

AUDIENCIA PREPARATORIA - Características

Número de radicado	:	36562
Fecha	:	13/06/2012
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«Como se sabe, el proceso penal y en particular la fase del juicio, se orienta hacia el debate de la vista pública, episodio central del esquema adversarial, de manera que las audiencias que la preceden se encaminan a lograr su perfecta realización.

[...]

[...], los objetivos de la audiencia preparatoria, al tenor de lo preceptuado por los artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del Código de Procedimiento Penal, están relacionados con el aprestamiento del juicio oral, en tanto escenario de construcción de conocimiento.

Esto básicamente porque el juicio es concebido constitucional y legalmente como el espacio de una disputa de contenido epistemológico, esto es, en torno del conocimiento que se le lleva al juez en relación con una hipótesis delictiva específica formulada por la Fiscalía y la consiguiente postura asumida por la defensa.

El juicio, como proceso de conocimiento involucra varios saberes: en la determinación del objeto problemático se vincula la ontología, en la presentación de los argumentos la hermenéutica, en relación con la forma en que se realizan los razonamientos, se invita a la lógica, y en cuanto a la forma de conocer y utilizar los elementos de prueba, se vincula la epistemología, entre otras.

De ahí que la evaluación de la corrección del fallo que se demanda en desarrollo del recurso extraordinario de casación, se nutre, no propiamente de los principios de dicha impugnación los cuales son eminentemente procesales, sino de la lógica, la hermenéutica, la retórica, la ontología y la epistemología.

Así, el juez es ante todo un científico, en su más elemental acepción, toda vez que su función está ligada a la valoración de si la tesis o la teoría del caso expuesta por la Fiscalía, alcanza el nivel de certeza, con origen en la confiabilidad que ofrecen unos elementos que para dicha conclusión le expuso, exhibió y demostró el acusador. O, si por el contrario, en el evento en que la defensa ofrezca una teoría del caso –a lo cual no está obligada-

debe determinar cuál resulta airosa en ese proceso de confrontación. No en vano se le conoce como el juez de conocimiento.

Y, el método por medio del cual se construye la verdad, está dado por el procedimiento penal, en las reglas de prueba, inspirados uno y otras en los valores y principios traducidos en forma de garantías procesales en los últimos siglos, mediante los cuales sólo puede ser fundamento de tal conocimiento aquello que ha sido buscado, asegurado, descubierto, ofrecido, decretado, practicado, incorporado y valorado conforme lo disponen dichos preceptos.

Esto sin perder de vista que detrás de este esfuerzo investigativo y epistemológico se halla la tragedia y la miseria en su más escueta intensidad, lo que implica unas enormes exigencias de combinación en la persona del juez, de científico y humanista.

La hipótesis delictiva con la cual inicia el proceso de investigación es formulada por la Fiscalía como centro de su programa metodológico, según aclara el artículo 207 de la Ley 906 de 2004, y su verificación se puede llevar a cabo de manera libre, de acuerdo con lo informado por el artículo 373 *ejusdem*, siempre que no se vulneren los derechos humanos.

De manera que, una vez que el procesado descarta la posibilidad de renunciar al juicio a cambio de una reducción punitiva, y, por tanto, se hace inminente el debate oral, la audiencia preparatoria se convierte exclusivamente en el escenario en que se alista la controversia que habrá de celebrarse en la vista pública¹.

¹De la audiencia preparatoria la doctrina especializada se refiere de la siguiente manera:

Baytelman A. Andrés y Duce J Mauricio. Litigación penal juicio oral y prueba. Fondo de Cultura Económica. México 2005. Páginas 42 y 43.

“La etapa intermedia o de preparación

Entre la etapa de investigación y el juicio oral se crea un procedimiento intermedio de carácter oral, realizado también ante el juez de garantía y que tiene por objeto principal la preparación del juicio, fijándose de modo preciso su objeto, los sujetos intervinientes, así como la prueba que deberá ser examinada.

Esta etapa tiene un desarrollo muy simple que se inicia una vez concluida la investigación y declarado el cierre de ésta por parte del fiscal. Entonces, este último tiene un plazo de 10 días para formular su actuación por escrito, si es que estima que hay mérito para ello. si formula acusación debe enviarla al juez de garantía, quien citará a audiencia intermedia o de preparación del juicio oral.

En la audiencia misma, si no hay problemas formales o de fondo, el juez de garantía procederá a fijar el objeto del debate, a determinar los medios de prueba y a determinar el tribunal que conocerá del juicio. En la determinación de la prueba que puede llevarse al juicio, el juez de garantía está facultado para acordar convenciones probatorias sobre hechos que no requerirán ser probados luego en el juicio.

Roxin Claus. Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires 2000. Página 353

El procedimiento principal se divide, en cada instancia, en dos partes: la preparación del juicio oral y el juicio oral en sí mismo (...). La preparación del juicio oral comprende:

1. la fijación del término (...)
2. las citaciones al juicio oral (...)
3. el procurar los medios de prueba (...)

Así, en torno a los elementos de convicción a utilizarse en el juicio, debe quedar claro que en la audiencia preparatoria, luego de que se culmina el descubrimiento² (356.1.2), el juez que la preside, debe dar curso a los siguientes pasos:

- 1) la enunciación de lo que cada parte solicitará (356.3), a fin de que antes de que cada una eleve su petición formal, ya sepa lo que será objeto de petición por la otra, en el entendido de que no todo lo descubierto tiene necesariamente que ser solicitado.
2. la concreción de las solicitudes probatorias con la fundamentación de su pertinencia (357).
3. la posibilidad de que cada contendiente pueda pronunciarse sobre las peticiones del otro, siendo procedente en este estadio la realización de estipulaciones probatorias y la solicitud de inadmisión, rechazo o exclusión de los medios de convicción impetrados. Y,
4. finalmente debe emitirse un pronunciamiento (decreto), decisión en la cual el juez, además de indicar cuál será la prueba a practicarse en el juicio, se ocupa de resolver las peticiones formuladas hasta ese momento procesal por las partes e intervinientes³, de señalar el orden en que habrán de practicarse (362); y antes de concluir la audiencia preparatoria procederá a la fijación de la fecha en que habrá de celebrarse el juicio oral.

Frente a las solicitudes probatorias el juez de conocimiento lo primero que debe evaluar es si el medio cognoscitivo resulta **pertinente** en relación con el *thema probandi*, con el problema de investigación, o, si se quiere, con las hipótesis de las partes, vale decir, la relación ontológica del hecho materia de prueba con la norma penal que la fiscalía invoca como violada por el acusado. En segundo lugar si es **admisible**, en el entendido de que todo lo pertinente puede no ser admisible; debiendo además verificar si aquello que se solicita fue debidamente descubierto, y si el proceso de su búsqueda, consecución y aseguramiento fue legal.

En relación con la pertinencia hay que tener en cuenta lo previsto en la parte final del artículo 375, norma según la cual, la prueba *“También es pertinente*

4. en los juicios en primera instancia ante el LG o ante el OLG, la comunicación de la integración del tribunal (...) y la identificación de los testigos (...)

5. en determinadas circunstancias, la recepción parcial y anticipada de prueba (...)

² Al cual también están obligados tanto el representante de víctimas como del Ministerio Público, en caso de tener pretensiones probatorias, según lo indicó esta Corporación en auto de segunda instancia de 7 de diciembre de 2011, radicado 37596.

³ Sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007.

cuando 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 de un perito.”

Así, en el juicio de pertinencia, está autorizado extenderse, entre otros tópicos, a los aspectos relacionados con la credibilidad del testigo o del perito, con el objetivo, precisamente de impugnarla; como un ejercicio válidamente reconocido del principio de contradicción; que consiste, además en la posibilidad de cuestionar al testigo como fuente confiable de información.

En efecto, la **impugnación de credibilidad** como extensión de la pertinencia de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, comprende los siguientes temas:

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 aquéllas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.
5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
6. Contradicciones en el contenido de la declaración.

Por consiguiente, la parte que solicita una prueba con fines de impugnación, debe claramente precisar cuál de estos criterios son los que utilizará en desarrollo del contrainterrogatorio⁴ realizado al testigo o al perito de la parte contraria, para determinar su pertinencia.

Ahora bien, puede impugnarse la credibilidad del testigo propio, verbigracia en el evento de que cambie la versión inicialmente vertida en la entrevista o en la declaración jurada, para lo cual podrá utilizarse dicha declaración previa.

En todo caso, el juez en la sentencia, deberá responder las impugnaciones de credibilidad formuladas en el debate, al momento de abordar la apreciación de los testimonios, tal y como se lo indica el artículo 404 del estatuto procesal penal.

En materia de **estipulaciones probatorias** hay que destacar que, en la audiencia preparatoria, en torno de lo que se descubre, enuncia, solicita y

⁴ Como enseña FONTANET Maldonado, Julio E. Principios y técnicas de la práctica forense. Jurídica editores, San Juan Puerto Rico, 2010, página 247.

decreta, puede haber disenso, pero también coincidencia en relación con aquellos hechos o circunstancias que no son materia de “controversia sustantiva”, los cuales, por tanto, pueden ser objeto de acuerdo entre las partes, en el sentido de darlos por probados sin necesidad de debate alguno, lo cual debe ser comunicado al juez, tan pronto como se obtenga.

Por eso, en cumplimiento del principio de lealtad, se debe entender que las estipulaciones probatorias, una vez aprobadas por el juez, no son retractables, y a ellas no se podrá oponer ni el Ministerio Público ni el representante de la víctima. [...]

[...]

En todo caso, de acuerdo con los límites impuestos por el legislador en el inciso 4° del artículo 10° de la Ley 906 de 2004, el juez sólo aprobará las estipulaciones que no impliquen la renuncia a la no autoincriminación y demás derechos de naturaleza constitucional no vinculados directamente con la actividad probatoria [...]

[...]

En consecuencia, los medios de prueba ofrecidos por las partes pueden ser **inadmitidos, rechazados y excluidos**, según lo prevé el artículo 359 *ejusdem*.

En principio, según las voces del artículo 376, toda prueba pertinente es admisible. Sin embargo, hay distintas razones por las cuales el elemento de convicción no debe llegar al juicio, no quedándole alternativa distinta al funcionario judicial que inadmitirlo.

En efecto, según la normativa comentada, **se debe inadmitir** la prueba cuando:

1. Con ella exista peligro de causar grave perjuicio indebido, presupuesto de hecho en el cual se incrustan eventos como el previsto en el artículo 359 inciso segundo, en relación con las conversaciones realizadas entre Fiscalía y defensa tendientes a la realización de preacuerdos o al reconocimiento del principio de oportunidad⁵.

⁵ El profesor Chiessa –Tratado de derecho Probatorio, páginas 7 y siguientes- cita como ejemplos de esta causal: a) la prueba de la embriaguez ofrecida por el fiscal, la cual no siendo trascendental para probar el cargo principal, perjudica indebidamente la posición procesal de la defensa; b) las fotografías del cadáver de la víctima, las cuales califica como “particularmente problemáticas por su efecto inflamatorio sobre el juzgador”; y, c) la evidencia de otros delitos o de la mala conducta del acusado.

2. Se presente la probabilidad de que genere confusión o exhiba poco valor probatorio⁶: como la prueba de referencia, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 379 es generalmente inadmisibile, y solo de manera excepcional podría ingresar al juicio, de presentarse alguno de los eventos previstos en el artículo 438, siendo en todo caso restringido su valor probatorio de cara a la condena según lo determinado por el artículo 381.
3. Sea injustamente dilatoria del procedimiento, como podría ocurrir frente a pruebas repetitivas, o aquellas con las que se pretenda demostrar hechos notorios.

El estatuto procesal también incluye **el rechazo** de aquella prueba que no fue descubierta de manera oportuna, según lo determina el artículo 356.1 ibídem.

A su turno, la prueba ilegal debe ser **excluída**, de acuerdo con el artículo 360, según el cual *“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.”*

De suerte que, la violación de los requisitos formales, vale decir, la ilegalidad que genera como consecuencia la exclusión de la prueba, puede presentarse, o bien en su práctica, aducción o en la consecución del medio de convicción, tal como sistemáticamente lo advierte el inciso final del artículo 29 Superior, y los artículos 23, 360 y 455 de la Ley 906 de 2004.

Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de las más profundas dimensiones de la personalidad, sólo, excepcionalmente, son susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.

Por tanto, corresponde al juez en la audiencia preparatoria ocuparse de todos estos aspectos relacionados con la inclusión de la prueba en el juicio, no pudiendo evadir, ni renunciar, ni evitar las discusiones en torno de su inadmisión, rechazo o exclusión so pretexto de mantener incólume su imparcialidad, toda vez que es aquella el escenario natural de tales discusiones y no otro; al punto que de advertir afectada esa esencial condición para afrontar el juicio, puede hacer uso de las causales de impedimento previstas a fin de separarse del conocimiento del asunto.

⁶ El profesor Chiessa, cita como ejemplo la evidencia matemática de probabilidad.

Hay que tener presente que la prueba podría ser declarada **ilegal** con la posible connotación de su exclusión, pero también podría ser calificada de **ilícita**, con consecuencias anulatorias para toda la actuación, precisamente desde cuando se realizó el acto que le transmitió dicha ilicitud.

El punto sobre la diferencia entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y las consecuencias de una y otra ha sido materia de análisis constante por parte de esta Corporación⁷, en uno de cuyos pronunciamientos precisó⁸:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita⁹ es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.”¹⁰

La misma jurisprudencia ha destacado que la prueba ilícita puede tener su génesis en varias causas a saber:

“(i) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 C. Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 C.P.), constreñimiento para delinquir (art. 184 C.P.) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).

“(ii) Así mismo la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 C. Política, arts. 189, 190 y 191 C. Penal), por violación ilícita de comunicaciones (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (art. 15 C. Política, art. 192 C. Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (art. 195 C. Penal) o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

“(iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en la

⁷ Entre otras, en autos de 23 de abril de 2008 radicado 29416, de 1º de julio de 2009 radicado 26836, 31 de julio de 2009 radicado 30838, de 10 de marzo de 2010 radicado 33621.

⁸ Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621.

⁹ *Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103).*

¹⁰ Sentencia de casación del 7 de septiembre de 2006, radicación No.21.529.

actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)”¹¹.

Por otra parte, también la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se traducían en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial¹². Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

*En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso¹³, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, **“motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.”** (Subrayas por fuera del texto original)*

Conviene aclarar que la discusión en torno de la **exclusión** de la prueba por considerarse ilegal se realiza, no en las audiencias preliminares de control

¹¹ Auto del 10 de septiembre de 2008, radicado No. 29.152.

¹² Lo cual convalidó en la sentencia T-233 de 2007.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

de legalidad que presiden los jueces de control de garantías, sino en la preparatoria, como se viene señalando en este proveído; o, excepcionalmente en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información con fundamento en la cual se predique su contrariedad con el ordenamiento jurídico.

Esto, en primer término, porque en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria.

Frente a dicho tópico, resulta oportuno aclarar que el juez de control de garantías, en relación con los actos de investigación y diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado, tiene tres posibilidades: declararlas legales, ilegales, o ilícitas.

En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno de la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, básicamente a la libertad y la intimidad.

La pregunta que debe hacerse dicho funcionario en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la Fiscalía debe ser si existieron, o existen –según se trate de control previo o posterior- motivos fundados para tal proceder, o si por el contrario, tal actividad responde al mero capricho de quien ostenta el máximo poder de represión como es el ejercicio de la acción penal, cuyo uso debe ser severamente controlado en vigencia del Estado de derecho.

En esto pensó la Corporación cuando aclaró:

*“Valga decir, al Juez de Control de Garantías le corresponde establecer, tal como lo enseña la jurisprudencia constitucional, si determinada medida de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales practicada por la Fiscalía General de la Nación se adecua a la ley, y si es proporcionada, en cuanto contribuya a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”*¹⁴

Así, el test que realiza el juez de control de garantías en relación con los actos de investigación adelantados por la Fiscalía, determina si las medidas de intervención de los derechos fundamentales se llevaron a cabo de acuerdo con la Carta y con la ley: si están llamadas a cumplir un fin constitucional claro, si eran adecuadas y necesarias para producirlo, y si el objetivo

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005.

compensa los sacrificios de tales derechos para sus titulares y la sociedad; es decir, si fueron proporcionales; eventos en los cuales habría de **declararse legal** dicho procedimiento.

Dicho control es, pues, preliminar, y limitado a estos tópicos y en el evento de no superar el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia de tal conclusión, **es la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación**, sin que le corresponda a dicho funcionario emitir decisión alguna en relación con la exclusión de los elementos hallados en dichas labores. Así lo ha entendido la Sala al precisar¹⁵:

“Por consecuencia, el juez de control de garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del juez de control de garantías.”

Y claro, en esa reflexión debe considerarse que nada de lo hallado u obtenido en desarrollo de aquella labor declarada ilegal, podría ser utilizado como fundamento de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Sin embargo, lo obtenido en labores de investigación que fuere declarado ilegal por el juez de control de garantías, eventualmente podría ser susceptible de valorarse en el juicio, siempre que en la audiencia preparatoria, la Fiscalía logre su decreto por parte del juez con funciones de conocimiento, después de superar el análisis de la ilegalidad inicial, acreditando la existencia verbigracia de una de las excepciones a la exclusión, contenidas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Así también, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría conducir a la **declaratoria de ilicitud** de los mismos, la cual se origina en violaciones graves a derechos fundamentales y contagia de manera insuperable a toda la actuación. Así lo ha precisado esta Corporación¹⁶:

“Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del

¹⁵ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310

¹⁶ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.”

Respecto de la ilicitud de dichos procedimientos, la Sala se ha ocupado específicamente de la captura en tales condiciones, sin perjuicio de que cobije también otros actos de investigación, en los cuales se violenten de manera grave derechos fundamentales, en las mismas condiciones de aquélla.

Así pues, a manera de conclusión en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías, sobre los procedimientos sometidos a su valoración:

- a) Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad;
- b) Si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud, con las consecuencias antes mencionadas; y,
- c) Si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad; evento en el cual, los hallazgos con vocación de convertirse en prueba, encontrados en la diligencia, tienen, en principio, vocación de que se analice su presentación en el juicio, tal como lo ha sostenido la Sala¹⁷:

“Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento.”¹⁸

De suerte que, no es como lo plantea la representante del Ministerio Público una nueva discusión sobre los aspectos ya decantados en la audiencia preliminar, sino que, lo que se discute en la preparatoria, es la legalidad de la prueba, la cual, de no superarse, su consecuencia inexorable es la exclusión, y si la fuente de su contaminación es la ilicitud, no sólo se excluye, sino que, además se anula toda la actuación a partir de la realización de dichos actos.

¹⁷ Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

¹⁸ *Ibidem*.

Y en su tarea por dejar alineados todos los detalles relacionados con el éxito del proceso de conocimiento a surtirse en el juicio, el juez debe señalar el orden en que habrá de practicarse la prueba decretada, atendiendo especialmente la precisión hecha por el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, que advierte:

“El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía.”

Así, la prueba de la defensa dirigida a impugnar la credibilidad de algún testigo de la Fiscalía, en tanto de refutación, deberá practicarse, en todo caso, antes de la prueba que con ella se pretende cuestionar.

Luego de la decisión sobre las pruebas, y antes de terminada la audiencia preparatoria, el juez debe fijar la fecha, o los días en que habrá de adelantarse el juicio oral, de manera que garantice los principios de inmediación y concentración, tal y como lo ordena la norma constitucional (artículo 250.4); teniéndose en cuenta que el juez que conozca del debate debe ser el mismo que exprese el sentido del fallo, y, en consecuencia, el que profiera la sentencia.

Recientemente se ha insistido por la Sala que los jueces deben tener especial cuidado en la programación de tales eventos de formación del conocimiento, de suerte que de manera responsable deben prever, dentro del límite de lo posible por supuesto, si tienen la disponibilidad para iniciar y llevar hasta el final la correspondiente audiencia. Así lo ha advertido¹⁹:

“3.- Finalmente, la Corte no puede dejar de llamar la atención a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, así como a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, a efectos de que, dentro de la órbita de sus competencias, sin perjuicio de los derechos que les asiste a los servidores judiciales y de aquellos inherentes al sistema de carrera judicial, adopten las medidas que correspondan en orden a evitar el cambio de los jueces de conocimiento después de haber dado inicio al juicio oral y, en consecuencia, se reglamente las fechas, épocas, condiciones y oportunidades para hacer efectivo su retiro temporal o definitivo de los despachos a su cargo, teniendo en cuenta los asuntos en trámite, de forma que se preserven los principios de inmediación, concentración, publicidad, oralidad y de juez natural que rigen el sistema penal acusatorio.

Todo ello con el fin de prever la configuración de nulidades del tipo de las que mediante esta providencia se decretan, y conjurar al tiempo el desgaste innecesario del aparato de justicia, el deterioro de la imagen de la Rama Judicial y los altos niveles de impunidad que tales desaciertos generan.

¹⁹ Sentencia de casación de 26 de octubre de 2011, radicado 32143.

Lo anterior, si se toma en consideración que la función judicial implica una altísima responsabilidad social y jurídica, para cuyo ejercicio los jueces han jurado cumplir bien y fielmente la Constitución Política y la ley, de lo cual surge evidente que no pueden abandonar a medio camino (ni imponérseles que lo hagan), el trámite de los juicios orales bajo su responsabilidad y que, por tanto, resulta lógica la exigencia legal de no poder retirarse del cargo hasta tanto se cumpla el deber normativamente establecido de emitir el sentido del fallo y dictar la correspondiente sentencia, a riesgo en caso contrario, de incurrir en motivo de responsabilidad penal o disciplinaria.».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 10-4, 23, 275, 344-1, 356, 357, 358, 359, 360, 362, 403 y 455

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP, 16 may. 2007, rad. 26310; CSJ AP 26 oct. 2007, rad. 27608; CSJ AP, 08 ag. 2012, rad. 39416; CSJ AP, 16 abr. 2013, rad. 37462; CSJ SP12030-2014, CSJ AP3299-2014, CSJ AP965-2015, CSJ SP10546-2015, CSJ AP4758-2015, CSJ SP13792-2016, y CSJ AP1526-2016.