó más allá de destacar algunos fundamentos de esa decisión disciplinaria⁴⁰, la cual también fue objeto de estipulación (la No. 5) entre el defensor del acusado BAENA MEZA y la fiscalía. En tal sentido, como lo hizo la Sala a quo, la determinación atinada fue la de inadmitirla para esta parte.

Igualmente, encuentra esta Sala adecuadamente sustentada la decisión de rechazar esta misma prueba para la defensa de FONSECA LIDUEÑA en cuanto no la descubrió en debida forma, al no ser incluida en la relación correspondiente, con lo cual se vulnera el debido proceso probatorio que a ello obliga, como así lo sanciona el artículo 346 del estatuto procesal (CSJ AP644 febrero 1° de 2017, rad. 49183). No satisface esa exigencia que se sostenga que las partes conocían el contenido del fallo, como de manera simple lo señaló el procesado FONSECA LIDUEÑA, puesto que lo relevante y que fue lo que echó de menos la Sala a quo, es que las partes sepan que determinado elemento material de prueba puede llegar de manera eventual a juicio para su debate e incorporación por haber sido descubierto y enunciado de manera oportuna.

Más allá de los aspectos referidos que conducen a confirmar lo decidido respecto de esta prueba documental, se debe recordar, como lo ha señalado esta Sala reiteradamente, que

este tipo de prueba no supera los estándares de pertinencia y utilidad⁴¹, pues “tanto la acción fiscal como la disciplinaria se diferencian claramente de la acción penal, en tanto tienen distinto objeto y naturaleza, amén que su ejercicio se adelanta por medio de procedimientos disímiles, gobernados por normas y principios propios de cada una de ellas, luego lo que se resuelva en las primeras no tiene injerencia alguna en esta última y viceversa, tal como ha sostenido pacíficamente esta Corporación⁴²”. Así, la absolución impartida en el ámbito disciplinario no tiene por sí misma la idoneidad para desvirtuar la configuración de un delito y la responsabilidad penal⁴³.

En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada frente a esta prueba (2.2.3.7. de la providencia impugnada).

3. Al defensor del procesado JUAN BAUTISTA BAENA MEZA.

1. Auto de septiembre 10 de 2009 emitido por el Tribunal Superior de Santa Marta:

En lo tocante con la negativa a incorporar esta prueba se evidencia correcta la decisión adoptada, pues al momento de su solicitud se sustentó la pertinencia en la demostración acerca de la imparcialidad y juridicidad con que se actuó en el proceso dentro del cual se produjo la decisión redargüida de prevaricadora⁴⁴, aspecto que no hace parte del tema de prueba relacionado con un hecho jurídicamente relevante de la acusación o de la responsabilidad penal del procesado.

Al respecto se debe afirmar, como ocurrió con la solicitud probatoria anterior, que fue sólo hasta la sustentación del recurso de apelación en que el defensor asoció el punto con el tipo

subjetivo, por lo que resulta acertada la decisión tomada en el sentido de que si no lo aduce directamente el solicitante de la prueba, el juzgador no puede intuir su finalidad, pertinencia o utilidad, pues con ello rompería el equilibrio que debe existir entre las partes, en perjuicio del principio de igualdad de armas, como así lo indicó esta Sala en un asunto sustancialmente similar (AP5614, sep. 18 de 2014, rad. 42720):

“Como para el decreto de una prueba es imprescindible que el sujeto procesal defina las razones fácticas y/o jurídicas que respaldan su postulación, estándole vedado al juez integrar la petición auscultando en el fuero interno del peticionario el propósito demostrativo por él perseguido y complementar la petición concretando los criterios que hipotéticamente ampararían su decreto ordenamiento⁴⁵; era obvia la inadmisión de los testimonios atendiendo a que la Fiscalía omitió cumplir este deber legal.

(...)

No bastaba entonces, como ahora lo complementa la Fiscalía, aducir que su anhelo era patentizar el dolo con el que eventualmente pudo actuar el aforado, era necesario identificar los hechos a demostrar y su conexión con los tipos penales endilgados, además denotar su eficacia para probar dichos tópicos” (en el mismo sentido, AP sep. 30 de 2015, rad. 46153 y AP2913, jul. 14 de 2021, rad. 56889).

Complementar o adicionar la fundamentación de pertinencia a través del medio de impugnación, además, va en contravía del principio de preclusividad de las etapas procesales (AP2913, jul. 14 de 2021, rad. 56889).

Por lo expuesto, también se confirmará la decisión de inadmitir esta petición probatoria (2.2.3.6. de la providencia impugnada).

4. Al defensor del procesado CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA.

1. Fotocopias del libro circulación de proyectos del despacho del acusado
CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA:

La Sala ratificará la decisión de inadmitir este documento, con fundamento en que, como se adujo correctamente en la decisión impugnada⁴⁶, la sustentación expuesta en su solicitud resulta insuficiente para establecer su pertinencia y utilidad.

En efecto, la parte solicitante de la prueba argumentó en su momento, y ahora lo reiteran en la sustentación del recurso tanto el defensor como el prenombrado acusado, que su incorporación tiene por objeto corroborar que para la fecha en que se emitió la providencia que se estima prevaricadora, esto es, el 7 de abril de 2010, el proyecto no había circulado a su despacho, pero nunca se estableció qué incidencia concreta tiene esa circunstancia frente a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o frente a una teoría alterna de responsabilidad de la defensa. Ante tal precariedad argumentativa, resulta imposible admitir su incorporación.

Además, no se trata simplemente, como lo esboza el acusado en su intervención, de que se tomó dicha determinación solo porque en la sustentación no se dijo de manera expresa la palabra pertinencia, lo cual, desde luego, no sería óbice para su admisión siempre y cuando se extraiga ese presupuesto de la explicación, mas no es lo que se advierte en este caso en el que la fundamentación resultó en extremo abstracta y, por lo mismo, insuficiente.

En consecuencia, se confirmará la decisión de inadmitir la incorporación de este documento al juicio (2.2.3.10. de la providencia impugnada).

En líneas generales, el recurso estuvo lejos de evidenciar posibles errores, contradicciones o

vacíos en la decisión de primera instancia, nada de lo cual se puede suplir, como lo hacen en algunos casos los recurrentes, con la adición de argumentos que complementan o adicionan la inicial solicitud.

Así las cosas, como la Sala Especial de Primera Instancia no excluyó e inadmitió con acierto las pruebas referidas en el recurso de apelación, se mantendrá incólume su decisión.

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el proveído de septiembre 12 de 2022, mediante el cual la Sala Especial de Primera Instancia resolvió sobre las solicitudes probatorias formuladas por las partes en este asunto seguido en contra de JUAN BAUTISTA BAENA MEZA, JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA y CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA.

Segundo. DISPONER la devolución de las presentes diligencias a la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Tercero. Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

IMPEDIDA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 84 a 86 del c.o. 1.
- 2 Folios 1 y ss. ibidem.
- 4 Folios 185 y ss. ibidem.
- 5 Folios 332 y ss. ibidem.
- 6 Folios 427 y ss. ibidem.
- 7 Incluida entre paréntesis.
- 8 Pág. 14 y ss. de la decisión.
- 9 Pág. 15 ibidem.
- 10 Ibidem.

11	Ibidem.	
12	Ibidem.	
13	Pág.	16 ibidem.
14	Pág.	17 ibidem.
15	Pág.	37 ibidem.
16	Pág.	40 ibidem.
17	Pág.	41 ibidem.
18	Ibidem.	
19	Ibidem.	
20	Ibidem.	
21	Ibidem.	
22	Pág.	42 ibidem.
23	Pág.	43 ibidem.
24	Pág.	47 ibidem.
25	2.1.1.	de la providencia impugnada.
26	2.2.2.1.	y 2.2.3. de la providencia impugnada.
27	2.2.3.7.	de la providencia impugnada.

28 2.2.3.6. de la providencia impugnada.

29 2.2.3.10. de la providencia impugnada.

30 Récord 56'08'' del cd. contentivo de la sesión de audiencia preparatoria
de septiembre 12 de 2022.

31 Récord 1h 23' ibidem.

32 CSJ. SP. de 8 de mayo de 2017, Rad. 48199.

33 AP2554 jun. 26 de 2019, rad. 55408.

34 2.2.2.1. y 2.2.3. de la providencia impugnada.

35 (Cfr. CSJ. AP, ago. 10 de 2017, rad. 49512).

36 AP, mar. 17 de 2009, rad. 22053.

38 ARTÍCULO 405. PROCEDENCIA. La prueba pericial es procedente cuando sea
necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos,
artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.

39 Pág. 44 de la decisión impugnada.

40 Récord 1h 58'17'' del cd. contentivo de la audiencia preparatoria de
mayo 26 de 2022.

41 (CSJ AP6911, 25 nov. 2015. Rad. 46210).

42 «CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099; CSJ AP, 2 abr. 2014, rad. 43011 y CSJ SP, 16 sep. 2009, rad. 31331; entre otras».

43 CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 45099

44 Récord 1h39'08' del cd. contentivo de la sesión de audiencia preparatoria de mayo 26 de 2022.

45 C.S.J. S.P., 9 de may. de 2012, Rad. No. 37915.

46 Pág. 47.