PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada ponente

AP948-2018
Radicación n° 51882
(Aprobado Acta n° 72)

Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

1. VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público en contra del auto emitido el 24 de agosto de 2017, a través del cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla resolvió sobre las solicitudes probatorias hechas por las partes durante la audiencia preparatoria.

2. HECHOS

La Fiscalía formuló acusación en contra del procesado, por los siguientes delitos:

2.1. **Fraude procesal, previsto en el artículo 453 del Código Penal.**

Al respecto, señaló:

[e]l señor Fiscal 5 Seccional de Soledad doctor MOLANO ROJAS, en su calidad de servidor público al servicio de la Fiscalía General de la Nación, incurre en este delito de fraude procesal en el sentido de que para el día ***12-02-2012*** *emite orden de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares bajo la noticia criminal No. 087586001256201200035, donde cobija a los abonados celulares (...) la cual no hace parte de la noticia criminal asignada para la investigación y tampoco está creada en el sistema de información SPOA como lo certificó (...), así como la Resolución de solicitud de labores de interceptación de comunicaciones telefónicas ante el Sistema Esperanza de fecha 17/02/2012, oficio No. 00035 la cual se encuentra bajo el radicado (...), noticia criminal* ***que no existe y no está creada****, la cual está firmada por el fiscal MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS (...) y recibida por el investigador MIGUEL ANTONIO LEÓN PORRAS (..). Es preciso advertir, que el investigador adscrito al CTI MIGUEL ANTONIO LEGÓN PORRAS (...) allega al fiscal MOLANO ROJAS un escrito de fuente no formal de fecha 06-02-2012, recibida en el municipio de Soledad mediante llamada telefónica al abonado (...), la cual fue recepcionada bajo la noticia criminal 087586001256201200035, que es falsa, nunca creada, donde el doctor MOLANO ROJAS omite realizar la verificación que le era obligaría y realiza bajo esta noticia criminal falsas actuaciones judiciales con el fin de darle un tinte de legalidad.*

En la solicitud de audiencia preliminar de fecha 17-05-2012 dentro del radicado 087586001258201200035, solicitó legalización de interceptación de comunicaciones y control

posterior a la interceptación de comunicaciones, la cual se encuentra firmada por el doctor MANUEL MOLANO ROJAS y recibida por el Juzgado 2° Penal Municipal con función de control de garantías de Soledad de fecha 18-05-2012, audiencia que se realizó ese mismo día a las 2:40 p.m. y terminada 3:49 p.m., Juzgado a cargo de (...), quien legalizó el contenido de las interceptaciones de comunicaciones solicitadas por MANUEL MOLANO ROJAS, aduciendo que ese despacho luego de analizar las argumentaciones de la fiscalía así como el estudio de los elementos materiales probatorios, se pronuncia primeramente sobre la orden emitida, de igual forma establece que reúnen los requisitos legales y constitucionales por lo cual decretó la legalidad de la orden emitida, en lo concerniente a las interceptaciones ya referidas (...) el referido juez (...) manifestó: "...fuera de audios el señor Fiscal Seccional me indicó que estábamos en presencia de delitos de connotación nacional que se trataba de una red criminal y de corrupción organizada con tráfico de drogas y contrabando, y que esto era un asunto muy delicado e importante para la seguridad nacional", lo que conlleva a tener claridad de la manera como el fiscal MOLANO ROJAS manipulaba la información y con la noticia criminal falsa, indujo en error al señor Juez 2° Penal Municipal con función de control de garantías, en Soledad Atlántico, obteniendo su propósito y así se emitiera la legalización de la orden de interceptación y los resultados, contrariando la ley, especialmente el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia que dice (...). Igualmente Art. 10 del CPP que dice: (...), y el artículo 27 CPP (...).

En ese orden de ideas, es notorio y evidente que el señor Fiscal 5 Seccional de Soledad (Atlántico) doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS hizo incurrir en error al señor Juez Segundo Penal Municipal de Soledad (...) ya que para la legalización de los abonados telefónicos celulares (...), los cuales fueron ordenados dentro de noticia criminal inexistente número 087586001256201200035, pero denótese que para la solicitud

de la audiencia preliminar de la legalización de interceptación de esas líneas, el señor fiscal (...) radica la solicitud con la noticia criminal real de la investigación (...), donde el señor Juez (...) en audiencia de fecha 18-05-2012, decretó la legalidad de la orden de legalización de interceptación de comunicaciones y el procedimiento mediante el cual se llevó a cabo. Igualmente debe tenerse en cuenta que se realizaron dos audiencias más de control posterior de interceptaciones telefónicas de las órdenes de interceptación del 22-02-2012 y 16-08-2012, que se derivaban de la primera orden que se soportó en información falsa y número de noticia criminal inexistente, lo que conlleva a que por éstas nuevas actuaciones ante el juez (...), se incurrió de nuevo en dos oportunidades en fraude procesal.

2.2. Falsedad ideológica en documento público

Lo anterior bajo la siguiente premisa fáctica:

*Mediante escrito de fecha 09 de julio de 2012, el doctor MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS (...), informa al señor JORGE EDUARDO CASTILLO SANTOS dentro de la referencia del SPOA No. 08758600**1258**201200035, que cursa una "indagación contra personas indeterminadas, INDICIADO NO CONOCIDO, iniciada a raíz de escrito simple, firmado por JOSE BENITEZ FLÓREZ, a la fecha, está en espera de los resultados que emitiera (sic) la policía judicial del CTI, en cumplimiento a lo dispuesto en programa metodológico.*

Una vez se obtengan los informes correspondientes y evidencia recaudada debidamente, surtirá los trámites correspondientes de la Ley 906 de 2004, en consideración a que los hechos informados, corresponden al aeropuerto, almagrario y otro en Soledad y el juez natural se encuentra radicado en esta...".

Así las cosas, encontramos que para la fecha del 09-07-2012 el doctor MOLANO ROJAS, en su calidad de fiscal suscribió oficio que tiene la calidad de documento público, donde le manifestaba falsamente al señor JORGE EDUARDO CASTILLO SANTOS, Director Seccional de Aduanas de Barranquilla, donde de esta manera se denota una vulneración del derecho de defensa y debido proceso, al ocultarle al señor CASTILLO SANTOS información de la investigación para que pudiera actuar dentro de la indagación, por lo que esta Fiscalía delegada encuentra la falsedad ideológica al doctor MANUEL MOLANO en el documento público al consignar en el escrito referido de recha 09-07-2012, aspectos no ciertos, puesto que para esa fecha el señor fiscal MANUEL HERMANDO MOLANO ROJAS ya tenía conocimiento que la persona indiciada en la investigación bajo el radicado 087586001258201200035, era el señor Director Seccional de Aduanas de Barranquilla JORGE EDUARDO CASTILLO SANTOS ya que había emitido con anterioridad extracto de la hoja de vida, resolución de nombramiento y acta de posesión. De igual forma en el formato de fuente no formal ya estaba sugiriendo por el investigador de policía judicial del CTI DE LEÓN PORRAS, que se tomara como indiciado al Director Seccional de la DIAN (…).

2.3. Prevaricato por acción, consagrado en el artículo 413 de Código Penal.

Al efecto consideró lo siguiente:

1.4.1. Al asumir y continuar con la indagación con noticia criminal 087586001258201200035, cuando por competencia administrativa al tratarse de unos hechos ocurridos en la ciudad de Barranquilla en la Dirección Seccional de la DIAN, la denuncia debió haber sido remitida a la Unidad Seccional de Fiscalías de Barranquilla –unidad de delitos contra la administración pública- para lo pertinente, pero además de ello, se observa a primera vista que los hechos motivo de denuncia para nada configuran la

realización de conducta punible alguna, pues los traslados, reubicaciones, abusos o acosos laborales son comportamientos que deberían ser asumidos por la jurisdicción laboral o por las respectivas autoridades administrativas laborales, sin embargo el doctor MOLANO ROJAS no solo se abrogó la competencia sino que dio inicio a la indagación penal sin fundamento jurídico alguno, con lo que se violó el artículo 250 de la CN que dice: (…); igualmente el artículo 24 CPP que dice: (…); asimismo no se tuvo en cuenta la Ley 938 de 2004 que establece la estructura orgánica de la Fiscalía General de la Nación.

1.4.2. Al ordenar la interceptación telefónica de fecha 17-02-2012 de los abonados celulares (…) que ingresaron al Sistema Esperanza el 28 de marzo de 2012, con noticia criminal falsa No. 087586001256201200035. Basado en informe de investigador de campo de fecha 14-02-2012, suscrito por el investigador de Policía Judicial MIGUEL ANTONIO DE LEÓN PORRAS donde incluyó la fuente no formal a través de supuesta llamada telefónica que recepcionó y que no daba detalles de conductas punibles, y así mismo entrevista rendida por servidor púbico activo de la DIAN o sea del presidente del sindicado de la DIAN RAFAEL ACEVEDO SUAREZ que hablaba de situaciones laborales, el cual se soportó para utilizarlos como motivos fundados, lo que en nada cumple con lo establecido en el artículo 221 de C.P.P. que dice: (…), respecto a los motivos fundados con amplio desarrollo jurisprudencial y tratándose de informante o fuente no formal, los funcionarios de policía judicial deben precisar la identificación y explicar la razón del porque (sic) razón le resulta confiable, (sentencia Corte Constitucional C-673 de junio 30 de 2005), mostrando así que sin motivos fundados, aseveró situaciones sin verificar lo dicho en estos por una fuente no formal y por una entrevista, conllevando a que no existían motivos fundados para ordenar las interceptaciones de comunicaciones, vulnerando fehacientemente el derecho fundamental a la intimidad y al debido proceso, toda vez que no se observa la existencia de manera ponderada (sic) una

necesidad para llevar a cabo esta actividad de interceptación por acosos y persecuciones laborales que se encuentran descritas en el Decreto 1010 de 2006 sobre ACOSO LABORAL en el que establece que (...) y que corresponde a otras jurisdicciones o autoridades administrativas. Así mismo, se inobservo (sic) el artículo 235 CPP interceptación de comunicaciones que dice: (...).

Con la orden de interceptación anteriormente referida y sus resultados, dieron origen a dos nuevas órdenes de interceptación del 22-05-2012, mediante la cual fueron interceptados los abonados (...) correspondiendo la segunda al Director Seccional de DIAN JORGE EDUARDO CASTILLO SANTOS, y la orden de interceptación del 16-08-2012 mediante la cual fue interceptado el abonado (...) correspondiente a JAVIER DE LA ROSA, de donde deviene que por cada una de estas nuevas interceptaciones ilícitas se incurrió nuevamente en PREVARICATO POR ACCIÓN, teniendo en cuenta los mismos argumentos jurídicos de violación de normas, razón por la cual se incurrió en tres ocasiones en esta conducta punible, lo que se imputa en concurso homogéneo(...).

2.4. Revelación de secreto, previsto en el artículo 418 del Código Penal

Esto, bajo el siguiente presupuesto fáctico:

[e]stá demostrado su actuar en cuanto a la filtración y divulgación de transliteraciones de las grabaciones obtenidas dentro del proceso SPOA Nro. 087586001258201200035 del abonado celular (...) cuyo usuario era el Director Seccional de la DIAN JORGE EDUARDO CASTILLO SANTOS, por parte del diario El Espectador, del día domingo 04 de agosto de 2013, publicado por el periodista JUAN DAVID LAVERDE PALMA, el cual tituló "se cogieron mil bultos de 25 kilos" y en otro título tenemos "grabaciones incómodas", situación que se le endilga la responsabilidad tanto al señor fiscal MOLANO ROJAS,

investigadores del CTI, MIGUEL DE LEÓN PORRAS y ALEXANDER HORMIGA LEÓN quienes eran los responsables de mantener en secreto y reserva la información obtenida de las interceptaciones ordenadas por el señor fiscal MOLANO ROJAS como director de la indagación, pero no fue así como estos servidores púbicos guardaron la debida reserva, sino que no solo filtraron indebidamente la información a la prensa sino que tergiversaron completamente la información relacionada con el señor Director de la Dian a los medios de comunicación con objeto de dañar la reputación al señor coronel JORGE EDUARDO CASTILO SANTOS y el señor vicealmirante CÉSAR NARVÁEZ, al querer involucrarlo en actividades de narcotráfico, cuando de los audios de las interceptaciones ningún compromiso ilícito aparece en contra de ellos.

(...) situación que es clara y evidente que los señores MIGUEL ANTONIO DE LEON PORRAS, ALEXANDER HORMIGA LEÓN y MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS, quienes tenían la custodia, reserva y cuidado de esa información, que fue publicada sin ningún reparo tergiversando todo lo sucedido ese día en ese procedimiento. Tal conducta se endilga con la agravación del segundo inciso toda vez que efectivamente se causó un perjuicio contra la buena imagen y buen nombre de al menos dos oficiales de la Armada Nacional que ningún reproche penal ni disciplinario ameritaba.

2.5. Violación ilícita de comunicaciones, previsto en el artículo 192 del Código Penal

Dijo:

[s]e le endilga esta responsabilidad al ordenar interceptar los abonados celulares (...) de AUGUSTO RÍOS, y (...) de RICARDO DAZA de fecha 17-02-2012, dentro de la noticia criminal falsa e inexistente 087586001256201200035, puesto que como se

indicó no existían motivos fundados para llevar a cabo esa actividad investigativa de interceptación, pues se trataba de hechos que no fueron considerados y verificados por el doctor MOLANO a través de los funcionarios de la policía judicial, pues la diligencia de declaración recepcionada al presidente nacional de la DIAN RAFAEL ACEVEDO (sic), trataban de quejas laborales y persecuciones, ahora bien en cuanto a la noticia criminal con radicado 087586001256201200035 que no se encuentra creado profiere datos inexactos como la fecha de creación y el lugar donde es tomada en la URI de Soledad, situación que raya con la realidad, pues no es cierto ya que como se logró demostrar en diligencia de declaración el señor RAFAEL ACEVEDO y en el interrogatorio del investigador ALEXANDER HORMIGA, aducen que se recepcionó en una reunión en la ciudad de Barranquilla – Atlántico- donde estaban reunidos miembros del sindicado de la DIAN, lo anterior basado en el informe de investigador de campo de fecha 14-02-2012, suscrito por el investigador de policía judicial MIGUEL ANTONIO DE LEÓN PORRAS donde incluyó la fuente no formal a través de supuesta llamada telefónica que recepcionó y que no daba detalles de conductas punibles, y así mismo entrevista rendida por servidor público activo de la DIAN o sea del presidente del sindicado de la DIAN RAFAEL ACEVEDO SUÁREZ que hablaba de situaciones laborales, el cual se soportó para utilizarlos como motivos fundados, lo que en nada cumple con lo establecido en el artículo 221 del CPP que dice: (…).

Con la orden de interceptación anteriormente referida y sus resultados, dieron origen a dos nuevas órdenes de interceptación del 22-05-2012, mediante la cual fueron interceptados los abonados (…) correspondiendo la segunda al director seccional de la DIAN JORGE EDUARDO CASTILLO SANTOS, y a orden de interceptación del 16-08-2012 mediante la cual fue interceptado el abonado (…) correspondiente a JAVIER DE LA ROSA, de donde deviene que por cada una de estas nuevas interceptaciones ilícitas se incurrió nuevamente en violación ilícita de comunicaciones, teniendo en cuenta los mismos argumentos

jurídicos de violación de normas, razón por la cual se incurrió mediante tres órdenes de interceptación ingresando al sistema esperanza (sic) seis abonados celulares incurriendo de esta manera seis veces en esta conducta punible (...).

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Bajo los anteriores presupuestos fácticos y jurídicos, la Fiscalía formuló imputación el 12 de febrero de 2015. La audiencia de acusación se llevó a cabo el 4 de noviembre y el nueve de diciembre de 2016. Además de formular los cargos en los términos atrás indicados, la Fiscalía procedió a la lectura del acápite del escrito de acusación intitulado "*descubrimiento probatorio*".

En lugar de relacionar cada documento, el delegado de la Fiscalía optó por enumerar 21 informes de policía judicial, que contenían anexos de todo orden, entre copias de expedientes, entrevistas, respuestas a la información pedida por los investigadores, etcétera. Algunos de esos documentos no fueron suficientemente identificados, según se precisará más adelante.

En el acápite siguiente enunció nueve documentos más.

Las partes acordaron que en los días siguientes se completaría el descubrimiento. Se aclaró que sería asignada una asistente de la Fiscalía para tales efectos, y que el delegado del ente acusador estaría disponible para suministrar lo que eventualmente llegara a faltar.

El 18 de abril de 2017 se dio inicio a la audiencia preparatoria. En respuesta a la pregunta formulada por el Tribunal, el apoderado judicial de MOLANO ROJAS hizo hincapié en que "*la defensa en manera alguna se encuentra satisfecha con el descubrimiento probatorio hecho por la Fiscalía*", toda vez que: (i) no se entregaron algunos elementos ofrecidos por el ente instructor; (ii) no se hizo una relación de cada documento, y finalmente se hizo entrega de "*un paquete sin indicar cuál era su contenido, en algunos de ellos (...) ni siquiera se hizo la entrega uno por uno ni se identificó la fecha ni se aclaró a qué correspondía*"; (iii) los audios referidos en el escrito de acusación nunca fueron entregados a la defensa; (iv) los informes de policía judicial se entregaron "*englobados*" y sin las respectivas órdenes dirigidas a la policía judicial; (v) los anexos no fueron especificados, se mencionaron fotocopias pero no se aclaró a qué corresponden, por ejemplo –resalta- se dice que se sacaron las principales piezas de algunos procesos, pero no se aclaró de qué se trata; (vi) los documentos descubiertos son diferentes a los enunciados; (vii) se entregaron documentos ilegibles y mal foliados; y (viii) en 33 oportunidades se hizo alusión a un proceso inexistente.

Más adelante, el defensor planteó que existe una constancia dejada por un representante de la Personería, en el sentido de que los funcionarios delegados por la Fiscalía para realizar el descubrimiento no comparecieron al lugar indicado, en la fecha acordada.

El Tribunal le concedió reiteradamente la palabra a las partes. El delegado de la Fiscalía planteó lo siguiente: (i) se encargó a una asistente de esa entidad para que hiciera el descubrimiento; (ii) el acusado y un delegado del defensor recibieron parte de la documentación y dejaron constancias sobre algunas inconsistencias; (iii) la entrega de los discos compactos se acordó para el 19 de diciembre último, lo que estuvo a cargo de dos policías judiciales, que hicieron alusión a las dificultades para comunicarse con la defensa; (iv) dijo estar dispuesto a entregar los documentos faltantes, si la defensa lo consideraba procedente; y (v) hizo hincapié en que la Fiscalía no puede obligar a la defensa a recibir la documentación objeto de descubrimiento.

Por su parte, la representante del Ministerio Público instó a las partes a superar las desavenencias sobre el descubrimiento probatorio e hizo notar que la solución de este tema era imprescindible para continuar con la audiencia preparatoria. En el mismo sentido se pronunció la representante de las víctimas.

El Tribunal hizo varias intervenciones sobre la disputa jurídica propuesta por la defensa. Dijo:

> *"Miremos si eso se puede subsanar de común acuerdo, si no, yo interpreto que el Juez puede aprobar o desaprobar el descubrimiento".*
>
> *(...)*
>
> *La defensa tendría potencialmente razón en cuanto a que los términos del descubrimiento se fijaron en audiencia previa, de*

manera que, al menos que entre partes tuvieran una actitud mancomunada para subsanar el entuerto, ***esta presidencia no ve cómo resolver de momento la situación en cuanto se pueda calificar de incompleto el descubrimiento.***

Finalmente, el director del proceso dijo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley 906 de 2004 la falta de descubrimiento puede dar lugar al rechazo, la inadmisión o la exclusión de las pruebas. Luego, dispuso la continuación de la audiencia preparatoria, con el descubrimiento probatorio por parte de la defensa y la enunciación de las pruebas que las partes pretendían hacer valer en el juicio. En suma, en esta fase de la actuación no se resolvió la controversia propuesta por la defensa al inicio de la audiencia.

La audiencia continuó al día siguiente, con la sustentación de la pertinencia, a lo que se aunaron una serie de consideraciones sobre conducencia y utilidad, que no consultan el sentido y alcance de estas categorías jurídicas, lo que, en parte, ha dado lugar a que la audiencia preparatoria se extienda innecesariamente. Debe resaltarse que la Fiscalía se refirió a la veintena de informes de policía judicial y a los anexos de los mismos que, según se dijo, incluyen entrevistas, oficios de diversas entidades, certificaciones, fotocopias de procesos, discos con interceptaciones telefónicas, análisis de los mismos, etcétera. Tal y como sucedió en la acusación, no se hizo un recuento pormenorizado de cada uno de estos documentos, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

En medio de estas argumentaciones, se reiteraron algunos alegatos sobre el problema de descubrimiento probatorio.

El 26 de mayo, en una nueva sesión de esta prolongada audiencia, las partes se pronunciaron sobre las solicitudes probatorias de sus antagonistas. Además de lo referente a la deficiente explicación de la "*pertinencia, conducencia y utilidad*", la defensa hizo alusión al rechazo de las pruebas solicitadas por el ente acusador y la exclusión de los folios correspondientes a los "*pantallazos del sistema octupus*", porque ese acto de investigación requería orden judicial y este requisito fue incumplido por la Fiscalía.

A todo ello se aunó la argumentación del Ministerio Público sobre el deficitario descubrimiento de la Fiscalía frente a los informes rotulados con los números 6, 7, 9 10 y 11.

En las consideraciones del auto objeto de impugnación, el Tribunal se refirió tangencialmente a la controversia suscitada frente al descubrimiento probatorio, pero no emitió una decisión sobre el particular. Dijo:

> *Informe de campo S-2014-00346/ADESPG-GIDAP 12/02/15.*
>
> *Se destacan 13 folios como producto del análisis de líneas interceptadas, una con relación a un radicado, al parecer inexistente y el otro restante que efectivamente existe (...); en criterio de la Sala, no es veraz que no se hubiesen introducido las mismas, pues están visibles a folio 32 del escrito de acusación,*

como tampoco es cierto que no haya nexo con el objeto de investigación (...).

Informe investigador de campo de fecha 28/01/2015 oficio número S2015-00254 (...).
Ministerio Público y defensa, ponen de relieve que, este informe contiene un CD y otra documentación de un resultado de auditoría a un SPOA, sin embargo, ciertamente, el mismo aparece referenciado en la acusación pero no significa que la contraparte haya conocido necesariamente información específica de ello, pero tampoco se puede decir que no hubo un descubrimiento al compás del Código de Procedimiento Penal y la Corte Suprema de Justicia en tal sentido, ya que, ésta ha señalado que "ESTE DESCUBRIMIENTO NO SE AGOTA EN UN SOLO MOMENTO SINO QUE ES PAULATINO, decantando la Corte en su jurisprudencia que VA DESDE LA FORMULACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN, ABARCANDO, INCLUSO, EL JUICIO ORAL (SP Rad. 44925, entre otras) y, ***aquí no se puede desconocer que la defensa ha sido renuente al recibo de la información y tampoco se puede dejar por sentado que la Fiscalía se haya esforzado en la entrega****, pero no puede obligarse a ninguna de las partes a que actúe en sintonía con la otra, aunque ello fuere deseable al menos en esta etapa,* ***por lo que no puede decirse que, procede es el rechazo de esa solicitud documental, máxime que, hay sendas constancias de lado y lado en la que se atribuyen la responsabilidad de la no entrega o el no recibimiento de lo que ahora se extraña*** *(...)*[1].

4. EL AUTO IMPUGNADO

En una copiosa decisión, emitida el 24 de agosto de 2017, el Tribunal Superior de Barranquilla decretó algunas

[1] Negrillas fuera del texto original.

de las pruebas solicitadas por la Fiscalía y la defensa, denegó algunas de las pedidas por estos sujetos procesales y decidió excluir "*de la actuación la solicitud probatoria de la Fiscalía en cuanto a los pantallazos al sistema Octopus*".

Para evitar repeticiones inútiles, la Sala se referirá más adelante a cada uno de esos medios de prueba, en cuanto resulte necesario.

5. LA IMPUGNACIÓN

Según se indicó en precedencia, el auto emitido por el Tribunal fue apelado por la defensa, el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público. A su vez, los sujetos procesales se pronunciaron, en calidad de no recurrentes, frente a las pretensiones de los impugnantes.

5.1. La impugnación de la Fiscalía General de la Nación

5.1.1. Prueba testimonial

Aunque le fueron negados varios testimonios, anota que su inconformidad se reduce a lo resuelto frente a NELSY MURILLO, ingeniera que presta o prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación. Considera que esta prueba no es repetitiva ni superflua, como lo considera el Tribunal, porque si bien el testigo Samuel Páez Pisco también labora en el área de informática de la referida entidad, Nelsy tiene un conocimiento puntual sobre el

manejo de la información en el Nivel Central de la Fiscalía, toda vez que cumple funciones muy diferentes. Aclara que si con el testigo Páez se logra cubrir el tema de interés para el ente acusador, daría "*por agotado su propósito*".

5.1.2. Prueba documental

5.1.2.1. Informe del 10 de julio de 2017, identificado como el punto número tres en la relación que hizo el Tribunal.

Considera equivocado lo que dice el juzgador de primer grado en el sentido de que la Fiscalía no argumentó cuál es el propósito probatorio de los 87 folios anexos. Dice no estar obligado a sustentar la relevancia de cada uno de esos folios y resalta que la Fiscalía, en su momento, "*explicó su relevancia*".

5.1.2.2. Informe del cinco de abril de 2014 (número 4, en el listado del Tribunal).

Dice que la Fiscalía hizo una "*explicación global*" de los 65 folios que se anexan al mismo. Se remitió a lo expuesto para cuando solicitó la prueba.

5.1.2.3. Informe de campo del 11 de noviembre de 2014 (número 6, listado del Tribunal).

Plantea que los anexos de este informe corresponden a las "*piezas de un proceso, para traer al juicio oral*", así como

unos discos compactos. De nuevo, resalta que no estaba obligado a hacer la explicación folio por folio y que se remite a lo expuesto en la fase anterior de la preparatoria.

5.1.2.4. Informe del 28 de enero de 2015 (número 9, en el listado del Tribunal)

Dice que los anexos atañen a la auditoría que se hizo al SPOA y que tienen que ver con ese sistema de información.

5.1.2.5. Informe del 21 de abril de 2015 (número 21, listado del Tribunal.

Resalta que los anexos tienen que ver con los expedientes inspeccionados. Se remite a su respectiva explicación de pertinencia.

5.1.2.6. Resolución del tres de mayo de 2009, a través del cual se hace una reasignación (número 26, listado del Tribunal)

Resalta que tiene que ver con la "*trazabilidad del caso*, donde estaba imputado el Director de la Dian".

5.1.2.7. "*Pantallazo octupus (9 folios)*", (número 27, del referido listado).

No había lugar a excluir la evidencia, porque se trata de un sistema de información que se maneja al interior de la Fiscalía, que no tiene las características de una base de

datos, por lo que no se requería orden judicial. Resalta que el Tribunal no indicó a quién se le afectó el derecho a la intimidad.

5.1.2.8. Copia integral del proceso seguido bajo el radicado 08758600125820120003 5 (número 32)

Si se procede por el delito de prevaricato y allí ocurrieron las irregularidades, es obvio que esta evidencia es base fundamental de la teoría del caso. Insiste en que no estaba obligado a explicar la pertinencia "*folio por folio*".

5.2. La impugnación del Ministerio Público

Considera que los documentos identificados con los numerales 6, 7, 9, 10 y 11 (según el listado del Tribunal) no fueron descubiertos oportunamente, por lo que procede su rechazo. Sin embargo, como los identificados con los numerales 6 y 9 no fueron admitidos, su inconformidad se reduce a los informes identificados con los números 6, 7 y 10.

De otro lado, plantea que debe revocarse la decisión de excluir los "*pantallazos del sistema Octopus*", porque se trata de información con la que cuenta la Fiscalía, de tal suerte que no requería orden judicial para acceder a la misma, esto es, le bastaba con incluir ese acto de investigación en el programa metodológico.

5.3. El recurso interpuesto por la defensa

El defensor interpuso el recurso de apelación, que fue sustentado directamente por el procesado. En un discurso extenso, que fue expuesto a una velocidad que en momentos lo hacía inaudible, MANUEL MOLANO ROJAS se refirió reiteradamente a los problemas de descubrimiento probatorio, en los siguientes términos: (i) reiteró las quejas que expuso a lo largo de la audiencia preparatoria sobre el indebido descubrimiento de la información enunciada por la Fiscalía en la acusación, bien porque parte de esta no le fue entregada, ora porque algunos documentos ofrecidos por una asistente de la Fiscalía (quien tuvo a cargo perfeccionar el descubrimiento) no corresponden a la información anunciada; (ii) sobre el particular, dice que aunque la Fiscalía adujo algunas constancias sobre la forma como se adelantó el descubrimiento, la defensa también contaba con la certificación que hizo un funcionario de la Personería, en el sentido de que el representante de la Fiscalía no compareció a realizar el descubrimiento probatorio en los términos acordados; (iii) al inicio de la audiencia preparatoria el Fiscal dijo que había comisionado a algunos policías judiciales para hacer la entrega de parte de la información, lo que nunca se materializó; (iv) el Tribunal hizo una manifestación ambigua en la parte motiva sobre la problemática del descubrimiento probatorio, porque se limitó a decir que la defensa había sido renuente, pero, al tiempo, mencionó las omisiones de la Fiscalía; (vi) la defensa no solo confirmó, sino que dejó constancia de las inconsistencias de la información que la Fiscalía debía descubrir; (vii) ni él ni su apoderado judicial podían ser

obligados a recibir documentos diferentes a los indicados en el escrito de acusación; y (viii) aunque la defensa solicitó en varias ocasiones el rechazo de la información que no fue descubierta, **el Tribunal no emitió el respectivo pronunciamiento**.

De otro lado, planteó que la Fiscalía no descubrió las órdenes impartidas a la policía judicial, las que constituyen el "*respaldo legal de los informes*", lo que impidió la verificación de si se habían violado derechos fundamentales en las actuaciones investigativas ordenadas por el ente instructor.

Sobre las pruebas que fueron decretadas a instancias de la Fiscalía, expresó reiteradamente que el delegado de esta institución no aclaró en qué consistía cada uno de los anexos de los informes relacionados en el escrito de acusación, lo que se tradujo en una deficiente explicación de la "*pertinencia, conducencia y utilidad*" de los respectivos medios de prueba, y dio lugar a que el Tribunal admitiera "**documentos que no se conocen**".

Frente a las "*pruebas comunes*", hace hincapié en que el Tribunal las decretó a favor de la Fiscalía, a pesar de que no explicó la "*pertinencia y conducencia*", y las negó para la defensa, aunque era claro que cumplió a cabalidad con esas cargas argumentativas.

6. LOS NO RECURRENTES

La dinámica que se le dio a la audiencia preparatoria dio lugar a diversos pronunciamientos de los sujetos procesales.

Frente a la decisión de excluir los "*pantallazos del sistema octopus*", la delegada del Ministerio Público reiteró lo que propuso como recurrente. La defensa hizo énfasis en que se trató de una búsqueda selectiva en bases de datos, que requería orden judicial, y como este requisito fue incumplido, debe mantenerse la exclusión.

Sobre la solicitud de exclusión de los informes, la delegada del Ministerio Público resaltó que ello no se propuso durante la audiencia preparatoria, por lo que era improcedente ventilarlo durante el recurso. Sobre el mismo tópico, el delegado de la Fiscalía dijo que no estaba obligada a descubrir las órdenes emitidas a la policía judicial, al tiempo que resaltó que la defensa "*se refirió a todo menos a atacar la decisión del Tribunal*", por lo que puede concluirse que no sustentó el recurso.

En lo concerniente a la apelación presentada por la Fiscalía, la delegada del Ministerio Público hizo hincapié en que se trata de "*demasiadas pruebas*", lo que dificultó la explicación de su pertinencia. En su sentir, el Fiscal tiene razón en cuanto afirma que no se puede inadmitir la copia del proceso donde supuestamente se cometieron las irregularidades, pues "*solo así se podría establecer que la actuación fue ajustada a derecho*".

La defensa plantea que debe mantenerse en firme la decisión de negar algunas de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, porque "*solo ahora explica la importancia de los anexos, pero no lo hizo en la oportunidad legal*". Añade que el testimonio de la señora Murillo es repetitivo, como lo afirmó el Tribunal, porque se decretó el testimonio del funcionario Páez Pisco, subdirector de tecnología.

Frente a los informes que fueron denegados, hizo énfasis en que la Fiscalía no argumento la pertinencia y conducencia, porque se limitó a entregar más de 500 folios, sin ninguna explicación, lo que implica decirle a la defensa: "*busque usted y defiéndase*". La Fiscalía no precisó cuáles de esos anexos iba a introducir –concluyó-.

En lo que atañe al descubrimiento, la delegada del Ministerio Público, además de solicitar el rechazo de los informes identificados como 7, 10 y 11, resaltó que los rotulados con los números 12, 18, 24, 19, y otros referidos por la defensa, no contienen anexos.

7. CONSIDERACIONES

La Sala observa con preocupación que la audiencia preparatoria se ha extendido por varios meses, en sesiones caracterizadas por su larga duración, en buena medida porque las partes trataron temas ajenos a esta fase de la actuación, confundieron reiteradamente los conceptos de pertinencia, conducencia y utilidad, lo que hizo que su discurso fuera impreciso y repetitivo, y, finalmente, no

expresaron con claridad sus pretensiones, lo que aconteció porque el Tribunal no ejerció correctamente la dirección del proceso.

A pesar de que la audiencia preparatoria comenzó en el mes de abril y terminó en el mes de diciembre (cuando se concedió el recurso de apelación), la audiencia no se desarrolló con apego al debido proceso, ni a lo largo de la misma se cumplieron los fines previstos por el legislador, esto es, la depuración del juicio oral.

Para desarrollar los anteriores tópicos con mayor claridad, la Sala analizará las reglas procesales y probatorias relevantes, y, luego, estudiará el caso sometido a su conocimiento.

7.1. REGLAS PROCESALES Y PROBATORIAS RELEVANTES PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

7.1.1. La determinación y explicación de la pertinencia y utilidad de los medios de prueba que las partes pretenden hacer valer como soporte de sus hipótesis factuales

7.1.1.1. Cargas argumentativas inherentes a la pertinencia, conducencia y utilidad

La Sala ha hecho énfasis en las diferencias entre pertinencia, conducencia y utilidad. En la decisión CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, precisó:

Múltiples son las decisiones de esta Corte en las que se afirma que la ***pertinencia*** *tiene que ver con los hechos. Así lo establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 en cuanto señala que "el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito".*

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.

Ahora, la Ley 906 de 2004 consagra como regla general que las pruebas pertinentes son admisibles. Así se desprende del artículo 357 en cuanto afirma que el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, y a renglón seguido precisa que el juez decretará las pruebas solicitadas cuando ellas "se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código". En la misma línea, el artículo 376 establece que "toda prueba pertinente es admisible", salvo en los eventos consagrados en sus tres literales[2]*.*

Por su parte, la ***conducencia*** *se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de*

---

[2] "a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido. b). Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o que exhiba escaso valor probatorio, y, c) que sea injustamente dilatoria del procedimiento".

probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba[3]. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse.

A diferencia de los denominados sistemas de "prueba legal", que se caracterizan porque el legislador establece con qué medios se puede probar un determinado hecho, o cuáles medios de prueba están prohibidos, la Ley 906 de 2004 consagra expresamente el principio de libertad probatoria. En efecto, el Art. 373 establece que "los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos". Ninguna norma de la Ley 906 de 2004 establece expresamente ese tipo de prohibiciones o límites, sin perjuicio de que los mismos puedan emerger de la integración de este cuerpo normativo con otros que hagan parte del ordenamiento jurídico, tal y como lo dispone el artículo 25 ídem, y haciendo salvedad, claro está, de la protección de los derechos y garantías fundamentales, a que se hará alusión más adelante.

Cosa diferente es el sistema de "tarifa legal", en el cual no se trata de precisar cuáles son las pruebas establecidas por el legislador para probar un hecho o circunstancia en particular, o las prohibidas legalmente para los mismos efectos. Lo relevante en este sistema es verificar si el legislador le ha otorgado un determinado valor a una prueba en particular, como sucede con el excepcional evento consagrado en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que le otorga un valor probatorio menguado a la prueba

---

[3] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Ed. Temis, 2002.

de referencia y, en consecuencia, prohíbe que la condena esté basada exclusivamente en este tipo de declaraciones.

*Finalmente, "la **utilidad** de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente" (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento.*

En esa misma decisión, hizo hincapié en la dinámica que debe imprimírsele a la audiencia preparatoria en lo que concierne a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas que las partes pretenden hacer valer en el juicio. Dijo:

Realmente, advierte la Corte que exigir la explicación de conducencia y de utilidad para todos los medios de prueba solicitados por la parte, puede dar lugar a discursos repetitivos e innecesarios, en el mejor de los casos orientados a demostrar que la prueba pertinente por estar relacionada directa o indirectamente con los hechos que constituyen el tema de prueba, es conducente porque ninguna norma del ordenamiento jurídico prohíbe probar el hecho en cuestión con el medio elegido, ni existe alguna norma que obliga a probar ese mismo hecho con un medio de prueba determinado, y que es útil porque no puede catalogarse de superflua, repetitiva o injustamente dilatoria de la actuación. Basta con imaginar un caso donde las partes hayan solicitado un número elevado de pruebas, para calcular el costo que este tipo de metodología tendría para la celeridad del proceso, tan importante en orden a acceder a una justicia pronta y eficaz.

A lo anterior se suma que en la práctica judicial las partes suelen confundir estas categorías jurídicas, generando discursos poco reflexivos sobre las mismas, al punto que la obligación de argumentar se suple con la simple enunciación de las palabras pertinencia, conducencia y utilidad. Un buen ejemplo lo constituye el caso analizado por esta Sala en el auto CSJ AP, 12 de Abr 2010, Rad. 33212.

Así, la Sala considera razonable que la parte que solicita la prueba debe explicar su pertinencia, y que la excepcional falta de conducencia debe ser alegada por quien considere que el medio probatorio elegido está prohibido por el ordenamiento jurídico, o que existe una norma que obliga a probar ese hecho en particular con un determinado medio de prueba. De la misma manera debe procederse cuando se alegue que la prueba solicitada por la parte carece de utilidad.

No significa lo anterior que se pretenda eliminar del debate procesal lo atinente a la conducencia y utilidad. Por el contrario, todo apunta a que en los casos donde ello sea necesario se realice un análisis profundo, a partir de la cabal comprensión de estos conceptos.

De esta manera puede lograrse un punto de equilibrio entre la necesaria y reclamada celeridad del trámite y la profundidad de los debates jurídicos cuando a los mismos haya lugar.

Lo explicado en precedencia no va en contravía de lo expuesto por esta Corporación en torno a la obligación que tienen las partes de explicar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba. Sólo se aclara que la explicación de pertinencia es requisito para que el juez pueda decretar la prueba, y que las explicaciones sobre conducencia y utilidad deberán expresarse cuando se presente un debate genuino sobre estas temáticas. Por demás, se aplica la regla general atrás enunciada sobre la

admisibilidad de la prueba pertinente, salvo que se presente alguna de las excepciones previstas en la ley.

También se refirió a la obligación que tienen las partes de explicar, **de manera sucinta y clara**, la pertinencia de **cada una** de las pruebas que pretenden hacer valer como soporte de su hipótesis fáctica. Precisó:

En primer término, que la acusación constituye la principal delimitación del tema de prueba, como quiera que los hechos jurídicamente relevantes allí incluidos constituyen el principal objeto de debate (CSJ AP, 17 Mar 2004, Rad. 22053), sin perjuicio de los hechos que proponga la defensa cuando opta por una teoría fáctica alternativa.

Cuando las normas que regulan la imputación y la acusación hacen alusión a la relevancia jurídica del hecho, naturalmente se están refiriendo a su trascendencia frente a las normas penales elegidas por el acusador para realizar la calificación jurídica, o en las que la defensa descansa la oposición a la condena.

Así, es claro que el tema de prueba de un proceso en particular está estructurado por los hechos o circunstancias relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas consagradas en las normas seleccionadas por las partes como soporte jurídico de sus respectivas teorías.

En esta línea, se hace evidente la importancia de que la Fiscalía exprese los hechos jurídicamente relevantes de manera "clara y sucinta, en un lenguaje comprensible" (Art. 337), pues de ello depende la claridad que se tenga frente a los hechos que integran el tema de prueba y los consecuentes análisis sobre la pertinencia de los medios elegidos para probarlos y, excepcionalmente, los debates sobre conducencia y utilidad, en los términos indicados en el numeral anterior.

Según lo expuesto, el estudio de pertinencia comprende dos aspectos perfectamente diferenciables aunque estén íntimamente relacionados: la trascendencia del hecho que se pretende probar y la relación del medio de prueba con ese hecho. La inadmisión de la prueba puede estar fundamentada en una u otra circunstancia, o en ambas. En efecto, es posible que una parte logre demostrar que un determinado medio de prueba tiene relación directa o indirecta con un hecho, pero se establezca que el hecho no haga parte del tema de prueba en ese proceso en particular.

La Corte ha precisado que el nivel de explicación de la pertinencia puede variar dependiendo del tipo de relación que tenga el medio de conocimiento con los hechos jurídicamente relevantes. Así, cuando la relación es directa, la explicación suele ser más simple, como cuando se solicita el testimonio de una persona que presenció el delito o de un video donde el mismo quedó registrado. Cuando se trata de pruebas que tienen una relación indirecta con el hecho jurídicamente relevante, como cuando sirven para demostrar un dato a partir del cual pueda hacerse una inferencia útil para la teoría del caso de la parte, ésta debe tener mayor cuidado al explicar la pertinencia para que el Juez cuente con suficientes elementos de juicio para decidir si decreta o no la prueba solicitada. (CSJ 08 Jun. 2011, Rad. 35130).

Debe considerarse, además, que el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula con amplitud los ámbitos de pertinencia, razón de más para que la parte deba explicar si una prueba en particular se relaciona directamente con los hechos, se refiere a la identidad del acusado, hace más probable o menos probable alguno de los hechos o circunstancias relevantes, etcétera.

De otro lado, las partes deben explicar la pertinencia de cada medio de prueba, así entre ellos exista relación directa, como

cuando un documento va a ser autenticado con un determinado testigo. Esta delimitación es importante para evitar que se utilicen medios de prueba que no tienen relación con los hechos relevantes para la solución del caso, y, además, para que se analice de manera separada los demás requisitos de admisibilidad. Así, a manera de ejemplo, si se solicita la declaración del servidor público que atendió una muerte en accidente de tránsito, la explicación de pertinencia del testimonio no necesariamente se extiende al respectivo informe, y, además, es posible que el reporte no sea admisible por contener prueba de referencia o por cualquier otra razón que afecte el debido proceso probatorio.

Lo anterior debe acompasarse con las diferencias entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba (CSJ SP, 08 Mar. 2017, Rad. 44599), pues, según se acaba de indicar, la prueba puede ser pertinente porque tenga una relación directa con el hecho jurídicamente relevante (por ejemplo, el testigo que vio disparar, hurtar, secuestrar), o esa relación puede ser indirecta, en cuanto se refiera a uno o varios hechos indicadores a partir de los cuales se pueda inferir el referente factual que se adecúa a la descripción normativa (verbigracia, el testigo vio al procesado salir corriendo del lugar donde recién habían ocurrido los hechos).

En todo caso, es de esperarse que si las partes han preparado suficientemente su caso, deben estar en capacidad de explicar de manera sucinta y clara la relación del medio de prueba con los hechos que integran el tema de prueba (CSJ SP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899, entre otras).

7.1.1.2. El concepto de mejor evidencia y su importancia para establecer la utilidad de los medios de prueba solicitados por las partes

Recientemente esta Corporación desarrolló el concepto de mejor evidencia y su incidencia en el análisis de la utilidad de las pruebas. Lo expuesto en esa oportunidad resulta especialmente útil para resolver el caso que ahora se analiza, porque el referido estudio se centró en la demostración de la base fáctica del delito de prevaricato por acción, que constituye uno de los cargos presentados por la Fiscalía en contra del fiscal MANUEL HERNANDO MOLANO ROJAS. Sobre el particular, dijo lo siguiente:

> *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 presenció 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 presenció 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- (CSJ AP, 08 Nov. 2017, Rad. 51410). .

Frente a la demostración de los hechos sobre los que recae el juicio valorativo orientado a demostrar que una decisión es manifiestamente contraria a la ley, en los casos de prevaricato por acción, puede consultarse, entre otras, la decisión CSJAP, 08 Agost. 2017, Rad. 48199.

7.1.2. El tratamiento de los documentos, desde su obtención hasta su incorporación como prueba en el juicio oral

Para abordar esta temática, que suele generar especial dificultad a las partes y a los jueces, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: (i) el proceso de delimitación y verificación de las hipótesis, a cargo de la Fiscalía General de la Nación; (ii) la determinación de lo que "*la evidencia es*", según la hipótesis fáctica que la parte pretende defender en el juicio; (iii) los documentos que contienen declaraciones; (iv) el valor probatorio de los informes de policía; (v) la explicación de la pertinencia de un documento; (v) la planeación en la audiencia preparatoria de la forma como los documentos se pueden incorporar en

el juicio oral; y (vi) la incorporación como prueba de documentos voluminosos.

7.1.2.1. El proceso de delimitación y verificación de las hipótesis, a cargo de la Fiscalía General de la Nación

Sobre el particular, la Sala ha insistido en la importancia de esta función de la Fiscalía General de la Nación, para lograr el propósito de una justicia pronta y eficaz. Ha dicho:

> *El artículo 250 de la Constitución Política dispone expresamente que la Fiscalía General de la Nación tiene a cargo el ejercicio de la acción penal y la investigación de los hechos que tengan las características de un delito. Para tales efectos, el ordenamiento superior le concede amplias facultades para realizar actos de investigación, incluso aquellos que acarrean la afectación de derechos fundamentales, los que deben ser sometidos a controles judiciales previos y/o posteriores, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico para cada uno de ellos.*
>
> *Para desarrollar este sistema de enjuiciamiento criminal, la Ley 906 de 2004 estableció un modelo epistémico, del que cabe resaltar lo siguiente: (i) la Policía Judicial está facultada para generar las primeras hipótesis factuales y, a partir de las mismas, debe realizar los actos urgentes necesarios para asegurar las evidencias (físicas o testimoniales) que pueden resultar útiles para su posterior demostración[4]; (ii) una vez recibido el respectivo informe ejecutivo, el Fiscal, en asocio con los investigadores, tiene a cargo el diseño del* ***programa metodológico****, en el que se deben determinar "****los objetivos en***

[4] Art. 205

relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva"[5]; *(iii) frente a las evidencias físicas, el modelo gira en torno al oportuno aseguramiento de las mismas y la utilización de los recursos técnico científicos orientados a establecer sus aspectos más relevantes*[6]*; (iv) como no tiene aplicación el sistema de permanencia de la prueba, el legislador hizo énfasis en la adopción de las medidas necesarias para que en el juicio oral las evidencias físicas puedan ser debidamente autenticadas*[7]*; (v) por regla general, las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral son útiles para la estructuración de la hipótesis mas no para su demostración, porque estos deben concurrir a dicho escenario a efectos de transmitirle su conocimiento al Juez, salvo los casos de admisión excepcional de prueba de referencia e incorporación de declaraciones cuando el testigo se retracta o cambia su versión en el juicio.*

De otro lado, el legislador facultó a la Fiscalía General de la Nación para determinar "cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida" se puede "inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga". A partir de esa constatación, debe decidir si formula o no imputación[8]*. En idéntico sentido, el artículo 336 dispone que "el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar,* ***con probabilidad de verdad***[9]***,*** *que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe".*

En la misma lógica, el fiscal tiene a cargo el descubrimiento de las pruebas, la explicación de la pertinencia de las que pretende

---

[5] Art. 207.
[6] Arts. 250.3 de la Constitución Política y 204, 210 y 278 de la Ley 906 de 2004.

[7] 205, 210, 277, entre otros.
[8] Arts. 286 y siguientes.
[9] Negrilla fuera del texto original

utilizar como soporte de su teoría fáctica y la práctica de las mismas en el juicio oral.

En el proceso de verificación y demostración de su teoría factual, la Fiscalía tiene a cargo, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) la delimitación de la hipótesis incluida en la imputación y la acusación; (ii) expresar de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, esto es, los supuestos fácticos que pueden subsumirse en las normas penales aplicables al caso; (iii) constatar que la hipótesis tiene un respaldo suficiente, en los términos establecidos en los artículos 286 y 336 de la Ley 906 de 2004, sin perder de vista su obligación de demostrarla más allá de duda razonable; (iv) verificar que cada uno de los elementos estructurales de la hipótesis fáctica tiene un respaldo suficiente en las evidencias y la información legalmente obtenida; (v) para tales efectos, debe establecer si las evidencias (físicas o personales) tienen una relación directa o indirecta con los hechos jurídicamente relevantes; (vi) verificar si las evidencias que sirven de soporte a su teoría fueron obtenidas con apego al ordenamiento jurídico[10]; (vii) cumplir todos los requisitos de admisibilidad de las pruebas; (viii) durante el juicio oral, debe asegurarse de que cada elemento estructural de su teoría fáctica encuentra respaldo suficiente en las pruebas practicadas; (ix) lo que implica constatar que las evidencias físicas y documentos fueron debidamente autenticados e incorporados, que con cada testigo se abordaron todos los temas pertinentes, etcétera.

Este ejercicio debe abarcar todos los elementos estructurales de la conducta punible, bien los objetivos, ora los subjetivos, porque todos ellos, sin excepción, son presupuesto de la pena.

En síntesis, en el modelo procesal regulado en la Ley 906 de 2004 la Fiscalía General de la Nación tiene a cargo la

[10] Art. 212

delimitación y verificación de la hipótesis (fase de preparación del juicio oral), y la presentación y demostración de la misma durante la fase de juzgamiento. Estas amplias facultades implican, también, grandes responsabilidades, pues en el actual modelo de enjuiciamiento criminal la eficacia de la administración de justicia depende en buena medida del adecuado trabajo del fiscal.

7.1.2.2. La determinación de lo que "*la evidencia es*", según la hipótesis fáctica que la parte pretende defender en el juicio

La Corte ha analizado este tema en diversas ocasiones. En la decisión CSJSP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916, Precisó:

El artículo 375 de la Ley 906 de 2004 regula la pertinencia. Precisa que "el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado". Agrega que el medio de conocimiento "también es pertinente cuándo sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o perito".

En lo concerniente a las evidencias físicas, esta norma tiene una estrecha relación con lo estatuido en el artículo 277 ídem, que establece dos formas de autenticar estos elementos: (i) a través del sometimiento a las reglas de cadena de custodia; y (ii) por cualquier medio de conocimiento, en virtud del principio de libertad probatoria.

Y se dice que entre estas normas existe una relación indisoluble, porque la pertinencia de una evidencia física depende de lo que la misma ***es****, según la teoría del caso de la parte, y la autenticación no es otra cosa que demostrar que una cosa es lo que la parte propone*[11] *(CSJ AP 5885, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras). Así, bien puede afirmarse que autenticar una evidencia física no es otra cosa que demostrar los factores que la hacen pertinente. A continuación se desarrollarán estos conceptos.*

La determinación de lo que una evidencia ***es****, depende básicamente de dos aspectos: (i) lo que ontológicamente es, como elemento físico, y (ii) la teoría que la parte ha construido en torno a ella.*

Por ejemplo, si se pregona que la evidencia física X corresponde a una huella dactilar del acusado, hallada en el lugar donde se perpetró el homicidio, y con ello se pretende demostrar su presencia en ese lugar, su pertinencia no depende exclusivamente de que se trate de una huella, ni de que corresponda a una huella del acusado, sino, además, de que se demuestre que la huella estaba en el lugar de los hechos.

A la luz de la anterior hipótesis factual, si únicamente se demuestra que es una huella dactilar, el elemento no tendrá ninguna relación con los hechos, como tampoco la tendrá si únicamente se demuestra que es una huella del acusado.

En ocasiones, para la demostración de lo que un elemento físico es se requiere la intervención de expertos. Verbigracia, si en la escena del crimen el investigador encuentra una sustancia roja, probablemente no podrá afirmar que es sangre, ni que es sangre humana, ni que es sangre del acusado. Para establecer estos

[11] Bajo el entendido de que estos factores deben ser **enunciados** en la audiencia preparatoria (cuando se explica la pertinencia) y **probados** en el juicio oral.

aspectos puede ser necesario que uno o varios expertos lo verifiquen.

En ejemplos como el anterior, la parte tendrá que establecer con cuál testigo ***demostrará*** *cada uno de los aspectos que hacen pertinente la evidencia. Así, por ejemplo, es posible que el investigador pueda afirmar que la sustancia fue hallada en el sitio de los hechos, pero no podrá afirmar que es sangre; el hematólogo podrá decir que es sangre, pero no podrá afirmar que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera.*

Como es obvio, uno de los riesgos que existen en el proceso que se inicia con el hallazgo de la evidencia y termina con su incorporación en el juicio oral, es que el elemento sea cambiado o alterado de alguna manera. De ahí que el artículo 216 de la Ley 906 de 2004 disponga: "cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en algunas de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para ***evitar la suplantación o la alteración del mismo****. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia". En el mismo sentido, el artículo 254 precisa que la cadena de custodia tiene como finalidad "****demostrar*** *la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física".*

Este riesgo, de alta trascendencia para la determinación de los hechos en el proceso penal, es más notorio frente a cierto tipo de evidencias, principalmente aquellas que no son identificables a simple vista por sus características externas, como los fluidos corporales, las drogas, etcétera. Y, en la misma lógica, es menor cuando se trata de evidencias identificables a simple vista por sus características físicas (por ejemplo, un revólver identificado con su número serial), o las que en principio son confundibles pero que son susceptibles de ser marcadas (por ejemplo, una botella producida en serie, pero en la que el investigador plasma su firma como una forma de identificación).

No se requiere de mayores esfuerzos intelectivos para comprender que el proceso de embalaje y rotulación del elemento y, en general, el protocolo de cadena de custodia, es mucho más relevante cuando se trata de evidencias confundibles o alterables, que frente a aquellas que son identificables a simple vista por sus características externas, o las que son susceptibles de ser marcadas y han sido sometidas a este procedimiento como forma de identificación.

En el plano operativo, si una muestra de sangre o un fluido no es debidamente embalado y rotulado, es posible que el policía judicial que lo halló, y los peritos que lo examinaron, no puedan declarar en juicio que el elemento que se les pone de presente es el mismo que encontraron o recibieron para el análisis, o que está en las mismas condiciones (que no ha sido alterado). En sentido contrario, si se trata de un elemento fácilmente identificable por sus características externas, es factible que el investigador pueda asegurar que es el mismo que encontró en la escena, así por alguna razón no se haya cumplido con la obligación constitucional[12] y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia.

Lo anterior permite comprender la importancia de cumplir ***en todos los casos*** *la obligación de someter los elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia (artículos 205, 209, 254 y siguientes, 277, entre otros), sin que por ello deba entenderse que cualquier error en este procedimiento necesariamente afecta la autenticidad del elemento físico.*

---

[12] El artículo 250 de la Constitución Política dispone que es deber de la Fiscalía: "Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción".

De otro lado, es posible que varios elementos físicos estén integrados, como cuando un fluido se encuentra en una determinada prenda de vestir, o una muestra de sangre está en una navaja o cuchillo.

En estos eventos, la parte debe tener suficiente claridad sobre las evidencias físicas con que cuenta y la manera como estas se articulan en orden a establecer su pertinencia. Por ejemplo, ante la hipótesis de que en la camisa del acusado se halló sangre de la víctima (de lo que pueden hacerse inferencias relevantes para la solución del caso), la pertinencia está determinada por la articulación de todos estos factores. La sangre no es pertinente por ser sangre, ni por ser sangre de la víctima; la camisa no es pertinente sólo por ser camisa o por pertenecer al acusado; la pertinencia está determinada por la conjugación de todos estos factores: (i) es sangre humana, (ii) esa sangre corresponde a la víctima; (iii) fue hallada en una camisa; y (iv) esa camisa pertenece al acusado.

En la planeación de su teoría del caso la parte tendrá que constatar que puede probar todos estos factores, y sólo podrá hacerlo con testigos que tengan conocimiento "personal y directo" de los hechos que pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, según lo establece el artículo 402 de la Ley 906 de 2004[13].

Cuando se deben realizar cotejos para establecer lo que el objeto ***es,*** *el elemento de contraste debe ser tratado con el mismo cuidado para que en el juicio oral pueda demostrarse su "mismidad". Ello sucede, por ejemplo, con las muestras tomadas del imputado para realizar cotejos de ADN, las muestras de pisadas, etcétera.*

---

[13] Art. 402. Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que de forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir.

En el plano epistémico, no cabe duda que este tipo de elementos deben ser preservados adecuadamente para evitar que sean cambiados o alterados. En el ámbito legal, este deber no admite discusión, bien por las reglas generales sobre cadena de custodia, ora porque el ordenamiento jurídico lo dispone expresamente. Verbigracia, el artículo 249 ídem, frente a la obtención de muestras caligráficas ordena que

"Obtenidas las muestras y ***bajo rigurosa custodia***[14]*, las trasladará o enviará, según el caso, junto con el documento redargüido de falso, al centro de peritaje para que hagan los exámenes correspondientes...".*

Estos procedimientos no deben ser mirados como formalismos carentes de contenido, sino como presupuestos básicos de la estructuración y demostración de las teorías que las partes pretenden hacer valer ante el juez. En términos simples, si la Fiscalía pretende que el fallador realice determinadas inferencias a partir del hecho de que en la camisa del acusado fue hallada sangre de la víctima, debe demostrar cada uno de los elementos estructurales de ese aserto: (i) en una camisa se halló sangre, (ii) esa sangre corresponde a la víctima, (iii) la camisa pertenece al acusado, etcétera. Si alguno de estos aspectos no es demostrado, es posible que la fuerza inferencial del "hecho indicador" disminuya o desaparezca.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que una cosa es demostrar la existencia de un determinado objeto, y otra muy distinta que el mismo sea utilizado como prueba.

En efecto, es posible demostrar la existencia de un determinado elemento físico, así el mismo no sea presentado como evidencia en el juicio oral. Por ejemplo, puede demostrarse con testimonios, documentos y/o dictámenes periciales que el acusado utilizó un

[14] Negrillas fuera del texto original.

cuchillo para causar la muerte de la víctima, así la Fiscalía no haya podido incautar ese elemento.

En el mismo sentido, puede demostrarse la existencia de un arma de fuego, y su idoneidad para disparar, así no se pueda incautar el artefacto, como cuando los testigos se refieren a su utilización para causarle lesiones a la víctima, los proyectiles son recuperados y a través de dictámenes se establece su calibre, el daño que causaron en el cuerpo, etcétera.

Lo anterior se aplica a plenitud a los documentos, porque la parte tiene el deber de establecer con precisión de qué trata ***cada uno de ellos***, en orden a que pueda establecer su relevancia como soporte de la hipótesis que pretende defender en el juicio, y, en la audiencia preparatoria, pueda explicar rápida y suficientemente su pertinencia. Así, a manera de ejemplo, podrá establecer que un disco compacto contiene la grabación de los hechos, realizada por una cámara de vigilancia instalada en el lugar donde los mismos ocurrieron; que el documento (de un determinado número de folios) corresponde al contrato atinente a la construcción de una obra pública en particular, suscrito por el procesado en una fecha específica, mientras desempeñaba el respectivo cargo público; que un documento (de un determinado número de folios) corresponde a las pruebas y demás actuaciones relevantes que el funcionario procesado tenía ante sí para cuando emitió la decisión que se considera manifiestamente contraria a la ley; etcétera.

En ese proceso de delimitación, se deben tener en cuenta aspectos como los siguientes: (i) cada documento

debe ser debidamente identificado, lo que incluye la determinación del número de folios; (ii) el hecho de que varios documentos se anexen a un mismo informe de policía judicial, no los convierte en una sola prueba; (iii) los documentos –y cualquier otra evidencia- anexa a un informe policial, son independientes del informe mismo; (iv) deben considerarse las reglas sobre mejor evidencia, previstas en los artículos 433 y siguientes de la Ley 906 de 2004); entre otros.

7.1.2.3. Los documentos que contienen declaraciones

La Sala ha establecido varios parámetros para el tratamiento procesal de los documentos que contienen declaraciones. Al respecto, ha dicho:

> *Reglas de admisibilidad de un documento cuando contiene declaraciones anteriores al juicio*
>
> *El análisis sobre la admisibilidad de una declaración anterior al juicio no puede reducirse a si se trata de una prueba testimonial o documental, porque, según se ha visto, lo de fondo es establecer cuál es el papel que juega la declaración en la teoría del caso de las partes, esto es, si constituye parte del tema de prueba o si se está utilizando como medio de prueba, y si la admisión de la declaración anterior afecta el ejercicio del derecho a la confrontación.*
>
> *La utilización de documentos que contienen declaraciones ya había sido analizado por esta Corporación en el contexto de la prueba pericial. En un caso donde la Fiscalía solicitó introducir como prueba los informes preparados por el médico legista, bajo*

el argumento de que se trata de documentos, la Sala aclaró, basada en su propio precedente, que el informe pericial contiene la declaración anterior del perito y que, en consecuencia, la versión de éste debe someterse a las reglas generales de la prueba pericial, a la que se le aplican en lo pertinente las normas sobre el testimonio, según lo establecido en el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 (CSJ SC, 17 Sep. 2008, Rad. 30214).

Así, por ejemplo, si en un caso de muerte en accidente automovilístico la Fiscalía pretende aducir como prueba el informe del agente de tránsito, que contiene las entrevistas de dos testigos, no puede reducir su argumento para la admisibilidad a decir que se trata de prueba documental, porque, en últimas, el documento sólo constituye un instrumento para llevar al juicio unas declaraciones anteriores con clara vocación de medio de prueba, como quiera que pretenden usarse para probar los pormenores del accidente.

En el ejemplo anterior, las entrevistas constituyen prueba de referencia, a pesar de estar incorporadas en un documento, público por demás. Primero, porque encajan en la definición del artículo 437, en cuanto se trata de (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; (ii) que se llevan al juicio oral, en este caso por la Fiscalía y a través del informe suscrito por el agente de tránsito; (iii) con la finalidad de probar con ellas un aspecto trascendente del debate o, lo que es lo mismo, como medio de prueba. Y segundo, porque la defensa tendría derecho a interrogar a los testigos que rindieron las entrevistas y difícilmente podría lograr su impugnación si no están presentes en el juicio oral, sometidos a interrogatorio cruzado.

Lo anterior pone de relieve un aspecto importante en materia de documentos. Un documento no es admisible únicamente por su carácter (documental) o por la posibilidad que tenga la parte de autenticarlo. Debe verificarse, además, que su contenido no esté prohibido (como en los casos de declaraciones del abogado con

su cliente o cuando contienen las conversaciones previas de las partes para lograr un acuerdo, la reparación de las víctimas o la aplicación del principio de oportunidad). Además del estudio de pertinencia (común a cualquier medio de conocimiento), y de los debates que puedan suscitarse en torno a la manera como el documento fue obtenido, en los casos en que contienen declaraciones debe precisarse si las mismas hacen parte del tema de prueba o constituyen medio de prueba y, en este último caso, si esa declaración anterior al juicio resulta admisible como prueba de referencia, según lo dispuesto en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004, sin perjuicio, claro está, de los otros usos que pueden hacerse de este tipo de declaraciones, como el refrescamiento de memoria, la impugnación de testigos, etcétera.

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria.

Valga entonces reiterar que al explicar la pertinencia de un documento que contenga una declaración, la parte debe aclarar si la misma (la declaración contenida en el documento) constituye objeto de prueba o medio de prueba, y, en este último evento, deberá explicar por qué resulta admisible, bajo el entendido de que, por regla general, solo

debe valorarse lo que el testigo declare en el juicio oral (CSJ SP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950, entre muchas otras).

7.1.2.4. El valor probatorio de los informes de policía

La Sala se ha ocupado de este tema en varias oportunidades. En la decisión CSJSP, 23 Nov. 2017, Rad. 45899, dijo:

> *En diversas ocasiones esta Corporación se ha ocupado del tratamiento de la prueba testimonial en la Ley 906 de 2004. Puntualmente, se ha precisado que: (i) el derecho a la confrontación constituye una garantía judicial mínima, prevista en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, que fue desarrollada en la Ley 906 de 2004, tanto en las normas rectoras 8 y 16, como en los artículos que regulan el interrogatorio cruzado de testigos; (ii) entre sus elementos estructurales, se ha destacado la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas que consagra el ordenamiento jurídico, entre ellas, la posibilidad de formular preguntas sugestivas y de utilizar declaraciones anteriores del testigo a efectos de impugnar su credibilidad (CSJSP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; entre otras); (iii) por ser una de las principales expresiones de esta garantía judicial, el Juez debe valorar lo sucedido durante el contrainterrogatorio y, especialmente, la impugnación de la credibilidad de los testigos (CSJSP, 25 Oct. 2017, Rad. 44819); (iv) en ese contexto, debe establecerse si la parte pretende utilizar una declaración anterior como prueba –de referencia o como complemento de lo declarado por el testigo que se retracta o cambia su versión-, o si su finalidad es refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, bajo el entendido de que cada uno de*

estos usos está sometido a reglas específicas, que han sido objeto de desarrollo jurisprudencial (CSJSP, 25 Ene. 2017, Rad. 44950); y (v) sin perder de vista que la regla general es que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral no se pueden incorporar como prueba.

Frente a la prueba de referencia, la Sala ha precisado que: (i) se trata de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que se pretenden llevar a este escenario como medio de prueba; (ii) debe diferenciarse la declaración rendida por fuera del juicio oral, de los medios utilizados para demostrar su existencia y contenido; (iii) el hecho de que una declaración esté contenida en un documento, no afecta su carácter testimonial; (iv) un importante parámetro para establecer si se trata o no de prueba de referencia, es analizar si la incorporación de un documento que contenga declaraciones rendidas por fuera del juicio oral afecta el derecho a la confrontación, especialmente la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, con las prerrogativas propias del contrainterrogatorio (CSJSP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (v) además de sus implicaciones frente al derecho a la confrontación, debe considerarse que, por regla general, la declaración del testigo en el juicio oral constituye mejor evidencia que sus manifestaciones previas, entre otras cosas porque pueden existir dudas sobre su contenido, el contexto en el que fueron hechas, etcétera, sin perjuicio de que el interrogatorio cruzado y la impugnación de credibilidad son importantes herramientas para decantar el contenido de los testimonios y la verosimilitud de los mismos.

A la luz de este marco teórico, para la Sala es claro que los informes presentados por los policiales: (i) contienen declaraciones, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos; (ii) pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en ellos se

describe la participación del procesado en la conducta punible; (iii) su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 – literal k- de la Ley 906; (iv) además de sus propias versiones, es común que en los informes estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

En consecuencia, estas declaraciones documentadas pueden utilizarse (i) para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad; (ii) como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906; y (iii) como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión, en los términos referidos en los precedentes atrás relacionados.

Ahora bien, cuando se hace un uso inadecuado de estos informes, pero la parte contra la que se aducen tiene la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, debe evaluarse caso a caso la trascendencia de la irregularidad. En el asunto que se analiza, según se verá, los yerros de la Fiscalía durante la práctica probatoria perdieron relevancia por las amplias posibilidades que tuvo la defensa de contrainterrogar a los testigos que suscribieron el informe incorporado como prueba.

En cuanto a las evidencias físicas y los documentos que eventualmente se anexen a un informe policial, debe tenerse en cuenta que: (i) por el hecho de haber sido anexados a un informe de policía, las evidencias físicas y los documentos no se convierten en una "*sola prueba*", ni entre sí, ni en relación con el informe; (ii) según lo indicado en el numeral 7.1.2.1 y 7.1.2.4, los informes constituyen un importante mecanismo de documentación de las

actuaciones investigativas y de comunicación entre los funcionarios de policía judicial y el fiscal; (iii) a la luz de lo analizado en el numeral 7.1.2.2, la parte tiene el deber de establecer ***qué es*** cada evidencia física y documento, a la luz de su teoría del caso, y debe decidir con cuáles testigos demostrará ese aspecto en el juicio oral; y (iv) cuando sea necesario que el investigador declare sobre la forma como se adelantaron los procedimientos, debe ser presentado en el juicio oral, salvo que se presente una causal de admisión excepcional de prueba de referencia.

7.1.2.5. La explicación de la pertinencia de los documentos

Según lo indicado en los acápites precedentes, para la explicación de la pertinencia de los documentos deben considerarse aspectos como los siguientes: (i) el hecho jurídicamente relevante o el hecho indicador que se pretende demostrar; (ii) el documento debe estar suficientemente identificado; (ii) si un documento contiene varios folios, está constituido por varios discos compactos, etcétera, debe hacerse la respectiva aclaración; (iii) si el documento contiene declaraciones, deben hacerse las precisiones referidas en los numerales 7.1.2.3 y 7.1.2.4; (iv) los documentos –como cualquier otra evidencia- son independientes del informe al cual fueron anexados por el investigador; (v) debe tenerse en cuenta el concepto de mejor evidencia, analizado en el numeral 7.1.1.2; y (vi) la parte debe tener suficiente claridad sobre "*qué es*" el documento, según su teoría del caso, y cuál es la relación –

directa o indirecta- con los hechos jurídicamente relevantes, pues solo así podrá explicar de manera sucinta y clara su pertinencia.

7.1.2.6. La incorporación de los documentos en el juicio oral y su relación con el adecuado descubrimiento probatorio

Este aspecto suele generar dificultades en la práctica judicial, principalmente cuando se trata de documentos voluminosos. La forma de ingresar los documentos durante el juicio oral puede acordarse y planearse en la audiencia preparatoria, a la luz de parámetros como los que se indican a continuación:

Debe reiterarse que la correcta delimitación del documento y la suficiente claridad sobre su pertinencia son presupuestos de la adecuada incorporación de los mismos durante el juicio oral. La claridad de las partes frente a los aspectos atrás referidos debe reflejarse en la precisión del Juez al decidir sobre las pruebas admitidas, inadmitidas, rechazadas o excluidas.

Igualmente, debe considerarse que para la autenticación de un documento durante el juicio oral, que es presupuesto de su admisibilidad (salvo que se trate de documentos públicos amparados por la presunción de autenticidad, según lo establecido en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 01 Jun. 2017, Rad. 46728) deben agotarse los siguientes trámites: (i) establecer que el testigo

tiene conocimiento personal y directo (Art. 402 de la Ley 906 de 2004) que le permita declarar que el documento es lo que la parte aduce según su teoría del caso, lo que ordinariamente se denomina "*sentar las bases*"; (ii) una vez logrado lo anterior y previa autorización del juez, la parte le puede poner de presente el documento al testigo para su identificación, **previa exhibición a su contraparte**; (iii) el testigo debe declarar sobre lo que el documento es; (iv) cuando lo considere pertinente, la parte puede solicitar la incorporación como prueba, lo que debe ser resuelto por el juez; y (iv) una vez incorporado, el documento deberá ser leído o exhibido, tal y como lo dispone el artículo 431 ídem, en los términos que serán precisados más adelante.

No se requiere de un mayor esfuerzo para entender que la dinámica de autenticación e incorporación de documentos durante el juicio oral **requiere que exista suficiente claridad sobre lo que fue objeto de descubrimiento por cada una de las partes y, obviamente, sobre lo que fue decretado como prueba**, pues solo de esa manera la parte contra la que se aduce el documento podrá constatar que lo que se le exhibe al testigo es lo mismo que se descubrió y decretó.

Una vez que un documento es admitido como prueba, las partes podrán utilizarlo: (i) durante el interrogatorio con el testigo de acreditación; (ii) con otros declarantes; (iii) para impugnar a los testigos de la contraparte, cuando resulte pertinente; (iv) durante los alegatos de conclusión o clausura; etcétera.

En cuanto a la lectura o exhibición de los documentos admitidos como prueba, debe tenerse en cuenta que el artículo 331 atrás referido debe interpretarse en armonía con otras disposiciones del ordenamiento procesal penal, especialmente de las que se ocupan de la eficacia y celeridad de los procedimientos, la prevalencia del derecho sustancial (Art. 10), y la obligación de ceñirse "*a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia*" (Art. 27).

No cabe duda que la justicia puede verse seriamente afectada cuando se incorporan documentos voluminosos y se procede a su lectura durante días, semanas o meses, como suele suceder, por ejemplo, en los casos de delitos atinentes a la contratación administrativa, en algunos casos de prevaricato, entre otros.

Esos ejercicios, que pueden resultar estériles (largas lecturas, capaces de poner a prueba la atención del Juez más activo), pueden conspirar contra la idea central de los principios de concentración e inmediación, consistente en que el fallador emita su decisión a partir de la percepción reciente de las pruebas cuya práctica ha dirigido.

Por tanto, cuando se trata de documentos voluminosos, no es necesario que los mismos sean leídos o reproducidos en su integridad. Lo importante es que quede totalmente claro **qué fue lo que se incorporó como**

prueba[15], porque de esa forma se garantiza la publicidad del proceso, bajo el entendido de que una vez incorporados, los documentos en su integridad podrán ser utilizados por las partes en sus alegatos y por el juez en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que cualquier parte del documento pueda ser utilizado con otros testigos durante el interrogatorio directo, o pueda servir de base para la impugnación de la credibilidad.

Lo anterior reafirma la idea sobre la claridad que debe existir en torno a las pruebas descubiertas y solicitadas por las partes, y las que sean decretadas por el Juez, pues los yerros en que incurran los actores del sistema judicial sobre estos aspectos en la audiencia preparatoria, seguramente se traducirán en conflictos que impedirán el adecuado desarrollo del juicio oral.

También es posible que las partes generen otras evidencias, que faciliten el manejo de los documentos durante el juicio oral.

Por ejemplo, en el caso de los audios que contienen interceptaciones telefónicas, puede resultar útil su transliteración, que debe ser oportunamente descubierta (para facilitar el control de la contraparte), solicitada como prueba en la audiencia preparatoria y autenticada e incorporada durante el juicio oral. El proceso de autenticación de este tipo de evidencias suele ser bastante sencillo, pues basta hacerla a través de un testigo que

[15] Por ejemplo, que se trata de un contrato, suscrito en una fecha determinada, por unas personas en particular, que consta de un específico número de folios, etcétera.

pueda asegurar que la evidencia es lo que la parte asegura, esto es, que la transliteración corresponde fielmente al contenido de los audios, y ello podrá hacerse con un testigo que tenga "*conocimiento personal y directo*", bien porque haya realizado la transliteración, ora porque haya constatado la correspondencia de esta con la grabación.

De nuevo, **la posibilidad de los controles a cargo de la parte contra la que se aduce la prueba depende de un adecuado descubrimiento, y de mucha precisión del Juez al resolver sobre la admisión, rechazo y exclusión de los medios de prueba.**

En estricto sentido, la transliteración no reemplaza la evidencia (las grabaciones), pero suelen resultar muy útiles para facilitar el entendimiento de las mismas, el ejercicio del contrainterrogatorio, etcétera.

En el mismo sentido, cuando se trata de documentos voluminosos, o de múltiples documentos atinentes a una misma situación, que dificultan su incorporación y entendimiento en el juicio oral, la parte puede elaborar un resumen de los mismos, con los datos más relevantes, que puede ser incorporado a través del testigo que lo elaboró o de quien pueda dar fe de que corresponde a lo que la parte aduce. Por ejemplo, si se trata de 10 contratos diferentes, se puede elaborar un resumen con los datos más relevantes, bajo el entendido de que este documento no reemplaza las evidencias, pero facilita su entendimiento.

Lo anterior sin perjuicio de que las partes realicen estipulaciones sobre aspectos que no admitan controversia, como suele suceder con los elementos de juicio con los que contaba el funcionario para cuando emitió la decisión tachada de manifiestamente contraria a la Ley. Al respecto, deben tenerse en cuenta las aclaraciones hechas por esta Corporación sobre los documentos como objeto de la estipulación y como soporte de la misma:

> *En la práctica judicial suele existir confusión entre los documentos como objeto de la estipulación y como soporte de la misma.*
>
> *La diferencia es relevante, porque cuando los documentos constituyen "soporte" de la estipulación no pueden ser valorados, precisamente porque la estipulación tiene como efecto principal sacar un determinado aspecto fáctico del debate probatorio (CSJ SP, 15 Jun. 2016, Rad. 47666; CSJ SP, 6 Feb. 2013, Rad. 38975; entre otras). Por ejemplo, se estipula que la víctima murió a causa de los disparos que recibió, y se aporta como "soporte" el respectivo dictamen médico legal.*
>
> *Sin embargo, es posible que algunos documentos constituyan el* ***objeto mismo de la estipulación****. Por ejemplo, cuando en los casos de prevaricato la Fiscalía y la defensa dan por probado que el procesado emitió una determinada decisión, y que lo hizo a partir de una específica realidad procesal. En esos eventos, el documento contentivo de la decisión (sentencia, resolución, etcétera) ingresa como objeto de la estipulación (****"esta fue la decisión que el juez tomó"****), y lo mismo sucede con los documentos contentivos de las pruebas, los alegatos que en su momento presentaron las partes, etcétera (****"estos son los elementos de juicio con los que contaba"****). Este tipo de estipulaciones suelen celebrarse por diversas razones, como*

cuando se trata de hechos difícilmente rebatibles y/o las partes tienen claro que el debate se reduce a los juicios valorativos orientados a establecer si la decisión tomada bajo esas condiciones puede catalogarse como manifiestamente contraria a la ley, o las inferencias frente a los elementos estructurales del dolo, entre otras[16].

*En el mismo sentido, es posible que en un delito de falso testimonio las partes acuerden que el procesado rindió la declaración contenida en un determinado documento (por ejemplo, el registro oficial de la audiencia). En esos casos, el documento (registro) ingresa como objeto de la estipulación (**"esto fue lo que el procesado declaró"**).*

Lo anterior es posible, porque en esos procesos el contenido de la decisión, los elementos de juicio con los que el juez contaba (en el ejemplo del prevaricato), y el contenido de la declaración rendida por el testigo (en el evento hipotético de falso testimonio), hacen parte del tema de prueba, por lo que pueden ser objeto de estipulación.

*Lo expuesto a lo largo del numeral 1.1 no puede entenderse como un listado taxativo de los aspectos que pueden ser objeto de estipulación. En cada caso, **según sus particularidades**, las partes podrán celebrar los acuerdos probatorios que consideren pertinentes, siempre y cuando ello no implique "renuncia de los derechos constitucionales" -Art. 10 Ley 906 de 2004- (CSJ SP, 05 Jul. 2017, Rad. 44932).*

7.1.3. El adecuado descubrimiento probatorio, como presupuesto del desarrollo de las audiencias preparatoria y de juicio oral

[16] En estos casos, las partes deben precisar cuáles partes del "expediente" resultan relevantes, para evitar el ingreso de documentación ajena al tema objeto de análisis (CSJ SP, 15 Jun. 2016, Rad. 47666).

De tiempo atrás, la Sala se ha referido al sentido y alcance del descubrimiento probatorio, así como a su reglamentación en la Ley 906 de 2004. En la decisión CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, hizo un recorrido por su propia línea jurisprudencial a efectos de resaltar lo siguiente:

> *Desde la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 esta Corporación ha resaltado que el descubrimiento probatorio tiene como finalidad principal que las partes conozcan "de forma antelada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser tomada por asalto en el juico por la introducción sorpresiva de medios que no han permitido ejercer debidamente el contradictorio" (CSJ AP, 13 Jun 2012, Rad. 32058).*
>
> *También ha hecho énfasis en que el descubrimiento probatorio "encuentra su razón de ser en los principios de igualdad, lealtad, defensa, contradicción, objetividad y legalidad, entre otros, permitiendo de esa manera que ninguno de los intervinientes sea sorprendido por los elementos de prueba que posteriormente pida su oponente para hacerlos valer en el juicio oral; se trata, pues, de que tanto el fiscal como la defensa conozcan oportunamente cuáles son los elementos de prueba sobre los cuales el adversario fundará su teoría del caso y, de ese modo, cada uno pueda elaborar las distintas estrategias propias de su rol particular" (CSJ AP, 08 Nov 2011, Rad. 36177).*
>
> *Sobre las fases del descubrimiento probatorio, todavía en los albores del nuevo esquema procesal penal la Corte precisó:*

En cuanto a la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física pueden darse las siguientes variantes:

a). Con la presentación del escrito de acusación que hace el fiscal ante el juez competente, dicho instrumento, de acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, deberá contener, entre otros presupuestos, "El descubrimiento de las pruebas", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc.

Copia del anterior escrito el fiscal lo entregará al acusado y a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas.

b) Dentro de la audiencia de formulación de acusación, así mismo la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía "o quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento...". (Artículo 344).

c) De la misma manera, en la etapa de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de "copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio". (Artículo 344)

d) Cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad "en cualquiera de su variantes" deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado". (Artículo 344)

e) Ocasionalmente en el juicio oral las partes podrán descubrir los elementos materiales probatorios y evidencia física significativa que deban ser descubiertas, cuando el juez así lo decida una vez oídas las partes y considerado "el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio". (Artículo 344).

f) Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenece en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento dispondrá: "Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física" y "Que la fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público" (artículo 356). También en este momento procesal y a solicitud de las partes "los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados". (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

Así, lo establecido en el artículo 337 sobre el descubrimiento probatorio debe analizarse en el sentido de que la defensa pueda conocer oportunamente los testimonios, dictámenes periciales, evidencias físicas o documentos que sirven de sustento a la acusación y que pueden ser solicitados como prueba por la Fiscalía.

A lo anterior debe sumarse lo siguiente:

El adecuado descubrimiento probatorio, y la solución de los conflictos que se presenten al respecto, son pasos indispensables para la enunciación, solicitud y decreto de las pruebas. Lo anterior es así, entre otras, por las siguientes razones: (i) esa información le permite a la

defensa definir su estrategia, lo que incluye la selección de las pruebas que considere útiles para rebatir la hipótesis factual de la Fiscalía o para sustentar la suya, en el evento de que opte por presentar hipótesis alternativas; (ii) además de conocer las pruebas que sirven de soporte a la teoría del caso del ente acusador, la defensa puede servirse de esa información para los fines inherentes a su función; (iii) el conocimiento suficiente que debe lograrse a través del descubrimiento probatorio, es presupuesto para analizar y, de ser el caso, rebatir, los argumentos de la Fiscalía sobre la pertinencia de las pruebas, y presentar los alegatos que eventualmente sean procedentes en torno a la conducencia y utilidad de las mismas; (iv) de esta manera, el Juez puede contar con suficientes elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento; etcétera.

En el mismo sentido, la Sala ha reiterado que

> *Frente al proceso de "depuración probatoria" que debe surtirse en la audiencia preparatoria, la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de agotar las cuatro fases consagradas en la ley: (i) descubrimiento, (ii) enunciación, (iii) estipulación y, (iv) solicitud probatoria. También se ha resaltado que estas fases tienen una secuencia lógica, como quiera que "la enunciación precede a la estipulación, debido a que no se puede pactar sin conocer los medios de prueba con los que cuentan la Fiscalía y la defensa para sustentar su teoría del caso; y la solicitud es ulterior, pues la estipulación probatoria como manifestación de voluntad bilateral excluye de la discusión hechos y circunstancias que han sido aceptadas por las partes y que no serán objeto de debate en el juicio...". (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014).*

Lo anterior explica por qué el legislador dispuso expresamente que el juez debe velar porque el descubrimiento en la audiencia de acusación debe ser "*lo más completo posible*" (Art. 344), y estableció que las primeras diligencias que debe dirigir en la audiencia preparatoria son la verificación del descubrimiento que debió realizarse "*fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación*" y decidir si hay lugar al rechazo en el evento de que el mismo no se haya perfeccionado en los términos acordados.

Los efectos de un descubrimiento defectuoso pueden extenderse hasta el juicio oral, si el Juez no toma los correctivos pertinentes en la audiencia preparatoria, bien superando las diferencias de las partes a través de la adecuada dirección del proceso, ora por medio de las decisiones procedentes en materia de rechazo de pruebas.

Según se indicó en el numeral 7.1.2.6, durante el proceso de autenticación e incorporación de los documentos y evidencias físicas la parte contra la que se aduce la prueba debe controlar que lo que se le exhibe al testigo es lo mismo que fue descubierto y solicitado por su antagonista, y que corresponde a lo decretado por el Juez, lo que solo puede hacerse si el proceso regulado en los artículos 344 y 356, numerales 1 y 2, de la Ley 906 de 2004 se realizó de la forma prevista en estas normas, cuyo desarrollo jurisprudencial fue relacionado en las líneas precedentes.

7.1.4. Las controversias sobre descubrimiento probatorio

El hecho de que parte del descubrimiento probatorio deba hacerse por fuera de audiencia puede dar lugar a controversias, que de no ser dirigidas adecuadamente por el Juez pueden dar lugar a extensos debates que comprometan la celeridad y eficacia de la administración de justicia.

En todo caso, el Juez debe tener presente sus deberes de propiciar que el descubrimiento sea lo más completo posible, y de velar porque las audiencias transcurran con celeridad. Para tales efectos, debe considerar parámetros como los siguientes: (i) si se hace evidente que han existido problemas de comunicación, ajenos al actuar doloso de las partes, que han impedido que el descubrimiento se perfeccione, debe tomar las medidas necesarias para lograr que el problema se supere, bajo el entendido de que lo deseable es que la Fiscalía y la defensa puedan presentar las pruebas que soportan sus respectivas hipótesis fácticas, salvo que se presente alguna situación que dé lugar a su inadmisión, rechazo o exclusión; (ii) si aparece **demostrado** que la parte que tenía a cargo el descubrimiento incumplió sus obligaciones, debe resolver sobre la procedencia del rechazo de las pruebas sobre las que recayó la omisión; y (iii) si se **comprueba** que la parte a quien debió hacerse el descubrimiento no quiso recibir la información, debe tomar las decisiones que pongan fin a la controversia y permitan continuar con las audiencias subsiguientes.

Lo expuesto deja en evidencia que los debates sobre descubrimiento probatorio tienen una base fáctica,

obviamente diferente a las hipótesis de hechos jurídicamente relevantes propuesta por la Fiscalía en la acusación, o las alternativas que presente la defensa, pues se trata de establecer si la Fiscalía (o la defensa, según el caso), incumplieron el deber de descubrir una determinada información.

Como toda decisión de orden factual, el Juez tiene que considerar las evidencias que ofrecen las partes, bajo el entendido de que este tipo de asuntos deben resolverse de forma célere, lo que no se contrapone a la obligación de respetar el debido proceso en todas las fases de la actuación.

Cuando no sea posible solucionar las diferencias suscitadas entre las partes, a través de una adecuada dirección el proceso, el Juez tiene la obligación de decidir sobre la procedencia del rechazo, o sobre la viabilidad de ordenarle a alguna de las partes un descubrimiento en particular.

Si el Juez considera procedente ordenarle a una de las partes el descubrimiento de una evidencia en particular, esa decisión no admite recursos, por tratarse de una *orden* orientada a dinamizar la audiencia.

Sin embargo, cuando no es posible solucionar la controversia por la vía de la dirección del proceso, el Juez debe resolver sobre la procedencia del rechazo. Esta decisión admite el recurso de apelación, independientemente de su sentido, por lo siguiente:

Si opta por rechazar las pruebas, como una sanción a la parte que incumplió las obligaciones atinentes al descubrimiento, no cabe duda que procede la alzada, tal y como sucede con la decisión de inadmitir pruebas. Esto no admite discusión.

Si se decide no acceder al rechazo, es evidente que están en juego los derechos de la parte que lo solicitó, pues de ser cierto que se tendría que enfrentar a pruebas desconocidas, la posibilidad de defensa, los controles a la incorporación de las pruebas durante el juicio oral y los otros aspectos relacionados en el numeral 7.1.3 podrían verse seriamente afectados. En tal sentido, a la luz de los criterios establecidos por esta Corporación para concluir que el auto que resuelve sobre la exclusión de evidencia admite el recurso de apelación, independientemente del sentido de la decisión (CSJ AP, 27 Jul. 2016, Rad. 47.469), resultan aplicables al auto a través del cual se decide sobre el rechazo por indebido descubrimiento.

Si el Juez omite resolver las solicitudes de exclusión, puede socavarse el debido proceso, bien por la incidencia que ello puede tener en el desarrollo de las audiencias subsiguientes, según se indicó en el numeral 7.1.3, o porque resulten afectados los derechos de la parte que lo ha solicitado en cuanto podrá enfrentarse a pruebas que no conocía, no podrá utilizar la información que considere útil para su teoría del caso (bajo el entendido de que la Fiscalía tiene la obligación de descubrir aquello que resulte favorable al procesado), porque no pueda ejercer los

controles que le corresponden durante el proceso de incorporación de los documentos y las evidencias físicas, etcétera. Ello, claro está, sin perjuicio de la obligación de analizar este tipo de situaciones a la luz del principio de trascendencia, que ha sido desarrollado ampliamente en el ámbito de las nulidades.

En otras oportunidades la Sala se ha referido a la obligación que tiene el juez de resolver este tipo de solicitudes. Por ejemplo, en la decisión CSJAP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, resaltó:

> *En este orden de ideas, el Tribunal debió evaluar los cargos que contra la legalidad de las interceptaciones telefónicas formuló la defensa en la audiencia preparatoria: como que no existe precisión de cuáles son las conversaciones que pretende incorporar la Fiscalía, ni del elemento en el que están contenidas, y lo dudoso de la mismidad gracias a la defectuosa cadena de custodia a que fue sometido el elemento en el que están insertas, así como de lo inapropiado de los controles judiciales. Ocuparse de dichos aspectos en nada ponía en riesgo la imparcialidad; el juez llamado a realizar dicha evaluación, no tiene más alternativa, como se dijo antes, que emprender la comprobación de las falencias denunciadas por el sujeto procesal, y en su caso, de prosperar éstas, ordenar la exclusión del medio de convicción de que se trate, desde luego teniendo en cuenta en el proceso de valoración las excepciones contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.*

7.1.5. El trámite para resolver las solicitudes de exclusión de evidencia.

En lo concerniente a las solicitudes de exclusión de evidencia durante la fase de juzgamiento, el legislador dispuso que esos temas deben resolverse en la audiencia preparatoria, lo que está claramente orientado a que el juicio se reduzca a los debates atinentes a la responsabilidad penal, sin perjuicio de que en este escenario, excepcionalmente, deba resolverse sobre ese aspecto en particular, sobre todo cuando se trate de graves afectaciones de derechos fundamentales, tal y como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005.

En efecto, el artículo 359 de la Ley 906 de 2004, que hace parte del acápite destinado a la audiencia preparatoria, establece que "*las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba* (...)"; y el artículo 360 ídem dispone que "*el juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código*".

Estas normas deben articularse con el artículo 23 de la misma codificación, que dispone:

> *Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.*

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Esta norma rectora, a su vez, desarrolla el artículo 29 de la Constitución Política, que en su parte final dispone: "*es nula, de pleno derecho, toda prueba obtenida con violación del debido proceso*".

A la luz de este marco jurídico, para resolver sobre la exclusión de evidencias, las partes y el Juez deben tener suficiente claridad sobre lo siguiente: (i) las pruebas sobre las que recae el debate, tanto las que tienen relación directa con la violación de los derechos o garantías, como las derivadas de las mismas; (ii) cuál es el derecho o la garantía que se reputa violada; (iii) cuando el derecho o la garantía tenga varias facetas, debe especificarse a cuál de ellas se contrae el debate, como es el caso, por ejemplo, con el derecho a la intimidad, que abarca la domiciliaria, la personal, frente a las comunicaciones, etcétera; (iv) en qué consistió la violación, verbigracia, si se trasgredió la reserva judicial, la reserva legal o el principio de proporcionalidad; (v) debe establecerse el nexo de causalidad entre la violación del derecho o garantía y la evidencia, lo que se deriva sin duda alguna de lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política y el 23 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que la exclusión opera si la prueba fue obtenida ***con*** violación de las garantías fundamentales.

Tal y como sucede con la solicitud de rechazo por no descubrimiento, a que se aludió en el numeral anterior, los

debates sobre exclusión, en los términos previstos en las normas atrás referidas, tienen una específica base fáctica, que, igual, es sustancialmente diferente de los hechos que conforman el tema de prueba en lo que atañe a la responsabilidad penal. En esencia, en los casos de exclusión se trata de dilucidar los aspectos referidos en precedencia, entre los que se destacan la trasgresión de las garantías fundamentales y el nexo causal entre esta y las evidencias cuya exclusión se pretende.

Así, por ejemplo, si se solicita la exclusión de una evidencia porque durante el procedimiento que dio lugar a su obtención el indiciado fue sometido a tratos crueles e inhumanos, tendrá que demostrarse la existencia de los mismos y, además, el nexo causal entre la violación de los derechos y la prueba. De igual forma, si se alega que se realizó un acto de investigación sin que mediara la respectiva orden judicial, tendrá que demostrarse que esta era obligatoria, que la misma no se emitió, y que la evidencia es producto de esa violación de los derechos.

Para establecer si se requería orden judicial o si el acto de investigación estaba sometido a determinados requisitos legales, necesariamente debe precisarse el contenido de la evidencia, pues, a manera de ejemplo, de ello depende el análisis de si una determinada persona tenía expectativa razonable de intimidad frente a la información obtenida, de lo que depende la activación de las salvaguardas constitucionales para la protección del derecho previsto en el artículo 15 de la Constitución Política.

De lo anterior se desprende que el Juez no puede tomar la decisión de exclusión sin que se genere el escenario procesal para adelantar el respectivo debate, porque ello puede afectar gravemente los derechos de la parte que pretende aducir la prueba, o de la que asegura que la misma se obtuvo a través de la violación de derechos fundamentales. Ello no implica, según se anotó, adelantar trámites interminables, contrarios a la rectitud y eficacia de la administración de justicia. Lo que se espera es que el Juez, en ejercicio de sus deberes y atribuciones como director del proceso, propicie un escenario dialéctico garante del debido proceso, célere y sustancial, y tome las decisiones que el ordenamiento jurídico le asigna.

En el anterior contexto, debe aclararse que la defensa tiene la posibilidad de solicitar el descubrimiento de una determinada orden impartida a la policía judicial, cuando ello resulte relevante para analizar la legalidad de los procedimientos y la consecuente posibilidad de excluir las evidencias halladas durante los mismos. Aunque **esas órdenes no constituyen evidencia del tema de prueba del juicio oral** (la responsabilidad penal del procesado), pueden ser trascendentes para discutir la procedencia de la figura prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la defensa tendrá la carga de explicar por qué es importante ese "*descubrimiento*", pues no se puede permitir que la actuación se dilate ante solicitudes carentes de fundamento.

7.1.6. La "Prueba común"

La Sala ha establecido que una parte puede solicitar las pruebas pedidas por su antagonista, siempre y cuando explique por qué resultan pertinentes a la luz de su teoría del caso. Al respecto, ha dejado sentado lo siguiente:

3.1.Un mismo testigo puede ofrecer conocimientos al juez que soporten aspectos relacionados con la teoría del caso de quien la solicitó como también de la parte contraria, evento que legitima para esos supuestos que el declarante sea asumido como propio en lo que concierne al interés del fiscal o de la defensa.

3.2. La Ley 906 de 2004 regula un proceso de partes, esta condición hace que en el sistema acusatorio la práctica probatoria sea rogada.

3.3. La igualdad debe hacerse efectiva a las partes y a los intervinientes, quienes solo podrán materializar su derecho de contradicción si se les permite intervenir en la formación de la prueba. Estas condiciones realizan para aquéllos el principio de igualdad de derechos, facultades y obligaciones (también invocado como "igualdad de armas").

3.4. La Sala no encuentra argumento válido para negar el interrogatorio directo a las partes en la práctica de una prueba común si no es porque existan motivos de rechazo, exclusión, inadmisibilidad, impertinencia, inutilidad o porque se trata de situaciones repetitivas, de hechos notorios o que no requieren prueba (estipulaciones).

Por tanto, ha de admitirse el interrogatorio directo a las partes para un mismo testigo si se refiere a los hechos que dieron origen al proceso penal, a los aspectos principales de la controversia, si se vinculan con situaciones que hagan más o menos probable las circunstancias y la credibilidad de otros medios, si tal interrogatorio no pone en peligro grave o causa perjuicio indebido

a la administración de justicia, si no tiene por objeto generar confusión o no representa un escaso valor probatorio o si no tiene por objeto hacer planteamientos sugestivos, capciosos, en fin si no corresponde a una conducta injustificadamente dilatoria.

3.5. El derecho del fiscal y la defensa respecto de la prueba común desarrolla los fundamentos de los incisos 1° y 2° del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, pues no de otra forma se complementa el derecho que se les reconoce a solicitar "las pruebas que requieran para sustentar su pretensión" y la libertad para ofrecer en la preparatoria los medios que sustenten su teoría del caso y controvertir los allegados al juicio (artículos 373 y 378 ibídem).

3.6. Negarse el interrogatorio directo al fiscal y a la defensa para dejarlo exclusivamente a uno de ellos por haber solicitado el testimonio en primera oportunidad, sin aplicar los criterios que se vienen expresando, lesiona garantías fundamentales del debido proceso, defensa, contradicción, igualdad de oportunidades, así como también menoscaba los principios de celeridad y razonabilidad que deben regir la práctica probatoria.

3.7. Se debe garantizar el derecho al interrogatorio de ambas partes en las condiciones en que se viene registrando porque cada una de ellas tiene su interés por razón de su teoría y le corresponde demostrarla, ese fin particular no se identifica plenamente para el fiscal y la defensa.

3.8. Las reglas de hermenéutica llevan a admitir que ante el silencio o regulación incompleta de la legislación, en este caso la Ley 906 de 2004, hace surgir para el intérprete la facultad de precisar el alcance jurídico de los textos llamados a regular la situación, pero esta no es ilimitada, tanto que la orientación que se asigne a una disposición no puede afectar las garantías de las partes. (CSJSP, 25 Feb. 2015, Rad. 45011, entre otras). .

Cuando una parte solicita las pruebas pedidas por su oponente, es usual que los jueces nieguen la pretensión bajo el argumento de que los temas de su interés podrán ser ventilados durante el contrainterrogatorio. Este tipo de solución es inadecuada, básicamente por dos razones:

Primero, porque si una prueba es pertinente para soportar la teoría del caso, su práctica no puede quedar a merced de la contraparte, a quien le bastaría con renunciar a la misma para evitar el contrainterrogatorio, y, por tanto, de esa forma podría privar a su antagonista de ese medio de conocimiento.

Además, porque el legislador expresamente le asignó finalidades distintas al interrogatorio directo y al contrainterrogatorio. En el artículo 391 estableció que el primero "*se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad del declarante*"; mientras que en el artículo 393 precisó que "*la finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado*". .

Es claro que a través del interrogatorio directo la parte que solicitó la prueba pretende que el testigo le transmita al juzgador lo que percibió "*directa y personalmente*" (Art. 402). Es por ello que en este ejercicio están prohibidas las preguntas sugestivas, capciosas o confusas (Art. 392).

Acorde con la dialéctica propia de los sistemas de tendencia acusatoria, el contrainterrogatorio cumple una finalidad sustancialmente diferente, pues, en esencia, constituye una de las principales herramientas para que la parte ***contra la que se presenta el testimonio*** pueda ejercer a cabalidad el derecho a la confrontación, puntualmente para que pueda ***refutar*** lo que el testigo ha dicho (Art. 393) o ***impugnar*** su credibilidad (Art. 403). Para ello, el legislador le brinda diversas herramientas, entre las que cabe destacar la posibilidad de hacer preguntas sugestivas y utilizar declaraciones anteriores del testigo (ídem).

La Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el sentido y alcance del contrainterrogatorio, con el propósito de resaltar que su finalidad no es otra que refutar lo que el testigo ha dicho o impugnar su credibilidad. Así, en la decisión CSJ SP 696, 25 Ene. 2017, Rad. 44950, explicó que no se puede confundir el uso de una declaración anterior al juicio oral con la finalidad de introducirla como "evidencia sustantiva" (prueba de referencia o "testimonio adjunto"), con la utilización de ese tipo de versiones para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad durante el contrainterrogatorio.

Con antelación (CSJ SP, 31 Agos. 2016, Rad. 43916), estableció algunas reglas sobre el contrainterrogatorio, orientadas a evitar que se desborden los fines dispuestos en los referidos artículos 393 y 403. Dijo:

El artículo 393 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el contrainterrogatorio, dispone que para su ejecución "*se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia de juicio oral*".

Por su parte, el artículo 403 ídem establece que la credibilidad del testigo se puede impugnar, entre otras cosas frente a "*manifestaciones anteriores (...) incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías*".

En el mismo sentido, el artículo 347 establece que las partes pueden aducir al proceso declaraciones juradas de cualquiera de los testigos, y que para hacerlas valer en el juicio como impugnación "*deberán ser leídas durante el contrainterrogatorio*". Allí se aclara que esas declaraciones no podrán "*tomarse como prueba por no haber sido practicadas con sujeción al contrainterrogatorio de las partes*".

Contrario a lo que sucede con la utilización de una declaración anterior como ***prueba*** (puede ser de referencia), el uso de declaraciones anteriores con fines de impugnación no tiene que ser solicitada en la audiencia preparatoria, precisamente porque la necesidad de acudir a este mecanismo surge durante el interrogatorio y está consagrada expresamente en la ley como mecanismo para ejercer los derechos de confrontación y contradicción.

Aunque el ordenamiento procesal permite la utilización de declaraciones anteriores del testigo con el propósito de impugnar su credibilidad, existe el riesgo de que dicha potestad se traduzca en la utilización indebida de ese tipo de versiones para otros fines, bien porque los intervinientes en la audiencia no tengan claridad sobre la manera de utilizar estas herramientas, ora porque se actúe con la intención de lograr la incorporación de pruebas en contravía de la reglamentación legal.

Por tanto, la parte que pretende utilizar una declaración anterior con el propósito de impugnar la credibilidad del testigo debe demostrar que ese uso resulta legítimo en cuanto necesario para los fines previstos en los artículos 391 y 403

atrás referidos, lo que en el argot judicial suele ser denominado como "***sentar las bases***"[17].

En la práctica judicial se observa que las declaraciones anteriores al juicio oral generalmente son utilizadas para demostrar la existencia de contradicciones o de omisiones frente a aspectos trascendentes del relato, con lo que las partes pretenden afectar la verosimilitud del mismo y/o la credibilidad del testigo.

Para evitar que bajo el ropaje de la impugnación de credibilidad, intencionalmente o por error, las partes utilicen las declaraciones anteriores para fines diferentes, por fuera de la reglamentación dispuesta para tales efectos (*verbigracia, para la admisibilidad de prueba de referencia*), para el ejercicio de la prerrogativa regulada en los artículos 393 y 403 atrás citados la parte debe: (i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma[18], sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas.

Más recientemente, analizó los límites que consagra el ordenamiento jurídico para impugnar la credibilidad de un testigo, lo que generalmente ocurre durante el contrainterrogatorio:

---

[17] En varios apartados de este fallo se hace alusión a este concepto, pero en diferentes contextos.

[18] Esto es, que la reconozca como la declaración que rindió antes del juicio, bien porque allí esta su firma, ora por cualquier otra razón que le permita identificarla.

La Sala ha abordado en múltiples oportunidades el derecho a la confrontación como una de las principales expresiones del debido proceso, consagrado en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia (Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), así como en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 y las reglas específicas sobre prueba testimonial (CSJ AP 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

También ha resaltado que el derecho a la impugnación de los testigos es una de las principales expresiones de dicho derecho (ídem).

Sin embargo, como suele suceder, ese derecho no es absoluto, como quiera que también deben considerarse, entre otras cosas, los derechos del testigo, que comparece al proceso para cumplir su deber de colaborar con la administración de justicia.

En todo caso, el proceso penal no se puede convertir en un escenario para cuestionar cualquier aspecto de la personalidad del testigo, sus gustos, preferencias, etcétera, más allá de lo estrictamente necesario para permitirle a la defensa (o, en su caso, a la Fiscalía) impugnar su credibilidad.

En la Ley 906 de 2004, el legislador reguló esa temática de la siguiente manera:

Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

1. *Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.*
2. *Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.*

3. *Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.*
4. *Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencia ante el juez de control de garantías.*
5. *Carácter o patrón de conducta del testigo* ***en cuanto a la mendacidad***[19].
6. *Contradicciones en el contenido de las declaraciones.*

Es evidente la intención del legislador de permitir cuestionar el carácter o patrón de conducta del testigo, sólo en lo atinente a su mendacidad, precisamente porque el juicio no puede convertirse en un escenario para cuestionar los gustos, las tendencias u otros aspectos de la personalidad del declarante (CSJ AP, 8 Feb. 2017, Rad. 49405).

Por tanto, si una de las partes (en este caso la defensa) pretende utilizar los testigos de la otra (la Fiscalía) ***para sustentar su teoría del caso***, está facultada para solicitar la práctica de la prueba testimonial. En tal evento, debe asumir las respectivas cargas argumentativas, entre las que cabe destacar la explicación de pertinencia, a la luz de su particular teoría del caso.

Lo anterior sin perjuicio de la obligación que tiene el Juez de evitar la dilación del proceso, lo que bien puede suceder porque una de las partes pretenda que el testigo se pronuncie varias veces sobre un mismo tema. Por ello, cuando las partes solicitan un mismo testimonio para que le lleve al juez el conocimiento sobre un mismo aspecto (lo

[19] Negrillas fuera del texto original.

que bien puede suceder, por ejemplo, cuando pretendan realizar inferencias diferentes a partir de una misma situación fáctica), se deben ejercer los controles inherentes a la dirección del proceso, para evitar situaciones contrarias a la recta y eficaz administración de justicia. .

7.1.7. El Juez, como director del proceso

La Sala ha reiterado que el Juez, como director del proceso,

> *[t]iene el deber de velar porque los fines de la audiencia se cumplan con la mayor celeridad y con respeto de los derechos de las partes e intervinientes (Art. 10 de la Ley 906 de 2004), evitando en todo caso "excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia" (Art. 27 ídem). Igualmente, debe cumplir los deberes dispuestos expresamente en el artículo 139 de la misma normatividad, especialmente lo que atañe a "evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes y superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos", sin perjuicio de las demás obligaciones inherentes a su rol.*
>
> *De lo anterior depende que las audiencias cumplan los fines para los que están previstas, en el menor tiempo posible, con plenas garantías para las partes e intervinientes, presupuestos indispensables para que la ciudadanía pueda acceder a una justicia pronta y eficaz. No en vano el legislador hizo alusión a estos aspectos en varias normas rectoras de la Ley 906 de 2004 y lo reiteró a lo largo de su articulado.*
>
> *Así, cualquier cambio al orden que debe tener la audiencia según la ley y la jurisprudencia, y principalmente, cualquier decisión*

que afecte la celeridad del trámite, deben estar debidamente justificados, como quiera que afectan la posibilidad de que los casos se resuelvan con prontitud, con los costos de todo orden que ello implica (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, entre otras).

Para garantizar la celeridad del trámite, el Juez tiene el deber de controlar las intervenciones de las partes, en orden a que solo se refieran a los aspectos pertinentes y se abstengan de repeticiones innecesarias. Al efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho al debido proceso no abarca la posibilidad de referirse a temas impertinentes, realizar discursos repetitivos e interminables o pretender trastocar el orden del proceso, como cuando en la audiencia preparatoria se expresan argumentos sobre la responsabilidad penal (como ha sucedido en la audiencia objeto de análisis, según se precisará más adelante).

Igualmente, el Juez debe solicitar las aclaraciones que considere necesarias, en orden a contar con los elementos de juicio suficientes para tomar las decisiones atinentes a cada fase de la actuación y, principalmente, para garantizar, en cuanto sea posible, que el tema de prueba sea suficientemente decantado, que exista la mayor claridad sobre las pruebas que se harán valer en el juicio y sobre la forma como las mismas serán presentadas (cuando ello resulte necesario, como cuando se deben usar medios tecnológicos, se pretende aducir documentos voluminosos, etcétera).

7.2. EL ANÁLISIS DEL CASO SOMETIDO A CONOCIMIENTO DE LA SALA

Según se indicó en precedencia, durante la audiencia de acusación se acordó que en los días subsiguientes la Fiscalía le entregaría a la defensa la información referida en el escrito de acusación.

La manera como la Fiscalía estructuró el escrito de acusación permitía avizorar dificultades, porque en lugar de referirse puntualmente a cada documento, testimonio, dictamen pericial o evidencia física, decidió relacionar los informes de policía y, a partir de los mismos, hizo una relación de la información que fue anexada a los mismos, entre entrevistas a los testigos, discos compactos contentivos de conversaciones telefónicas, análisis a las comunicaciones interceptadas, etcétera. Por ejemplo, en el informe rotulado con el número 5, dijo:

> *Informe del 12/11/14 suscribe PT YULLY ANDREA MOJICA ESPAÑA y PT ELKIN FABIÁN BARÓN, anexos: oficios de respuesta C20141027-4606 de fechas 27 de octubre de 2014 de la Secretaría de la Movilidad en dos folios, un oficio de respuesta 0402014EE08354 de fecha 27 de octubre de 2014 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla la cual anexa seis folios de matrícula inmobiliaria, oficio de Cámara de comercio en tres (3) folios, oficio Nro. UL 00004467 de Secretaría Distrital de Movilidad Barranquilla en un folio.*

Hizo lo mismo con los otros 22 informes incluidos en el acápite intitulado "*descubrimiento probatorio*", a los que supuestamente fueron anexados un gran número de documentos de todo orden, elementos físicos, entrevistas, etcétera.

Según se indicó en el numeral 3, al inicio de la audiencia preparatoria la defensa solicitó la exclusión de prácticamente todas las pruebas relacionadas por la Fiscalía, bien porque lo descubierto no coincide con lo enunciado (lo que nunca se aclaró suficientemente), o porque algunos elementos no fueron entregados. Sobre esto último, las partes se hicieron imputaciones mutuas y mencionaron las "*pruebas*" que les servían de soporte a las mismas.

Ante esa situación, que se reiteró a lo largo de la audiencia preparatoria (que comenzó en abril y terminó en diciembre), el Tribunal: (i) no ejerció su rol de director del proceso, para garantizar que el descubrimiento se perfeccionara; (ii) se limitó a decir que la solución de esta problemática dependía de la "*buena voluntad*" de las partes para ponerse de acuerdo; (iii) omitió constatar lo que realmente sucedió, a partir del análisis de las evidencias ofrecidas por las partes; (iv) no resolvió en esa fase de la actuación la reiterada solicitud de exclusión presentada por la defensa, sin que pueda pasar inadvertido que la delegada del Ministerio Público también se refirió al déficit del descubrimiento realizado por la Fiscalía; y (v) al resolver sobre las solicitudes probatorias de las partes, sin haber tomado previamente una decisión sobre el mencionado rechazo, hizo una mención tangencial a la problemática del descubrimiento probatorio, pero, finalmente, no tomó una decisión al respecto.

En síntesis, el Tribunal resolvió sobre las solicitudes probatorias de las partes, sin tomar una decisión frente a la solicitud de rechazo presentada por la defensa, la que tampoco obtuvo una expresa respuesta en el auto objeto de apelación. Al respecto, no es de recibo lo que afirmó en el sentido de que *"esta presidencia no ve cómo resolver de momento la situación en cuanto se pueda calificar de incompleto el descubrimiento"*, pues era al Tribunal, como director del proceso, a quien le correspondía tomar las decisiones procedentes. En el mismo sentido, tampoco es aceptable su ambivalencia en el auto impugnado, en cuanto expresó que "*no puede decirse que procede es el rechazo de esa solicitud documental, máxime que, hay sendas constancias de lado y lado en la que se atribuyen la responsabilidad de la no entrega o el no recibimiento de lo que ahora se extraña*".

A la solicitud de exclusión presentada por la defensa también se le imprimió un trámite irregular. En efecto, el Tribunal decidió excluir los "*pantallazos del Sistema Octopus*", sin adelantar las constataciones a que se hizo alusión en el numeral 7.1.5, al punto que no se tiene claridad sobre el contenido de esos documentos, lo que, por razones obvias, impide establecer si se requería orden judicial (por ejemplo, porque alguna persona realmente tuviera expectativa razonable de intimidad frente a esa información). La decisión se tomó a partir de la escueta referencia que la Fiscalía hizo de esa evidencia en el escrito de acusación, sin que se hubiera generado el espacio procesal para cumplir los objetivos analizados en el acápite en mención.

En efecto, lo único que se conoce de esa evidencia es que corresponde a los "pantallazos" ya referidos y que consta de nueve folios. Se ha planteado que fue obtenida de una base de datos, pero no se allegaron elementos para establecer: (i) si corresponde a ese tipo de almacenamiento de información, en los términos referidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-336 de 2007; (ii) cuál es el contenido de la información "*almacenada*" por la Fiscalía; (iii) de qué forma podría resultar afectada la intimidad o cualquier otro derecho fundamental de alguna persona por el hecho de que el ente instructor haya accedido a esos "pantallazos"; etcétera.

En suma, para tomar una decisión tan compleja no se atendieron los parámetros constitucionales y legales, a que se hizo alusión en el numeral 7.1.5. Además, no se tomaron las medidas necesarias para establecer la procedencia de la solicitud presentada por la defensa, atinente al descubrimiento de las órdenes impartidas a la policía judicial, según lo que se analizó en el mismo acápite.

De otro lado, en lugar de analizar la pertinencia (y, de ser el caso, la conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas por la Fiscalía), el Tribunal tomó como referencia los 23 informes relacionados por el Fiscal en el escrito de acusación, en los que se incluyeron anexos de todo orden, Ello generó indeterminación en algunas de las pruebas decretadas, como sucede, a manera de ejemplo, con el informe policial rotulado con el número cinco, al que se hizo

alusión en párrafos precedentes. Al respecto, el juzgador de primera instancia concluyó:

> *De manera genérica, si se quiere, la Fiscalía ha sostenido que este informe está compuesto por las respuestas allegadas desde distintas entidades estatales y/o dependencias de las mismas, las cuales debe decirse desde ya que se presumen auténticas y, según dijo el representante del ente acusador,* ***están en sintonía con el programa metodológico y la correlativa orientación investigativa que ya conoceremos en su teoría del caso*** *y las resultas del juicio oral el éxito o fracaso del mismo; y, no por la sospecha de que resulte "evidente" esta solicitud, es mejor y más recomendable aceptar tal solicitud, en consecuencia se admite y se decreta.*

Este argumento del Tribunal amerita dos comentarios:

Primero, es claro que decretó pruebas notoriamente indeterminadas. Para llegar a esta conclusión, basta con recordar los anexos de dicho informe: (i) "*oficios de respuesta C20141027-4606 de fechas 27 de octubre de 2014 de la Secretaría de la Movilidad en dos folios*"; (ii) "*un oficio de respuesta 0402014EE08354 de fecha 27 de octubre de 2014 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla la cual anexa seis folios de matrícula inmobiliaria*"; (iii) "*oficio de Cámara de comercio en tres (3) folios*"; y (iv) "*oficio Nro. UL 00004467 de Secretaría Distrital de Movilidad Barranquilla en un folio*". En todos esos casos se desconoce en qué consiste la prueba, pues no se precisa si se trata de los oficios a través de los cuales las referidas entidades remitieron la información (aunque se habla de

folios anexos), o si está constituida por los anexos, de los que no se sabe prácticamente nada.

En segundo lugar, debe recordarse que el estudio de la pertinencia de una prueba, de lo que depende en buena medida su admisibilidad, no tiene como referente el programa metodológico, sino los hechos que hacen parte del tema de prueba, tal y como se ha indicado a lo largo de esta decisión.

En el mismo sentido, el Tribunal, a partir de lo expresado por la Fiscalía, se refirió a documentos atinentes a las inspecciones practicadas a varios procesos penales, pero no aclaró si lo decretado como prueba se reduce al informe de quienes practicaron la inspección, o si durante el procedimiento se obtuvo otra información, que constituya la verdadera prueba, y que, por tanto, debió someterse al trámite de descubrimiento, explicación de pertinencia, decreto, etcétera.

En cuanto a la "*prueba común*" solicitada por la defensa (varios testimonios que habían sido pedidos por la Fiscalía), se observa que el Tribunal, como director de la audiencia, no pidió precisar en qué eventos la pretensión de esta parte se contrae a impugnar la credibilidad de los testigos (lo que se avizora, por ejemplo, frente al testimonio de Johana Maritza Aguirre Navia), y en cuáles los testimonios serían utilizados para sustentar su teoría del caso.

Ante esa falta de claridad, el Tribunal decidió decretar esos 10 testimonios solo para la Fiscalía, bajo el entendido de que la defensa tendría oportunidad de realizar el contrainterrogatorio. Ello, a pesar de haber dado por sentado que esas pruebas son pertinentes a la luz de las teorías factuales expuestas por ambas partes. Por ejemplo, frente al testimonio de EDILSON ENRIQUE OVIEDO ORTIZ, el Tribunal concluyó:

> *Cuentan las partes que, en su calidad de policía judicial DIJIN realizó unas pesquisas investigativas cuyo resultado, independientemente*
> *de su sentido aportarían elementos importantes para el rol que tiene cada sujeto en contienda.*
>
> *Es decir, al revisar los EMP, EF e ILO que obran en la actuación es innegable que hubo numerosas órdenes dentro de lo que hizo parte del plan metodológico de la Fiscalía y las resultas de las mismas,* ***son relevantes tanto para el ente acusador como para la defensa****, pues se puede afirmar o infirmar los cargos endilgados, decir, (sic) en qué participó en la investigación y que (sic) conclusiones obtuvo.*
>
> *En consecuencia,* ***se admite y se decreta su práctica, como testigo de la Fiscalía, y se deniega para la defensa***[20].

Esta forma de proceder, contraría lo expuesto en el numeral 7.1.6 sobre el tratamiento de la denominada "*prueba común*".

En términos generales, el estudio de pertinencia no se realizó a la luz de los temas que integran el tema de prueba,

[20] Negrillas fuera del texto original.

lo que impidió, entre otras cosas, analizar la utilidad de los medios de conocimiento, en los términos del artículo 376 de la Ley 906 de 2004, ni tener en cuenta conceptos tan importantes como el de mejor evidencia. Por ejemplo, frente al delito de fraude procesal se consideró relevante la demostración de los argumentos expuestos por el fiscal MOLANO ROJAS ante el juez de control de garantías y, para tales efectos, se decretó como prueba el registro de la audiencia y el testimonio del juez que la presidió, sin que se haya aclarado por qué el registro no resulta suficiente para establecer cuáles fueron los argumentos presentados en esa ocasión por el procesado.

En el mismo sentido, en la acusación se incluyeron varios cargos por prevaricato, sin que se haya indicado cuáles son las pruebas de los elementos de juicio con que contaba el procesado para resolver sobre la procedencia de la interceptación de comunicaciones, según los parámetros establecidos en el numeral 7.1.1.2.

En lugar de hacer esa depuración, se decretaron como prueba buena parte de los informes referidos por la Fiscalía en el escrito de acusación, bajo la aclaración de que se admitirían solo sus anexos, los cuales, según se ha resaltado, no fueron identificados con precisión.

Por demás, debe aclararse que la audiencia preparatoria se ha diferido en el tiempo, entre otras cosas porque los intervinientes han presentado discursos repetitivos e imprecisos, donde se ha hecho evidente la

confusión de los conceptos más relevantes de esta fase de la actuación (pertinencia, conducencia y utilidad), y la defensa ha orientado su intervención a cuestionar la preparación del caso por parte de la Fiscalía y a explicar por qué MOLANO ROJAS no es penalmente responsable, lo que tiene como escenario de verificación el juicio oral.

En síntesis, la Sala advierte lo siguiente: (i) tiene razón la defensa en cuanto afirma que el Tribunal omitió resolver la solicitud de rechazo, por indebido descubrimiento, presentada al inicio de la audiencia preparatoria; (ii) esa situación se extendió a lo largo de la audiencia –a pesar de que tuvo varias sesiones- y abarcó el auto a través del cual se resolvió sobre las solicitudes probatorias de las partes; (iii) sin perder de vista que esa decisión era presupuesto de los otros pasos de la audiencia preparatoria, como lo advirtió en su momento la delegada del Ministerio Público, la omisión del Tribunal acarreó la violación del derecho de defensa, en cuanto no se constató que MOLANO ROJAS y su apoderado judicial conocen las pruebas que la Fiscalía pretende hacer valer en el juicio, y tuvieron acceso a la otra información que debió ser descubierta, de la que, incluso, podrían servirse para sustentar su hipótesis factual; (iv) lo anterior se acentúa por la forma equivocada como la Fiscalía relacionó las pruebas en el escrito de acusación, pues se refirió a 23 informes policiales y a sus respectivos anexos, algunos de los cuales no fueron identificados; (v) todo esto dio lugar a que el Tribunal, al decretar las pruebas que se practicarían en el juicio, tomó como referencia los mismos informes, se refirió de forma genérica

a los anexos, sin precisar en qué consiste cada uno de ellos, bajo el entendido de que por estar agrupados en un informe no se convierten en una sola evidencia; y (vi) en consecuencia, no se tiene claro si la defensa podrá ejercer el control que le corresponde durante la incorporación de los documentos y demás evidencias físicas, pues ello, según se anotó, depende en buena medida del adecuado descubrimiento probatorio.

Sumado a lo anterior, no se le dio el trámite adecuado a la solicitud de exclusión presentada por la defensa, y se optó por aplicar la sanción prevista en los artículos 29 de la Constitución Política y 23 de la Ley 906 de 2004, sin generar el escenario procesal orientado a constatar la supuesta violación de derechos o garantías fundamentales, el nexo causal de esa irregularidad con las pruebas cuya exclusión se pretende, etcétera.

Lo anterior, sin perjuicio de las otras irregularidades del trámite, descritas en los párrafos precedentes.

Por tanto, se decretará la nulidad de lo actuado desde el inicio de la audiencia preparatoria, a partir del momento en que la defensa hizo alusión al deficitario descubrimiento por parte de la Fiscalía y solicitó el consecuente rechazo, para que el Tribunal ajuste el trámite a los parámetros constitucionales y legales analizados a lo largo de este proveído y tome las decisiones que le corresponden para que el juicio oral esté suficientemente decantado. Para tales efectos, deberá cumplir rigurosamente sus funciones de director del proceso, para evitar que la audiencia

preparatoria, que debe tener una corta duración si el debate se limita a los temas pertinentes y se evitan repeticiones innecesarias en los discursos, se agote en el menor tiempo posible.

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

RESUELVE

Decretar la nulidad de lo actuado durante la audiencia preparatoria, a partir del momento en que la defensa se refirió al indebido descubrimiento por parte de la Fiscalía y presentó la consecuente solicitud de rechazo.

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

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

PERMISO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria