

Apelación contra auto que admite una prueba, análisis crítico al debido proceso penal.¹

Julio César Ossa Álzate.

José Manuel Castro Martínez.²

¹ Universidad Católica de Oriente. Artículo de reflexión finalizado el 27 de marzo de 2020.
Para optar por el título de abogado.

² Estudiantes del programa de derecho de la Universidad Católica de Oriente.
Dirección electrónica: juliocesarossa11@gmail.com – josemanuelcastromartinez@hotmail.com
Docente asesor: Julio Darío Vélez López.

RESUMEN

El recurso de apelación es un medio de defensa con el que cuentan las partes dentro de un proceso, para impugnar una decisión; para ello, la ley 906 de 2004, más precisamente en su artículo 177 numeral 4, establece la procedencia de dicho recurso cuando frente a la solicitud de admisión de un elemento material probatorio en el proceso penal, el juez decide negarla; sin embargo, en caso de que el juez decida en sentido positivo, no se cuenta con recurso alguno, según el contenido taxativo de la norma, para impugnar tal decisión; con esta situación, y a partir de un método dogmático-jurídico de enfoque cualitativo y descriptivo, centrado en la interpretación y comprensión de la realidad de normas jurídicas, se hizo una recolección de información de la doctrina y la jurisprudencia referente a esta problemática, para dar cuenta de la vulneración del derecho fundamental del debido proceso y algunos de sus derechos y principios implícitos. Siendo posible evidenciar, las posiciones divididas de las fuentes materiales del derecho como la doctrina y la jurisprudencia, que no permiten la creación de un precedente al respecto, y que dejan al arbitrio del juez, la protección de las garantías y derechos fundamentales; llevando así, a una vulneración directa del debido proceso, por generar una incertidumbre frente a la igualdad de armas con las que las partes afrontan el proceso penal.

PALABRAS CLAVES

Proceso penal, Recurso de apelación, Autos, Providencias, Admisión de pruebas, Debido proceso.

ABSTRACT

The appeal is a means of defense that the parties have within a process, to challenge a decision; for this, law 906 of 2004, or more precisely its article 177 number 4, establishes the origin of said resource when faced with the request for admission of an evidentiary material element in the criminal process, the judge decides to deny it; however, in case the judge rules in a positive sense, there is no recourse, according to the restrictive content of the norm, to challenge such a decision; in this situation, and based on a dogmatic-legal method of a qualitative and descriptive approach, focused on the interpretation and understanding of the reality of legal

norms, a collection of information was made on the doctrine and jurisprudence regarding this problem, to give Account of the violation of the fundamental right of due process and some of its implicit rights and principles. Being possible to evidence, the divided positions of the material sources of law such as doctrine and jurisprudence, which do not allow for the creation of a precedent in this regard, leave the protection of fundamental rights and guarantees to the discretion of the judge; thus leading to a direct violation of due process, generating an uncertainty regarding the equality of arms with which the parties face the criminal process.

KEYWORDS

Criminal proceeding, Appeal, Court order, Providences, Admission of proof, Due process.

INTRODUCCION

Dentro del proceso penal colombiano, el artículo 177 de la ley 906 de 2004 en el numeral 4, permite que, ante la solicitud de admisión de una prueba, proceda el recurso de apelación cuando el juez rechaza dicha solicitud; sin embargo, en caso de que el juez decida positivamente la admisión de dicha prueba, el código procedimental penal no trae una norma taxativa que dé la facultad a una de las partes de interponer igualmente un recurso de apelación contra ese auto. Esto a simple vista podría transgredir directamente el derecho de defensa y contradicción y en síntesis el debido proceso. Por tal motivo, la corte suprema de justicia desde el año 2011 ha venido presentando una pequeña divergencia en la aplicabilidad de esta normativa; pues en algunas sentencias considera que sí debe proceder el recurso de apelación contra los autos que admiten una prueba, pero en otras sentencias opina todo lo contrario, y hace énfasis en dar una aplicación taxativa de lo que dice el código procedimental penal, lo cual está generando que se creen dos precedentes jurisprudenciales sobre un mismo tema, lo que no permite tener una seguridad jurídica a las partes que se encuentran inmersas dentro de un proceso penal.

Se busca realizar entonces, un análisis jurídico de la no procedencia del recurso ordinario de apelación frente a los autos que admiten la práctica de un elemento material probatorio en el juicio oral, a partir del derecho fundamental del debido proceso; será desarrollado principalmente con el análisis jurisprudencial de las decisiones que ha tomado la corte en

relación a este tema, desde la expedición del código de procedimiento penal, sustrayendo de estas, los argumentos con los cuales, ciertos jueces han permitido la procedencia de este recurso de apelación y otros simplemente, se han acogido a la taxatividad de la norma para negarlo; de igual forma, se pretende revisar un estado del arte doctrinal que dé cuenta del manejo de este recurso dentro del proceso penal, al igual, que del estudio de los diferentes derechos y principios que componen el debido proceso. Y, finalmente, se plantearán unas conclusiones sobre lo analizado, con el fin de dejar claro las implicaciones que, dentro del proceso penal se deje abierta la posibilidad de que los jueces a su arbitrio decidan si aceptar o no la procedencia del recurso de apelación.

Una vez dicho el tema objeto de estudio es importante indicar que se utilizará un método dogmático-jurídico de enfoque cualitativo, en el que se buscará hacer un estudio de las normas, para presentar algunas situaciones jurídicas en materia penal que requieren especial análisis, esto, mediante la recolección de información antes descrita. Entonces versará primero; en el derecho de defensa, en la medida en que es el principio fundamental en materia procesal penal que se puede ver directamente afectado con el planteamiento legislativo plasmado en el código, en la norma aludida, en cuanto se va a evidenciar; cómo el hecho de no poder interponer recurso de apelación frente a un auto que admite una prueba en el proceso penal, constituye una discordancia con el derecho que cada una de las partes tiene de controvertir la conducencia, procedencia y utilidad de un elemento material probatorio con miras a que no sea tenido en cuenta en el desarrollo del proceso y así, no afecte la finalización del mismo; en segundo lugar, en el derecho a la contradicción probatoria que viene inmerso dentro del derecho a la defensa y que se puede ver afectado cuando no se le permite al procesado ser oído en el proceso por el juez, pues no poder interponer el recurso de apelación frente a la decisión de admitir una prueba en el proceso, significa que el imputado no podrá llevar a cabo una relación dialéctica con el fiscal, la cual es inherente al proceso; ese debate de oposición no se presenta y por ende el juez, el fiscal y el procesado no pueden hallarse en un nivel de posibilidades iguales para refutar, aportar y enfrentar la prueba; y por último, y no menos importante, desde el principio de lealtad procesal que conlleva en sí, todo el buen proceder por parte de los involucrados en el proceso, es decir, que cumplan con los lineamientos establecidos en la ley y que además conserven la buena fe en cada una de las actuaciones llevadas a cabo dentro del proceso. Estos derechos anteriormente descritos, son, entre otros, los que componen el derecho fundamental del debido

proceso y los que, sin duda, deben ser analizados con el fin de encontrar alguna vulneración de este derecho fundamental.

Antes de empezar y luego de realizar el estudio pertinente de las obras en materia penal, referente a los recursos que proceden en la etapa probatoria, debe advertirse que la doctrina es otra de esas fuentes materiales del derecho que deja en una incertidumbre jurídica el tema que es objeto de estudio, en cuanto que, en las obras que se refieren a la admisión, rechazo y contradicción de la prueba en materia penal, no se logra identificar ningún autor que se refiera al problema jurídico planteado, ni a sus implicaciones procesales; por lo tanto, en este apartado citaremos y enunciaremos las obras que están más cerca a la problemática, para sustraer de las mismas, los elementos jurídicos que ayuden a contextualizar un poco, el tema de los recursos en materia probatoria, y la importancia que tiene, para el desarrollo legal del proceso y para la aplicación de una adecuada justicia, la posibilidad de que ambas partes tengan igualdad de condiciones a la hora de impugnar las decisiones que consideren arbitrarias para sus intereses.

IMPUGNACION Y RECURSO DE APELACION.

Cuando alguna de las partes en cualquier proceso, no está de acuerdo con alguna de las decisiones que se toma dentro del mismo, se prevé la posibilidad de que este pueda impugnar; que no es otra cosa, que argumentar las razones por las cuales se antepone a determinada cuestión, por tanto. “En términos generales, constituye una actividad de reproche contra decisiones adversas a las pretensiones de un litigante, tendiente a que aquélla se revoque total o parcialmente, o se reforme o anule” (Torrado, 2003, pág. 50).

Esta impugnación entonces, corresponde a esa facultad que tiene la persona afectada de contradecir lo ya dictado, buscando una reconsideración que pueda cambiar el curso del proceso con igualdad de condiciones para todas las partes inmersas en el mismo; la forma de hacer estos reproches, es a través de los denominados recursos, que son básicamente “Actos judiciales dentro del desarrollo del proceso, que impiden la eficacia de una decisión que causa un agravio” (Torrado, 2003, pág. 52).

Es importante que las partes ejerzan oportunamente el derecho de recurrir, cuando con una decisión se está vulnerando alguno de sus derechos, pues “En Colombia, por vía jurisprudencial, se viene admitiendo que los autos ejecutoriados no obligan al juez para proveer conforme al derecho, pudiendo en ocasiones apartarse de ellos cuando lo decidido no se ajusta a la ley” (Torrado, 2003, pág. 65). Para esto la corte indica (como se citó en Torrado, 2003) que:

De manera que, si es incuestionable que las partes deben tener seguridad acerca de lo dispuesto en las providencias judiciales, no lo es menos que la legalidad de las decisiones en cuando pronunciadas según la ley es lo que da la certeza y seguridad y no meramente el quedar firmes por no recurrirse oportunamente (Torrado, 2003, pág. 65).

Con lo anterior se puede corroborar, que la única manera de que se tenga completa certeza de la legalidad de una decisión, es estar completamente seguro de que lo que se está dictando no va acarrear una afectación injustificada, pues si ese es el caso, la persona ha de tener la posibilidad de recurrir ante el juez con argumentos razonables, para que este evalúe la legalidad o no de dicha providencia.

Ahora bien, hay distintos recursos ordinarios como mecanismos de impugnación dentro de un proceso, uno de ellos es el recurso de apelación, el cual, se adelanta ante el juez inmediatamente superior al juez que ha tomado la decisión puesta en discusión; mecanismo que se diferencia del recurso de reposición, que se solicita ante el mismo juez que conduce el proceso en el que se está inmerso; esto entonces, nos deja entrever que el recurso de apelación tiene una finalidad específica, y es “Llevar al discernimiento de un juez de superior jerarquía llamado *ad quem* la decisión judicial de uno inferior denominado *ad quo*, con la finalidad de que *revoque o modifique* las irregularidades que se hubiere incurrido al emitir la providencia impugnada” (Torrado, 2003, pág. 226).

Aunque hasta el momento podría pensarse qué con la aplicación del recurso de apelación, se estaría yendo en contra de los principios de economía y celeridad procesal, lo cierto es que su procedencia se torna importante en la medida en que se está evaluando una decisión ya tomada por otro funcionario judicial, que habría tenido sus razones para hacerlo; allí, es donde el recurso de apelación, toma la decisión del *a quo* y “mejora sus resultados precisamente por que procede después, es que se aprovecha de las conclusiones y las purifica con un método que

tamiza los posibles yerros o equivocaciones en que pudiera haber incurrido el juez primigenio” (Torrado, 2003, pág. 229).

DEBIDO PROCESO; DERECHO DE DEFENSA, CONTRADICCIÓN Y PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL

El principio del debido proceso, es analizado por Fernando Velásquez (como se citó en Cantillo y Ardila D’León, 2016) en sentido amplio y en sentido restringido:

En sentido amplio, el debido proceso legal se refiere no solo a ese conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos, que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa tocante a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del proceso), sino también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia, de la seguridad en cuanto no se lesione de manera indebida la seguridad jurídica propuesta como intangible para el ciudadano en el Estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso).

En sentido más restringido en cambio, el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho. (Cantillo y Ardila D’León, 2016, pág. 169)

En cuanto al derecho de defensa, y para abordar la misma se debe empezar por establecer, que se entiende por dicho derecho:

Se entiende como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. (Corte Constitucional, Sala Plena, C/025, 2009)

Con lo preceptuado por la corte constitucional, se puede evidenciar que el derecho a la defensa es un derecho bastante amplio que contiene y trae consigo varias prerrogativas en favor de los sujetos procesales, y en concreto, del sujeto pasivo del proceso penal, otorgándole la facultad de exponer a su contraparte y principalmente al juez, su visión, su postura, y sus argumentos razonables sobre los hechos, actos y conductas que dan ocasión al proceso, al igual que su aceptación o rechazo sobre las pruebas que se presentan y la razón objetiva de aquellas que solicita, con lo que se otorga una garantía al procesado con miras a que cuente con los mismos medios, o lo que hace referencia al principio de igualdad de armas, con el fin de eliminar la arbitrariedad en el proceso, teniendo las mismas posibilidades el procesado de buscar probar su inocencia, que la fiscalía de poder buscar su culpabilidad, en un debate jurídico y probatorio encaminado a obtener un resultado en una sentencia, que teniendo en cuenta las razones, argumentos, y pruebas aludidas por cada parte, debe ser lo más justa posible; es decir, adaptarse claramente al derecho y por consiguiente constituir una decisión basada en el análisis jurídico del juez, de lo expuesto por cada parte en su debida oportunidad procesal, y consecuentemente, derivar tal situación en la aplicación adecuada de la norma jurídica, supuesto que no se configuraría sin la aplicación del ya referido derecho a la defensa.

Al definir el derecho a la defensa en el aparte anterior, se hace necesario resaltar tal como lo hace la Corte Constitucional (2014) que este derecho hace parte, e integra el derecho fundamental al debido proceso, por lo que es de aplicación a todas aquellas actuaciones que se desarrollan en el ámbito procesal y como tal debe ser garantizado por el estado; sin embargo, es preciso señalar que, el ya mencionado derecho se debe aplicar y garantizar de una manera más rigurosa y de manera más enfática o relevante en el campo del derecho procesal penal, en virtud de los bienes jurídicos que se ven inmersos en esta área del derecho y las implicaciones que recaen sobre estos en el caso de una sentencia condenatoria para el procesado, ya que esta implica la imposición de una sanción que limita la libertad personal, lo cual no ocurre en ningún otro tipo de proceso, lo que denota la importancia de la defensa y del derecho a ejercerla en un campo como lo es el penal como derecho sancionatorio por excelencia.

Al analizar el derecho a la defensa debemos por conexidad jurídica estudiar la materialización de dicho derecho fundamental, que se ve reflejada en el derecho de contradicción probatoria; es uno de los más importantes en cuanto al derecho probatorio se refiere y debe ser entendido:

Por “controversia de la prueba” la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado, y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C/533, 2000)

Lo que quiere decir, que el derecho a la contradicción probatoria, es el derecho que el procesado tiene de ser oído por el juzgador con el objeto de pronunciarse sobre una prueba para imputarla, refutarla, y enfrentarla, es decir, que el enfoque con el que se va analizar este derecho, es la oportunidad y posibilidad que tiene el procesado de oponerse a las pruebas que han sido presentadas en su contra constituyéndose como mecanismos directo de defensa, permitiéndole a los sujetos procesales, intervenir en cada una de las fases probatorias del proceso, permitiendo así, la materialización de la defensa de cada parte en el proceso penal, puesto que les otorga a éstas, la oportunidad de controvertir los elementos que se presentan alrededor de la prueba, como son la valoración, la solicitud probatoria y la práctica de la misma, generando así una igualdad de derechos, o lo que se ha denominado como igualdad de armas en el derecho penal, eliminando así, la arbitrariedad en las actuaciones procesales.

Ahora podemos indicar que tanto el derecho de defensa como el de contradicción se pueden ver vulnerados por la disposición normativa objeto de estudio, en cuanto esta alude a la limitación que existe de pronunciarse sobre una prueba, para imputarla, refutarla y enfrentarla cuando esta ha sido admitida, quitándole el derecho y la oportunidad al procesado de oponerse a una prueba que el juez ha decretado en su contra, situación que excluye su intervención en una etapa probatoria en el proceso y que le sustrae en la misma, el derecho a defenderse, derecho del cual el imputado es titular desde el inicio hasta la terminación del proceso, lo que significa que una vez decretada la prueba por el juzgador, el procesado no tiene mecanismo alguno para controvertirla y se debe sujetar a la práctica de la misma en juicio y a su eventual evaluación e incidencia en el fallo final del juez; por lo que la misma norma puede ir en contravía del derecho fundamental de la contradicción ya que al no consagrar el recurso de apelación para esto, elimina la relación dialéctica, que las partes procesales deben llevar a cabo con el juez, con miras a que bajo una argumentación jurídica apropiada se pueda desvirtuar o confirmar la decisión del mismo, agotando así, el debido proceso para que la decisión quede en firme, y habiendo garantizado todos los derechos, principios y prerrogativas propios de un proceso judicial.

El principio de la lealtad procesal hace parte al igual que los derechos descritos anteriormente, del debido proceso, y se entiende cómo:

La responsabilidad o el deber de cada una de las partes de asumir las cargas procesales que le corresponden, éste principio está ligado a la buena fe procesal que se basa en el cumplimiento de los lineamientos establecidos por la ley para llevar a cabo el proceso sin intentar dilatarlo, alargarlo o sacar ventaja de la norma jurídica en razón de anular o restar los derechos procesales que tiene la contraparte. (Corte Constitucional, Sala Plena, T/204, 2018)

Se hace necesario analizar este principio con miras a establecer como la disposición del artículo 177 en su numeral cuarto, podría entrar en discordancia con este principio, puesto que, al solo poder interponer recurso de apelación frente a los autos que admiten la prueba, aquella parte que presentó el elemento material probatorio y que fue admitido por el juez, puede sacar ventaja de tal situación, al saber que solo dependerá del *ad quo* y que no estará sujeta a una revisión, la inclusión de ese elemento material probatorio en el proceso, la conducta de dicha parte se adaptará a las normas procesales, pero es innegable que puede otorgar una ventaja restándole posibilidades de defensa y contradicción a la contraparte, por lo que no sería la propia parte la que va en contra del principio de lealtad y la buena fe procesal, si no la propia norma la que va a propiciar que se presente tal situación.

Por último, se tiene al autor Heliodoro Fierro-Méndez y su obra denominada “Exclusión de Actos y Pruebas en el Juicio Oral”, este autor, en el Capítulo segundo de su obra denominado “Errores con Trascendencia en el derecho de Defensa”, establece cuando resulta violado el derecho a la defensa, con ocasión del derecho probatorio. En una de esas hipótesis se identifica la base del problema jurídico objeto de estudio y es el “No Permitir Su Controversia”, este apartado hace referencia a la imposibilidad de controvertir una prueba en el proceso penal, situación que denota la vulneración inmediata del derecho a la defensa, tal como lo establece el autor por “vía de la no permisión de la impugnación de los medios de prueba” (Méndez, 2005, pág. 319). Es decir, por la imposibilidad de interponer recurso frente a un elemento material probatorio.

El autor enuncia dos formas en que esta situación acontezca, la primera de ellas es “Durante la Realización del Medio de Prueba” y la segunda es “Mediante la Controversia Argumentativa al Medio de Prueba Allegado”, es la segunda de estas dos hipótesis la que nos interesa analizar, frente a esta, Méndez (2005) puntualiza lo siguiente “cuando no se permite la controversia del medio probatorio se está, con dicho acto, rompiendo no solamente el equilibrio que debe reinar entre los sujetos procesales dentro del proceso, sino también vulnerando el derecho fundamental a la defensa” (pág. 322). Por lo que, aunque el autor no se refiere propiamente a la impugnación de los autos que admiten la prueba, este argumento sí refuerza la hipótesis de que, al no tener los medios para controvertir en determinado momento procesal un elemento probatorio, se está vulnerando el derecho de defensa y se está vulnerando la igualdad de armas entre las partes del proceso, ya que se está favoreciendo a uno de los dos bandos del litigio, puesto que se está admitiendo o llevando al juicio una prueba que no ha podido ser atacada o más bien, controvertida, por aquella parte que mediante juicios de valor y argumentos ajustados a derecho, considera que no se debe incluir en el juicio oral, pero también puede construirse bajo esta premisa, que la posibilidad de controvertir el medio probatorio allegado al proceso, se tiene, pero en una etapa posterior, por lo cual no se están vulnerando los derechos mencionados.

De lo anterior debe resaltarse que la contradicción y el derecho de defensa son necesarios frente a los elementos probatorios en el proceso penal, porque hacen parte del debido proceso; por tanto, no tener la posibilidad de impugnar el auto que admite la prueba produce como efecto la pérdida de validez y eficacia en el proceso. Méndez (2005) señala: “Cuando la prueba en si misma ha sido válidamente practicada, conserva su validez y eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla” (pág. 323). Es decir, que lo que le da validez y eficacia a la prueba en el proceso penal, es la contradicción, y así mismo el derecho a la defensa, dos derechos que están inmersos en el debido proceso como derecho fundamental, es así, que el hecho de que no proceda el recurso de apelación frente los autos que admiten una prueba en la etapa procesal pertinente le resta validez y eficacia al elemento probatorio. A su vez lo dilucidado por el autor en el fragmento citado, le permitirá a quien esté planteando otra postura, aducir que el juzgador al emitir el auto que admite la prueba, está llevando acabo válidamente el proceso en materia probatoria y al no otorgar el recurso frente a este auto, está siguiendo la taxatividad de la norma y, por lo tanto, la prueba seguiría siendo válida y eficaz.

Por lo anterior aunque la doctrina no se refiere específicamente al problema jurídico del presente artículo, si se consagran fundamentos jurídicos a partir de los cuales, pueden argumentarse las dos posturas que se pueden presentar frente a la pregunta y el problema, por lo cual, al igual que en la jurisprudencia, esta fuente material de derecho no define ni aduce bases firmes para determinar si se impone una u otra postura, simplemente permite al juzgador y a las partes, encontrar elementos argumentativos para fundamentar su hipótesis sea en uno u otro sentido, tomando valor en la posición e intereses de las partes y el criterio adoptado por el juzgador, para determinar la admisión o no, del recurso de apelación frente al auto que admite la prueba en el proceso penal.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a este tema en algunas ocasiones, y sus decisiones, han sido los únicos antecedentes que se tienen al respecto; pero, a diferencia del objeto de la línea jurisprudencial de la corte, que es unificar los conceptos jurídicos que se discuten y en virtud de los cuales se emiten las providencias judiciales; este tema resulta controversial ya que presenta opiniones divididas e interpretaciones distintas que se efectúan por la misma corporación y por la misma sala, solo que en momentos distintos y con variedad de magistrados. Las posturas son diferentes y se contradicen en virtud de que ciertas sentencias de la corte se decantan por indicar que frente al auto que admite una prueba en el proceso penal no procede el recurso de apelación, mientras que otras sentencias señalan todo lo contrario e indican que el recurso si procede frente a dichos autos.

Para llevar acabo lo descrito anteriormente se debe efectuar un análisis de la jurisprudencia que nos trae la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en cuestión analizando cada uno de los pronunciamientos de dicha corporación los cuales se dividen de la siguiente forma:

_Corte Suprema de Justicia SP, 30 de noviembre de 2011, Rad. 37298.

En esta sentencia la Corte realiza un pronunciamiento frente al caso de un conjunto de personas inmersas en la exportación de sustancias alucinógenas, el apoderado de los procesados recurre en todas las instancias a la providencia emitida por el *ad quem*, en la cual indica que:

Reprocha la conculcación de los derechos de defensa, contradicción probatoria y a la doble instancia, como integradores de la noción de debido proceso, a raíz de la decisión mediante la cual, en la audiencia preparatoria, el juez de conocimiento revocó la concesión del recurso de apelación al auto interlocutorio por el que no accedió a excluir, de las pruebas pretendidas por la Fiscalía, los casetes y discos compactos contentivos de las interceptaciones a diversos abonados telefónicos, y el material fílmico y fotográfico producto de la vigilancia y seguimiento de que fueron objeto los procesados, conforme lo solicitó la defensa de su prohijado con base en que en la acusación no se descubrieron los correspondientes registros de cadena de custodia, ni los controles de legalidad posteriores exigidos en la ley frente a esa actividad policial, lo cual permitía a la asistencia técnica dudar acerca del requisito de mismidad y la constitucionalidad del referido material cognoscitivo. (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal, SP37298, 2011)

Con lo anterior se denota la inconformidad del defensor y la consideración del mismo sobre la violación de derechos de trascendencia constitucional como es el debido proceso, pues en este caso se expone la violación de dicho derecho cuando el juzgador de segunda instancia revoca la concesión del recurso de apelación que había sido aceptado contra el auto interlocutorio que aceptó la inclusión de unas pruebas en el proceso, esta problemática da pie para que la corte se pronuncie de fondo frente al problema jurídico que se está desarrollando.

La Corte Suprema para sustentar su decisión alude primeramente a una facultad que es otorgada por la ley y fundamentalmente por la propia constitución al legislador, que es la denominada codificación procesal, la cual alude a la libertad de configuración normativa que posee el legislador (Corte suprema de justicia, SP. 37298, 2011). Y en virtud de la cual en la estructura de la ley 906 de 2004 estableció la segunda instancia; es decir, el recurso de apelación para otro tipo de decisiones judiciales que no comprenden los autos interlocutorios que admiten pruebas en el proceso, con el propósito de reseñar esta hipótesis la Corte Suprema de Justicia cita el artículo 20 del estatuto procesal penal. “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” (Ley 906, 2004, art. 20).

Con esto la Corte Suprema de Justicia resalta el aparte que indica que el recurso de apelación procederá frente a los autos que afecten la práctica de las pruebas, para establecer que en materia probatoria, la apelación como mecanismo idóneo para acceder a la segunda instancia, procederá únicamente respecto aquellas decisiones que excluyan la práctica o incorporación de una prueba en el proceso, decantándose así la postura de la sala en esta sentencia, y reafirmando que “las partes en el proceso penal podrán solicitar al juez la exclusión , rechazo o inadmisibilidad de los medios probatorios que resulten impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales, u obtenidos con violación de los requisitos formales” (Ley 906, 2004, art. 359). Y el artículo 359 de esta ley 906 se refiere a esta disposición en su inciso final (como se citó en la Corte Suprema de Justicia, 2011), señalando de manera expresa que: “Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra esta procederán los recursos ordinarios” (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal, SP37298, 2011).

La Corte realiza tal cita con el objeto de precisar, que es tan claro el texto normativo que no permite interpretación alguna y que es por esta disposición que el recurso de apelación procede única y exclusivamente en materia probatoria contra aquellos autos que afecten la práctica e inclusión de las pruebas en el proceso, esta conclusión según la Corte, puede sustraerse de la taxatividad de la norma y de esta misma puede deducirse que en caso de presentarse la hipótesis contraria; es decir, cuando se decreta la práctica o se incluye una prueba en el proceso tal pronunciamiento siguiendo la literalidad del artículo 176 y 177 de la ley 906 de 2004, solo será susceptible de recurso de reposición y consecuentemente no será apelable.

Seguidamente la Corte Suprema de Justicia finaliza su argumento señalando que esta normativa tiene el objeto de impulsar el proceso a la fase subsiguiente, cumpliendo con el principio de celeridad del mismo, y es así como se quiere llegar al juicio de manera más efectiva evitando el entorpecimiento del proceso a partir del abuso de la posibilidad, de recurrir la decisión del juez en el caso de que las pruebas sean admitidas (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal, SP37298, 2011). Dejando aun así el debate probatorio abierto para que estas sean discutidas y controvertidas por las partes en la etapa del juicio oral, etapa en la cual las partes deben mostrar al juez de manera clara y precisa los

hechos y las circunstancias que dan lugar a la condena o absolución del procesado y en virtud de esta situación se da la controversia y contradicción de los elementos materiales probatorios que se han incluido en el proceso, evitando así la dilación del mismo, la corte concluye con qué:

La orden de practicar una prueba o la decisión de no acceder a su exclusión, rechazo o inadmisibilidad, en manera alguna lesiona prerrogativas superiores de la parte contra la cual se pretende aducir el elemento cognoscitivo, pues, además de lo ya puntualizado, en cuanto hace al derecho de contradicción, el desenvolvimiento de esa garantía se dinamiza y hace efectivo en el debate oral con la práctica de las pruebas de confutación o contra pruebas, así como con la crítica que se haga de las realizadas por la parte contraria, bien al momento de los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos de ley contra la providencia que defina el fondo de la controversia con base en esos medios de conocimiento. (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal, SP37298, 2011)

Por todo lo anterior, se ve que la Corte muestra su primera postura frente al problema jurídico, indicando que el recurso de apelación no procede frente a la decisión que ordena la práctica o incorporación de pruebas en el juicio, o que no accede a excluir, rechazar o inadmitir alguna, por cuanto tal pronunciamiento del juez no está cobijado con la garantía de acceso a la segunda instancia.

_Corte Suprema de Justicia SP, 13 de junio de 2012, Rad. 36562.

Siguiendo una línea del tiempo de las sentencias emitidas por esta corporación debemos analizar la presente sentencia que nos trae una situación fáctica en la cual el defensor del procesado busca la exclusión de unos elementos materiales probatorios presentados por el ente acusador, bajo el argumento de que esos elementos probatorios fueron ilegalmente practicados, así es como se suscita el problema jurídico del presente caso, que va referido a la impugnación de los autos que deciden sobre la exclusión, rechazo o admisibilidad de pruebas en el juicio. La Corte Suprema, para resolver el problema jurídico planteado hace alusión a la sentencia cuyo análisis se ha realizado de manera previa, indicando la postura emitida en dicho pronunciamiento, que se resume tal como se evidenció en que, el recurso de apelación solo procede contra las decisiones que impidan la efectiva práctica o incorporación de la prueba al juicio.

La Corte Suprema de Justicia al hacer mención del pronunciamiento señalado previamente, indica de manera clara que la corporación en su sala penal va a reconsiderar la postura a partir de la cual se resolvió el problema jurídico que se trató en la citada providencia (Corte suprema de justicia, SP. 37298, 2011). Y seguidamente indica que en virtud del análisis jurídico que se realiza frente a esa normatividad la corte considera que:

El recurso de apelación procede no solo contra las decisiones que niegan la práctica de la prueba (trátese 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012)

Esta interpretación se establece por la Corte en virtud de los fundamentos normativos y constitucionales del sistema penal acusatorio, señalando que serán objeto de apelación aquellas decisiones que cumplan con 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” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012).

A partir de ese planteamiento la Corte Suprema de Justicia inicia su análisis indicando que las decisiones sobre la admisión, rechazo o práctica de pruebas tienen la calidad de autos que son emitidos por el juez con el objeto de resolver los incidentes o aspectos sustanciales del proceso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012).

En este caso en materia probatoria, seguidamente se señala por parte de la corporación el artículo 177 del código procesal penal ley 906 de 2004, para resaltar que este artículo en su texto normativo incluye como decisión susceptible de ser apelada, el auto que niega la práctica de la prueba en el juicio oral, situación frente a la cual no hay ninguna duda de que procede dicho recurso pero seguidamente la Corte Suprema señala que, el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral también es susceptible de este recurso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012). Pero lo realmente importante que se asevera por parte de la corporación en su sala penal es que, no debe haber distinción sobre el sentido de la decisión de ese auto que está negando la exclusión de una prueba del juicio oral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012). Lo que busca la Corte al

señalar lo anterior, es indicar que el sentido de la decisión puede ser positivo; es decir, que se puede estar decretando la inclusión y práctica de una prueba al juicio y que la parte contraria puede solicitar en el momento oportuno para ello que se excluya dicho elemento material probatorio, por lo que la decisión del juez, de excluirlo o no excluirlo, es la que resulta objeto del recurso de apelación.

La Corte Suprema de Justicia para darle fuerza a su argumento y reafirmar su concepto se refiere a varias disposiciones consagradas en la ley 906 de 2004 tales como la consagrada en el inciso 2 del mismo artículo 177, que se refiere al auto que admite la práctica de la prueba anticipada, decisión frente a la cual procede el recurso de apelación; pero se debe hacer alusión y debe tenerse en cuenta que esta disposición está consagrada de manera taxativa y no se llega a ella por la interpretación de la Corte, si no por la mera configuración del legislador, seguidamente la Corte Suprema de Justicia ve plasmada su postura en el texto del artículo 363 de ley 906 de 2004, el cual establece la suspensión de la audiencia preparatoria con ocasión del trámite de la apelación frente a las decisiones relativas a las pruebas, hasta cuando el superior jerárquico resuelva (Ley 906, 2004, art. 363). Sobre esta disposición la Corte entiende conforme a la codificación de la norma por parte del legislador que se admite el recurso de apelación frente a los autos que consagran decisiones referentes a las pruebas, en cuanto en ningún momento se distingue por parte del legislador el sentido de la decisión que traen consigo dichos autos, lo que le da cabida a la procedencia del recurso frente al auto referido a la práctica, inclusión, inadmisibilidad o rechazo de una prueba cualquiera que sea la decisión que este adopte.

La Corte Suprema de Justicia finaliza el argumento aducido, enfocándose en el carácter adversarial del sistema penal, el cual:

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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012)

Lo que quiere decir, que son las partes quienes tienen el derecho de solicitar que se incluyan o practiquen las pruebas que pretenden hacer valer en el juicio, para dar fuerza a su teoría del caso, y consecuentemente, tener el derecho de oponerse a las solicitudes de la otra parte.

Se puede concluir que la Corte Suprema en esta sentencia juega con la interpretación de la norma configurada por el legislador y en los apartados a los que pueden dársele un sentido u otro, le otorga el que va más acorde con el sistema adversarial del proceso penal, pero debe resaltarse que en la ley 906 de 2004, es claro y taxativo la procedencia del recurso de apelación frente a los autos que rechazan o niegan la inclusión y práctica de una prueba en el proceso, situación que no ocurre con los autos que la admiten o la decretan; sin embargo, cabe resaltar que la Corte establece en esta sentencia un postulado que resulta de gran importancia para el objeto del presente artículo, al establecer que:

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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012)

Esta postura que se plantea por parte de la corporación, busca garantizar el derecho fundamental al debido proceso en busca de imponer el respeto de las garantías procesales que trae consigo cualquier proceso y que han sido desconocidos por el legislador al momento de redactar el texto normativo.

_Corte Suprema de Justicia SP, 26 de septiembre de 2012, Rad. 39848.

Para el 26 de septiembre de 2012, la Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensora del Dr. Jesús María Pardo Hernández, en contra de la decisión adoptada por la Sala de Conjuces del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca en audiencia preparatoria, mediante la cual decretó la práctica de pruebas en el juicio oral.

Durante la audiencia preparatoria y luego del descubrimiento probatorio, las partes realizaron solicitudes de práctica de pruebas frente a las cuales el juez *a quo* accedió en su totalidad; decisión que, como se indicó, fue impugnada por la defensa en lo que tiene que ver con las que fueron decretadas a la Fiscalía, consistentes en los documentos obtenidos por miembros de policía judicial y relativos al proceso laboral donde presuntamente se emitieron las decisiones manifiestamente contrarias a la ley.

La defensora apeló la determinación referida, ya que considera ilegales los documentos relacionados en el anexo del escrito de acusación como obtenidos en “inspecciones judiciales”, por no haberse recaudado bajo la preceptiva de los artículos 435 y 436 de la Ley 906 de 2004, que consagran las reglas pertinentes a este tipo de trámites. El juzgador de primera instancia los admitió bajo la perspectiva que fueron conseguidos en virtud de actos de investigación y con ello desplegó un ejercicio valorativo de elementos materiales de prueba que aún no han sido incorporados, dándoles un alcance diverso a lo consignado expresamente por el Fiscal en la acusación.

Luego de haber analizado estos antecedentes, la Corte Suprema de Justicia entra a considerar que la apelación como medio de impugnación para este auto que está admitiendo las pruebas:

Se circunscribe a la discusión sobre la admisión de varias pruebas a practicar en el juicio oral dispuesta por el juzgador *a quo* en audiencia preparatoria, en unos casos al considerar que no era procedente su exclusión y, en otros, por estimar que eran pertinentes, medios de conocimiento que se refieren a la controversia de los hechos objeto de acusación en contra del Dr. Pardo Hernández, por un concurso homogéneo de delitos de prevaricato por acción. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39848, 2012)

Lo importante en analizar, más allá de si la apelación fue efectiva o no a las pretensiones de la defensa, es que la Corte Suprema de Justicia está reiterando la procedencia de la apelación como medio de impugnación para los autos que admiten una prueba. Pues previo a entrar a analizar el caso como tal, estableció qué:

La jurisprudencia venía sosteniendo que la decisión de admitir pruebas era un tema que no podía cuestionarse por vía de apelación, al resultar ajeno a la procedencia del recurso conforme lo establecido en varias normas, entre ellas, el artículo 359, inciso final, de la Ley 906 de 2004, que prevé la posibilidad de recurrir sólo tratándose de su exclusión, rechazo o inadmisión. Sin embargo, “recientemente la Sala replanteó tal postura para dar cabida a la impugnación vertical tratándose también de la admisión. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39848, 2012)

_Corte Suprema de Justicia SP, 20 de marzo de 2013, Rad. 39516.

Un año después, la Corte Suprema decide frente al recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada, contra la decisión adoptada por el tribunal, en la cual negó la exclusión de unos elementos materiales probatorios presentados por la fiscalía, por lo cual le correspondió a la corte determinar si esta decisión, de excluir los videos que pretendía incorporar la fiscalía transgreden o no el debido proceso, y para ello, debe la corporación realizar el estudio pertinente frente a la posibilidad que tienen las partes de impetrar el recurso de apelación contra la decisión que ordena la practica o incorporación de elementos materiales probatorios al juicio oral.

Para tal efecto la Corte hace referencia en un primer momento al principio de la doble instancia, fundamentándolo en la constitución política, en su artículo 31 y aludiendo la consagración del mismo por parte de la ley 906 de 2004 como norma rectora del denominado código de procedimiento penal, que lo consagra en su artículo 20 así “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” (Ley 906, 2004, art. 20). Al señalar dicho principio la Corte Suprema de Justicia identifica como se da la materialización del mismo a través del recurso de apelación, señalando como este se constituye en un medio de impugnación por medio del cual el órgano judicial de rango superior revisa la sentencia o auto que ha emitido el juez u órgano de menor jerarquía, frente a los temas sobre los cuales manifiesta inconformidad la parte que ha sido vencida, siendo esta una materialización de las garantías procesales para las partes con el objeto de obtener un pronunciamiento más justo.

Luego de hacer referencia al principio de la doble instancia y a la materialización del mismo, la Corte plantea que “en materia penal no todo auto es apelable y su procedencia se encuentra supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, sin rebasar el límite impuesto por el marco constitucional” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39516, 2013). Para sustentar este precepto, la Corte cita algunas providencias de la corporación, resaltando que:

A pesar de que existe un principio constitucional referido a la doble instancia y que este se ve materializado con el recurso de apelación, dicho supuesto se ve limitado a la facultad de configuración legislativa en cuanto dicho recurso y por ende la aplicación de aquel principio será definida por el legislador, quien determinará frente a que decisiones, y a que providencias, procederá el mismo y tendrá como límite la propia constitución, teniendo así el legislador la facultad de establecer en cada estatuto procesal las excepciones legales a la posibilidad de interponer el recurso de apelación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39516, 2013)

Después de establecer este precepto la Corte Suprema se refiere concretamente al recurso de apelación cuando se interpone frente a la decisión que ordena la práctica o incorporación de una prueba en el juicio, cuando ha sido solicitada oportunamente, para tal efecto se suscitan providencias anteriores que fueron emitidas por la misma corporación y que ratifican el argumento expuesto, llegando a la conclusión de que “contra la determinación que ordena la práctica o incorporación de pruebas en el juicio, o que niega su exclusión, rechazo o inadmisión, cuando han sido solicitadas por las partes, no procede el recurso de apelación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39516, 2013). A esta conclusión llega la Corte al analizar la estructura del texto normativo contenido en la ley 906 de 2004 más precisamente en los artículos 176 y 177, que fueron configurados por el legislador y en los cuales se pueden identificar de manera taxativa los eventos frente a los que procede el recurso de apelación; y el auto que ordena la práctica o incorporación de pruebas al juicio o que niega la exclusión de las mismas no es uno de estos eventos o decisiones, por lo cual, frente a él no procederá el recurso de apelación, por lo que no se da garantía del derecho de acceso a la segunda instancia, por disposición del propio legislador.

_Corte Suprema de Justicia SP, 22 de mayo de 2013, Rad 41106.

En la última sentencia que se refiere al tema en cuestión, se encuentra la dictada por la sala en mayo de 2013, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por los delegados, tanto de la Fiscalía General de la Nación como del Ministerio Público, así como también por el representante de la víctima, contra la decisión mediante la cual se admitió una entrevista como prueba de referencia, proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del juicio que se adelanta contra Jaime Ángel Pacheco Vergara por los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros en concurso con prevaricato por acción y por omisión.

La Corte Suprema de Justicia inicia diciendo que nuevamente “reflexiona acerca de dicho aspecto en la medida en que recientemente ha adoptado posturas disímiles sobre el mismo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013). Lo cual nos da a entender que la misma Corte reconoce que ha tenido sus diferencias al respecto. Pues la misma Corte afirma que:

Inicialmente asumió un criterio interpretativo restrictivo que negaba la posibilidad de apelar la decisión mediante la cual se decretaban pruebas en el juicio, aduciendo que el artículo 359 de la Ley 906 de 2004 solo reconocía tal opción respecto del auto por el cual se excluyen, rechazan o inadmiten pruebas, y no del que las ordena, el cual era solo pasible del recurso horizontal. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013)

“Posteriormente, en una interpretación más amplia, consideró que el auto por virtud del cual se decretaban pruebas en el juicio, era susceptible del recurso de apelación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013).

Las razones de tal replanteamiento se explican en los siguientes argumentos:

En primer término, la sistemática del proceso adversarial supone que son las partes las que deben tener pleno control sobre los elementos de convicción que se le llevarán al

juez, con los cuales procederá a adoptar la decisión más importante del proceso como es la sentencia; lo que implica la posibilidad de impugnar el decreto probatorio. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013)

Allí la Corte Suprema de Justicia, vuelve a resaltar la importancia que tienen las partes dentro del proceso, pues son las mismas, las que se encargan de convencer al juez por medio de las pruebas que pretenden allegar, elementos que serán aceptados o no por el funcionario, y que al mismo tiempo deben trasladar a cada una de las partes la posibilidad de pronunciarse positiva o negativamente respecto a la admisión o no de las pruebas propias y de la contraparte.

Por otro lado:

La interpretación sistemática de todas las normas involucradas en el problema objeto de revisión, apuntan a dicha conclusión; esto es, no sólo el contenido exclusivo del artículo 359, sino que su cotejo con el 176 inciso tercero, 20 y 363, no dejan duda de que el sentido del Legislador está orientado a que la decisión mediante la cual se decretan las pruebas sea susceptible del recurso de apelación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013)

Lo anterior, conforme a la interpretación que de estos artículos pueden hacer ciertos jueces a la hora de permitir el recurso de apelación, es importante que sean evaluados varios artículos en conjunto y no cada uno por separado, pues es precisamente la unión de estos artículos, lo que le da coherencia al proceso; Finalmente, 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. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013)

Así, la posición que en lo sucesivo acoge la Sala frente al tema, se concreta en que:

El auto que ordena pruebas para ser practicadas en el juicio no solo es susceptible de reposición, sino que además es apelable en el efecto suspensivo, todo dentro de una

interpretación que prohíba la perspectiva sistémica por encima de la lectura aislada y gramatical de la ley con elementos orientadores de sistemas abandonados. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013)

CONCLUSIONES

El análisis de la disposición consagrada en el artículo 177 numerales 4 y 5 de la ley 906 de 2004, lleva a establecer como una principal premisa conclusiva, que es un tema lleno de variables interpretativas y principalmente de vacíos o lagunas jurídicas. La disposición citada establece de manera taxativa la procedencia del recurso de apelación frente a los autos que deciden sobre la exclusión de una prueba en el juicio oral, pero deja por fuera la posibilidad de interponer el recurso frente aquellos que decretan la admisibilidad.

Este contenido taxativo de la norma puede llevar a dilucidar que el precepto definido por el legislador a través de su potestad legislativa y configurativa, va en contra de los principios constitucionales que se concentran principalmente en el debido proceso, evidenciándose la contrariedad de la norma con derechos como el de defensa, en cuanto no se le permite a la parte interesada cuando se admite un elemento material probatorio en el proceso penal, hacer valer sus propias razones y argumentos de controvertir, contradecir y objetar, frente a la decisión del juez de admitir la prueba, de manera conexa se afecta el derecho a la contradicción puesto que, al no poder interponer el recurso de apelación con respecto a la admisibilidad de la prueba, el procesado o bien la fiscalía pierde la posibilidad de oponerse a la pruebas que han sido presentadas en contra de su teoría del caso, restringiendo así la posibilidad tanto de la parte activa como pasiva de intervenir en esta determinada fase probatoria del proceso; con lo aludido, lo que buscamos poner de presente es que con esa hipótesis normativa descrita por el legislador en una norma jurídica de orden público, que va en contra de un derecho fundamental como el debido proceso, transgrede a su vez el principio de la lealtad y buena fe procesal, en cuanto restringe a las partes en el proceso, la posibilidad de sacar adelante sus pretensiones en el ámbito probatorio, sin permitir una clara defensa y discusión de dichos elementos y sin otorgar la posibilidad a la contraparte de contradecir la prueba, vulnerando así, la igualdad de armas en el proceso penal y aún más grave, permitiendo que el concepto emitido por el juez sea definitivo, y sin la posibilidad de una segunda instancia que permita verificar si el criterio

aducido por el mismo, está adaptado totalmente a derecho o si por el contrario está en contravía de este, por lo que desde el punto de vista del derecho fundamental del debido proceso este mismo se vulnerado junto con los derechos y principios procesales que se ven inmersos en el mismo, a partir del solo hecho de negar la segunda instancia a una decisión que influye y puede determinar el curso del proceso penal, en cuanto son las pruebas, aquellas que determinan la convicción y posición del juez. El hecho de ser admitida sin la posibilidad de acudir al *ad quem* para que estudie la decisión cuando no se está de acuerdo con la misma, se está dejando introducir un elemento de convicción que puede determinar el sentido del fallo, cuando es posible que no debió ser tenida en cuenta.

Al analizar el marco constitucional que vulnera la disposición normativa frente a los derechos fundamentales y los principios constitucionales, se debe dar claridad de, cómo es posible que una norma que va en contra de preceptos que tienen la denominación de fundamentales y por ende de intransgredibles, se encuentre vigente, y sea la que rija la procedibilidad o no de un recurso en el proceso penal; al hacer este planteamiento identificamos que tal vez el texto normativo tenía lagunas jurídicas que según los preceptos establecidos por la doctrina e incluso por la misma ley, se llenan a partir de las fuentes materiales del derecho cuyo exponente por excelencia es la jurisprudencia, la cual da sentido e interpreta una norma, cuando el contenido de esta produce incertidumbre y dudas jurídicas, en tal sentido, se estudiaron los planteamientos del más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, la Corte Suprema de Justicia, y encontramos una situación aún más alarmante, y es que las posiciones se encuentran divididas sobre la procedibilidad o no del recurso de apelación, frente aquellos autos que admiten una prueba en el proceso penal, estableciendo una línea jurisprudencial basada en el tiempo y el sentido de la decisión de la Corte, la primera sentencia que aparece referente al tema de estudio es la del 30 de noviembre de 2011, con radicado 37298, la cual trae como premisa principal la siguiente: **“Es tan claro el texto normativo que no permite interpretación alguna; esta normativa tiene el objeto de impulsar el proceso a la fase subsiguiente, cumpliendo con el principio de celeridad del mismo”** (Corte suprema de justicia, Sala de Casación Penal, SP37298, 2011). Por lo que la Corte en un primer momento se orienta por la taxatividad de la norma e indica que el recurso de apelación solo opera frente al auto que niega la admisión de una prueba en el proceso, conforme lo establecido por el legislador mediante su facultad configurativa de la norma, y lo que busca con esta disposición es darle celeridad al proceso, ya que para cumplir con el derecho de defensa y contradicción respecto de la prueba admitida, se tendrá la etapa procesal del juicio

oral para atacar la misma mediante la refutación o la denominada contraprueba; posteriormente la Corte Suprema de Justicia emite la sentencia del 13 de Junio de 2012, con radicado 36562; en la cual interpreta el artículo 177 numeral 5 de la ley 906 de 2004 en un sentido contrario a la primera sentencia, ya que indica que el recurso de apelación si procede contra las citadas decisiones cuando **“Se dé el cumplimiento de tres condiciones: (1) naturaleza de auto, (2) dictadas en el curso de una audiencia, y (3) no exceptuado por la ley”** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, SP36562, 2012). Con lo que la Corte Suprema establece que tanto el auto que admite la prueba como el que la niega son objeto de apelación. Seguidamente la Corte Suprema de Justicia el 26 de septiembre de 2012, con la sentencia de radicado 39848. **“Reitera la procedencia de la apelación como medio de impugnación para los autos que admiten una prueba. Pues, recientemente la Sala replanteó tal postura para dar cabida a la impugnación vertical tratándose también de la admisión”** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39848, 2012). Con los argumentos aludidos por esta sentencia pareciera que la Corte se encaminara a la construcción de un precedente jurisprudencial acorde a los principios constitucionales y derechos fundamentales como el debido proceso, al establecer la aplicabilidad del recurso de apelación tanto para los autos que admiten como para los que niegan la admisión de la prueba en el proceso penal; sin embargo, en el año subsiguiente toma la decisión en sentencia de radicado 39516 del 20 de marzo de 2013 de que **“En materia penal no todo auto es apelable y su procedencia se encuentra supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, sin rebasar el límite impuesto por el marco constitucional”** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP39516, 2013). Este fallo de la corte retoma la postura del primer fallo emitido respecto al tema e indica que el legislador puede determinar que autos son o no apelables como lo hace con la disposición del artículo 177 numeral 5, y que por lo tanto no procede contra los autos aludidos el recurso de apelación, colocándonos de nuevo en la incertidumbre jurídica ya que dos decisiones del más alto tribunal indican la procedencia del recurso y otras dos la niegan , finalmente la Corte suprema de Justicia un par de meses después, precisamente el 22 de mayo de 2013 nos deja una última premisa respecto a tema, con la sentencia de radicado 41106; indicando en la misma que **“inicialmente asumió un criterio interpretativo restrictivo que negaba la posibilidad de apelar la decisión; Posteriormente, en una interpretación más amplia que prohíba la perspectiva sistémica por encima de la lectura aislada y gramatical de la ley, da tal posibilidad”** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP41106, 2013). Con esta sentencia la corte retoma la postura de conceder el recurso de apelación frente

a los autos que admiten prueba en el proceso penal, alejándose de la taxatividad de la norma y complementando el texto normativo con una interpretación conforme a los preceptos establecidos en el mismo código de procedimiento penal y principalmente al derecho fundamental del debido proceso.

Esta cronología en el sentido de las decisiones de la Corte, simplemente nos destaca las posiciones divididas frente a este tema, que se presenta de manera intercalada en el tiempo y que lo que hacen, es desatar una inseguridad jurídica más arraigada sobre este tema, pues con las decisiones emitidas, no se puede establecer un precedente jurisprudencial claro; ni mucho menos se puede constituir una doctrina probable; la consecuencia de la falta de una posición clara respecto a la procedencia o no del recurso, lo que hace es dejar al arbitrio del juzgador que postura tomar, si inclinarse por la taxatividad de la norma o si por el contrario no sujetarse a la literalidad del texto normativo y aplicar la norma, pero fundamentado en principios constitucionales y derechos fundamentales, pareciera obvia la postura por la cual inclinarse, pero dependerá de cada juez y de sus criterios para elegir la misma, ya que en ambas tiene sustento normativo y jurisprudencial para adoptarla y conceder o no el recurso de apelación frente al auto que admite una prueba en el proceso, se puede evidenciar tal efecto en las sentencias citadas, en las cuales en algunos casos el *ad quo* concedía el recurso, el *ad quem* lo negaba y posteriormente la corte respaldaba una determinada postura llegando así a la jurisprudencia relativa al tema de estudio.

En conclusión, luego de analizar factores como los principios constitucionales y derechos fundamentales centrados en el debido proceso, la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema en cuestión, se puede determinar que existe una disposición normativa consagrada en el artículo 177 numerales 4 y 5 de la ley 9006 de 2004, expedida por el legislador, que vulnera el derecho al debido proceso y los principios y derechos que lo integran, al no otorgarle a las partes condiciones de igualdad, de defensa y de contradicción para debatir o contradecir la prueba que es admitida por el juzgador en el proceso penal y que entra a formar parte de los medios de convicción presentados al juez, que según la valoración que haga de esta, va a tomar una postura y la tendrá en cuenta como factor de decisión, esta vulneración transgrede los bienes jurídicos del procesado e incluso las pretensiones de la fiscalía ya que una prueba que se considera por las partes del proceso no debe ser admitida lo es, y como agravante solo es admitida bajo el criterio del juez sin poder someter tal decisión a la revisión del superior jerárquico, para que

determine si el juzgador al admitirla, está actuando conforme a derecho o no. Como se pudo evidenciar, la jurisprudencia genera aún más incertidumbre jurídica, y deja al arbitrio del juez, si admitir o no el recurso, aun cuando están en juego derechos fundamentales. Además, en las posturas que se suscriben a lo no procedencia del recurso, señala que dichos derechos no son vulnerados, basándose para tal afirmación en la existencia de otros medios para contradecir la prueba en una etapa procesal posterior, como lo es la refutación probatoria o la contraprueba que se da en el juicio oral, al igual que la etapa procesal en la cual se interponen los recursos que le son oponibles a la sentencia emitida; pero lo que no tiene en cuenta la Corte al aducir tales argumentos, es la realidad de la práctica judicial, donde para llegar a estas etapas se requiere tiempo, que muchas veces es bastante extenso y que ha dado lugar al uso de dichos coloquiales como el denominado “sistema penal aplazatorio”, si los bienes jurídicos inmersos en el proceso tuvieran solamente significación económica y estuvieran relacionados con el patrimonio sería dable dicha justificación, pero en el proceso penal, el bien jurídico que se ve afectado es la libertad, por lo que cada segundo cuenta para el procesado que está privado de la misma, y al no conceder el recurso de apelación frente al auto que admite la prueba, se está vulnerando el derecho de defensa, de contradicción, del debido proceso y de la libertad del procesado, que no contará con medio alguno en etapa procesal para rechazar o refutar una decisión del juez que considera no está conforme a derecho, y que afectará o incidirá en la sentencia. En consecuencia, bien sea el procesado o la fiscalía, tendrán que esperar etapas procesales posteriores para poder contravenir la decisión del juez, situación que solo significa la dilación en la ejecución del procedimiento penal, que busca definir la absolución o culpabilidad del procesado y por ende su libertad.

Por todo lo aludido el precepto normativo consagrado en el artículo 177 numerales 4 y 5 de la ley 906 de 2004, vulnera el debido proceso y la libertad, por contar este, con vacíos y lagunas normativas que hacen que la aplicación taxativa de la norma vulnere los derechos mencionados, además las fuentes materiales del derecho que constituyen aquellos factores sobre los cuales se deben llenar tales vacíos a partir de la interpretación de la ley, y en consonancia con los principios constitucionales, como lo son la jurisprudencia y la doctrina; presentan posiciones divididas que dejan al arbitrio del juez la aplicación de una norma, que dependiendo de la postura del juzgador puede vulnerar o no los derechos ya mencionados, sin que se haga obligatorio como debe serlo, la protección de las garantías y derechos fundamentales a las partes e intervinientes en el proceso y aún más tratándose del proceso penal.

REFERENCIAS

- Cantillo y Ardila D'León, J. C. (2016). El debido proceso penal en el nuevo código de procedimiento penal. *Universidad Eafit - Revistas Académicas*, 10 páginas.
- Congreso de Colombia. (31 de Agosto de 2004). Código de procedimiento penal. [*Ley 906 de 2004*]. DO: 45.658.
- Corte Constitucional, S. P. (04 de Junio de 2014). *Sentencia C/341*. Obtenido de [MP. Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional, Sala cuarta de revisión. (28 de Mayo de 2018). *Sentencia T/204*. [MP. Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de Mayo de 2000). *Sentencia C/533*. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de Enero de 2009). *Sentencia C/025*. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. (30 de Noviembre de 2011). *Sentencia SP37298*. [MP. Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de Junio de 2012). *Sentencia SP36562*. [MP José Leonidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de Septiembre de 2012). *Sentencia SP39848*. [MP. José Luis Barceló Camacho].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de Marzo de 2013). *Sentencia SP39516*. [MP. Gustavo Enrique Malo Fernández].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de Mayo de 2013). *Sentencia SP41106*. [MP. José Leonidas Bustos Martínez].
- Méndez, H. F. (2005). *Exclusión de actos y pruebas en el juicio oral*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley LTDA.
- Torrado, F. C. (2003). *Manual de recursos ordinarios*. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley Ltda.

