

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

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

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado ponente

AP5911-2015
Radicación No. 46109
(Aprobado Acta No. 356)

07-10-15

Bogotá, D.C., ocho (08) de octubre de dos mil quince
(2015).

VISTOS:

Se pronuncia la Corte respecto del recurso de apelación presentado por la defensa en contra de la decisión proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán en el curso de la audiencia de juicio oral realizada el 25 de marzo del año en curso, en el proceso que se sigue a MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA por los delitos de

falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción.

HECHOS:

A través de denuncia anónima recibida en la Contraloría General de la República y que luego se envió a la Fiscalía General de la Nación, se dieron a conocer actos irregulares que presuntamente cometieron varios funcionarios de la administración municipal de Caloto (Cauca), asunto que le correspondió tramitar a la Fiscal 1ª Seccional de esa localidad, MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA, quien mediante resolución del 17 de septiembre de 2007, dispuso iniciar investigación previa contra CARLOS ALBERTO TORRES LUNA, quien fungía para la época del acontecer como alcalde del referido ente territorial, por las conductas punibles de celebración indebida de contratos, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por apropiación.

Abierta la instrucción y vinculada a la misma TORRES LUNA, BERNARDO TORRES SANTACRUZ y MELISSA MARÍA MOSQUERA DAZA, la Fiscal resolvió la situación jurídica con resolución del 29 de marzo de 2008, en la que se abstuvo de afectar la libertad de los procesados; no obstante haber informado a la Dirección Seccional de Fiscalías, mediante oficio del día 28 del mismo mes y año, que se había

impuesto medida de aseguramiento de detención preventiva a todos los acusados.

La anterior situación condujo a que se iniciara una averiguación por parte de funcionarios del ente investigador, en torno al motivo de esa contradicción, advirtiéndose que la providencia donde se abstuvo de afectar la libertad de los sindicatos carecía de motivación, razón por la cual se dio inicio al presente proceso penal con el objeto de establecer la posible conducta punible en que pudo incurrir la funcionaria al momento de proferir la referida decisión.

ANTECEDENTES:

1. Como consecuencia de la mencionada investigación, se cumplió el trámite de las audiencias preliminares, luego de lo cual el delegado de la Fiscalía General de la Nación, presentó el 1º de abril de 2013, ante el Tribunal Superior de Popayán escrito de acusación contra la doctora MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA por los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción.

2. El 4 de septiembre de 2013, se cumplió ante el Tribunal Superior de Popayán, la audiencia de formulación de acusación por los delitos ya reseñados, señalándose

fecha para la realización de audiencia preparatoria, la cual fue reprogramada al presentar la defensa solicitud de preclusión.

3. Denegada tal pretensión defensiva, se desarrolló el 14 de mayo de 2014 la audiencia preparatoria del juicio oral en la que se resolvió sobre la práctica de las pruebas; decisión contra la cual se interpusieron los recursos ordinarios, siendo revocada parcialmente por esta Colegiatura en proveído del 30 de julio de ese mismo año, en el sentido de admitir la práctica de los medios de conocimiento solicitados por el ente acusador.

4. En desarrollo de la audiencia de juicio oral, en sesión del 24 de marzo de 2015, cuando se estaban practicando las pruebas de la Fiscalía, la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Popayán llamó a declarar a la Doctora CLARA INÉS CASAS DE MATA, momento en el que el defensor, en uso de la palabra, se opuso a la práctica de ese testimonio, argumentando que el a quo había «omiti[do] decret[ar] dicha prueba durante la audiencia preparatoria»¹.

¹ Y en tal sentido acotó el defensor: «la decisión del Tribunal fue exclusivamente en relación con la incorporación del oficio más no del testimonio, y aquí no se puede pensar que esa declaración que iría a rendir la doctora CASAS en este momento, habría sido implícitamente decretada, porque en este sistema en relación con pruebas, sobre todo en cuanto a decreto, admisión, rechazo y exclusión, debe ser absolutamente clara la decisión que se adopte. En síntesis, el Tribunal omitió pronunciamiento sobre la práctica del testimonio de la doctora aquí presente, sin que sea este el escenario para enmendar errores, corregir omisiones».

5. Al día siguiente, luego de que la Colegiatura evocara los razonamientos expuestos en la audiencia precedente, consideró que no le asistía razón a la defensa para oponerse a la práctica del referido testimonio. La defensa inconforme con la referida decisión proferida y notificada en estrados, interpuso recurso de apelación, negando el *a quo* su procedencia mediante auto del 25 de marzo del año que avanza, proveído contra el que, a su vez, el defensor formuló la queja que esta Colegiatura resolvió el pasado 29 de abril, concediendo en efecto suspensivo la alzada y ordenando devolver la presente actuación al Tribunal de origen para que se surtiera el trámite señalado en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004.

6. El 25 de mayo de la presente anualidad, el abogado defensor sustentó el referido recurso de apelación ante la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán, el cual ahora procede la Corte a resolver.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

Tras evocar los razonamientos expuestos al momento de resolver las solicitudes probatorias presentadas por las partes procesales, el Tribunal consideró que no asistía razón a la defensa para oponerse a la práctica del testimonio de CLARA INÉS CASAS DE MATA, toda vez que en los registros de audio de la audiencia preparatoria se logra evidenciar que en el momento en que se aludió al documento suscrito por la ex Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, estaban resolviendo el acápite de

pruebas testimoniales peticionadas por la Fiscalía, requerimientos que despachó en el mismo orden y de la misma forma en que le fueron peticionados. Preciso al respecto el a quo:

« se verificó a partir del minuto 23:19 que la Sala se encontraba en el acápite de las pruebas testimoniales... en relación con la prueba testimonial pedida por la Fiscalía, la Sala señaló cada una de las personas que debían comparecer... inició con el testimonio de la señora LILIA CONSUELO ORTEGA PLAZA, seguidamente, LUZ AMPARO JIMENEZ PENAGOS, JUAN CARLOS VINAZCO GARCIA, JAIME JAVIER MARTÍNEZ, y en el minuto 25... se habla del documento DSF 0836... que sería introducido por la Directora de Fiscalías de Popayán CLARA INÉS CASAS DE MATA el documento del 10 de abril de 2008. Inclusive se dijo, que ese testimonio era importante porque ella conoció todo lo ocurrido en este caso, al ser la superiora ante quien se rindieron los diversos informes.»²

Finalmente, la Corporación de instancia indicó que en sede de audiencia preparatoria no medió discusión alguna por parte del abogado defensor acerca de la solicitud de la referida prueba testimonial, por lo que la pretensión del recurrente resulta infundada.

LA IMPUGNACIÓN:

Luego de hacer una lectura detallada de la transcripción del auto de decreto de pruebas emitido el 16 de febrero de 2015 por la Sala de Decisión Penal del

² Minutos 4:43 a 13:01 del record No.3 de la sesión del juicio oral realizada el 25 de marzo de 2015.

Tribunal Superior de Popayán, la defensa plantea los siguientes problemas jurídicos:

«Primero, ¿El tribunal superior de Popayán decretó en la única oportunidad legal, por no ser prueba sobreviniente, el testimonio de la doctora Clara Inés Casas de Mata solicitado por la Fiscalía?»

Segundo, ¿Puede practicarse en el juicio oral un testimonio que, sin ser prueba sobreviniente, no se decretó por el fallador en la audiencia preparatoria?»

Tercero, ¿En la sistemática actual puede entenderse decretada tácita o implícitamente una prueba testimonial?»

Seguidamente, destacó que la única referencia que se hizo en tal proveído «a la doctora CLARA INÉS CASAS DE MATA» estuvo dirigida a denotar la importancia del oficio que ésta suscribió en calidad de Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, «por tratarse del documento a través del cual se dieron a conocer los hechos que hoy son materia de juzgamiento³».

³ «Obsérvense los siguientes aspectos: Uno, que ni siquiera se alude al testimonio de la doctora CASAS DE MATA. Dos, que se destaca en la propia grabación que lo que se decreta es (a) la comunicación de abril 10 de 2008 o (b), que es lo mismo, el oficio DSF-00836 del 10 de abril de 2008. Tres, que al resaltarse que es importante, no el testimonio porque no se alude a este, debe entenderse que lo importante es la comunicación, el reseñado oficio porque es a éste medio de prueba al que se está haciendo referencia. Y si bien se precisa y destaca la importancia porque conoció de los hechos hoy materia de juzgamiento, eso no significaba o no impidió, como lo fue, que ese conocimiento se transmitiera al Director Nacional de Fiscalías a través de la mencionada comunicación u oficio, siendo tan trascendente, que fue con base en ese documento que el superior ordenó la apertura de investigación contra la fiscal Hidalgo Poveda. En ello radicaba la importancia que señala y destaca el Tribunal.» - Afirmó el defensor al momento de sustentar el recurso de apelación en audiencia celebrada para ese fin el 25 de mayo de 2015.-

Bajo ese mismo razonamiento refuta el argumento presentado por el *a quo*, atinente a que su pronunciamiento se realizó en el mismo orden y de la misma manera en que la Fiscalía presentó sus peticiones, llamando la atención a que desde el escrito de acusación los dos medios de prueba fueron escindidos, lo cual se replicó al momento de realizar las solicitudes probatorias, pues en dichos momentos procesales dispuso el ente acusador que el oficio DSF 0836 del 10 de abril de 2008 sería introducido por su investigador y no por quien lo suscribió; lo que en efecto aconteció en la sesión del juicio oral del pasado 24 de marzo, cuando ese documento fue ingresado por el policía judicial JAIME JAVIER MARTÍNEZ⁴.

Conforme a esa perspectiva, el impugnante alega que la negativa del *a quo* de aceptar que omitió pronunciarse respecto de tal solicitud probatoria del ente acusador, es equivalente al «*decreto tácito o implícito de pruebas*», pues so pretexto de que «*su intención] estaba encaminada a autorizar la práctica de dicha prueba testimonial*⁵», ordena se

⁴ «Cuatro, nótese como la introducción de tal documento se anunció por la Fiscalía que se haría a través de policía judicial, como en efecto lo fue, hoy evidencia No 9 de la Fiscalía. Lo que permite destacar aún más la escisión que de los dos medios de prueba efectuó el acusador, anunciada desde el propio escrito de acusación. Ni siquiera para la introducción de tal documento se solicitó ni lo requería el acusador el mencionado testimonio, la mejor demostración de esta afirmación estriba en que tal documento ya es parte del proceso, es una verdadera prueba y fue introducido a través de un miembro de policía judicial.» Afirmó el defensor al momento de sustentar el recurso de apelación en audiencia celebrada para ese fin el 25 de mayo de 2015; minuto 10:49 y s.s.

⁵ «Aquí no hay campo a considerar que en dirección a su autorización de practicarla estaba encaminada la intencionalidad del tribunal, como que sencillamente se decreta o no. Tampoco procede invocar lo que el magistrado sustanciador haya anotado en sus apuntes personales, como quiera que ellos son de su exclusivo uso. No trascienden a la audiencia a menos que, no es este el caso, los mismos sirvan de sustento al pronunciamiento a efectuar y así se hagan saber. Mientras tanto no son más que notas personales propias de la actividad del juez o del ponente según el caso.» - *Ibidem*-.

reciba «un testimonio que, sin ser prueba sobreviniente, no se decretó por el fallador en la audiencia preparatoria»⁶

INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES:

Fiscalía

El delegado del ente acusador arguye que el Tribunal respondió sus solicitudes probatorias en el mismo orden en que fueron por él peticionadas, de tal forma que cuando la Corporación de instancia hizo referencia, por segunda vez, al «oficio DSF-00836 del 10 de abril de 2008»⁷, debe entenderse que estaba dilucidando lo atinente a la prueba testimonial relacionada con ese documento, esto es, escuchar a la Doctora CLARA INÉS CASAS DE MATA, máxime cuando en un momento precedente de la audiencia preparatoria, en el acápite de las pruebas documentales a practicarse en juicio oral, ya había aceptado el ingreso del mismo.

Seguidamente, cita apartes de la decisión proferida por ésta Corporación el 20 de marzo de 2013 bajo el radicado 39516, afirmando que resultan aplicables los criterios establecidos en ese proveído al caso sub judice, referente a que «el acto probatorio es complejo», motivo por el cual bastaría verificar que él, en calidad de representante de la Fiscalía General de la Nación para el presente asunto,

⁶ Ibidem.

⁷ Minuto 23:13 de la sesión de la audiencia de juicio oral del 25 de mayo de 2015.

cumplió con el deber de descubrir, enunciar y solicitar tanto el oficio DSF 0836 del 10 de abril de 2008 como el testimonio de la ex Directora Seccional de Fiscalías, para inferir que se decretó esa prueba testimonial por el Tribunal cuando a una de ellas hizo referencia al momento de resolver sus solicitudes probatorias, pese a no haber empleado la expresión: «*Decrétese*», por tratarse de un «*tecnicismo extremista*» propio de un «*rigor formalista*».

En orden a dar solidez a sus argumentos, aduce que en «*la hoja diez (10) del acta de la audiencia preparatoria, se puede observar que el Tribunal aceptó se hiciera uso de la entrevista rendida por CLARA INÉS CASAS DE MATA*», lo cual, corroboraría que se ordenó practicar el referido testimonio, pues, afirma, que solo en los eventos en que se ha decretado la prueba testimonial se torna admisible «*que una entrevista pueda ser llevada a juicio oral... para efectos de refrescar memoria*»⁸.

Conforme a esa tesis, alega que la defensa carece de legitimidad para impugnar dicha decisión, pues así lo dijo la Corte el 8 de octubre de 2014 (radicado 44683) y el 20 de marzo de 2013 (39516), proveídos que, considera, resolvieron problemáticas similares a la planteada en el caso subexamine, referente a la no procedencia del «*recurso*

⁸ Expresó así su disertación el Fiscal: «*¿Cuándo se acepta que una entrevista, que es información legalmente obtenida, pueda ser llevada a juicio oral? Solamente si se decretó la prueba testimonial, de resto no. Allí está el entendido de que la Corporación sí decreto la prueba testimonial.*» Minuto 34:31 de la sesión del juicio oral llevada a cabo el pasado 25 de mayo.

de apelación contra la determinación que ordena la práctica o incorporación de pruebas en el juicio... cuando han sido solicitadas por las partes», pues afirma :«no puede sentirse agraviado aquel a quien la providencia ha beneficiado».

Finaliza su intervención solicitando se confirme la decisión del Tribunal de ordenar la práctica del testimonio de la ex Directora Seccional de Fiscalías de Popayán.

El Ministerio Público

El Procurador afirmó que la discusión sobre la prueba de cargo en el presente caso, relativa a si se decretó o no el testimonio de CLARA INÉS CASAS DE MATA, *«tiene una trascendencia académica de primer orden»* porque se trata de *«un sistema rogado, en el que los intereses de las partes, básicamente, se resuelven a través de las pruebas».*

En su criterio, en el subexamine, se presentó una confusión por parte de la judicatura al momento de decretar las pruebas de cargo, ya que *«no basta con que la Fiscalía descubra... enuncie y solicite... para que se pueda afirmar que su petición probatoria ya es una prueba decretada»*, habida cuenta que:

«Quien solicitó debe ser el primero que debe estar pendiente para aclarar su solicitud, pues precisamente para ello

se le corre traslado... Y, entonces, si [ante el interrogante:] ¿se decretaron las pruebas que solicitó, en la forma en que las solicitó? Guarda silencio [el peticionario], se entenderá que sí se decretaron como él las pidió.»

Igualmente, señaló que la defensa se encontraba legitimada para impugnar la decisión proferida por el Tribunal, en la medida en que se trataba del «*decreto de una prueba solicitada por la fiscalía*», respecto de la cual pareciera asistirle *especial interés* de que no se practique, máxime cuando es con fundamento en esa prueba que se va a demostrar la teoría del caso de la Fiscalía o, contrario *sensu*, se dejará sin valor.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Sala es competente para resolver el presente recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

Como quiera que el asunto medular de la impugnación se contrae a cuestionar la orden emitida por el Tribunal de practicar una prueba en el juicio oral, que no fue decretada en audiencia preparatoria y sin que la misma tenga la calidad de sobreviniente, considera la Sala necesario hacer un breve análisis de los siguientes aspectos procesales, en

orden a dar respuesta al problema jurídico planteado por el recurrente:

(i) Del principio de igualdad de armas en el proceso penal.

La Ley 906 de 2004 se encuadra dentro de una perspectiva acusatoria, regida, entre otros, por el principio adversarial, en la cual se reclama respeto integral por las posibilidades de contradicción y controversia, en el denominado «proceso de partes».

Bajo esta perspectiva, el legislador dispuso en los artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del referido compendio normativo, un procedimiento de depuración probatoria que debe llevarse a cabo en la audiencia preparatoria, en el cual las partes (Fiscalía y defensa) e intervinientes procesales (Ministerio Público y víctima) a más de dirigir sus solicitudes a la admisión de las evidencias que pretenden sean sometidas a contradicción en la audiencia de juicio oral, peticionan la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de las postuladas por su contradictor, en este último evento, ya sea por considerarlas impertinentes, inútiles, repetitivas o por estar encaminadas a probar hechos notorios⁹.

⁹ En ese mismo sentido: CSJ, AP del 22 de junio de 2011, radicado 36611; AP del 26 de febrero de 2014, rad. 43176; AP del 13 de junio de 2012, rad. 36562; AP del 8 de mayo de 2014, rad. 43481.

En este contexto de debate dialéctico, los roles de quienes intervienen en audiencia preparatoria estarán plenamente definidos; así, la Fiscalía peticionará la práctica de las pruebas que estén dirigidas a sustentar la acusación y la necesidad de la pena; las víctimas las que conduzcan a demostrar la responsabilidad penal del acusado¹⁰ y, excepcionalmente, el Ministerio Público, solicitará la práctica de aquellas que no habiendo sido requeridas por las partes, pudieran tener esencial influencia en el resultado del juicio. Por su parte, la defensa solicitará se admitan las evidencias que confutan las allegadas por el acusador y, por ende, confirman su inocencia o atenúen su situación jurídica.

Así, entonces, el ritual de la audiencia se desarrollará entre la solicitud de pruebas que hagan las partes en orden a demostrar sus pretensiones; las cuales deben reunir tres exigencias para considerárseles admisibles: (i) que se refieran directa o indirectamente a los hechos de la acusación – pertinencia-; (ii) que se requieran para el juicio oral – utilidad- , y (iii) resulten legalmente obtenidas o recolectadas.

Esa carga argumentativa que se le impone cumplir a las partes procesales, con el fin de que sean acogidas sus peticiones probatorias por el funcionario judicial, cumple

¹⁰Corte Constitucional, sentencias C-454 de 7 de junio de 2006: «declarará la constitucionalidad condicionada del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que los representantes de las víctimas, pueden hacer solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.»

una doble función en esta fase de la actuación, pues a más de poner en evidencia la estrategia defensiva de la contraparte, en procura de que ejerza su derecho a controvertir, posibilita que el funcionario judicial, ante esa breve exposición fáctica que contienen las alegaciones, determine o establezca los hechos a probar y el material probatorio a practicar, los cuales constituyen los insumos necesarios para proferir la decisión que delimitará el objeto del juicio oral, esto es, el auto de decreto de pruebas.

Para comprender la trascendencia de esa determinación en el proceso penal, resulta importante resolver el siguiente cuestionamiento: ¿Qué significa la admisión de evidencias para juicio oral? En orden a dar una respuesta plausible a dicho interrogante es necesario establecer el papel que se le asigna al juez en un sistema acusatorio.

Al respecto, basta señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, mediante los cuales se implementó el sistema penal acusatorio en Colombia, consagran principios implícitos que determinan el rol del juez como un tercero imparcial, tales como *la separación categórica de funciones de acusación y juzgamiento*¹¹ y la

¹¹ «el principio de separación categórica de funciones de acusación y juzgamiento, característico del sistema acusatorio, en el que existe una pérdida de tradicionales poderes, competencias o atribuciones del juez, que se trasladan a la Fiscalía otorgándole el monopolio estatal para investigar y acusar, al tiempo que se le despoja de la facultad de afectar derechos fundamentales y de tomar decisiones con valor de cosa juzgada, las cuales deben provenir de un tercero imparcial y no de una parte procesal.» CSJ, AP del 20 de noviembre de 2013, radicado 41570.

prohibición del decreto oficioso de la prueba (artículo 361 del C.P.P.)

Así, entonces, a esa controversia que libran las partes procesales en audiencia preparatoria debe dársele fin a través de una decisión emitida por quien, despojado de iniciativa probatoria en el nuevo esquema procesal¹², tenga la condición de árbitro¹³ de la contienda, esto es, el Juez de Conocimiento; pues es éste el llamado a determinar con imparcialidad, pero sobre todo, de forma clara, precisa e inequívoca cuáles de las evidencias solicitadas por la Fiscalía, el acusado, la víctima¹⁴ y, excepcionalmente, el Ministerio Público cumplen con los requisitos de conducencia, pertinencia y licitud para ser admitidas o, en su defecto, rechazadas o excluidas.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es posible concluir que el ejercicio cabal del derecho a controvertir las pretensiones probatorias de la contraparte cumple su propósito cuando el funcionario judicial determina de manera inequívoca aquello que va ser objeto de conocimiento en el juicio oral, mediante el proferimiento de

¹² Artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

¹³ «*la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y del, otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades del orden constitucional y legal.*» C.C. Sentencia C-396, mayo 23 del 2007.

¹⁴ La Corte Constitucional, en sentencia C-209 de 21 de marzo de 2007 declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos 378, 391 y 395, entre otros, como normas que integraban la proposición normativa completa acerca de las facultades probatorias de la víctima. Ver al respecto, CSJ, SP del 20 de mayo de 2009, radicación 30782.

un auto de decreto de pruebas, en el que se señale cuáles de los medios que pretenden introducir las partes e intervinientes procesales al debate oral son admitidos, cuáles rechazados y excluidos.

Así las cosas, si el referido debate no concluye con una decisión integradora de cada una de las respuestas que la judicatura debe otorgar a las múltiples solicitudes probatorias que le fueron planteadas por las partes e intervinientes procesales, ya sea porque el Juez incurre en una omisión dentro de la dinámica dada a la audiencia preparatoria¹⁵ o a causa de la falta de motivación de su proveído¹⁶, el debate probatorio se prolongará o extenderá a la audiencia de juicio oral, en razón a que no se ha delimitado aquello que va ser objeto de conocimiento en el juicio oral, generándose allí una falencia que afectará los principios de celeridad y concentración en la fase subsecuente; tal como lo precisara en reciente pronunciamiento esta Corporación al considerar:

«Así, la concentración supone la continuidad y fluidez de la audiencia, y esto a su vez implica que las pruebas se practiquen en bloque, para lo cual es imprescindible que se excluya de la audiencia pública cualquier controversia que interfiera con tales propósitos. Por tanto, al inicio del debate probatorio ya debe estar superada cualquier discusión en torno de su práctica,

¹⁵ CSJ, Sentencia del 29 de junio de 2007, radicado 27608.

¹⁶ «La estipulación de la falta de motivación como causal de procedencia de la tutela contra sentencias propende por la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener respuestas razonadas de la administración de justicia, cuestión que, adicionalmente, les permite ejercer su derecho de contradicción. Así, al examinar un cargo por ausencia de motivación de una decisión judicial, el juez de tutela deberá tener presente que el deber de presentar las razones fácticas y jurídicas que sustentan un fallo es un principio basilar de la función judicial que, de transgredirse, supone una clara vulneración del debido proceso».

precisamente para ello se diseñó la audiencia preparatoria, escenario en que se resuelven todos los debates vinculados con dicha temática, a través de un auto que habrá de contener la clase de prueba a practicarse en el juicio, la forma de su incorporación, el orden de su presentación, aquello que se excluye del debate, etcétera; proveído susceptible de los recursos correspondientes, pero una vez en firme, deja zanjada toda la discusión al respecto»¹⁷.

Esa es la razón por la que en un esquema acusatorio no debe dársele cabida a decisiones confusas, ambiguas, inciertas o dudosas, menos aun cuando se trate de aquellas cuyo propósito es definir las armas probatorias con las que contarán las partes para demostrar su particular teoría del caso.

De igual forma, en un proceso dispositivo no es posible que existan decisiones implícitas, pues en el evento en que el funcionario judicial responda parcialmente a las solicitudes probatorias de las partes, debe aceptarse que estará vulnerando de inmediato uno de los pilares del sistema adversarial, cual es la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales, más conocida como «*igualdad de armas en el proceso penal*», toda vez que, en una fase siguiente, las falencias que alberga su proveído se harán evidentes, ya sea porque ante la imposibilidad de ingresar o practicar un medio probatorio la parte afectada así lo alegue o, como en el caso presente, el Juez en aras de sanear o enmendar su error se verá impelido a adoptar determinaciones que privilegian o dan supremacía a una de

¹⁷ CSJ, AP 2421-2014, radicado 43481.

las partes, en tanto fallará conforme a sus propios prejuicios.

Por la misma razón anteriormente expuesta, en un debate dialéctico, no deben prosperar las pretensiones probatorias tácitas o *sobreentendidas*, ni mucho menos avalarse las decisiones implícitas, pues tanto las unas como la otras, en últimas, son nugatorias de la facultad de confutar o, si se lo prefiere, violatorias del derecho a controvertir e impugnar.

Dicho de otra forma, resulta un imposible discutir y confrontar razonamientos y argumentaciones que se desconocen por no haber sido expresadas.

(ii) Cargas procesales de quien invoca la prueba.

Segundo, en razón al carácter esencialmente adversarial que gobierna el sistema penal acusatorio, las partes e intervinientes, durante el curso de la audiencia preparatoria, están facultados para solicitar al Juez de Conocimiento la aducción de aquellos elementos materiales probatorios que pretenden llevar al juicio en apoyo de su teoría del caso, teniendo estos la obligación tanto de hacer mención expresa de su pertinencia y utilidad – artículo 375 del C.P.P-, como de estar vigilantes a la respuesta que profiera el funcionario judicial a sus peticiones probatorias,

pues se itera, es éste quien de manera imparcial debe determinar de manera inequívoca cuáles de las pretensiones probatorias son admitidas o, por el contrario, rechazadas, mediante un auto interlocutorio que posibilite su controversia.

Desde luego, la naturaleza y trascendencia de la impugnación permite advertir evidente que su función no es la de servir de medio de expresión de las partes ante la emisión de un auto de decreto de pruebas en el que no se le ha dado respuesta a cualesquiera de sus solicitudes probatorias (admisión, rechazo, exclusión, interrogar directamente a los testigos de la defensa), toda vez que esa clase de inconformidad debe plantearse en el término del traslado que precede a la toma de esa decisión; razón por la que operaría por vía de consecuencia, como mecanismo de contradicción de lo resuelto, precisamente por entenderse que allí no se tuvieron en cuenta las argumentaciones o peticiones realizadas previamente por el afectado.

Así las cosas, en el evento de omitirse resolver sobre solicitud probatoria de las partes, una vez agotado el traslado a éstas del auto de decreto de pruebas proferido en audiencia preparatoria, lo resuelto emerge no solo inmotivado, sino vulnerador del derecho de contradicción, razón por la que se habilita la posibilidad de acudir al instituto impugnatorio para restablecer el menoscabo ocasionado a la parte, dado que ya se eliminó una posibilidad de intervención de estas.

(iii) Del principio preclusivo de los actos procesales.

Tercero, conforme al *principio de preclusión*, cada trámite o actuación procesal habrá de cumplirse en las etapas previstas, en los tiempos y oportunidades establecidos por la legislación adjetiva, los cuales por ser obligatorios para el juez y las partes e intervinientes procesales impiden volver a realizar un acto procesal, *así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad*¹⁸.

Del caso concreto.

Luego de ese necesario preámbulo, procede la Sala a resolver la problemática planteada por el impugnante, la cual se contrae a cuestionar la orden emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Popayán durante el curso del juicio oral, atinente a practicar una prueba testimonial que, conforme lo alega, *no fue decretada en audiencia preparatoria*; para lo cual procederá la Corte a precisar lo acontecido en dicha actuación:

¹⁸ CSJ, SP de mar 20 de 2003, radicado 19960. «*La preclusión de un acto procesal – afirma la Sala – significa que no es posible volver a realizarlo, así sea con el pretexto de mejorarlo o de integrarlo con elementos omitidos en la debida oportunidad, máxime si quien pretende renovarlo (juez) carece de competencia para hacerlo. El principio de preclusión, en la práctica, trata de evitar los retrocesos innecesarios, salvo la nulidad que tampoco podría asumirse como disculpa, pues sería ella una manera de disfrazar la violación de la regularidad procesal y el desbordamiento de las atribuciones constitucionales y legales de los respectivos órganos judiciales.*» Posición reiterada en: SP del 15 de marzo de 2008, radicado 30107; SP del 22 de junio de 2011, radicado 36611.

En efecto, en los registros audiovisuales correspondientes a la sesión celebrada el 14 de mayo de 2014, a partir del minuto 33:01 del record 2, se advierte que la Fiscalía enunció, entre otras evidencias, el oficio DSF-836 del 10 de abril de 2008 y el testimonio de la ex Directora Seccional de Fiscalías CLARA INÉS CASAS DE MATA, en los siguientes términos:

«21. Documental: Oficio DSF-00836 del 10 de abril de 2008, emanado de la entonces Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, CLARA INÉS CASAS DE MATTA, dirigido al Director Nacional de Fiscalías, a través del cual da cuenta de los presuntos sucesos delictivos ocurridos al interior del proceso radicado al número 151-457 SIJUF, 2629 radicado interno, seguido contra de los procesados CARLOS ALBERTO TORRES LUNA, BERNARDO TORRES SANTACRUZ, MELISA MOSQUERA DAZA, y ello por parte de la fiscal MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA.

22. Testimonial: CLARA INÉS CASAS DE MATTA, para la época de los hechos directora Seccional de Fiscalías de Popayán, quien una vez enterada de las presuntas conductas irregulares de la acusada MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA dentro del proceso atrás mencionado, y escuchada y leída la versión de los hechos de parte de la fiscal MARÍA CLAUDIA ESPERANZA HIDALGO POVEDA procedió a rendir informe al Director Nacional de Fiscalías, sobre lo acontecido, y ello a través del oficio DSF-00836 del 10 de abril de 2008.» (Minuto 33:01 a 33:21)

Y respecto de las mismas, al momento de realizar la respectiva solicitud probatoria, el delegado del ente acusador señaló:

«Siguiente prueba, documental: Oficio número DSF-00836 del 10 de abril de 2008, emanado de la entonces Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, dirigido al Director Nacional de Fiscalías, a través del cual da cuenta de los presuntas sucesos delictivos ocurridos al interior del proceso radicado al número 151-457 seguido en contra de los procesados mencionados, y ello por parte de la acusada MARÍA CLAUDIA ESPERANZA. El testigo de

acreditación será JAIME JAVIER MARTÍNEZ VELAZCO. Esta prueba documental es pertinente, útil, racional, no tiene problemas de exclusión, inadmisión o de rechazo, fue descubierta. Su importancia radica en que aquí, a través de este documento, se registra por parte de la Directora Seccional de Fiscalías todo lo que aconteció en ese proceso, ella es testigo de primera mano de todo lo que ocurrió en los días previos a la decisión que tomó la aquí acusada.

(...)

Siguiente prueba, testimonial: CLARA INÉS CASAS DE MATA, para la fecha de los hechos era la Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, quien una vez enterada de las presuntas actuaciones irregulares de la acusada MARÍA CLAUDIA dentro del proceso radicado 151-457, y una vez escuchada y leída la versión de los hechos realizada por MARÍA CLAUDIA ESPERANZA, procedió a rendir informe al Director Nacional de Fiscalías sobre lo acontecido, y su informe quedó contenido en el oficio número DSF-00836 del 10 de abril de 2008, o sea el que hemos mencionado anteriormente. Esta prueba es supremamente importante porque fue ella la que conoció de primera mano, todo lo que había ocurrido, tal como lo podremos escuchar en audiencia de juicio oral.» (Minuto 46:50 al 49:22).

Conforme con la petición precitada, esto es, una vez escindidos los referidos medios probatorios por el ente acusador, la Corporación de instancia resolvió:

«Igualmente se decreta la comunicación del 10 de abril de 2008 de la Directora Seccional de Fiscalías de Popayán... dirigido al Director Nacional de Fiscalías. Dice la Fiscalía que lo acreditaría con el testigo... JAVIER... JAIME JAVIER?»

Se decreta el oficio DSF-00836 del 10 de abril de 2008, signado por CLARA INÉS CASAS DE MATA, importante porque ella conoció lo ocurrido frente al proceso, específicamente frente a las decisiones judiciales que hoy se investiga.» (Minuto 25:58 -26:18).

Así, en los registros de la audiencia preparatoria, se aprecia que la Fiscalía descubrió, enunció y solicitó varias pruebas, entre ellas la incorporación del oficio DSF-00836 del 10 de abril de 2008, suscrito por CLARA INÉS CASAS DE MATA, en aquel entonces Directora Seccional de Fiscalías de

Popayán, señalando que su investigador JAIME JAVIER MARTINEZ sería el testigo de acreditación de tal documento; y, adicionalmente, solicitó la práctica del testimonio de dicha funcionaria; empero, la Sala de Decisión Penal del Tribunal al decretar dichas pruebas solo se refirió al mencionado documento, considerándolo importante porque quién lo signó conoció de lo ocurrido frente a las decisiones judiciales objeto de la presente investigación, pero nada dijo en relación con el testimonio de aquella, pese a que éste también había sido peticionado, omisión frente a la cual tanto la Fiscalía como la defensa guardaron silencio.

Posteriormente, en el curso de la audiencia de juicio oral, la Corporación de instancia llamó a declarar a CLARA INÉS CASAS DE MATA, evento frente al cual la defensa se opuso argumentando que esa prueba no había sido decretada, como realmente ocurrió; desestimada tal objeción o reparo por parte de la Colegiatura, ésta dispuso su práctica, lo que equivale a negar la oposición de la defensa, lo que motivó a ésta última a impugnar.

La reseña anterior evidencia que no se puede hablar de la existencia de un decreto implícito del testimonio de la ex Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, como quiera que el delegado del ente acusador en sus peticiones probatorias escindió los dos medios de prueba, valga decir, el documento y el testimonio de la mencionada, lo cual causó que sus pretensiones se tornaran independientes y autónomas, de tal forma que el hecho de que se aceptara la

incorporación del documento, no implicaba que se estuviera decretando la práctica del testimonio en cita, lo cual, ciertamente, requería un pronunciamiento claro, preciso, pero sobretodo expreso por parte del Tribunal.

De otro lado, se advierte que la decisión objeto de discusión en el subexamine, esto es, la proferida el pasado 25 de marzo, sí era pasible del recurso de apelación, por cuanto la defensa se opuso oportunamente a la práctica del testimonio de marras, alegando que no había sido decretado previamente, empero el Tribunal reitero la orden de practicarlo, lo cual equivale a la negativa de la oposición y de ahí surge el interés y la legitimidad de la defensa para apelar el decreto de la prueba.

Ello es así, en razón a que en un sistema procesal adversarial, las partes están facultadas no solo para requerir la práctica de las pruebas que apoyen su teoría del caso (iniciativa probatoria) sino, también, para manifestar su oposición respecto de las postuladas por su contradictor (derecho de controvertir).

Luego, entonces, no puede admitirse, como pretende hacerlo ver el delegado de la Fiscalía, que la defensa en el subjudice carezca de interés jurídico para recurrir.

Igualmente, resulta oportuno precisar que si bien es cierto la referida omisión en la que incurrió la judicatura configuró una anomalía que afectó el derecho de la Fiscalía de *acceder a la administración de justicia*¹⁹ e impidió a las partes ejercer su derecho a impugnar, por cuanto, en esencia, mal podría tacharse de equivocada una determinación inexistente; también lo es que el silencio que guardó la Fiscalía durante el término del traslado del auto de decreto de pruebas emitido durante la audiencia preparatoria convalidó la irregularidad señalada (consentimiento tácito del sujeto perjudicado), toda vez que precluyó la oportunidad procesal para que manifestara su inconformidad respecto de la falta de resolución de su solicitud probatoria (principio de convalidación).

Y aun cuando en el mejor ejercicio argumentativo se pretendiera aducir que subsiste, en algún grado, el vicio enervante respecto del derecho de impugnación que tienen las partes frente a las decisiones judiciales, lo cierto es que, conforme se evidencia en los registros de audio anteriormente transcritos, debe aceptarse que la orden de practicar el testimonio de CLARA INÉS CASAS DE MATA, emitida por el Tribunal el pasado 25 de marzo, tiene el carácter de auto de decreto de pruebas, pues fue hasta

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia 8 de septiembre de 1998, T-476 de 1998. «El derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, ha sido calificado por la Corte como un derecho medular, es decir como la garantía real y efectiva que el Estado le ofrece al individuo, de poder acudir, para resolver las controversias que surjan con otros individuos u organizaciones y con el mismo Estado, ante un juez... En esa perspectiva, para que el acceso a la administración de justicia sea efectivo, no basta con que el juez le de trámite a la solicitud, es necesario que éste proceda a la resolución de las peticiones, previo el análisis y la ponderación de las pruebas y los argumentos que se alleguen al respectivo proceso, o que el recopile, lo cual le permitirá arribar a una decisión razonada y razonable, ajustada en todo a las disposiciones de la Constitución y la ley.»

ese momento, esto es, durante el curso de la audiencia de juicio oral, que la magistratura dio respuesta a esa precisa solicitud probatoria elevada por la Fiscalía durante la audiencia preparatoria, tornándola, de esa forma, en una decisión susceptible de impugnación por las partes.

De tal forma que, como el objeto del presente análisis es precisamente el recurso de apelación presentado por la defensa frente al pronunciamiento del Tribunal de admitir, en desarrollo del juicio oral, como prueba el testimonio de la ex Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, la Corte verifica que se cumplió el propósito para el que estaba destinado el acto que podría tacharse de irregular (Principio de instrumentalidad).

Por tanto, de acuerdo con lo atrás destacado surge evidente que ninguna irregularidad constitutiva de nulidad, por lesión de las prerrogativas constitucionales anteriormente enunciadas, se configura en el subexamine.

Ahora bien, de conformidad con el principio de preclusión, era la audiencia preparatoria el escenario en el cual la Fiscalía ha debido advertir la omisión en la que incurrió el Tribunal al no responder la solicitud probatoria que hiciera respecto del testimonio de CLARA INÉS CASAS DE MATA²⁰, para entonces proceder a requerir del a quo, en los términos y oportunidades previstos en la legislación

²⁰ Minuto 0:48:15 a 9:49:16.

procesal, el proferimiento de la correspondiente contestación, esto es, el auto de adición al proveído de decreto de pruebas²¹, que de resultar adversa a su pretensión, lo legitimaría para hacer uso de los recursos ordinarios, cuestión que no ocurrió a pesar de que en el desarrollo de la referida audiencia se enteró el delegado del ente acusador de las pruebas que decretó la Colegiatura de instancia, pues al respecto obran los respectivos registros audiovisuales y el acta correspondiente²².

Es más, lo que se advierte en los registros de la actuación es que el Fiscal 2º delegado ante el Tribunal Superior de Popayán centró toda su atención en manifestar su inconformidad respecto de la negativa de incorporar como prueba documental la copia integral de la investigación adelantada bajo el radicado 151.457, tema que fue objeto de pronunciamiento por parte de ésta Corporación en proveído del 30 de julio de 2014²³.

²¹Pues por vía del artículo 25 de la Ley 906 de 2004 se integraría lo estipulado en el artículo 287 de la Ley 1564 de 2012, así: **ADICIÓN.** *Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad. [...]*

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

²² Folios 3 y siguientes de la presente actuación.

²³ CSJ, AP del 30 de julio de 2014, radicado 43857.



Luego el silencio que guardó el delegado del ente acusador respecto de la omisión del Tribunal de ordenar la práctica del testimonio de CLARA INÉS CASAS DE MATA, durante el término de traslado del auto que decretó las pruebas en la audiencia preparatoria, sólo conduce a significar que se convalidó la referida irregularidad y, en consecuencia, ningún caso tiene ya atender cualquier alegación dirigida a subsanar o remediar tal falencia, al operar el principio de preclusión.

Es decir, la posición asumida por la Fiscalía en el sub examine, ha de entenderse como un desistimiento de la práctica del referido testimonio, pues una vez ejecutoriado el auto de decreto de pruebas proferido en audiencia preparatoria, precluyó la oportunidad para que requiriera de la autoridad judicial la respuesta correspondiente a su solicitud probatoria, pues recuérdese que son los términos los que cumplen con la trascendental función de determinar con precisión la época para la realización de las cargas procesales de las partes, los intervinientes y también de los funcionarios judiciales²⁴.

En esa medida, se equivocó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán al autorizar la práctica de una prueba que no había sido decretada en la oportunidad legal correspondiente, esto es, en la audiencia preparatoria,

²⁴ CSJ, AP del 22 de junio de 2011, radicado 36611.

con lo cual terminó reviviendo en el juicio oral controversias fenecidas.

Así, en el *subexamine* se revocará la decisión proferida el pasado 25 de marzo durante el curso del juicio oral, mediante la cual se autorizó practicar el testimonio de la ex Directora Seccional de Fiscalías de Popayán, doctora CLARA INÉS CASAS DE MATA.

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la decisión proferida el pasado 25 de marzo por el Tribunal Superior de Popayán en el curso del juicio oral que dispuso la práctica del testimonio de CLARA INÉS CASAS DE MATA.

SEGUNDO. Comuníquese la presente decisión y contra ella no procede recurso alguno.

Cúmplase,


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

COMISION DE SERVICIO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ



FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA

