

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado ponente

AP3402-2015
Radicado N° 45267.
Aprobado acta No. 212.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado **Francisco Javier Barbón López**, contra el auto dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el 8 de octubre de 2014, mediante el cual resolvió inadmitir la práctica de una prueba testimonial.

A N T E C E D E N T E S

Fueron relatados en el escrito de acusación, como se transcribe a continuación:

El 2 de marzo de 2012, la Fiscalía General de la Nación tuvo conocimiento por oficio remitido por la señora Juez Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales de esta ciudad capital, que en esa oficina judicial se estaban presentando graves casos de corrupción, entre empleados, abogados, particulares y jueces de la República, consistente en enviar el reparto de determinadas carpetas a juzgados escogidos por los propios abogados y en donde se debatían situaciones relativas con las medidas de aseguramiento, como revocatorias, libertades, sustituciones de medida carcelaria por domiciliaria, capturas y todo lo relacionado con la privación de la libertad.

El primero de marzo de 2012, el señor HELVER LEONARDO MAHECHA SILVA, quien se desempeñaba como notificador en el Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, encargado del reparto de carpetas, decide en forma voluntaria rendir declaración bajo juramento ante la señora Juez 28 Penal del Circuito de Bogotá Dra. ANA LUCELLY MURCIA PARRADO, en donde da a conocer diversas situaciones en las cuales a cambio de sumas de dinero, se direccionaban las audiencias preliminares con la finalidad de obtener decisiones indebidas.

Conocido el caso por la Fiscalía General de la Nación, los días 9, 29 del mes de agosto y 21 de diciembre de 2012, rinde MAHECHA SILVA, diligencia de interrogatorio, asistido por su defensor de confianza y nuevamente reiteró lo dicho ante la Juez 28 Penal del Circuito de Bogotá, pero además informó de otras nuevas situaciones, en las que siguen incurriendo empleados y jueces de la República, quienes continuaban realizando actos posiblemente contrarios a la ley y tendientes a otorgar beneficios de libertad a personas vinculadas a graves investigaciones penales, beneficios que los es estaba permitido (sic).

El día 27 de diciembre de 2012, la Dirección Nacional de Fiscalías, mediante Resolución Nro. 450, autoriza a la suscrita Delegada la actuación de Agente Encubierto de un empleado del Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, por el término de 6 meses.

Es así como de las actuaciones realizadas por el agente encubierto, y por el despliegue de actividades investigativas fruto

del desarrollo del programa metodológico, se pudo determinar que:

El señor JAIME CAMARGO LUCERO, empleado del Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao en el cargo de notificador, para el día 18 de diciembre de 2012, contactó a LEONARDO MAHECHA SILVA y le entregó la suma de \$500.000 pesos con la finalidad de que este empleado que estaba encargado del reparto de audiencia preliminares, radicadas e inmediatas en el Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao, remitiera directamente la solicitud de audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento del radicado 110016000049201109797, número interno 160595, al Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, sin someterla al reparto normal que en forma aleatoria debe realizarse en esa oficina judicial.

La información sobre esta audiencia, tuvo su génesis en el interrogatorio a indiciado que rindió ELVER LEONARDO MAHECHA SILVA, el día 21 de diciembre de 2012, en donde señaló que el 19 de diciembre de esa anualidad a las ocho de la noche, fue abordado por su compañero de trabajo JAIME CAMARGO LUCERO, encargado del área de telegramas, quien le solicitó que enviara en forma directa una audiencia al Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, para tal efecto le suministró el número de la noticia criminal y el número interno, datos que le entregó en un trozo de papel, en él estaba consignado el número de CUI y la siguiente anotación: “J. 38”.

JAIME CAMARGO LUCERO, le informó a MAHECHA SILVA, que la audiencia estaba prevista para las ocho y treinta de la mañana, sin embargo éste revisó la documentación de la noticia criminal referida y pudo constatar que efectivamente para el día siguiente 20 de diciembre de 2012, estaba programada una audiencia de libertad para las 8:30 de la mañana, pero los telegramas de citación a las partes señalaban la hora de las dos y media de la tarde.

Esa inconsistencia la hizo saber a JAIME CAMARGO, quien se alejó del sitio de trabajo de su compañero con la finalidad de averiguar con las personas que lo habían contactado acerca de la hora de la audiencia. Momentos después regresó y le manifestó que sí, que era correcto que esa audiencia estaba programada para las ocho y treinta de la mañana, le dijo además que entre el abogado interesado en la audiencia y el juez 38 ya estaba todo hablado, que estaba todo listo para la libertad y lo único que faltaba era que la carpeta llegara allá a ese Juzgado, que ese era el motivo por el cual solicitaba su colaboración.

Fue de esa manera como LEONARDO MAHECHA SILVA, realizó el indebido reparto, asignó esa audiencia al Juzgado 38, del que es titular el Dr. FRANCISCO JAVIER BARBÓN LÓPEZ. A eso de las nueve de la noche de ese día, bajó del cuarto piso del Bloque E, que es [el] lugar donde labora CAMARGO FLÓREZ, se le acercó y le preguntó que si todo estaba listo, que si la vuelta estaba lista, MAHECHA le contestó que sí, entonces le dijo: "...bueno mijo, no me va a dar la mano? No se va a despedir?", cuando se estrecharon la mano, CAMARGO, le entregó la suma de quinientos mil pesos representados en billetes de cincuenta mil pesos.

En el curso del interrogatorio, al que nos hemos referido LEONARDO MAHECHA SILVA, hizo entrega de diez billetes de cincuenta mil pesos, al investigador ELMER ARENAS ZAMBRANO, quien los recibió, a efectos de iniciar la correspondiente cadena de custodia.

Al siguiente día y a eso de las dos y media de la tarde, MAHECHA SILVA, subió del centro de servicios al Juzgado 46 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, con la finalidad de entregarles unas carpetas, y pudo constatar que a esa hora aún el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías estaba en la audiencia de las ocho y treinta de la mañana.

A las tres y media de la tarde de ese mismo día 20 de diciembre de 2012 la secretaria del Juzgado 38 JEANNETHE OSPINA SÁNCHEZ, bajó de su oficina con destino al Cuarto Frío, que es el sitio donde se resguardan las carpetas y audios, precisamente a dejar en el lugar unas carpetas, es cuando MAHECHA SILVA, le indaga por la audiencia y ella responde que el Juez había concedido la libertad, que a ella no le parecía justo, que no estaba conforme con esa decisión.

En entrevista que rinde la señora JEANNETHE OSPINA SÁNCHEZ, efectivamente reitera lo manifestado por MAHECHA SILVA, cuando señala: "...la defensa no adujo un hecho nuevo... por ello la fiscalía se opuso a la petición... La decisión tomada por el juzgado jurídicamente fue contraria a derecho, toda vez que en el desarrollo de la misma era evidente que no procedía la libertad de la señora y así se lo hice saber al señor juez antes de tomar la decisión..."

En interrogatorio de indiciado que rindió JAIME CAMARGO LUCERO, debidamente asistido por su abogado defensor, señala que para realizar el direccionamiento de esta audiencia, fue contactado vía telefónica por JAVIER YESID ESPAÑOL PALACIOS, secretario del Juzgado 24 Penal Municipal con

Función de Garantías, quien le entregó cinco millones de pesos para que coordine el reparto de esta audiencia, que ese dinero era repartido entre tres empleados del Centro de Servicios Judiciales de Paloquemao.

Así lo dijo textualmente: “...una vez entró una llamada a mi celular y era JAVIER, él me dijo que yo no lo conocía, que tranquilo que el que le dio el teléfono fue AMAURIS, que necesitaba hablar conmigo, nos pusimos una cita y entonces cuando lo vi me acordé de él, me dijo que AMAURIS se había ido de vacaciones que hiciéramos negocio los dos... y me dio dinero en tres oportunidades...”

Ciertamente la audiencia tan mentada, fue desarrollada en el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, donde era su titular el Dr. FRANCISCO JAVIER BARBÓN LÓPEZ, de quien se dice que posiblemente había preacordado (sic) en conocerla, quien aceptó el irregular reparto y le dio curso.

En (sic) esta audiencia hace parte de un caso que se adelanta por hechos según los cuales la sociedad PREVISANAR EPS MEDICINA ALTERNATIVA LTDA. representada legalmente por JAZMÍN ROCÍO OROZCO RODRÍGUEZ y su esposo, mediante fraudulentos recobros al FOSYGA y al Ministerio de [la] Protección Social, se obtuvo incremento patrimonial aproximado a la suma de \$5.537'727.500,00. Por ello el señor Fiscal de conocimiento, solicitó ante un juez de control de garantías, en (sic) el 1ro. del mes de mayo de 2012 órdenes de captura en contra de 7 personas, entre las que se contaba la señora JAZMÍN ROCÍO OROZCO RODRÍGUEZ y su esposo médico de profesión SEBASTIÁN DE JESÚS RAMÍREZ MENDOZA, capturas que fueron emitidas y se hicieron efectivas el día 2 de mayo de esa anualidad. En audiencia concentrada, el Juzgado 27 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el día 4 de mayo de [20]12 impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a JAZMÍN ROCÍO OROZCO RODRÍGUEZ, a quien se le imputó el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, en calidad de autora.

Llama la atención que emitida la medida de aseguramiento antes señalada, el defensor de la señora OROZCO, solicita el día 7 de mayo de 2012, audiencia preliminar de revocatoria y en su defecto sustitución de la prisión carcelaria por domiciliaria. Ésta última petición le es concedida por el Juez 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, en protección a los derechos de su hijo menor que se encontraba enfermo.

El día 23 de agosto de 2012, la Fiscal del caso, presenta escrito de acusación en contra de la señora OROZCO y de 7 personas más, entre las que se cuenta su esposo, proceso que le correspondió conocer al Juzgado 14 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en donde se surte la etapa del juicio.

El día 26 de septiembre de 2012, se verificó la audiencia de formulación de acusación, ante la ausencia de la acusada JAZMÍN ROCÍO OROZCO RODRÍGUEZ y de su abogado defensor, sin explicación alguna, el señor Juez 14 Penal del Circuito de Conocimiento, decretó la ruptura de la unidad procesal respecto de esta acusada y ordenó continuar con la audiencia de formulación de acusación respecto de los otros coacusados.

En el curso de esa audiencia, se planteó por parte del defensor del médico SEBASTIÁN DE JESÚS RAMÍREZ MENDOZA, una causal de nulidad, pretendía el togado que invalidaba (sic) lo actuado ya que su defendido presentó escrito donde se allanaba a los cargos y la Fiscalía no le dio curso y que en consecuencia procedía la libertad de su defendido. El señor juez de conocimiento negó la declaratoria de nulidad, ante esa decisión la defensa de (sic) interpuso recurso de alzada, el caso llegó a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

El día 31 de octubre de 2012, la Sala Penal, con ponencia del Dr. DAGOBERTO HERNÁNDEZ, confirmó la decisión de primera instancia, es decir, no decretó la nulidad.

Siendo entonces que JAZMÍN ROCÍO OROZCO RODRÍGUEZ, ostenta la calidad de acusada, que la medida impuesta en su contra de detención carcelaria, fue sustituida por la prisión domiciliaria; su defensor solicita audiencia preliminar de revocatoria de la medida. Esa audiencia, se llevó a cabo el día 20 de diciembre de 2012, en el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías. El señor Juez, FRANCISCO JAVIER BARBÓN LÓPEZ, abre la audiencia y ante una petición de la defensa, que raya con el absurdo pues se fundamenta en entrevistas rendidas por uno de los procesados –esposo– y otras personas; el juez el juez de conocimiento (sic) a la revocatoria (sic), mediante decisión que probablemente es manifiestamente contraria a la ley y decreta la libertad inmediata de la señora JAZMÍN ROCÍO OROZCO RODRÍGUEZ, imputada por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

A través de búsqueda selectiva en base de datos de fecha 9 de septiembre de 2013, autorizada legalmente, se determinó en el Centro de Servicios Judiciales que esta audiencia fue direccionada de manera manual o directa por el funcionario HERVER LEONARDO MAHECHA.

ACTUACIÓN PROCESAL

Previa solicitud de la Fiscal 13 de la UNIFJ, delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de octubre de 2013 se celebró ante el Juez 52 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la misma ciudad, la audiencia de formulación de imputación contra **Francisco Javier Barbón López**, como autor de las conductas punibles de concierto para delinquir y prevaricato por acción agravado y determinador de falsedad ideológica en documento público agravado por el uso, descritas en los artículos 340, 413, 415, 286 y 290, respectivamente, del Código Penal. El imputado no aceptó los cargos.

La Fiscalía no solicitó la imposición de ninguna medida de aseguramiento y el 14 de febrero de 2014 presentó el escrito de acusación por los delitos que había imputado.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá celebró la audiencia de formulación de acusación el 6 de mayo de 2014, y llevó a cabo la preparatoria durante los días 13 de agosto y 8 de octubre del mismo año, oportunidad en la que se hicieron estipulaciones probatorias; se descubrieron los elementos materiales probatorios, la evidencia física e informes legalmente obtenidos; la Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en

la audiencia de juicio oral y público; y, el acusado no aceptó los cargos.

El Tribunal negó la práctica de algunas pruebas solicitadas por las partes. Entre las que rehusó, se cuenta el testimonio del abogado Orlando Enrique Puentes, citado por la defensa como testigo técnico para que presente su opinión profesional acerca de la decisión adoptada por el procesado, en el caso de Jazmín Rocío Orozco Rodríguez.

El defensor, en el acto, interpuso el recurso de apelación, que sustentó en los términos que se expondrán en el correspondiente acápite.

Solicitud de la defensa.

En lo que concierne al objeto de la impugnación, el defensor pidió la práctica del testimonio de Orlando Enrique Puentes *«...litigante reconocido, su señoría, docente universitario, catedrático y autor de obras sobre derecho penal especial. El doctor Enrique Puentes hará un análisis académico y profesional en su calidad de testigo técnico, según lo decantado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal en los radicados 26177 del 16 de diciembre de 2009, el radicado 26128 del 11 de abril de 2007 y el radicado 30214 del 17 de septiembre de 2008, para que basado en su experiencia profesional y su formación académica ilustrada, exprese a*

esta audiencia los tópicos asumidos por el doctor Barbón López para emitir su concepto profesional en punto y concreto de la audiencia en la cual se ordenó la puesta en libertad de la señora Jazmín Rocío Orozco Rodríguez y también vertirá (sic) su opinión en el sentido de que dicha decisión no obedeció a acto caprichoso ni a acto criminal y mucho menos a un acto contrario a derecho, su señoría; sino que por el contrario dicha decisión se ajusta a los lineamientos conceptuales y de derecho que permiten tener que la decisión cuestionada aquí por la Fiscalía es una decisión válida ante el ordenamiento legal colombiano. El doctor Enrique Puentes, con él también se introducirá el informe base de su opinión, su señoría, y esos informes, desde ahora su señoría también solicito, el informe del contador y el informe del doctor Puentes, sean tenidos como prueba documental en el presente asunto, prueba documental que como se dijo en la enunciación se hará llegar al ente acusador en los términos del artículo 415 de nuestro ordenamiento procesal penal, su señoría.»¹

Oposición de la Fiscalía²

Considera que debe rechazarse la solicitud de este testimonio, porque el análisis que debe hacerse para determinar si una decisión es o no prevaricadora, le corresponde primero a las partes del proceso y luego, desde

¹ Audiencia preparatoria, sesión del 8 de octubre de 2014. Registro 1:47:04 a 1:49:15.

² Ídem, Registro 2:31:30 a 2:35:08.

el punto de vista académico y profesional, a los jueces, en este caso a la Sala de Decisión Penal, que deberá darle la razón a una de las partes en la sentencia, luego de estudiar los hechos y las normas correspondientes. En su sentir, esa prueba resulta impertinente e inconducente, porque ese profesional del derecho que se cita como testigo técnico, estaría actuando como conjuez para resolver lo que tendría que decidir el Tribunal.

Intervención del Ministerio Público³

Solicitó que se negara la práctica del testimonio de Orlando Enrique Puentes, por considerar que es impertinente e inconducente, pues la justificación que hace el defensor no corresponde a las condiciones que debe reunir el testigo técnico, porque la finalidad de esa clase de testimonios es orientar a los jueces frente a temas en los que no son expertos, por ejemplo, temas médicos, de informática, etcétera; pero jamás deben emitir conceptos frente a los temas que son propios de la competencia de los jueces, pues una opinión de esa naturaleza sólo serviría para subestimar la competencia y los conocimientos de los Magistrados del Tribunal, porque no se trata de temas que ignoran los jueces y que por ello necesitarían el criterio de un testigo técnico.

³ Ídem, Registro 2:48:15 a 2:51:07

La providencia impugnada⁴

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá se pronunció acerca de la admisión de las pruebas que las partes pretenderían hacer valer en el juicio oral.

Al referirse a la solicitud del testimonio técnico del abogado Orlando Enrique Puentes, pedido por el defensor, dispuso que no se decretaría, porque se pretende un análisis académico de la decisión por la que fue revocada la medida de aseguramiento impuesta a la procesada Jazmín Rocío Orozco Rodríguez, y está suficientemente establecido que los testigos técnicos declaran acerca de asuntos sobre los cuales no tienen conocimiento los jueces y, desde luego, que el criterio o la valoración de si la decisión adoptada por el Juez Barbón López es contraria a la ley o se ajustó al ordenamiento, es absolutamente jurisdiccional y por consiguiente sólo puede hacerla la judicatura. Además, acogiendo lo manifestado por la señora Fiscal, se trataría de nombrar un conjuez para que se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de la providencia y con ese medio se solventaría la decisión.

La providencia fue recurrida en apelación por el defensor, quien en curso de la respectiva audiencia informó los motivos de inconformidad.

⁴ Ídem, Registro 3:39:23 a 3:40:30.

Sustentación del defensor⁵

Parte por advertir que con la prueba no busca menospreciar ni subestimar la capacidad de los Magistrados del Tribunal, para discernir acerca de la legalidad de la decisión adoptada por su defendido, pues con dicho testimonio pretende, de acuerdo con el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal, llevar a los jueces el conocimiento más allá de duda razonable y tratar de evitar que el Tribunal opusiera su criterio legal frente al que en su momento adoptó Francisco Javier Barbón López.

Señala que con esa prueba busca presentarle al Tribunal un razonamiento desprevenido desde el punto de vista académico, que lo lleve a zanjar la duda razonable. Si el concepto del testigo técnico dice que la decisión del procesado no se ajusta a los lineamientos legales, sería indiscutible la acusación. Pero, si el doctor Puentes considera que la decisión se ajusta al ordenamiento jurídico, se le estaría entregando un elemento más al Tribunal para que, al analizarlo en conjunto con las demás pruebas, adopte *«...una decisión ajustada a derecho y que contamos con elementos externos que no son propios de un criterio autónomo como juzgadores y administradores de justicia en el día a día.»*⁶

⁵ Ídem, Registro 3:41:52 a 3:46:55.

⁶ Ídem, Registro 3:46:11 a 3:46:25.

En consecuencia, solicita de esta Corporación que revoque la providencia impugnada y ordene la práctica del testimonio de Orlando Enrique Puentes.

Intervención de los no recurrentes.

1. La señora Fiscal delegada⁷ solicita de la Corte Suprema que confirme la decisión del Tribunal.

No considera viable que se emita un concepto académico acerca del objeto de la decisión cuestionada, que es una conducta probablemente constitutiva de prevaricato, porque esa es la función del Tribunal en este caso.

Admitir un testigo que declare si una decisión es o no prevaricadora, desestima la función del juez y su capacidad para juzgar la legalidad o la ilegalidad de la providencia.

Considera que para llevar al juez al conocimiento más allá de duda razonable, en nada contribuye el testimonio del abogado, litigante y académico.

El criterio que eventualmente exponga el Tribunal en relación con la decisión que adoptó el procesado, necesariamente deberá explicar por qué es o por qué no es legal la providencia y esos argumentos tendrán que ver especialmente con la teoría del caso y con los alegatos de

⁷ Ídem, Registro 3:47:09 a 3:59:45.

cierre que exponga la parte a quien se le dé la razón.

Considera que el criterio del doctor Puentes bien puede ser citado por el defensor, pues lo mismo se hace tratándose de doctrinantes extranjeros o de jurisprudencia, sin que sea necesario llevar a la audiencia al tratadista para que declare sobre el tema.

2. El Procurador Judicial⁸ pide que se confirme la decisión, porque el defensor, al sustentar el recurso de apelación, adicionó los argumentos cuando explicó que la finalidad del testimonio del doctor Orlando Enrique Puentes, era evitar que el Tribunal impusiera su criterio frente al del doctor Barbón, aspecto que no planteó al solicitar la práctica de la prueba y respecto del cual no hubo pronunciamiento de la Sala de Decisión.

Agrega que el hecho de resolver con fundamento en un criterio jurídico determinado, precisamente evita que los jueces cometan arbitrariedades.

Considera que la finalidad del testimonio técnico no es rendir declaraciones acerca de la función que deben cumplir los jueces, porque el testigo técnico conceptúa sobre asuntos que no son de conocimiento de los falladores. *«El testimonio técnico que pretende introducirse versa sobre temas jurídicos y no hay la menor duda de que la Sala que integra el Tribunal*

⁸ Ídem, Registro 3:59:51 a 4:08:44.

Superior de Bogotá tenga desconocimiento (sic) de temas jurídicos y por tanto no es necesario el auxilio de los temas que le son propios de su función para que sea suplido (sic) por un testigo técnico.»⁹

C O N S I D E R A C I O N E S

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor, contra el auto por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá inadmitió la práctica de una prueba.

Los motivos de inconformidad expuestos por el impugnante, aluden a que el Tribunal, por considerar que se trataba de una valoración absolutamente jurisdiccional, negó la práctica del testimonio de Orlando Enrique Puentes, a quien por ser abogado, litigante, catedrático y doctrinante experto en derecho penal especial, pidió convocar para que declarara en calidad de testigo técnico, de conformidad con lo que ha precisado –según afirma– la Sala de Casación Penal en las decisiones CSJ SP, 11 Abr. 2007, Rad. 26128; CSJ SP, 17 Sep. 2008, Rad. 30214; y, CSJ SP 16 Dic. 2009, Rad. 26177.

⁹ Ídem, Registro 4:07:28 a 4:07:50.

Adujo el defensor que el aludido profesional explicaría que la decisión adoptada por el procesado Francisco Javier Barbón López, mediante la cual ordenó dejar en libertad a Jazmín Rocío Orozco Rodríguez, no fue un acto caprichoso ni criminal y que no contrariaba el ordenamiento jurídico.

La súplica del testimonio se elevó en curso de la audiencia preparatoria, misma que se desarrolló con apego a la preceptiva legal. Se inició consultando a las partes acerca del descubrimiento probatorio y la confirmación de su estricto cumplimiento; la defensa descubrió sus elementos materiales; se hicieron estipulaciones; la Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en la audiencia de juicio oral y público. A continuación, se elevaron las correspondientes solicitudes.

Sin embargo, se advierte en este caso que el defensor se equivocó desde cuando hizo la postulación probatoria objeto de debate en esta sede, porque a pesar de haber citado jurisprudencia de esta Corporación –que dijo conocer– acerca de las diferencias entre testigo perito y testigo técnico, es claro que confundió los conceptos y, en cambio, los fusionó como si se tratara de un mismo tema.

Se insiste, el representante judicial del procesado pidió que se decretara el testimonio (técnico) del abogado Orlando Enrique Puentes.

El objeto de prueba en los procesos penales está constituido por los hechos con relevancia jurídica y la responsabilidad del procesado. En consecuencia, la finalidad del debate probatorio consiste en poner en conocimiento del juez unas específicas circunstancias que demuestren la ocurrencia de un hecho y su adecuación a una descripción típica, eso desde el punto de vista objetivo; y, en relación con el subjetivo, que la realización de esa conducta se le puede atribuir a una persona por haberla ejecutado o por haber participado en su realización.

El artículo 372 de la Ley 906 de 2004, define el tema en los siguientes términos: *«Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.»*

Pues bien, el delito de prevaricato por acción está descrito en el artículo 413 de la ley 599 de 2000:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Entonces, el *thema probandum* en esos casos necesariamente deberá remitirse a demostrar si la resolución, dictamen o concepto es contraria a la ley de

manera manifiesta. Dicho en otros términos, deberá establecerse si la decisión que se califica de prevaricadora carece de reflexión; o, si con algún tipo de razonamiento, ofrece conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o la normatividad que debe regir el asunto, al punto que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.¹⁰

En tal virtud, les corresponde a los jueces establecer si las pruebas practicadas en la audiencia del juicio oral enseñan sin duda alguna, la concurrencia de unos sujetos, activo calificado (servidor público) y pasivo (Estado y sociedad); la vulneración real o potencial del bien jurídicamente tutelado (la administración pública); la conducta (conceptuar o proferir dictamen o resolución); y, que tal comportamiento sea manifiestamente contrario a la ley (elemento normativo), por lo que concierne al tipo objetivo; y, desde luego, la constatación del tipo subjetivo.

Para el efecto, nuestra legislación procesal penal (art. 373) consagra la libertad probatoria: *«Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.»*

¹⁰ CSJ SP, 17 jun. 2009. Rad. 30748.

Entre los medios de conocimiento previstos en esa codificación se consagra la prueba testimonial, en relación con la cual se impone en el artículo 402 ibídem, que *«El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir...»*

El defensor pidió la comparecencia del doctor Orlando Enrique Puentes *«...litigante reconocido, (...) docente universitario, catedrático y autor de obras sobre derecho penal especial...»* para que hiciera *«...un análisis académico y profesional en su calidad de testigo técnico, según lo decantado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal (...), para que basado en su experiencia profesional y su formación académica ilustrada, exprese a esta audiencia los tópicos asumidos por el doctor Barbón López para emitir su concepto profesional en punto y concreto de la audiencia en la cual se ordenó la puesta en libertad de la señora Jazmín Rocío Orozco Rodríguez y también vertirá (sic) su opinión en el sentido de que dicha decisión no obedeció a acto caprichoso ni a acto criminal y mucho menos a un acto contrario a derecho (...); sino que por el contrario dicha decisión se ajusta a los lineamientos conceptuales y de derecho que permiten tener que la decisión cuestionada aquí por la Fiscalía es una decisión válida ante el ordenamiento legal colombiano...»*

Por supuesto que al proceso pueden ser convocados para declarar, los denominados testigos técnicos, en relación con quienes esta Corporación hizo una clara diferenciación frente al testigo perito, criterio que ha venido reiterando y se mantiene vigente.

Así, por ejemplo, en CSJ SP, 11 Abr. 2007, Rad. 2618, la Sala explicó:

[N]o se puede confundir, como lo hace el defensor, (...) entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.

Esos conceptos los reiteró la Corte en CSJ SP, 16 Sep. 2009, Rad. 26177:

En términos elementales, testigo es la persona natural que por tener una relación de conocimiento o percepción directa —y ocasionalmente indirecta— de la situación fáctica objeto de controversia, puede ser citada a la actuación para que ofrezca un relato de lo que le consta en relación con la misma. El perito, por el contrario, es un tercero ajeno a los hechos, pero cuya intervención resulta necesaria para que, con base en sus conocimientos prácticos, técnicos, científicos o artísticos, ilustre o permita una mejor intelección y apreciación de determinado aspecto de interés para la definición del debate.

Cuando el testigo posee un conocimiento práctico, técnico, científico artístico, o especialmente calificado en una materia relacionada con el acontecer fáctico que percibió, la ley autoriza que al suministrar su versión acerca de lo ocurrido emita conceptos de acuerdo con esa ilustración, o que al interrogarlo las partes o el operador jurídico en relación con los hechos, provoquen de él una opinión o juicio en relación con alguna circunstancia del suceso recreado a través de su declaración¹¹.

A esa especie o clase de testigo es al que la jurisprudencia se ha referido como “testigo técnico”¹², órgano de prueba que difiere del perito en que a éste nada le consta acerca de los hechos motivo del litigio ya que no los ha percibido directa o indirectamente; al perito, como auxiliar de la justicia que es, se le convoca al proceso para que con base en su conocimiento especializado de una materia, coadyuve en la cabal comprensión de algún aspecto técnico, científico, artístico, etc., ligado al desarrollo de los acontecimientos.¹³

En síntesis, el testigo técnico es un experto en materias científicas, técnicas o artísticas que, al declarar acerca de cómo percibió los hechos, se vale de sus especiales conocimientos.

La declaración del testigo técnico, entonces, no se refiere –como en este caso pretende hacerlo ver el defensor– a la valoración que ese experto haga de la providencia calificada de prevaricadora y a la exposición de su criterio profesional sobre el particular. Dar la versión de cómo se percibieron los hechos, implica que el testigo hubiese

¹¹ Ley 600 de 2000, artículo 276, numeral 2º, inciso tercero, aplicable al procedimiento penal militar de acuerdo con el principio de integración previsto en la respectiva normatividad (Ley 522 de 1999, artículos 18 y 218).

¹² Cfr. Sentencias de 11 de abril de 2007 y 17 de septiembre de 2008, raditaciones N° 26.128 y 30214, respectivamente, entre otras.

¹³ El mismo criterio se expuso, entre otras, en CSJ AP, 15 Jul. 2009, Rad. 30355 y CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651.

presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el procesado dictó el auto por el que dispuso la libertad de Jazmín Rocío Orozco Rodríguez, pero valiéndose de sus conocimientos de abogado, narraría lo que percibió directa y personalmente.

Lo que el defensor pretende es que un abogado litigante, catedrático y autor de obras de derecho penal especial declare acerca de la validez que desde su particular perspectiva tendría la aludida decisión judicial. De esa manera, se itera, el testigo no va a declarar acerca de los hechos que individualmente percibió, sino que va a valorar la prueba de unos hechos que tuvieron ocurrencia para, a partir de esa valoración, señalar que no constituyen delito, lo que, ni más ni menos, corresponde a conceptuar sobre la configuración del tipo tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

Entonces, con el pretexto –por demás inexplicable– de que necesita anticiparse al criterio del Tribunal –que por supuesto no conoce aún porque apenas se expondrá en el fallo– pretende que se dé por probado con el testimonio del abogado lo que constituye el objeto del debate, es decir, lo que es materia de comprobación. Así, bastaría que en cualquier proceso penal se llevara a declarar un experto en derecho que determinara si la conducta que se juzga es constitutiva de infracción penal, para que los jueces

adoptaran alguna decisión ajena, naturalmente, a su propio criterio, pero favorable a la parte que aduce la prueba.

Desde esa perspectiva, la pretensión del defensor se encamina a la designación de una especie de perito que anteponga su criterio jurídico al de los jueces, como si estos pudieran delegar en un testigo la función jurisdiccional. Incluso, al solicitar el testimonio del abogado, pidió que se admitiera como prueba documental, de conformidad con lo que establece el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, la base de la opinión presentada por el doctor Orlando Enrique Puentes, siendo ese un aspecto que resulta ajeno al testimonio técnico.

Precisamente las normas procesales excluyen cualquier posibilidad de que un testigo presente su opinión en relación con puntos de derecho, porque lo que se admite es llevar al conocimiento de los jueces aspectos o datos especializados que expresamente se limitan a materias científicas, técnicas o artísticas, las que ciertamente, por su formación esencialmente jurídica, no corresponden al ámbito de competencia del funcionario; el objeto de conocimiento propio de la especialidad del juez se ciñe a la aplicación de la ley, a partir de la demostración de unos hechos, sin que tenga cabida la posibilidad de que un testigo siquiera le insinúe cómo deberá aplicar la normatividad.

En síntesis, al especificar las materias sobre las que puede presentar la base de la opinión, la ley está descartando que el experto se refiera a las consecuencias del hecho que es materia de debate en el proceso penal. Esa actividad, como es de suponer, está reservada para los jueces.

Incluso, el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, siendo más específico al referirse a ese tema, consagra expresamente esa prohibición, al preceptuar que *«La parte que solicite un dictamen pericial, determinará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar, **sin que sean admisibles puntos de derecho.**»* (Se destaca)

De tal manera que la prueba pretendida por el defensor escapa a la licitud que, en materia de conducencia, exige nuestro ordenamiento procesal penal (art. 357, inc. 3, L. 906/04), porque desde la enunciación de los criterios con los que trató de justificar la necesidad de decretar y practicar el testimonio del experto en derecho, destacó que su intención era, ni más ni menos, que la de desplazar al Tribunal en su función:

[H]ará un análisis académico y profesional en su calidad de testigo técnico, (...), para que (...) exprese a esta audiencia los tópicos asumidos por el doctor Barbón López para emitir su concepto profesional en punto y concreto de la audiencia en la cual se ordenó la puesta en libertad de la señora (...) y también vertirá (sic) su opinión en el sentido de que dicha decisión no obedeció a acto caprichoso ni a acto criminal y mucho menos a un acto contrario a derecho (...); sino que por el contrario dicha

decisión se ajusta a los lineamientos conceptuales y de derecho que permiten tener que la decisión cuestionada aquí por la Fiscalía es una decisión válida ante el ordenamiento legal colombiano...»

Por lo demás, es clara la impertinencia de la solicitud probatoria, porque el testimonio del abogado Orlando Enrique Puentes no se referiría a los hechos de la acusación que requieren prueba, pues lo que exactamente pretende el defensor es que esta persona valore la prueba y conceptúe acerca de la configuración del delito de prevaricato por acción.

Finalmente, no considera la Sala que el impugnante hubiese introducido, al sustentar el recurso, elementos de juicio nuevos que no se debatieron en la primera instancia. En efecto, al recurrir la providencia del Tribunal, explicó el abogado que con el testimonio de Orlando Enrique Puentes presentaría un razonamiento para tratar de impedir que el Juez Colegiado impusiera su criterio legal, en relación con el que en su momento expuso el procesado al dictar el auto que se dice objeto del prevaricato.

Con esa argumentación, el recurrente realmente reiteró que expondría la opinión del testigo sobre un punto de derecho, para oponer ese criterio al de los jueces, aspecto que no se refiere a un tema ajeno al debate en primera instancia.

Se colige de las anteriores argumentaciones, que la pretensión probatoria del defensor es inconducente e impertinente, porque con ese testimonio busca desplazar a los jueces en el marco de su competencia funcional, exaltando la opinión del catedrático experto en derecho penal, a pesar de tratarse de un criterio ajeno a los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que prevé nuestra legislación.

En consonancia con las precedentes consideraciones, se confirmará la providencia impugnada.

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

R E S U E L V E

CONFIRMAR la decisión impugnada, dictada por Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que resolvió inadmitir la práctica del testimonio del abogado Orlando Enrique Puentes.

Esta decisión se notificará en estrados.

Devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

Cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria