



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

## **PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

### **Magistrada ponente**

La información que permite identificar o individualizar al (los) menor (es), fue suprimida por la Relatoría de la Sala de Casación Penal, teniendo como fundamento legal los artículos 33 y 193 de la ley 1098 de 2006 y demás normas pertinentes.  
Versión PDF convertida del archivo Word original.

**AP7577-2017**

**Radicación n° 51410**

(Aprobado Acta n° 372)

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

### **1. VISTOS**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ en contra del auto proferido el dos de octubre del presente año por el Tribunal Superior de Neiva, a través de cual negó dos de las pruebas solicitadas por ese sujeto procesal.

### **2. HECHOS**

La Fiscalía acusó a JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ, bajo los siguientes presupuestos fácticos:

En el mes de mayo de 2015 un fiscal adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata de Pitalito (Huila) solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva –intramuros- en contra de Edith Fredy Sánchez Muñoz, a quien previamente le imputó el delito de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, del que supuestamente fue víctima la menor ASZ. El Juez de control de garantías consideró procedente la detención, pero en el lugar de residencia, razón por la cual el delegado del ente acusador interpuso el recurso de apelación.

Mientras se adelantaba el trámite de la alzada, el asunto le fue asignado al doctor JULIO VICENTE ORTIZ MARTÍNEZ, fiscal veintiséis delegado ante los jueces penales del circuito de esa localidad.

ORTIZ MARTÍNEZ decidió desistir del recurso de apelación, a pesar de que el ordenamiento jurídico dispone expresamente que frente a los delitos contra la libertad e integridad sexual, cuando recaen sobre menores de edad, solo procede la detención preventiva en centro de reclusión.

### **3. ACTUACIÓN RELEVANTE**

Bajo esa premisa fáctica, la Fiscalía formuló acusación por el delito de prevaricato por omisión, previsto en el artículo 414 del Código Penal.

El 21 de septiembre del año en curso se realizó la primera sesión de la audiencia preparatoria. Para los fines

de la presente decisión, cabe resaltar que en esa oportunidad la defensa solicitó, entre otras, las siguientes pruebas: (i) el testimonio de Gabriel Jorge Triana Perdomo, juez penal municipal que tuvo a cargo las audiencias de imputación y solicitud de medida de aseguramiento presentada por la Fiscalía en contra de Edith Fredy Sánchez Muñoz, y (ii) el disco compacto contentivo de la declaración de ASZ durante el juicio oral adelantado para establecer la responsabilidad penal de este procesado.

Al explicar la pertinencia de estos medios de prueba, sostuvo que el Juez podrá informar sobre las razones por las que optó por la detención preventiva en el lugar de domicilio, bajo el entendido de que el procesado, por idénticos motivos, decidió “*sustraerse al conocimiento de la apelación*”, además que dicho funcionario fue absuelto por la autoridad que tuvo a cargo la investigación disciplinaria por esos mismos hechos.

De otro lado, señaló que el disco contentivo de la declaración de la joven SZ es pertinente porque esta: (i) narra cómo ocurrieron los hechos por los que fue procesado Sánchez Muñoz, (ii) aclara que nunca fue sometida mediante drogas o alcohol, y (iii) deja en claro que el encuentro sexual que tuvo con ese procesado fue consentido. Señaló además que esa declaración anterior podrá ser utilizada como prueba de referencia, en el evento de que no sea posible lograr la comparecencia de esta testigo al juicio oral, o eventualmente puede ser usada para impugnar su credibilidad. Agregó que esta prueba tiene

alguna relación con el testimonio del abogado que en su momento tuvo a cargo la defensa de Sánchez Muñoz, quien describirá las circunstancias bajo las cuales le hizo saber al fiscal ORTIZ MARTÍNEZ que la supuesta víctima del abuso sexual se había retractado.

#### **4. LA DECISIÓN IMPUGNADA**

El dos de octubre último el Tribunal Superior de Neiva Decidió negar la práctica de las dos pruebas de la defensa referidas en el anterior numeral, bajo los siguientes argumentos:

El testimonio del juez Gabriel Jorge Triana Perdomo no es pertinente, porque: (i) no tenía a cargo la dirección del proceso para el momento en que el procesado ORTIZ MARTÍNEZ desistió del recurso de apelación, (ii) este proceso no se orienta a establecer si el Juez acertó o no al decidir que el procesado Sánchez Muñoz debía permanecer recluido en su lugar de domicilio; y (iii) en este trámite es irrelevante establecer si el funcionario que tuvo a cargo la decisión sobre la medida de aseguramiento fue absuelto o no en el ámbito disciplinario.

La declaración rendida por la víctima en el juicio oral seguido en contra de Sánchez Muñoz no es admisible, porque: (i) el Tribunal accedió al testimonio de esta en el juicio oral orientado a establecer la responsabilidad penal del fiscal Ortiz Martínez; (ii) siendo así, esa prueba resultaría “*innecesaria, repetitiva y superflua*”; y (iii) no se

estableció que la testigo no esté disponible para el juicio oral, en los términos del artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

## **5. LA IMPUGNACIÓN**

En esencia, el defensor reiteró los argumentos que expuso cuando explicó la pertinencia de los medios de prueba que fueron inadmitidos por el Tribunal. Se refirió, de nuevo, a la importancia de conocer lo que la supuesta víctima dijo en el juicio oral, bajo juramento, sobre las circunstancias que rodearon los hechos. Además, hizo hincapié en que el Juez Triana Perdomo podría ilustrar sobre las circunstancias que rodearon la decisión sobre la que recayó el recurso que, a la postre, fue desistido por el procesado.

Basado en esos razonamientos, solicita que la decisión sea revocada y que, en consecuencia, se decreten las pruebas en mención.

## **6. LOS NO RECURRENTES**

El delegado de la Fiscalía y el representante del Ministerio Público consideran que la decisión debe ser confirmada. Coinciden en que la declaración del juez Triana Perdomo es impertinente, por las mismas razones expuestas por el Tribunal. En lo concerniente al testimonio de la adolescente A, la Fiscalía resalta que el defensor no explicó por qué sería admisible como prueba de referencia, mientras que el Ministerio Público hizo notar que el

impugnante no rebatió los argumentos que sirven de soporte a la decisión del Tribunal.

## **7. CONSIDERACIONES**

Para resolver el caso sometido a su conocimiento, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la delimitación del tema de prueba y su incidencia en el análisis de pertinencia, (ii) aspectos que deben considerarse para la delimitación del tema de prueba en los delitos de prevaricato, (iii) el concepto de mejor evidencia, (iv) el control de la pertinencia de las pruebas en la fase de juzgamiento, (v) las reglas sobre admisibilidad de prueba de referencia, y (vi) los argumentos del impugnante.

### **7.1. La delimitación del tema de prueba y su incidencia en el análisis de pertinencia**

De tiempo atrás esta Corporación ha precisado que el tema de prueba está conformado, en esencia, por los hechos jurídicamente relevantes, esto es, por aquellos aspectos de la hipótesis fáctica de la acusación que pueden ser subsumidos en la respectiva norma penal. Luego de establecer la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes y hechos indicadores, también ha resaltado que estos también se integran al tema de prueba, en la medida en que su demostración es necesaria para que puedan ser utilizados como base de las inferencias atinentes a los hechos que encajan en la respectiva descripción normativa. Igualmente –ha dicho– hacen parte del tema de prueba los aspectos fácticos estructurales de las hipótesis alternativas

que presente la defensa, cuando opta por esta estrategia (CSJSP, 8 Marzo 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

En esta misma línea, la Sala ha resaltado el carácter fáctico que tiene el estudio de pertinencia, en la medida en que se reduce a establecer la relación de los medios de prueba con los hechos que conforman el tema de prueba, que puede ser directa o indirecta. Lo primero, cuando la prueba atañe al hecho jurídicamente relevante, sin que sea necesario realizar inferencias (Por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar, hurtar, secuestrar, etcétera). Lo segundo, cuando el medio de prueba da cuenta de un hecho a partir del cual puede inferirse el hecho que encaja en la respectiva norma penal, verbigracia, cuando el testigo asegura haber visto al procesado salir corriendo del lugar de los hechos, conocía de problemas anteriores entre la víctima y el presunto victimario, etcétera (CSJAP, 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

Como en el sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004 las hipótesis factuales corren por cuenta de las partes, son estas quienes se encuentran en mejor posición y a quienes legalmente les compete explicar la pertinencia de los medios de prueba que solicitan, esto es, la relación directa o indirecta de los mismos con los hechos estructurales del tema de prueba (ídem).

## **7.2. Aspectos que deben considerarse para la delimitación del tema de prueba en los delitos de prevaricato**

Bajo el entendido de que cada caso tiene sus particularidades, la Sala ha resaltado que en los delitos por prevaricato, específicamente en el ámbito judicial, es imperioso establecer, entre otras cosas: (i) la calidad de funcionario judicial que ostentaba el procesado, (ii) la realidad procesal bajo la que se emitió la decisión cuestionada o se omitió la actuación que se considera obligatoria, (iii) la demostración de la decisión o de la omisión en que incurrió el servidor público, (iv) sin perjuicio de la demostración del dolo y los demás elementos estructurales de la responsabilidad penal, o de los hechos que estructuran la hipótesis alternativa propuesta por la defensa. Igualmente, en esos eventos debe realizarse el respectivo juicio valorativo orientado a establecer por qué la decisión puede considerarse manifiestamente contraria a la ley (en los casos de prevaricato por acción) o por qué era obligatoria la actuación que se echa de menos (cuando se trata del delito de prevaricato por omisión).

En la decisión CSJSP 2920, 8 mayo de 2017, Rad. 48199, la Sala analizó el caso de un juez que fue condenado por el delito de prevaricato por acción, porque no valoró las pruebas presentadas por la defensa. La condena emitida por el Tribunal fue revocada, porque no se demostró el contenido de todas las pruebas que el procesado tuvo ante sí para tomar la decisión, lo que impedía realizar el juicio



valorativo orientado a establecer si la decisión podía catalogarse como manifiestamente contraria a la ley. Dijo la Sala:

*La controversia se reduce a si la sentencia proferida por el juez GUERRERO es “manifiestamente contraria a la ley”. Sobre las constataciones que deben hacerse frente a este elemento estructural del delito de prevaricato por acción, de tiempo atrás la Sala ha reiterado lo siguiente:*

*“(...) el juicio de tipicidad correspondiente no se limita a la simple y llana constatación objetiva entre lo que la ley manda o prohíbe y lo que con base en ella se decidió, sino que involucra una labor más compleja, en tanto **supone efectuar un juicio de valor a partir del cual ha de establecerse si la ilegalidad denunciada resiste el calificativo de ostensible** por lo cual, como es apenas natural, quedan excluidas de esta tipicidad aquellas decisiones que puedan ofrecerse discutibles en sus fundamentos pero en todo caso razonadas, como también las que por versar sobre preceptos legales complejos, oscuros o ambiguos, admiten diversas posibilidades interpretativas”<sup>1</sup> (CSJ SP, 15 Feb. 2012, Rad. 37901, entre muchas otras).*

*Según lo que puede entenderse de la acusación, al funcionario se le reprocha haber omitido la valoración de varias pruebas que demostraban que el procesado Guevara Rico no incurrió en el delito por el que fue condenado, y, por tanto, dictó una condena manifiestamente contraria a la ley. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en la sentencia objeto de apelación.*

*En este tipo de eventos, para establecer si los hechos del caso pueden ser subsumidos en la norma que regula el delito de prevaricato por acción (Art. 413), resulta imperioso realizar*

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 13 de julio de 2006, Exp. 25.627.

*constataciones fácticas como las siguientes: (i) cuáles eran las pruebas con las que contaba el funcionario para cuando emitió la sentencia; y (ii) cuál la decisión que emitió. Lo anterior sin perjuicio de los referentes fácticos del dolo, la antijuridicidad, etcétera.*

*A partir del conocimiento suficiente de esa realidad, el fallador debe: (i) **valorar** si la decisión que tomó el procesado es contraria a la ley, y (ii) **estimar** si esa contrariedad con el ordenamiento jurídico es “manifiesta”, esto es, “patente”, “clara”<sup>2</sup>.*

*Valga anotar, de paso, que este tipo de ejercicios son frecuentes en el ámbito del derecho penal. Por ejemplo, para establecer si concurre la circunstancia de agravación del homicidio, prevista en el artículo 104, numeral 4º, del Código Penal (motivo abyecto o fútil), es necesario: (i) establecer los motivos por los cuales el procesado segó la vida de la víctima, lo que tiene un carácter eminentemente factual; y (ii) determinar si ese motivo puede catalogarse como abyecto o fútil, según el caso, lo que entraña una **valoración** de los hechos demostrados.*

*No se requiere de un mayor esfuerzo para concluir que un ejercicio valorativo como el que se acaba de referir solo es posible si existe suficiente claridad frente a los hechos sobre el que recae.*

*De la misma manera como no podría valorarse si el motivo del homicidio es abyecto o fútil, si no se conoce en qué consistió el mismo, es difícil, si no imposible, estimar si el juez violó flagrantemente la ley al valorar las pruebas practicadas, sino no se conoce con precisión el contenido de todas ellas o, por lo menos, de las relacionadas con el aspecto objeto de la discusión.*

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

*En tal sentido, de tiempo atrás la Sala ha reiterado que el examen en mención*

*[c]omporta acreditar si el funcionario, **de acuerdo con la información disponible al momento de adoptar la determinación**<sup>3</sup>, estuvo en posibilidad real de haber podido ajustar el ejercicio de su competencia al ordenamiento jurídico y, por tanto, si tenía conciencia del carácter delictivo de su proceder, no empece lo cual optó voluntariamente por realizar la prohibición típica.<sup>4</sup> (CSJ SP, 15 Mayo 2008, Rad. 29433, entre muchas otras).*

*De otro lado, debe tenerse en cuenta que la omisión de valorar las pruebas en su conjunto no necesariamente implica que la decisión, desde la perspectiva material, sea manifiestamente contraria a la ley. Por ejemplo, es posible que el fallador haya omitido valorar algunas “pruebas de cargo” y, sin embargo, se establezca que la absolución era procedente. En igual sentido, puede suceder que se omita la valoración de una o varias pruebas favorables al procesado y, no obstante, la condena deba mantenerse.*

*Este tipo de valoraciones se realizan cotidianamente en el contexto de los recursos ordinarios y extraordinario, cuando, por ejemplo, se demuestran errores de hecho en la modalidad de falso juicio de existencia, pero se establece la falta de trascendencia de los mismos de cara a la corrección material de la decisión.*

*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*

---

<sup>3</sup> Negrillas fuera del texto original.

<sup>4</sup> C. S. de J., Sala de Casación Penal, providencia de 11-03-03, Rad. 18.031, entre otras.

*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.*

### **7.3. El concepto de mejor evidencia**

La Ley 906 de 2004 establece pautas importantes sobre lo que debe entenderse por mejor evidencia.

De forma expresa, el concepto es referido en las normas que regulan la prueba documental, en cuanto se establece que *“cuando se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba y resulte admisible, conforme con lo previsto en el capítulo anterior deberá presentarse el original del mismo como mejor evidencia de su contenido”*.

Desde una perspectiva más amplia, el concepto es desarrollado en otros contextos, tal y como sucede con la prueba de referencia, en cuanto se asume que la declaración del testigo que presencié los hechos es mejor evidencia que el testimonio de quien escuchó el relato sobre ese acontecer fáctico (lo que en su momento se denominó *“testigo de oídas”*), sin perjuicio de las garantías judiciales atinentes a esta figura.

Entre otros aspectos, el concepto de mejor evidencia apunta a eliminar, en cuanto sea posible, los riesgos en la tergiversación o alteración de los medios de prueba, y facilitar el ejercicio de la contradicción y la confrontación. En esa lógica, la presentación del testigo que presencié los hechos, en lugar de aquel que escuchó su relato, permite establecer de forma más fidedigna la narración, al tiempo que posibilita el desarrollo de la confrontación. En lo concerniente a los documentos, la presentación del original permite la verificación de que el documento no ha sido mutilado o alterado de alguna forma (que hipotéticamente podría dificultarse cuando se presenta una copia), lo que, además, facilita el ejercicio de la contradicción.

Sin perjuicio de las consecuencias legales previstas para eventos como los que se acaban de referir, el concepto de mejor evidencia es trascendental para la racionalización del proceso penal, especialmente en el análisis de la utilidad de las pruebas, en los términos del artículo 376 de la Ley 906. En procura de una explicación más pertinente para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala, se tomará como ejemplo el delito de prevaricato, cuando ocurre en el contexto judicial.

Según se indicó en el numeral anterior, en esos casos es determinante establecer, entre otras cosas, la “*realidad procesal*” a la que se enfrentó el funcionario cuando emitió la decisión que se considera manifiestamente contraria a la

ley (prevaricato por acción) o incurrió en una omisión penalmente relevante (prevaricato por omisión).

Si, como en este caso, es imperioso establecer lo acaecido durante una audiencia pública, que por mandato expreso de la ley deben ser grabadas, por regla general el respectivo registro constituye mejor evidencia que el testimonio de alguien que haya participado en la misma, entre otras cosas porque: (i) el registro permite establecer con precisión las palabras utilizadas por los partes y el Juez, lo que difícilmente puede ser referido con exactitud por un testigo, (ii) con el registro se obtiene un conocimiento directo del tono, los énfasis y demás aspectos relevantes para desentrañar el sentido del mensaje, mientras que los testigos expresarán su percepción –y, quizás, su opinión-, sobre estos aspectos que pueden resultar trascendentes; (iii) si se utiliza prueba testimonial para demostrar lo sucedido en una audiencia, puede haber lugar a debates, en ocasiones interminables, sobre la percepción de los testigos, su rememoración, la incidencia de su rol o sus posturas jurídicas en la interpretación de lo sucedido, etcétera.

Lo anterior sin perjuicio de que se pretenda demostrar aspectos que no quedaron cobijados por el registro de la audiencia, como, por ejemplo, el contenido de las conversaciones sostenidas por los intervinientes cuando el Juez interrumpió la grabación, los gestos u otras conductas que no quedaron registradas, siempre y cuando, claro está, se explique la pertinencia de esos hechos o circunstancias.

De regreso al estudio de utilidad, debe recordarse que el mismo, en buena medida, está regulado en el artículo 376, que establece que toda prueba pertinente es admisible, salvo que exista, entre otras cosas, “*probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y, que sea injustamente dilatoria del procedimiento*”, lo que bien puede suceder cuando se trata de pruebas repetitivas.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el estudio de **utilidad** se realiza una vez superado el análisis de pertinencia, porque sin esta no existe ninguna posibilidad de que una prueba sea decretada. De hecho, el artículo 376 establece la falta de utilidad como una excepción a que toda prueba pertinente es admisible, lo que confirma que el estudio de utilidad debe recaer sobre las pruebas que tienen relación directa o indirecta con los hechos que integran el tema de prueba.

Cuando las partes proponen varias pruebas para demostrar un elemento estructural de sus teorías factuales, y el Juez considera que las mismas son repetitivas y, por tanto, injustamente dilatorias del trámite, el concepto de mejor evidencia se erige en un importante criterio para establecer cuáles de ellas deben ser decretadas, sin perder de vista la obligación de lograr un punto de equilibrio entre los derechos de las partes (principalmente el derecho a la prueba) y la eficacia de la administración de justicia (Art. 10 ídem).

#### **7.4. El control de la pertinencia y la utilidad de las pruebas en la fase de juzgamiento**

Por expresa disposición legal, en la audiencia preparatoria las partes deben explicar la pertinencia de las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio, esto es, precisar cuál es su relación con los hechos que integran el tema de prueba. Por tanto, es indispensable que la Fiscalía, en la acusación, haya expresado de manera completa, clara y sucinta los hechos jurídicamente relevantes, tal y como lo exige el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 y lo ha resaltado la jurisprudencia de forma constante (CSJ SP 3168, 8 marzo 2017, Rad. 44599, entre otras).

Como en la audiencia preparatoria el Juez no conoce (ni debe conocer) el contenido de las pruebas, debe hacer el análisis de pertinencia a partir de la explicación que hagan las partes sobre la relación del medio de prueba con los hechos jurídicamente relevantes o con los hechos indicadores, según se explicó en precedencia.

Por tanto, sin perjuicio de la importancia de las decisiones que al respecto se deben tomar en la audiencia preparatoria, durante el juicio oral puede realizarse un control definitivo sobre la pertinencia de las pruebas, porque es allí donde se conocen las preguntas que la parte le realiza a cada testigo y donde se hacen las demostraciones en torno a las evidencias físicas y los documentos. Así, por ejemplo, es posible que en la



audiencia preparatoria la defensa asegure que con el testigo X podrá demostrar que su representado actuó inmerso en un error de tipo o de prohibición, lo que puede resultar suficiente para que el testimonio sea decretado, pero durante el juicio oral le formule preguntas orientadas a obtener información que no tiene relación directa o indirecta con el tema de prueba. Es igualmente posible que en la misma audiencia (preparatoria) la Fiscalía plantee que una evidencia es pertinente porque corresponde a las prendas de vestir halladas en la escena del crimen, que corresponden al acusado, lo que indica que este estuvo presente en ese lugar, pero durante el juicio oral no logre demostrar alguno de estos aspectos o ambos.

Por tanto, aunque una prueba haya sido decretada en la audiencia preparatoria, a partir de la explicación de pertinencia que hizo la parte, en el juicio oral se debe velar porque solo ingrese la información que tiene relación directa o indirecta con el tema de prueba, bien para evitar los efectos nocivos de las dilaciones injustificadas, ora para impedir que los aspectos relevantes del caso se diluyan entre temas intrascendentes.

Lo mismo puede predicarse de la utilidad, porque es posible que durante la audiencia preparatoria, por las razones indicadas, no se visualice el carácter repetitivo o superfluo de algunas pruebas (o parte de ellas, como sucede con algunos temas abordados con los testigos), sin que ello implique que el juez no pueda ejercer sus funciones de

director de la audiencia, encaminadas a lograr el punto de equilibrio a que se hizo alusión en los párrafos precedentes.

### **7.5. Las reglas sobre admisibilidad de la prueba de referencia**

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Sala ha precisado que se trata de: (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, (ii) que se llevan al juicio oral, (iii) como medio de prueba –para demostrar la veracidad del contenido de la declaración-, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio oral. Igualmente ha resaltado que con la prueba de referencia se puede afectar el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en las normas rectoras 8 y 16 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, ha resaltado que no puede confundirse la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral), con las pruebas utilizadas para demostrar la existencia y contenido de esa declaración, que puede ser testimonial, documental, etcétera. En esa misma línea, ha establecido las diferencias entre la prueba de referencia y las declaraciones anteriores del testigo que, no obstante estar disponible en el juicio oral, se retracta o cambia su versión (CSJSP 606, 25 Ene. 2017, Rad. 44950, entre otras), donde también se establecieron las diferencias entre prueba de referencia y la utilización de declaraciones

anteriores orientadas a refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad.

Sobre el procedimiento para incorporar una declaración anterior al juicio oral, a título de prueba de referencia, precisó que la parte debe: (i) explicar la pertinencia de la declaración, (ii) demostrar que el testigo no está disponible, por alguna de las razones prevista en el artículo 438 de la Ley 906, y (iii) precisar cuáles son los medios de prueba que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior. Igualmente se dejó sentado que si en la audiencia preparatoria está demostrada la no disponibilidad del testigo (como cuando ha muerto), en ese escenario puede resolverse sobre la admisibilidad de la prueba de referencia; pero cuando la causal de no disponibilidad se presenta en el juicio oral, es allí donde debe tomarse la decisión (CSJAP, 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

## **7.6. Análisis de los argumentos del impugnante**

### **7.6.1. El testimonio de juez Gabriel Jorge Triana Perdomo**

Frente a este testimonio, en varios aspectos el defensor no logró demostrar su pertinencia. Como bien lo anota el Tribunal: (i) este testigo no tuvo conocimiento de la intervención del procesado, porque la misma tuvo lugar luego de terminadas las audiencias preliminares adelantadas en contra de Edith Fredy Sánchez Muñoz, y (ii)

la forma como se haya resuelto el proceso disciplinario adelantado en su contra no tiene ninguna relación con el tema de prueba en el presente caso, no solo porque se trata de funcionarios diferentes, sino además porque el Juez tuvo a cargo la decisión, mientras que a ORTIZ MARTÍNEZ se le reprocha el haber desistido del recurso de apelación.

Sin embargo, no sucede lo mismo en cuanto a la utilización de este testigo para demostrar lo sucedido en las audiencias de imputación y solicitud de medida de aseguramiento en contra de Sánchez Muñoz, según se indica a continuación:

En primer término, debe aclararse que no es de recibo lo que plantea el Tribunal en el sentido de que es impertinente establecer si el Juez acertó o no al tomar la decisión objeto de apelación. Al efecto debe aclararse, en consonancia con lo expuesto en el numeral 7.4, que ello incluye tres aspectos perfectamente diferenciables: (i) la constatación de los elementos de juicio con los que contaba el funcionario para resolver; (ii) el sentido de la decisión que tomó y los argumentos que expuso; y (iii) el juicio valorativo sobre el acierto de esa decisión. Y no es que se esté juzgando la actuación del Juez, sino que estos tópicos son indispensables para establecer si el procesado ORTIZ MARTÍNEZ, al desistir del recurso de apelación, incurrió en una conducta penalmente relevante.

Aunque es evidente que la “*realidad procesal*” a la que se enfrentó el acusado cuando decidió desistir del recurso

de apelación es elemento estructural del tema de prueba, sorprendentemente el delegado del ente acusador no solicitó la incorporación del registro de las referidas audiencias preliminares y optó por demostrar lo allí sucedido con el testimonio del fiscal adscrito a la URI que antecedió al funcionario ORTIZ MARTÍNEZ. En la misma línea, el impugnante solicitó, con el mismo fin, el testimonio del juez que presidió esas diligencias.

Esa omisión, notoria por demás, fue enmendada por la delegada de Ministerio Público, quien solicitó la incorporación de esos registros, a lo que finalmente accedió el Tribunal.

Ante esta realidad procesal, la Sala considera lo siguiente:

Si las partes optaron por utilizar prueba testimonial para demostrar uno de los aspectos centrales del tema de prueba (lo sucedido en las audiencias en las que se interpuso el recurso de apelación que luego fue desistido por el procesado), no es razonable que el Tribunal haya decretado, frente a ese aspecto en particular, el testimonio del fiscal que intervino en esas diligencias (prueba del acusador) y haya negado el testimonio del juez que las presidió (prueba de la defensa), máxime si se tiene en cuenta que estos testigos pueden tener percepciones diferentes de lo sucedido en esa oportunidad, pues de antemano se sabe que el delegado de la Fiscalía consideró

equivocada la decisión del juez y, por ello, interpuso el recurso de apelación.

Frente a este aspecto en particular, no cabe duda de la pertinencia de ambos testimonios, pues se refieren directamente a un elemento estructural del tema de prueba. Por tanto, el debate se traslada necesariamente al ámbito de su utilidad, en los términos el artículo 376 de la Ley 906 de 2004, concretamente porque la prueba testimonial puede resultar repetitiva y, por tanto, injustamente dilatoria del procedimiento, si se llegare a contar con la que, sin duda, constituye la mejor evidencia de este aspecto fáctico: el registro de las audiencias.

La Sala no tiene elementos de juicio suficientes para decidir en este momento sobre ese aspecto puntual, porque los registros de las audiencias fueron solicitados como prueba por el Ministerio Público. Será el Tribunal, en calidad de director del proceso, quien en su momento resuelva sobre la **utilidad** de la prueba testimonial solicitada por las partes para demostrar lo acontecido en las referidas audiencias, según lo que suceda con la prueba solicitada por la delegada de la Procuraduría, bajo el entendido de que el control de la pertinencia y de la utilidad comienza en la audiencia preparatoria y se concreta en la audiencia de juicio oral. Valga aclarar que este análisis se contrae al estudio de la pertinencia y la utilidad en lo que concierne a la demostración de lo sucedido en las audiencias preliminares, porque no puede descartarse que la Fiscalía pueda interrogar a su testigo sobre otras temas

relevantes para la solución del caso, tal y como lo insinuó al explicar su pertinencia.

En síntesis, el testimonio del juez Jorge Triana Perdomo es pertinente solo en lo que concierne a la demostración de lo sucedido en las audiencias preliminares que tuvo a su cargo. En ese sentido se revocará el auto impugnado, sin perjuicio de las aclaraciones hechas en torno al control de la utilidad de la prueba, que debe realizar el Tribunal a lo largo del juicio oral.

#### **7.6.2. El testimonio rendido por la joven ASZ durante el juicio oral adelantado en contra de Sánchez Muñoz**

Aunque el Tribunal decretó la práctica de este testimonio, el impugnante considera que se debe admitir, además, la declaración rendida por ASZ por fuera del juicio oral, bajo el argumento de que es posible que la testigo no esté disponible y, por tanto, sea necesario incorporar su declaración como prueba de referencia, sin perjuicio de que esa versión sea utilizada para impugnar su credibilidad.

A la luz de las reglas relacionadas en el numeral 7.5, la argumentación del impugnante no es de recibo, porque: (i) la prueba de referencia solo es inadmisibile cuando el testigo no está disponible para el juicio oral; (ii) si la causal de no disponibilidad del testigo se presenta durante el juicio oral, es allí donde se debe decidir sobre la admisibilidad de la declaración anterior a título de prueba de referencia; y

(iii) la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad opera por ministerio de la ley, por lo que no se requiere que ese uso sea solicitado en la audiencia preparatoria.

Así, el Tribunal acertó al inadmitir la prueba en mención, aunque se equivocó en las razones de su decisión, porque no se trata de que la prueba sea repetitiva o superflua, sino de la prohibición legal de incorporar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral, salvo los casos de admisión excepcional de prueba de referencia, sin perjuicio de los eventos en que el testigo presente en el juicio oral se retracta o cambia la versión.

Por tanto, el auto impugnado será confirmado frente a este aspecto en particular

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

### **RESUELVE**

Confirmar el auto impugnado, salvo en lo que concierne al testimonio de Jorge Triana Perdomo, con las salvedades expuestas en la parte motiva.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria