

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado ponente

AP4812-2016

Radicado N° 47469.

Aprobado acta No. 224.

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016).

V I S T O S

Sería del caso que la Sala resolviera el recurso de apelación interpuesto por el ente acusador y el defensor del procesado **Ronald Floriano Escobar**, contra el auto dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio el 14 de enero de 2016, mediante el cual resolvió inadmitir la práctica de una prueba testimonial deprecada por la defensa y ordenó otras a este sujeto

procesal y a la fiscalía, si no fuera porque se advierte una irregularidad que obliga a la declaratoria de nulidad.

A N T E C E D E N T E S

De acuerdo con la información y los elementos de convicción allegados a la actuación, se pueden extractar como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

El doctor **Ronald Floriano Escobar**, en su condición de Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Villavicencio, profirió el 12 de diciembre de 2013 un auto estimado por la Fiscalía como manifiestamente ilegal porque en él resolvió conceder la prisión domiciliaria al señor HERNÁN DARÍO GIRALDO, alias “Cesarín”, quien había sido condenado por el Juzgado 5º Penal del Circuito Especializado de Medellín, entre otras sanciones, a la pena de 20 años, 9 meses y 18 días de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de Homicidio agravado, Concierto para delinquir con fines de homicidio y Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de septiembre de 2014, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Villavicencio, se le formuló imputación a **Ronald Floriano**

Escobar, como presunto autor de la conducta punible de Prevaricato por acción agravado. La Fiscalía no solicitó la imposición de ninguna medida de aseguramiento.

El escrito de acusación fue presentado el 28 de noviembre de 2014, correspondiéndole la etapa del juicio a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, conformada por los Magistrados Alcibiades Vargas Bautista, Joel Darío Trejos Londoño y Fausto Rubén Díaz Rodríguez, quienes se declararon impedidos para conocer de este asunto.

El 28 enero de 2015, una Sala conformada por Conjueces resolvió aceptar el impedimento planteado por los doctores Alcibiades Vargas Bautista y Joel Darío Trejos Londoño, y declaró improcedentes las razones aducidas por el Magistrado Fausto Rubén Díaz Rodríguez para separarse del conocimiento del proceso, remitiendo la actuación a esta Corporación, la que, mediante auto del 24 de febrero de esa misma anualidad, declaró infundado el impedimento de este último funcionario judicial.

Una vez se conformó la Sala Penal, fue celebrada, el 20 de marzo de 2015, la audiencia de formulación de acusación. En la misma, al correrse traslado al delegado de la Fiscalía para que se pronunciara en relación con las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o

nulidades, manifestó que solicitaba el cambio de radicación del proceso.

Mediante providencia del 16 de abril de 2015, esta Colegiatura negó la anterior petición y se remitieron las diligencias inmediatamente al Tribunal a quo.

El 23 de julio de esa misma anualidad se reanudó la audiencia de formulación de acusación, al interior de la cual el representante del ente acusador recusó al Magistrado Fausto Rubén Díaz Rodríguez, por lo que se suspendió la diligencia hasta tanto se resolviera esa postulación, la cual, a través de proveído del 19 de agosto siguiente, fue declarada infundada.

La Sala Penal del Tribunal de Villavicencio evacuó el día 12 de noviembre de 2015 la audiencia de formulación de acusación y llevó a cabo la preparatoria el 14 de enero de 2016, oportunidad en la que se hicieron estipulaciones probatorias, se descubrieron los elementos materiales probatorios, la evidencia física e informes legalmente obtenidos; la Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en la audiencia de juicio oral y público, y el acusado no aceptó los cargos.

El Tribunal negó la práctica del testimonio del abogado Juan Carlos Arias Duque, citado por la defensa como

testigo técnico, y accedió a las restantes pruebas de ese sujeto procesal y de la Fiscalía.

El defensor y la Fiscalía, en el acto, interpusieron el recurso de apelación, que sustentaron en los términos que se expondrán en el correspondiente acápite.

Solicitud de la defensa.

En lo que concierne al objeto de la impugnación, el defensor pidió la práctica del testimonio del doctor Juan Carlos Arias Duque, para que vierta ante los Magistrados *«los supuestos teóricos de la excepción de convencionalidad en la interpretación de las normas, principios y valores en el contexto del control difuso de la Constitución a cargo de los Jueces de la República»*.

Señaló que esta es una práctica reciente y desconocida, pero que es una forma de interpretación válida.

Que ese testigo no dirá si el acusado prevaricó o no, pues sólo busca ilustrar sobre la referida técnica, que únicamente conocen los estudiosos, haciendo más probable la teoría del caso de la defensa en torno a que la interpretación del acusado al proferir la decisión cuestionada fue legítima, aunque no usual.

Así mismo, solicitó los testimonios de los Magistrados Joel Darío Trejos Londoño y Alcibíades Vargas Bautista, ya que contra estas personas y el enjuiciado se presentó un escrito anónimo al que la Fiscalía le ha otorgado credibilidad y, en tal virtud, esas declaraciones permitirían restarle valor a dicho documento, al tiempo que mostrarán que el comportamiento del encartado no es proclive a la delincuencia, sino a ejercer su profesión en debida forma.

De igual manera, promovió el testimonio del señor Hernán Darío Giraldo Gaviria, asegurando que fue quien se benefició con la determinación de concesión de la prisión domiciliaria que dio lugar a este proceso penal, y de quien se asegura en escrito anónimo, canceló una suma de dinero por esa actuación, constituyéndose en testigo directo que hará menos probable la teoría de la Fiscalía en punto a que esa decisión fue el resultado de una actividad ilícita.

Requirió se permita escuchar como testigos a los empleados del juzgado regentado por el procesado, esto es, los señores Luz Adriana Bermúdez y Ricardo Ramírez, a fin de que indiquen si existió algún comportamiento extraño en el trámite del diligenciamiento que dio lugar a la providencia catalogada como prevaricadora y si existió interés manifiesto del acusado en ese evento.

Pidió tener como pruebas documentales un memorial junto a 21 folios anexos, suscrito por el acusado, dirigido al

Consejo Seccional de la Judicatura y con destino al proceso disciplinario que se adelantó en su contra por hechos vinculados a esta investigación penal, a fin de hacer menos probable la teoría del caso de la Fiscalía.

Sumado a lo anterior, deprecó como elemento de acreditación la copia integral del proceso disciplinario reseñado, para destacar las versiones y documentos aportados en ese asunto, entre ellos, una acción de tutela.

Por último, la defensa pidió las estadísticas del Juzgado de Ejecución de Penas cuyo titular era el encartado, a fin de demostrar la carga laboral de ese despacho.

Solicitud de la Fiscalía.

En lo que tiene que ver con la alzada propuesta, el ente acusador pretendió como prueba documental la copia del escrito de acusación con allanamiento a cargos por el delito de fuga de presos enrostrado al señor Hernán Darío Giraldo Gaviria, alias “Cesarín”, distinguido con el radicado No. 050016000000201400268, pues, asegura, se encuentra relacionado con los hechos investigados y permitirá acreditar los efectos concretos producidos con la decisión de sustituir la prisión carcelaria por domiciliaria, que se constituye en objeto de esta investigación, buscando hacer

más probable la ocurrencia del punible de prevaricato objeto de acusación.

La providencia impugnada.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio se pronunció acerca de la admisión de las pruebas que las partes pretenderían hacer valer en el juicio oral.

Al referirse a la solicitud del testimonio del abogado Juan Carlos Arias Duque, pedido por el defensor, dispuso que no se decretaría, tras rotularlo como impertinente, ya que *«el delito de prevaricato tiene unos elementos específicos, referidos a la contradicción entre la decisión adoptada por un funcionario y lo dicho por la ley en un caso concreto»*.

Por otro lado, frente a la prueba documental de la Fiscalía, referida a la copia del escrito de acusación con allanamiento a cargos por el delito de fuga de presos enrostrado al señor Hernán Darío Giraldo Gaviria, alias “Cesarín”, distinguido con el radicado No. 050016000000201400268, la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio decidió aceptar esa y todas las pruebas deprecadas por el ente acusador.

La providencia fue recurrida en apelación por el defensor y el Fiscal, quienes en curso de la respectiva audiencia informaron los motivos de inconformidad.

Sustentación de la Fiscalía.

Salvo un documento referido a una acción de tutela anexa al proceso disciplinario, que la defensa solicitó fuera aportado al proceso como prueba documental, la Fiscalía pidió se revoque parcialmente la determinación y se denieguen todas las pruebas de la defensa por ser inadmisibles e impertinentes, pues no tienen relación con los hechos.

Sustentación del defensor.

Frente a la negativa de la prueba testimonial deprecada –abogado Juan Carlos Arias-, señaló que ella se hace necesaria porque hoy en día, en Colombia, la mayoría de las decisiones de los jueces, así como las normas legales, son contrarias a la constitución y los pactos y convenciones suscritos por nuestro país.

Agregó que la simple contrastación entre la decisión y la norma, sumado a un anónimo, no puede estimarse material probatorio suficiente para resolver el caso.

Sostuvo que se requiere que un experto diga que la forma de interpretación utilizada por el enjuiciado en la providencia que dio lugar a esa investigación es válida.

Indicó que la prueba es útil, necesaria y pertinente, tanto así, que el Fiscal no se opuso a la misma.

Por otro lado, confutó la determinación del Tribunal en cuanto a la aceptación de la prueba documental solicitada por el ente acusador -escrito de acusación con allanamiento a cargos por el delito de Fuga de presos enrostrado al señor Hernán Darío Giraldo Gaviria, alias “Cesarín”-, pues, la estima impertinente, ya que esa fuga no está dentro de las responsabilidades del ahora acusado y, mucho menos, demuestra uno de los supuestos objetivos o subjetivos del punible de prevaricato.

Intervención de las partes como no recurrentes.

1. El señor Fiscal delegado solicita de la Corte Suprema se mantenga incólume la decisión censurada, respecto de haber inadmitido el testimonio del abogado Juan Carlos Arias Duque, en tanto, el problema a dirimir no es de interpretación o de hermenéutica, sino de una decisión abiertamente contraria a derecho, sin que se pueda

pretender suplantar el conocimiento de quienes deben integrar la Sala Penal de ese Tribunal.

Por otro lado, considera que se debe mantener como prueba el documento que contiene el escrito de acusación con allanamiento a cargos por el delito de Fuga de presos enrostrado al señor Hernán Darío Giraldo Gaviria, alias “Cesarín”, distinguido con el radicado No. 050016000000201400268, dado que existe una relación directa con lo investigado, como quiera que la determinación de sustituir la prisión efectiva por domiciliaria facilitó dicha fuga.

2. El defensor pide que se tenga en cuenta la forma en que la Fiscalía argumentó la pertinencia de sus pruebas.

Además, advierte que el ente acusador no dirigió sus cuestionamientos a la impertinencia de las pruebas solicitadas por la defensa.

Indicó que la prueba documental que confuta el funcionario, relacionada con la gestión administrativa del enjuiciado, permitirá hacer inferencias sobre la existencia o no de motivos para prevaricar.

Señaló también que las estadísticas darán cuenta de que el número de procesos a cargo incide en el contenido de las decisiones judiciales; además, que el asunto puesto a

consideración del acusado fue tramitado en los tiempos previstos. Todo ello, para acreditar la ausencia de dolo.

Por último, reclamó que se permita un debate abierto, franco y con igualdad de armas.

C O N S I D E R A C I O N E S

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, sería del caso que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desatara el recurso de apelación interpuesto por el defensor y el representante del ente acusador, contra el auto por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio resolvió inadmitir la práctica de una prueba testimonial deprecada por la defensa y ordenó otras a este sujeto procesal y a la fiscalía, si no fuera porque se advierte una irregularidad que obliga a la declaratoria de nulidad.

Previo al examen del caso concreto que obliga a esta Colegiatura a declarar la nulidad dentro del presente evento, resulta necesario revisar lo que esta Sala ha venido señalando en relación con la posibilidad de impugnar el auto que admite u ordena la práctica de pruebas, para lo cual oportuno es realizar las siguientes acotaciones:

La jurisprudencia de esta Corporación frente al tema de debate no ha sido pacífica, pues, en decisiones CSJ SP, 30

Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta.

La Corte, en determinación del 13 junio de 2012¹, que se estima la vigente, señaló lo siguiente:

“Un nuevo análisis del tema, lleva a la Sala a reconsiderar esta postura, y adoptar como postulado jurisprudencial que el recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátase de exclusión, inadmisión o rechazo), sino también contra las que ordenan su aducción, admisión o aceptación, y que la concesión del recurso debe hacerse en el efecto suspensivo.

Esto, atendiendo a una interpretación sistemática del modelo de enjuiciamiento acusatorio, comprensiva de un estudio correlacionado de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, como también del papel que debe cumplir la audiencia preparatoria en este sistema y la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria.

El artículo 176, en su inciso tercero, establece, en el carácter de cláusula general, que el recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, salvo las excepciones legales, dando de esta manera cabida a la segunda instancia a todas las decisiones que cumplan tres condiciones, (i) que tengan la naturaleza de auto, (ii) que hayan sido dictadas en el curso de una audiencia, y (iii) que el recurso no esté exceptuado por la ley.

Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudarlo la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia

¹ CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562

probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

El artículo 177, por su parte, en su primer inciso, incluye como decisión susceptible de ser apelada en el efecto suspensivo, el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral (estipulación cuarta), pero también, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (estipulación quinta), sin hacer distinciones sobre el sentido de la decisión, previsión esta última de la que se sigue que la apelación procede en ambos casos, es decir, cuando se ordena o niega su exclusión.

El mismo precepto, en el inciso segundo, incluye como decisión contra la que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada (estipulación sexta), precepto del que igualmente se establece que la regla acogida por los estatutos procesales anteriores, en los que el derecho de impugnación solo procedía contra las decisiones que negaban pruebas, no es la que preside el modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Esta nueva orientación se reitera en el artículo 363, que consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria, el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva, expresión que, al igual que las anteriores, no distingue entre el sentido de la decisión, resultando comprensiva tanto de las decisiones que niegan como de las que autorizan.

Dicha variante encuentra su razón de ser en el carácter esencialmente adversarial del nuevo sistema, que determina que la iniciativa probatoria se concentre en cabeza de las partes (ente acusador y defensa), con exclusión del juez, quien asume la condición de árbitro, y que ambas tengan derecho no solo en que se incluyan o practiquen las pruebas que aducen en apoyo de su teoría del caso, sino de oponerse a las que postula la parte contraria.

También en la necesidad de que el procedimiento de depuración probatoria que se realiza en la audiencia preparatoria cuente con la garantía de la doble instancia, para que las pruebas que se lleven al juicio oral cumplan realmente las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad, en aras de la efectivización de los principios de concentración y de eficacia probatoria. (...).

Pero, por otra parte, la Sala llama la atención en el sentido de que la posibilidad de la apelación está restringida al interés procesal, esto es, que sólo tendrá vocación impugnatoria el sujeto procesal que ha pretendido en la audiencia preparatoria que la prueba con cuyo decreto está inconforme, sea rechazada, excluida o inadmitida”.

En el anterior contexto, la apelación de la defensa respecto de la negativa del Tribunal de excluir algunas peticiones probatorias de la Fiscalía resulta procedente, razón por la cual la Sala procede a su revisión.

Ahora bien, examinadas al detalle las posturas antagónicas, vale decir, la que se inclina por negar el recurso de apelación al auto que admite pruebas, y la que lo concede, estima la Sala necesario reformular la tesis vigente, arriba transcrita en lo sustancial, en tanto, advierte que allí se desconoce el tenor de lo que la ley consagra al efecto, pasando por alto, también, la naturaleza diversa que comportan las decisiones de aceptación y negación de medios probatorios, conforme la finalidad que anima el proceso penal, sin tomar en consideración, además, principios básicos de la sistemática acusatoria condensada en la Ley 906 de 2004.

Las razones que obligan modificar la jurisprudencia de la Sala, se modulan así:

Libertad de configuración legislativa.

La Corte Constitucional en CC C-1104/01, señaló:

“Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso –reposición, apelación u otro- tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos –positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio”

Luego, esa misma autoridad judicial indicó lo siguiente en CC C- 738/06:

“si el legislador decide consagrar un recurso en relación con ciertas decisiones y excluye del mismo otras, puede hacerlo según su evaluación acerca de la necesidad y conveniencia de plasmar tal decisión, pues ello corresponde a la función que ejerce, siempre que no rompa o desconozca principios constitucionales de obligatoria observancia. Más todavía, puede con la misma limitación, suprimir los recursos que haya venido consagrando sin que, por el solo hecho de hacerlo, vulnere la Constitución Política”. Y por último, también hace parte del poder de configuración legislativa en materia procesal, con relación a los recursos contra las decisiones judiciales, precisamente el no consagrarlos. Incluso en materia penal, donde la doble instancia es de especial trascendencia, la jurisprudencia ha dicho que no es forzosa para todos los asuntos que son materia de decisión judicial, “pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales”.

De conformidad con el anterior derrotero jurisprudencial, es dable señalar que el tema referido a la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por los jueces en el proceso, no necesariamente corresponde a

criterios constitucionales, ni a postulados principialísticos del procedimiento, dado que es el legislador, en cada caso concreto, el llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Nacional.

No puede desconocerse, eso sí, que existe un límite a ese poder de configuración legislativa, específicamente orientado a impedir la vulneración de los derechos fundamentales de las partes; para garantizar el respeto de ellos, se han definido los siguientes criterios, recogidos en CC C-227/09:

“i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal (...) puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”.

Lo anterior se traduce en que, salvo la necesidad de atender los límites antes indicados, el legislador ordinario es el facultado para decidir las excepciones que caben a la posibilidad de interponer recursos dentro de cada estatuto procesal.

Principio de la doble instancia.

Importante es anotar que por su carácter y efectos, el proceso penal cuenta con un plus protectivo que obliga mirar con mayor detenimiento el tema, en tanto, aspectos tales como el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, reclaman de condignos medios efectivos que los materialicen en la práctica.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14, numeral 5º, indica que *«toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»*.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el canon 8, numeral 2º, literal h, señala que toda persona tiene *«derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior»*.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, en su artículo 29, establece la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria, y el canon 31 preceptúa que *«toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley»*.

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el

principio de doble instancia como norma rectora, en su artículo 20, señalando que *«Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación»*.

Para la Sala es dable concluir, de acuerdo con el recuento normativo antes reseñado, que, i) la apelación puede ser promovida en todo caso contra la sentencia, y ii) en materia penal no todo auto es apelable, pues, si bien, el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, consagra la alzada para los autos interlocutorios, limita dicha posibilidad a tres concretas circunstancias (decisiones que se refieran a la libertad, afecten la prueba o tengan efectos patrimoniales), pero, además, incluso en estos casos advierte que pueden presentarse excepciones, las cuales deben consignarse en el mismo código.

En suma, solo tres tipos de autos interlocutorios pueden ser recurridos en apelación, siempre y cuando no exista respecto de alguno de ellos una excepción legal.

En seguimiento de la norma rectora y respecto de la impugnación de los autos que deciden sobre la exclusión, rechazo o admisibilidad de pruebas en el juicio, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en sus numerales 4° y 5°, preceptúa que la apelación se concederá en el efecto

suspensivo contra, «(...) 4. *El auto que deniega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral*».

La forma en que el legislador reguló el tema de la pruebas y la posibilidad de impugnar las decisiones que los jueces toman sobre ellas, da cuenta de su intención expresa de diferenciar en qué eventos proceden o no los recursos contra dichas determinaciones, aspecto que no sólo corresponde a la libertad de configuración legislativa que le asiste, sino que por sí mismo no contraría el bloque de constitucionalidad o las normas rectoras que gobiernan el proceso penal vigente.

En este sentido, la Sala advierte sin dubitación alguna que la intención del Legislador va dirigida a que se puedan impugnar las providencias que **afectan** la práctica de las pruebas.

De cara a este aspecto, esto es, el que gravita sobre el concepto de afectación de la prueba, resulta importante traer a colación lo dicho en CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298:

(...) pues dado que las palabras usadas por el legislador deben entenderse en su sentido natural y obvio, el significado que en este contexto tiene el vocablo *afectar* no es otro que el de “...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo...”

Por tanto con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.

En principio, puede parecer sugestiva la tesis inserta en el apartado transcrito, cuando se acude al tópico gramatical.

Sucedo, sin embargo, que en previa acepción del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la número 4, se define afectar como: «*Atañer o incumbir a alguien*».

Puede colegirse, entonces, que perfectamente el legislador, al utilizar el término afectar, no se refirió necesariamente a lo que perjudica o causa daño, sino apenas a lo que atañe o incumbe a la práctica probatoria.

Y es por ello que después, en seguimiento del apartado del artículo 20 en cuestión, en el cual se advierte que dicha facultad de impugnación opera «*salvo las excepciones previstas en este código*», señaló en el canon 177 *ibídem*, que la posibilidad de apelar únicamente se aplica respecto del interlocutorio que niega la práctica de pruebas en el juicio oral.

La expresión denegar no conlleva ninguna duda sobre su contenido, no sólo porque respeta el alcance del artículo 20 tantas veces citado, en especial la facultad allí consignada para excepcionar, sino porque su manifestación literal no deja margen a interpretación distinta.

Por lo demás, es necesario resaltar, si se dijera que el numeral cuarto en reseña no comporta los efectos que su literalidad claramente indican, habría que concluir que ninguna razón de ser tiene su inclusión normativa, pues se le vacía completamente de contenido si se afirma que también los autos que decretan pruebas pueden apelarse, evidente como se hace que la disposición jurídica en comento nunca se refiere a éstos casos, ni en el efecto suspensivo, ni en ninguno otro.

Ahora, en punto del numeral 5 del canon 177 ib., que regula el recurso de apelación contra el «*auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral*», y que en la decisión del 13 junio de 2011, (CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562) fue interpretado como una norma en la cual no se hace distinción alguna sobre el sentido de la decisión, la Corte en esta oportunidad debe indicar lo siguiente:

En su sola verificación textual, la confrontación de los numerales 4° y 5° del artículo 177, parece entrañar una clara desarmonía o, mejor, una distinta solución para circunstancias que aparentemente operan similares.

Y, claro, la cuestión fundamental estriba en definir por qué si la solicitud de pruebas a practicar en el juicio únicamente permite el recurso de apelación cuando se niega, no ocurre igual con la exclusión de pruebas a introducir en ese momento procesal, que permite su impugnación vertical, sin distinción alguna en si se niega u otorga.

La razón de la diferenciación emerge evidente.

Es que, cuando se trata de la solicitud de exclusión de un elemento suasorio en poder de una parte, que esta solicita introducir al juicio oral, necesariamente se hace referencia a derechos fundamentales en juego, que se entienden afectados con la recolección o posible introducción del medio.

En estas circunstancias, como la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías, se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudir al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados.

Lo anterior encuentra fundamento en que, como desde el principio se definió, la facultad del legislador para regular el recurso vertical se encuentra limitado por los casos en que se afecten derechos fundamentales, apenas natural surge que en tratándose de la exclusión probatoria, íntimamente ligada

con éstos, se facultara en toda su extensión la posibilidad de impugnación.

Precisamente, ello se acompasa con la cita jurisprudencial referenciada al inicio (sentencia C-738 de 2006), en cuanto definió que la libertad de configuración normativa respecto del tópico opera *«siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales»*.

En este punto, la Corte quiere hacer hincapié en la necesidad de que los jueces controlen adecuadamente la solicitud de pruebas y sus efectos, pues es factible que las partes acudan al mecanismo de exclusión para evadir la limitación del recurso de apelación que aquí ha quedado claro existe frente la impugnación de autos que resuelven sobre peticiones probatorias.

Al efecto, se debe precisar que el tema de exclusión necesariamente está vinculado con la vulneración de derechos fundamentales, dentro del escenario de la prueba ilícita y no apenas la ilegal, lo que obliga de quien se opone a ella presentar una argumentación dirigida exclusivamente a demostrar la vulneración de tales garantías.

De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición

que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

En otro orden de ideas, el argumento referido a que el artículo 363 del CPP -atinente a la suspensión de la audiencia preparatoria durante el trámite de la apelación sobre pruebas-, no distingue el sentido de la decisión impugnada, es fácilmente controvertible, pues, de un lado, la norma no se refiere a la solicitud probatoria de las partes, sino a la necesidad de suspender la diligencia en su integridad, razón por la cual no tendría por qué precisar si la apelación se está surtiendo sobre la negativa o aceptación; y del otro, ya se tiene claro que en caso de solicitarse la exclusión de un elemento probatorio para ingresar al juicio, sí es posible impugnar la aceptación, lo que conduce a concluir que el artículo no podía limitarse a la negativa en cuestión.

Atinente al fundamento vertido en la postura que hoy se reconsidera, según el cual es dable la apelación de la providencia que accede a una prueba, toda vez que el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en su inciso segundo, incluye como determinación contra la que procede la alzada en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada, la Corte debe señalar que dicho argumento resulta etéreo y por completo ajeno al tema de debate, pues, pierde de vista el carácter excepcional de ese instituto procesal, en tanto, se trata, no de una decisión individual,

sino de un diligenciamiento independiente que por la ostensible afectación del principio de inmediación –medular a la sistemática acusatoria y, en particular, al debido proceso probatorio-, obliga de tramitación especial, al punto que requiere la decisión, no del juez de conocimiento, sino de aquél que cumple funciones de control de garantías.

Adicionalmente, en atención a su especialidad y los derechos en juego, la decisión que admite abrir audiencia ante el juez de control de garantías para practicar allí la prueba anticipada, reclama de la posibilidad de apelación, cualquiera sea su sentido. Esto, por cuanto, para abundar en razones, es precisamente la aceptación de la prueba el factor que puede estimarse afecta más profundamente derechos.

Dígase, por último, que la Sala no puede advertir, y en la jurisprudencia que busca recogerse tampoco se especifica, cómo la posibilidad de que sólo la negativa a la práctica de pruebas pueda ser objeto de apelación, afecta el carácter adversarial del sistema acusatorio, como quiera que, ya se entiende suficientemente decantado, la filosofía del principio en cuestión no se agota o satisface apenas a través de ese medio.

En efecto, la estructura del proceso penal, que diseña escenarios diferentes en curso del mismo, permite observar la existencia de mecanismos de variada estirpe en los cuales se materializa el antagonismo propio de la adversarialidad

propuesta, con plenas posibilidades de contradicción y confrontación.

En especial, limitados al tema probatorio, al interior de la audiencia preparatoria, el concepto adversarial se materializa, no a partir de la posibilidad de apelar la negativa de pruebas, sino en momentos anteriores, de conformidad con el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, dado que las partes podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios suasorios que resulten impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales u obtenidos con violación de los requisitos formales; además, durante el desarrollo del juicio oral, se puede contrainterrogar a los testigos, o poner en tela de juicio la validez y contenido de documentos, o discutir respecto de los elementos materiales probatorios o evidencia física allegados, para no hablar de la posibilidad de allegar medios propios que se opongan a los de la contraparte.

Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como

la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).

Precisamente, en torno de los fines que gobiernan la práctica de pruebas y su naturaleza de medios encaminados a demostrar la particular teoría del caso de las partes, observa la Sala cómo, dentro del necesario balanceo obligado de hacer en la determinación de cuál es la mejor manera de adelantar el proceso y los sacrificios que ello implica, con la decisión legislativa de conceder el recurso de apelación solo para la decisión que deniega pruebas, se obtiene un resultado mejor que en caso de aceptarlo en general.

En efecto, cuando se niega la práctica de determinada prueba, ello de inmediato anula cualquier posibilidad de hacer valer la información que ella contiene e incluso se puede afectar fuertemente la teoría del caso de la parte, si la misma se fundamenta en ese elemento de juicio.

Así se entiende que la decisión denegatoria deba posibilitar la alzada, visto el daño que puede producir.

De manera diferente, si el juez acepta la práctica de determinado medio de convicción, no sólo se habilita que su contenido pueda ser utilizado para soportar la tesis de la parte, sino que, además, existe la posibilidad de controvertir esa determinada prueba directamente a partir del ejercicio de confrontación o con la presentación de otros elementos de juicio que la confute.

Además de lo anotado, no puede pasar por alto la Sala cómo en la jurisprudencia vigente objeto de examen, se dice que con la posibilidad de apelar el auto que admite la prueba, se materializan los principios de depuración y eficacia.

Dejando de lado si el de depuración puede entenderse principio o no, y cuáles son su naturaleza y efectos, es lo cierto que la práctica judicial ocurrida con posterioridad a la expedición de la sentencia en comento, lejos de advertir cumplido el principio de eficacia, informa todo lo contrario.

En efecto, día a día se registra, de conformidad con los procesos que ingresan a la Corte, cómo esa habilitación para que se pueda impugnar la decisión que admite la prueba, ha sido utilizada a manera de mecanismo claramente dilatorio del proceso, al punto que se erige en la única razón que gobierna, la más de las veces, el recurso, independientemente de los motivos que sustenten la pretensión de la defensa.

Ello, en evidente contravía, no solo de lo que la norma registra, como se anotó ya, sino de los principios de eficacia, celeridad, economía procesal y concentración.

Así las cosas, para la Sala respecto del auto que admite pruebas (numeral 4° del artículo 177 de la Ley 906 de 2004), únicamente procede el recurso de reposición, mientras que contra el que deniega o imposibilita la práctica de las mismas, sí es dable promover el de apelación.

Del caso concreto.

La Ley 906 de 2004 tiene una marcada perspectiva acusatoria, regida, entre otros, por el principio adversarial, siendo evidente que el trámite de las distintas audiencias opera de manera oral, con inmediación y concentración, pero sobre todo, con respeto al derecho a la contradicción y controversia, en el llamado proceso de partes.

Frente a tal perspectiva, es obligatorio que las postulaciones que formulen las partes, previo a la decisión del juez, puedan ser controvertidas o debatidas por los restantes intervinientes, procurando, sólo así, que se soporte de manera motivada esa determinación del funcionario unipersonal o colegiado, para luego sí permitir a la parte inconforme con lo resuelto, hacer uso de los recursos a que haya lugar.

En este orden de ideas, en el evento de omitirse el debate entre las partes, previo a proferir una providencia que las afecta, lo dispuesto resulta inmotivado desde el punto de vista dialéctico, pero, además, atentatorio de los derechos de defensa y contradicción.

Así, por ejemplo, en CSJ SP, 29 Jun. 2007, Rad. 27608, la Sala explicó:

Así las cosas, en el evento de omitirse escuchar a las partes, previo a la toma de la decisión que las afecta, lo resuelto emerge no solo inmotivado, por sustracción de materia, dentro de la perspectiva dialéctica, sino violatorio del derecho de defensa y su correlato de contradicción, sin que la posibilidad de recurrir al instituto impugnatorio resulte suficiente para restañar el daño causado a la parte o partes, dado que ya se eliminó una posibilidad de intervención de estas.

Para el caso concreto, debe resaltar la Sala trascendente la omisión en que incurrió el Tribunal dentro de la dinámica dada a la audiencia preparatoria, pues, pasó por alto permitir que las partes se pronunciasen acerca de la solicitud probatoria de sus contrapartes, previo a decidir sobre ello, y con ese comportamiento causó efectivo daño a las expectativas de la defensa, la representación de la víctima y la fiscalía, acorde con su particular teoría del caso.

Descendiendo lo anotado al asunto examinado, encuentra esta Colegiatura que la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio, al interior de la audiencia preparatoria celebrada el día 14 de enero de 2016, en la que se hicieron estipulaciones probatorias; se descubrieron los elementos materiales probatorios; se enunció la totalidad de las pruebas que se harían valer en la audiencia de juicio oral y

público, el acusado no aceptó los cargos y, finalmente, se decidió sobre las peticiones probatorias; no se permitió a las partes debatir o referirse a cada una de esas solicitudes de prueba, de manera previa a la determinación.

En efecto, nota la Sala que, luego de la intervención de la Fiscalía y la defensa en punto a sus postulaciones frente a los elementos de acreditación que harían valer en juicio, el Tribunal decretó un receso, luego del cual abordó cada una de esas peticiones, iniciando por las del ente instructor, en cuyo favor decretó todas y cada una de ellas, para después referirse a las de la defensa, de las cuales negó una de carácter testimonial, dando traslado a las partes para la interposición de recursos, momento en el que se propuso por ambos sujetos procesales el de apelación.

Ahora bien, sólo durante la interposición de la alzada se advierte la existencia de verdadero debate frente a las peticiones de prueba de cada una de las partes, dado que, se reitera, en el momento procesal propio para ello, el Tribunal suspendió la diligencia sin escuchar a las partes y al reanudar la audiencia profirió su decisión.

La actuación del Tribunal menguó las posibilidades de contradicción y controversia, comoquiera que una vez escuchada la solicitud probatoria de una parte, a la contraparte se le debió ofrecer la posibilidad de pronunciarse frente a ello, para refutar la existencia de uno

o varios de los elementos que facultan su admisión, en aras de que el juez o magistrado los tenga en cuenta para el momento de proferir la consecuente determinación.

Esto es, la providencia que admite o niega la práctica probatoria, en cuanto debate dialéctico, necesariamente debe nutrirse de la tesis propuesta por el solicitante y de la antítesis que en determinados casos propone su oponente.

En atención a ello, para la Corte, la naturaleza y razón de ser de la impugnación, no es la de servir de medio para que se escuchen los argumentos que permitan la toma de una decisión, sino, precisamente, el mecanismo que permite controvertirla una vez vertida.

Aceptar otra conclusión implica permitir que se elimine la posibilidad por antonomasia ofrecida por la ley para controvertir, o mejor, oponerse a la pretensión de la contraparte, con lo cual, se reitera, emergen afectadas no solamente las garantías de defensa y contradicción, sino también la estructura del debido proceso y, finalmente, la sistemática adversarial que caracteriza el proceso acusatorio diseñado en la Ley 906 de 2004.

Como la Corte entiende que la vulneración de derechos inserta en la omisión propiciada por el Tribunal, resultó trascendente y grave, al punto que se impidió a las partes oponerse a la propuesta probatoria de su contraparte y ello

derivó en que, no sólo se verifica inmotivada la decisión de admitir las pruebas, sino que la impugnación lejos de referirse a los argumentos, inexistentes, del Tribunal, operó como medio para hacer valer las razones propias de una etapa anterior de la diligencia, se debe acudir al remedio extremo de la nulidad, a fin de recomponer la esencia adversarial del trámite de petición y aceptación de pruebas.

Por lo demás, en el asunto examinado no es posible significar existente algún tipo de convalidación o la posibilidad de que en trámite posterior se pueda subsanar el yerro.

Lo primero, porque, ha de resaltarse, las partes no sólo no convalidaron o aceptaron expresa o tácitamente la actuación del Tribunal, sino que estuvieron en abierta imposibilidad de hacerlo, dado que tan pronto se hicieron las peticiones probatorias, el magistrado ponente suspendió la diligencia, y al reanudarla, sin más, procedió a proferir la decisión.

Es por ello que las partes, sorprendidas, apenas pudieron hacer valer sus argumentaciones cuando, a renglón seguido, se les otorgó la palabra para impugnar lo decidido.

Lo segundo, habida cuenta que, atendido el cambio jurisprudencial propiciado por la Corte en esta decisión, no

es posible aceptar la impugnación propuesta por las partes en torno de las pruebas admitidas por el Tribunal.

En estas condiciones, no sobra resaltar, el único momento procesal con el que cuentan las partes para controvertir la solicitud probatoria de su contraparte, en los casos en que esta es aceptada por el juez, corresponde a la intervención previa a la decisión y ello, precisamente, fue lo que se pasó por alto aquí.

Del mismo modo, no es dable, ante las irregularidades previamente señaladas, acudir a principios de eficacia o economía procesales, que permitan predicar la convalidación del dislate aquí indicado, pues, se insiste, en el caso examinado se pretermitió la oportunidad de adelantar el ejercicio de contradicción y confrontación frente a las postulaciones probatorias de la contraparte.

Adicionalmente, trasladar a las partes la carga de la detección de las irregularidades atribuibles al juez unipersonal o colegiado director de la audiencia, en esas específicas circunstancias, conduce a crear una imposible sub regla, con la que, básicamente, desaparecería la posibilidad de declarar nulidades en primera y segunda instancias, salvo que los intervinientes hubieren hecho alusión al error correspondiente, desvaneciéndose, incluso, la posibilidad de decreto oficioso.

En tal virtud, conforme a las acotaciones antes reseñadas, esta Corporación concluye trascendente la omisión en que incurrió el Tribunal de Villavicencio dentro de la evacuación de la audiencia preparatoria.

Corolario de lo antedicho, la Sala decretará la nulidad de lo actuado, a partir del momento de la audiencia preparatoria en el cual se decidió sobre las peticiones probatorias, inclusive, para efectos de que se rehaga la tramitación, particularmente, como se dijo en precedencia, facultando a las partes controvertir las solicitudes probatorias de su contraparte.

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

R E S U E L V E

ANULAR lo actuado en este proceso a partir del momento de la audiencia preparatoria en el cual se decidió sobre las peticiones probatorias, inclusive, para efectos de que se rehaga la tramitación, particularmente, facultando a

las partes controvertir las solicitudes probatorias de su
contraparte.

Devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

Contra esa decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria