

**AUDIENCIA PREPARATORIA - Recursos contra el auto que decide
acerca de las solicitudes probatorias**

Número de radicado	:	47469
Número de providencia	:	AP4812-2016
Fecha	:	27/07/2016
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	SEGUNDA INSTANCIA

«La jurisprudencia de esta Corporación frente al tema de debate no ha sido pacífica, pues, en decisiones CSJ SP, 30 Nov. 2011, Rad. 37298 y CSJ SP, 20 Mar. 2013, Rad. 39516, indicó con claridad que el auto que acepta una prueba no admite recursos; sin embargo, en otras oportunidades, como CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562, CSJ SP, 26 Sep. 2012, Rad. 39048 y CSJ SP, 22 May. 2013, Rad 41106, resolvió el tema de manera totalmente opuesta.

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

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

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

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

Las decisiones que deciden sobre la exclusión, admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen a no dudarlo la condición de autos, entendidos por tales los que resuelven algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con

¹ CSJ SP, 13 Jun. 2012, Rad. 36562

la definición que de ellos trae el artículo 161 ejusdem, en cuanto se erigen en expresiones del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Libertad de configuración legislativa.

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

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

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

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

De conformidad con el anterior derrotero jurisprudencial, es dable señalar que el tema referido a la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas por los jueces en el proceso, no necesariamente corresponde a criterios constitucionales, ni a postulados principialísticos del procedimiento, dado que es el legislador, en cada caso concreto, el llamado a definir qué recursos proceden contra las diferentes decisiones vertidas en las distintas actuaciones, incluso, la de naturaleza penal, sin que esa facultad pueda considerarse contraria a la Constitución Nacional.

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

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

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

Principio de la doble instancia.

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

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

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

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

En desarrollo de la normativa en cita, derivada del bloque de constitucionalidad, la Ley 906 de 2004 consagró el principio de doble instancia como norma rectora, en su artículo 20, señalando que *«Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación»*.

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

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

En seguimiento de la norma rectora y respecto de la impugnación de los autos que deciden sobre la exclusión, rechazo o admisibilidad de pruebas en el juicio, el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en sus numerales 4° y 5°, preceptúa que la apelación se concederá en el efecto suspensivo contra, *«(...) 4. El auto que deniega la práctica de prueba en el juicio oral; y 5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral»*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La razón de la diferenciación emerge evidente.

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

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

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

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

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

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

De no ocurrir así, ha de resaltarse, que al juez le compete rechazar de plano la argumentación y la petición que alrededor de ella se eleve, acorde con lo establecido en el ordinal primero del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, dada la abierta improcedencia de lo solicitado.

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

Atinente al fundamento vertido en la postura que hoy se reconsidera, según el cual es dable la apelación de la providencia que accede a una prueba, toda vez que el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, en su inciso segundo, incluye como determinación contra la que procede la alzada en el efecto devolutivo, el auto que admite la práctica de la prueba anticipada, la Corte debe señalar que dicho argumento resulta etéreo y por completo ajeno al tema de debate, pues, pierde de vista el carácter excepcional de ese instituto procesal, en tanto, se trata, no de una decisión individual, sino de un diligenciamiento independiente que por la ostensible afectación del principio de inmediación –medular a la sistemática acusatoria y, en particular, al debido proceso probatorio-, obliga de tramitación especial, al punto que requiere la decisión, no del juez de conocimiento, sino de aquél que cumple funciones de control de garantías.

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

Dígase, por último, que la Sala no puede advertir, y en la jurisprudencia que busca recogerse tampoco se especifica, cómo la posibilidad de que sólo la negativa a la práctica de pruebas pueda ser objeto de apelación, afecta el

carácter adversarial del sistema acusatorio, como quiera que, ya se entiende suficientemente decantado, la filosofía del principio en cuestión no se agota o satisface apenas a través de ese medio.

En efecto, la estructura del proceso penal, que diseña escenarios diferentes en curso del mismo, permite observar la existencia de mecanismos de variada estirpe en los cuales se materializa el antagonismo propio de la adversarialidad propuesta, con plenas posibilidades de contradicción y confrontación.

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

Corolario de lo antedicho, ninguna mengua sufre la estructura del sistema acusatorio, o los derechos a la doble instancia y contradicción, cuando el legislador, en ejercicio del poder de configuración que le asiste, reflejado en la normatividad traída a colación en esta providencia, decidió que solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede-; más aún, si en cuenta se tiene, de cara a los límites de esa facultad, que no se aprecia i) un atentado a los fines del Estado, tales como la justicia o la igualdad, ii) violación a los derechos fundamentales de las partes, iii) desconocimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas e, iv) imposibilidad de la realización material de los derechos y de primacía del derecho sustancial sobre las formas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (CC C-227/09).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 29
Ley 906 de 2004, arts. 13, 29, 20, 176, 177-4, 177-5, 228, 229, 359 y 363

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ AP5587-2016, CSJ AP5798-2016, CSJ AP8489-2016, y CSJ SP179-2017.