

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

AP4758-2015
Radicación N° 44559
(Aprobado Acta No. 283)

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

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala lo que en derecho corresponda en relación con el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Montería, en audiencia de juicio oral realizada el 25 de agosto del año anterior, consistente en acceder a la petición de un testigo de no declarar en el juicio que se adelanta contra **RITA DEL CARMEN MIENTES LAFONT** por el delito de peculado por apropiación.

CUESTIÓN FÁCTICA

La Sala, en pasada ocasión, la sintetizó como sigue¹:

(i) El 2 de noviembre de 2009, siendo las 11:45 a.m., aterrizó en el municipio de Ayapel, Córdoba, una aeronave tipo avioneta, lugar al

¹ Auto del 26 de octubre de 2011, radicado 36788.

que de inmediato arribó una patrulla de la policía que encontró en su interior una maleta que contenía veinte mil uno (20.001) billetes de cien dólares americanos, los cuales fueron incautados y puestos a disposición al día siguiente de la Fiscalía 24 Seccional de Montelibano, Córdoba, con el informe del técnico profesional de documentología de la Policía Nacional quien da cuenta que “los 20.001 billetes poseen las características de seguridad, que son incluidas por su fabricante durante su elaboración...”²

*(ii) El 4 de noviembre del mismo año la fiscal 24 Seccional, doctora **Muentes Lafont**, al asumir el conocimiento de las diligencias dirige un oficio al Gerente del Banco de la República para que mantenga bajo custodia el elemento material probatorio y con tal fin autorizó al mayor Wilson Hernando Barreto Roa, Jefe de la Sijin Montería, quien se trasladó a las instalaciones del Banco de la República con el dinero incautado, autoridad que realizó la diligencia de constitución de custodia sobre los 20.001 billetes.*

(iii) El 10 de febrero de 2010, previo intercambio de comunicaciones con el Gerente del Banco de la Republica, la señora Fiscal 24 Seccional, dispuso la realización de inspección judicial sobre los citados billetes, propósito que la llevó a cancelar su custodia; a las 11:45 de la mañana, sin acompañamiento de ninguna autoridad, retiró personalmente del banco la cuantiosa suma de dinero previa apertura, verificación y aceptación de su contenido.

*(iv) Ese mismo día a las 2:00 de la tarde, la doctora **Muentes Lafont**, se presentó en las instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigación de Montería con miras a dejar consignado el dinero para realizar la respectiva experticia, sin embargo, los billetes contenidos eran simples fotocopias, hallazgo sobre el que no se dio aviso inmediato a las autoridades.*

² Folio 48 de la carpeta.

ACTUACIÓN PROCESAL

El resumen que en oportunidad anterior³ hizo la Corte, se relaciona nuevamente:

*1.- El 27 de octubre de 2010, la Fiscalía 52 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá le formuló imputación a la doctora **RITA DEL CARMEN MUENTES LAFONT**, por el delito de peculado por apropiación.*

2.- El 24 de noviembre del mismo año se presentó el escrito de acusación y, el 4 de febrero de 2011, tuvo lugar la correspondiente audiencia ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería.

3.- El 9 de junio de 2011, empezó la audiencia preparatoria, la cual fue suspendida para que esta Corporación conociera de la apelación sobre el auto que excluyó una evidencia contenida en unos cds. En providencia del 26 de octubre del mismo año, la Sala revocó y ordenó hacer la respectiva entrega a la defensa.

4.- El 16 de enero de 2012, continuó la diligencia, en donde el juez plural admitió la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes y su pronunciamiento no fue objeto de impugnación.

5.- El 1º de marzo siguiente inició el juicio oral, que se ha desarrollado en sesiones del 30 y 31 de mayo, 16 y 17 de julio de 2012, fecha esta última en la que la Fiscalía, dentro del interrogatorio dispuesto para su testigo Edilberto Guilfredo Rivera Rivera, intentó introducir unos videos, pretensión a la que se opuso el defensor, lo cual no halló eco en el Tribunal, puesto que

³ Auto del 2 de abril de 2014, radicado 41754.

rechazó la postulación y ante la alzada que se suscitó, esta Sala se abstuvo de conocer.

6.- La mencionada actuación oral se retomó y transcurrió durante los días 2, 3, y 4 de julio de 2013; en esta última fecha, se dispuso excluir, por petición de la defensa, el folio número 3 del acta de arqueo del 30 de noviembre de 2009, levantada en el Banco de la República de Montería, el cual pretendía introducir el fiscal mediante el testigo Yacis Quintero Aristizabal.

El pronunciamiento al que se hace alusión en el anterior acápite, al ser apelado por la parte acusadora, fue refrendado por esta Sala el 2 de abril de 2014.

Retornado el expediente al Tribunal, se continuó con la audiencia del juicio oral, donde al concurrir en calidad de testigo de la Fiscalía ANTONIO FERNÁNDEZ MORILLO y resistirse a declarar haciendo uso de la garantía de no autoincriminación, se adoptó la orden cuestionada.

DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal soporta su razonamiento sobre los artículos 33 de la Constitución Política y 383 de la Ley 906 de 2004, que reconocen el privilegio a la no autoincriminación; mismo que reclama para sí ANTONIO FERNÁNDEZ MORILLO al advertir que está siendo procesado por los episodios que suscitaron el juzgamiento de **RITA DEL CARMEN MIENTES LAFONT** y, por ello, se excusa de prestar testimonio.

Expone conforme con las normas citadas, que nadie está obligado a declarar contra sí mismo; y agrega que si el juicio a su cargo, se está adelantando por los mismos hechos que el testigo afronta en otro despacho judicial, mal pudiera dejarse la garantía del derecho cuestionado, dependiendo del fiscal, al no formularle preguntas autoincriminatorias.

Con ese fundamento, acepta que FERNÁNDEZ MORILLO, no rinda testimonio.

LA IMPUGNACIÓN

El fiscal censura que el *a quo*, consienta en que ANTONIO FERNÁNDEZ MORILLO deje de testificar en dicho juicio.

Argumenta que en la audiencia preparatoria solicitó el testimonio en cuestión, argumentó la pertinencia y la defensa no se opuso a su decreto, por lo que el Tribunal decretó la prueba.

Acepta la vigencia de la aludida garantía constitucional, al no poderse obligar a una persona a declarar contra sí misma, pero a la vez, reafirma la obligación ciudadana de testificar, cuya desatención no puede favorecer el Tribunal, apoyado en juicios abstractos

sobre la posible afectación del derecho del testigo, cuando la Fiscalía ni siquiera ha empezado el interrogatorio.

Continúa el recurrente afirmando, que el Tribunal sabe –pues así lo anunció desde la audiencia preparatoria– que sus preguntas no se enfilarán a afectar la garantía de la que es titular el testigo, sino que se relacionarán con las actividades desplegadas por la acusada en referencia a la cuestión fáctica que se le endilga a la misma.

Pretende de esa manera, que se revoque la decisión cuestionada y se le permita interrogar a ANTONIO FERNÁNDEZ MORILLO.

LOS TRASLADOS

1.- El Ministerio Público estima que al testigo no se le va a obligar a declarar en su contra, sólo se le preguntará acerca de hechos relacionados con la situación de la acusada que no tengan relación con la que le compete al testigo y que éste puede contestar las preguntas que estime no tienen efectos autoincriminatorios.

2.- La defensa aborda el cuestionamiento que le hace la Fiscalía, indicando que si en la audiencia preparatoria no se opuso al testimonio del señor FERNÁNDEZ MORILLO, fue porque desconocía si éste iba a declarar o no, por tanto, estima que dadas las circunstancias, es el juicio

oral la oportunidad para oponerse a la práctica del aludido testimonio.

Agrega, que la exclusión opera en circunstancias de ilegalidad del elemento probatorio, es decir, cuando se practica pretermitiendo los requisitos legales.

Sostiene que cualquier pregunta que se le formule al testigo, afectará su derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el privilegio contra la autoincriminación, dadas la cuestión fáctica que convoca el juicio contra su patrocinada y la que genera la actuación penal contra el testigo. Concluye que FERNÁNDEZ MURILLO, tiene razones para no declarar y, él mismo, es quien lo está enfatizando. De esa forma, declara su conformidad con la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES

1.- Correspondería a la Corte, de conformidad con el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004, resolver la apelación interpuesta por el ente acusador en contra de la decisión emitida Tribunal Superior de Montería, con ocasión de la negativa a declarar de un testigo, aduciendo el derecho a la no autoincriminación, de no ser porque dicha determinación se adoptó en la audiencia de juicio oral.

2.- Se ha establecido dentro de la sistemática penal acusatoria, que la audiencia preparatoria es el escenario

natural para las discusiones probatorias, salvo las que puedan derivarse de la aplicación del artículo 344 – inciso final de la Ley 906 de 2004 o de las vicisitudes de la prueba de refutación.

Entonces, es la audiencia preparatoria donde se deben debatir todos los asuntos referentes a los medios de prueba que habrán de practicarse en el juicio oral, con lo que se pretende que éste se surta dentro de los parámetros de celeridad, concentración, agilidad, inmediación y fluidez que permitirán el cumplimiento de los principios que informan el sistema penal adoptado en Colombia mediante el Acto Legislativo 03 de 2002.

En reciente pronunciamiento esta Corporación se expresó en los siguientes términos sobre el particular (AP 2421-2014 Radicado 43481):

“Así, la concentración supone la continuidad y fluidez de la audiencia, y esto a su vez implica que las pruebas se practiquen en bloque, para lo cual es imprescindible que se excluya de la audiencia pública cualquier controversia que interfiera con tales propósitos. Por tanto, al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica, precisamente para ello se diseñó la audiencia preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera; proveído susceptible de los recursos

correspondientes, pero que una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto.”

En consecuencia, es claro que las discusiones sobre pertinencia, utilidad y decreto de medios probatorios deben darse precisamente en la audiencia de preparación del juicio oral, de suerte que en la vista pública tales debates son extraños, salvo contadísimas excepciones⁴.

3. Adicionalmente, es de recordar que el artículo 161 del Ordenamiento Procedimental, establece que las providencias judiciales son sentencias, autos y órdenes.

Éstas últimas corresponden a aquellas decisiones del funcionario judicial que disponen un trámite establecido por la ley para agilizar la actuación, evitando la inmovilización de la misma y tienen como característica ser verbales y de inmediato cumplimiento.

En relación con las ellas, la Corte Constitucional se pronunció en la C-897 de 2005 diciendo:

“Como se observa, pues, el concepto de órdenes contenido en el nuevo Código de Procedimiento Penal es bastante amplio, pues abarca todas aquellas providencias del juez que no pueden ser calificadas como sentencias o como autos, y que tienen por fin garantizar el desenvolvimiento de la actuación.

⁴ Es de resaltar que este asunto ha subido a la Corte en varias ocasiones durante el juicio oral, en las que esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse in extenso en relación con el derecho a la impugnación, así como ha insistido en que la apelación, durante dicha audiencia, sólo procede en casos excepcionales como el relacionado con la prueba sobreviniente. (Ver Radicado 39.156 del 20-03-2013)

Además, las órdenes son verbales, y de ellas se debe dejar un registro”.

Así pues, el sistema penal acusatorio se desarrolla principalmente en audiencias, en las que se generan diversas circunstancias en que el funcionario judicial se ve impelido a adoptar determinaciones, que tienen el propósito de dar curso al trámite procesal, evitando su entorpecimiento.

También es evidente, en torno al precepto establecido en el artículo 161 citado, que las órdenes son sólo una de las formas en que se expresa el juez, siendo las otras: sentencias y autos, los que tienen una estructura formal establecida en el artículo 162 siguiente.

La distinción normativa, sin duda alguna, genera que a lo largo de la actuación procesal, el funcionario judicial pueda ejercer los poderes como máximo director del debate, pero también, resolver asuntos sustanciales que interesan al proceso y finalmente, expedir la sentencia con la que resuelve el conflicto sometido a su consideración.

Ello implica que no todas las formas de expresión del juez son iguales dados los fines, requisitos y asuntos que resuelven, por lo que no pueden tener el mismo tratamiento en punto de los recursos de las que son susceptibles.

Sobre la impugnabilidad de las determinaciones adoptadas en audiencia, esta Sala se pronunció así (AP 2421-2014 Radicado 43481):

“De lo que se sigue, que las decisiones adoptadas en el curso de la audiencia pública, en relación con la dirección del juicio, de acuerdo con lo ordenado en el decreto de pruebas, mal podrían tener recursos, puesto que se resquebrajaría precisamente la concentración, celeridad e inmediación, principios del proceso penal que se identifican con una recta y cumplida administración de justicia.”

Corolario de lo anterior es afirmar, que esta Corporación en forma pacífica ha venido sosteniendo que las decisiones que en materia probatoria adopte el funcionario judicial en desarrollo del juicio oral, por norma general, tienen el carácter de órdenes al tenor de lo reglado en el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, por tanto, carecen de recursos y son de inmediato cumplimiento.

4.- Descendiendo al caso que ocupa esta decisión, se observa que en desarrollo de la audiencia de juicio oral compareció a declarar el señor ANTONIO FERNÁNDEZ MORILLO, quien se negó a rendir testimonio en razón a estar siendo juzgado por autoridad judicial diversa, pero por los mismos hechos que se le endilgan a la acusada **MUENTES LAFONT**, por lo que manifestó que ejerció su derecho a la no autoincriminación.

El *a-quo*, escuchados los argumentos del testigo, aceptó la excusa por éste presentada y lo relevó del deber de declarar, decisión que no compartió el Ente Acusador, por lo que interpuso recurso de apelación.

El funcionario judicial, ante la manifestación del Fiscal, corrió traslado de lo expuesto al Ministerio Público y la defensa quienes se expresaron de forma diversa en cuanto al mismo.

Por último, concedió la impugnación irrogada por la Fiscalía.

En ese sentido, se insiste por parte de la Sala, en que las decisiones que tome el funcionario judicial en desarrollo de la audiencia de juicio oral, y que tienen por finalidad impulsar el asunto, no pueden ser objeto de recursos, puesto que lo sustancial de los aspectos probatorios ha debido resolverse en la audiencia preparatoria y el juicio debe surtirse dentro del pleno respeto a los principios que disciplinan el sistema penal acusatorio, dentro de los que se resaltan: concentración, celeridad e inmediación.

La Corporación se pronunció en pretérita ocasión⁵, en la siguiente forma (AP 897-2014 Radicado 43176):

⁵ Dicho pronunciamiento, reconoce la Sala, no tiene analogía fáctica cerrada con el que ahora se resuelve, pero si en sentido amplio, pues uno y otro se relacionan con las decisiones que debe adoptar el funcionario judicial en el desarrollo del juicio oral y concretamente, con ocasión de la práctica de las pruebas.

6. En tales condiciones, la oposición al interrogatorio genera un incidente regido por la lógica del debate, cuya decisión, a cargo del juez, debe ser inmediata, como lo dispone el artículo 395 de la Ley 906 de 2004, el cual expresamente señala: «Oposiciones durante el interrogatorio. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. **El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.**»(Negrillas fuera de texto).

Por manera que cuando el juez resuelve la objeción, como común se denomina a la oposición, no hace nada diferente a emitir una decisión de cumplimiento inmediato que no es recurrible por las partes. En efecto, cuando considera que la misma es «ha lugar» o «no ha lugar», simplemente, en el primer supuesto, ordena al examinador no hacer la pregunta o replantearla, según el caso, y en el segundo evento, que el cuestionamiento no transgrede las reglas del interrogatorio ni las prohibiciones contenidas en la norma procesal y, por lo tanto, el testigo está obligado a responderla.”

Conforme con lo expresado, la decisión emitida por el *a-quo* de acuerdo con la cual aceptó la excusa del testigo, tiene la naturaleza de una orden, por tanto, no tiene recursos.

Ahora bien, no se puede llegar al equívoco de entender que porque el funcionario judicial exprese las razones jurídicas de su determinación, se abre paso a los recursos. Sobre el particular la decisión últimamente citada expresó:

“Así, la circunstancia de que el Tribunal hubiese motivado la decisión sobre la objeción no habilita a la Fiscalía para impugnarla, y mucho menos que se tramitaran los recursos interpuestos, porque se itera, corresponde a una orden que el

*juzgador, como director del debate oral, **debe adoptar inmediatamente** y contra la cual no procede ningún medio de impugnación”*

En tales circunstancias, la Corporación se abstendrá de resolver el recurso interpuesto por la Fiscalía en contra de la orden emitida por el Tribunal y dispondrá la devolución de la actuación a efectos que se continúe con la celebración de la audiencia de juicio oral.

5.- Por último, la Corte enfatiza en que esta decisión tiene por único fin resolver sobre la viabilidad de tramitar recurso de apelación contra una decisión del *a-quo*, adoptada en cumplimiento de la audiencia de enjuiciamiento, lo que no significa que se entre en amplio análisis sobre la justeza o no de la orden cuestionada, pues si el argumento del testigo para no declarar es injusto, corresponde a las mismas autoridades judiciales adoptar las determinaciones pertinentes en aplicación de las pautas normativas concernientes a la indebida negativa a declarar.

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

RESUELVE

Primero: ABSTENERSE de resolver la impugnación interpuesta por la Fiscalía en contra de la orden emitida por el Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, mediante la

cual aceptó la excusa de ANTONIO FERNÁNDEZ MORILLO para no declarar en juicio.

Segundo: DEVOLVER la actuación en forma inmediata al Tribunal de origen, para que se continúe con el juicio oral.

Tercero: INFORMAR a las partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede ningún recurso

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria