



***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Penal***

PRUEBAS DE REFERENCIA – ADMISIBILIDAD: Se permite su práctica sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante.

PRUEBAS DE REFERENCIA – La desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización, pueden ser consideradas como un “evento similar” que da lugar a la admisión excepcional de la prueba de referencia, siempre que la parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, demuestre la causal alegada, lo cual puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria.

Hay lugar a ordenar la admisibilidad y decreto de las pruebas de referencia solicitadas, consistentes en declaraciones y actas de reconocimiento videográficos y fotográficos realizadas por tres testigos, en tanto el ente instructor logró acreditar la causal excepcional de admisibilidad, bajo las previsiones de evento similar, dada la imposibilidad de ubicación o localización y la desaparición voluntaria de los testigos, por lo cual no fue posible su comparecencia a declarar directamente en el juicio oral, pese a todas las labores de ubicación llevadas a cabo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.	: 520016000000 2016 00283 01
Número Interno	: 19268
Procesados	: DFOG y Otros
Delito	: Destinación Ilícita de bien inmueble y Otros
Aprobado	: Acta No. 24 de 21 de septiembre de 2020

San Juan de Pasto, veintiocho (28) de septiembre de dos
mil veinte (2020)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, contra el auto de 06 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, que.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los fácticos en audiencia de acusación de 10 de abril de 2018 fueron verbalizados de la siguiente manera:

“Los hechos que dieron inicio a la investigación se conocieron desde el mes de agosto de 2015, cuando los funcionarios de la SIJIN del grupo de estupefacientes, adscritos a la Policía Nacional presentaron, a la Fiscalía información preliminar referente a la existencia de una organización delincriminal existente en el municipio de Chachagüí, cuya finalidad principal era el almacenamiento, distribución y comercialización de sustancias estupefacientes en diferentes sectores de esa población.

Teniendo en cuenta lo anterior, se adelantaron varias diligencias, bajo la coordinación de la Fiscalía, encaminadas a verificar la información suministrada, entre las que se destacaron declaraciones, entrevistas, vigilancias, seguimientos y reconocimientos fotográficos que permitieron al ente acusador identificar e individualizar a 22 miembros del grupo conocido como la banda de la MONA. Y Se estableció entonces su modus operandi, la forma en que lograban conseguir las sustancias ilícitas, así como la manera de conseguir que las mismas lleguen a los consumidores finales, estableciendo funciones, roles, lugares, vehículos y residencias utilizadas para la comercialización, entre otras. Así mismo se pudo verificar que desarrollaban otras conductas delictivas como la destinación ilícita de muebles e inmuebles y el consecuente concierto para delinquir agravado por tratarse de un grupo debidamente organizado dentro del cual cada uno de los procesados cumplía funciones específicas y desempeñaba un rol determinante para la banda y su actividad delictiva. Grupo que contaba además con lo que se denominaba permanencia en el tiempo, pues todos los declarantes indicaron que llevaban en esa actividad por más de 2 años establecidos en el municipio de Chachagüí, inclusive se contó con las declaraciones de algunos consumidores a los que se les requisó e incautaron estupefacientes en cantidad

correspondiente a dosis personal, hechos que al principio parecían aislados, pero que después se determinó correspondían al modus operandi de la banda que se estaba investigando.

Se logró establecer entonces que no solo alias LA MONA a quien se identificó como GACC, sino muchas más personas integraban la banda delincuencia y que personas como ..., entre otros, se dedican a la comercialización de sustancias estupefacientes de manera directa a consumidores y también a expendedores surtidos por alias LA MONA.

Ya con la obtención de toda esta información por parte de la ciudadanía y algunas labores investigativas se logró las identificaciones de los integrantes de la banda, sus alias y además sus lugares de residencias, por lo que se compareció por parte de la Fiscalía ante la judicatura con el objeto de solicitar sean emitidas órdenes de captura entre quienes se encuentran relacionados anteriormente y se pudieron identificar como integrantes de la banda, esas órdenes se emitieron el 18 de marzo de 2016 y posteriormente fueron efectivizadas.

Posteriormente su señoría se ordenó realizar registros y allanamientos en uno de los inmuebles ubicado en la vereda del pedregal, si bien no se encontró elemento ilícitos, se logró la captura de la señora GACC por ostentar requerimiento judicial en su contra y en el inmueble ubicado en la carrera 9 numero 19 - 18 del barrio Panorámico es un local comercial conocido como tienda y licores Emanuel se encontraron licores adulterados consistentes en 6 botellas de Wiski Grant's, 6 botellas de Wiski Old Parr y 2 botellas de Wiski Chivas Regal, siendo capturados los señores..., no solo por la situación de flagrancia que se presentaba sino porque además en su contra pesaban ordenes de captura emanadas de autoridad competente. Una vez realizados los estudios y las pruebas pertinentes, se pudo constatar que efectivamente no solo las estampillas, tapas y capuchones eran adulterados sino también el líquido contenido en las botellas.

Adicionalmente a lo anterior, en cuanto a algunos de los hallazgos realizados en las diligencias de allanamiento, la

Fiscalía recaudó elementos materiales probatorios que señalaban lo siguiente:

En cuanto a GAC, los testigos y declarantes la reconocen como la jefe de la organización, vive en el sector del Pedregal en un establecimiento público llamado columnas verdes, el cual utiliza como fachada para la distribución de estupefacientes, reconocieron a HJ como su trabajador quien repartía en su vehículo la droga a domicilio a quien se contactaban vía telefónica y él por orden de A sale a realizar esa entrega. Siendo ella la persona que determina el modus operandi de la banda delincuencia. Asimismo algunos consumidores fueron interceptados por la Policía portando sustancias estupefacientes, indicando de manera enfática que la sustancia ilícita fue adquirida en el establecimiento que administra la señora C a quien la reconocen con el alias de LA MONA y aprovecha ser natural del municipio de Policarpa a efectos de traer la ilegal sustancia desde la población hasta el municipio de Chachagüí.

En cuanto a los señores..., se pudo establecer que colaboran con la organización delincuencia cumpliendo un rol de expendedores en dos locales comerciales contiguos de razón social "Licores la 24" se les conoce con el alias de EL CABEZON y ROKI, respectivamente. Se señala por parte de los declarantes que la sustancia estupefaciente la venden estas dos personas camufladas en paquetes de cigarrillos, lugares en donde además de las sustancias ilícitas venden licores adulterados y re envasados. Se pudo verificar que ellos tienen contacto directo con GC y con los demás integrantes de la organización. Los testigos tanto en entrevistas como en reconocimientos fotográficos los señalan como distribuidores de bazuco y marihuana.

(...)"

Así, el ente persecutor acusó a la señora GACC, por los delitos de Destinación Ilícita de Muebles o Inmuebles y Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, a título de dolo directo, en calidad de autora bajo los verbos rectores de destinar y vender; al señor LFBO, los delitos antes indicados,

a título de dolo directo, pero en calidad de coautor con el señor DFOG, bajo los verbos rectores de destinar y vender; finalmente, al señor DF, se le acusó por los delitos de Destinación Ilícita de Muebles o Inmuebles, Imitación o Simulación de Alimentos, Productos o Sustancias y Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, a título de dolo directo, en calidad de coautor, bajo los verbos rectores de destinar, distribuir - comercializar (licor adulterado) y vender (Tráfico de Estupefacientes), sumado a la pena accesoria del artículo 44 del C.P.

Posteriormente se celebró la audiencia preparatoria el 07 de mayo de 2018, en la cual se realizó el descubrimiento probatorio en primer lugar por el defensor de la señora GAC y en segundo lugar por parte del defensor de los señores OG y BO, lo que dio paso a la enunciación probatoria tanto de la Fiscalía como de la defensa, y la consecuente solicitud de pruebas, así como la voluntad de estipular el hecho concerniente con la plena identidad de los acusados.

Para lo que es objeto de apelación en la presente actuación, resulta oportuno recordar que la Fiscalía en la mentada audiencia preparatoria¹ enunció que en el juicio pretendería hacer uso de los testimonios de los señores...²,...³ y...⁴ entre otros. Como documentos para refrescar memoria refirió que se utilizarían las declaraciones juradas bajo reserva de 26 de agosto de 2015, 29 de septiembre de 2015 y 16 de septiembre de 2015, con sus respectivas actas de

¹ Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 00.27.38.

² Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 00.29.17.

³ Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 00.29.23.

⁴ Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 00.29.29.

reserva de ley, así como también la entrevista rendida por ... del 11 de enero de 2016, entre otros documentos.⁵

Ya en el momento específico de las solicitudes probatorias en audiencia preparatoria, la Fiscalía, entre otras pruebas, solicitó el testimonio del señor ...⁶ de quien adujo conocía a la señora GACC y que además había declarado en su contra tildándola como una persona que vendía sustancias estupefacientes en el Municipio de Chachagüí, quien siendo consumidor, refirió que le vendía la droga no solo a él y que trabajaba con otras personas para esos efectos; prueba respecto de la cual, al no presentarse oposición por parte de la bancada defensiva, la Judicatura inicial procedió a su decreto.

De igual manera, la Delegada de la Fiscalía, entre otras pruebas, solicitó el testimonio de los señores..., de quienes mencionó ser personas consumidoras que conocieron de manera directa a GACC, sabían que se dedicaba a la venta de estupefacientes y que así lo declararon ante la Fiscalía, que también relacionaron a los señores DO y LBO, como expendedores y trabajadores de AC, de esa misma actividad, que además hicieron reconocimientos fotográficos y señalaron a los indicados como expendedores de sustancias estupefacientes; precisó que..., solo hará referencia a GACC, toda vez que en relación a los señores DO y LFO, no se refirió en sus declaraciones; pruebas testimoniales sobre las cuales

⁵ Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 00.33.10.

⁶ Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 01.01.40.

al no presentarse oposición por parte de la defensa de los procesados, fueron decretadas por el *A Quo*.⁷

Ante la negativa del testimonio del señor..., Rector de la Institución Educativa de Chachagüí para la época de los hechos, que había sido solicitado por la Fiscalía, se interpuso el recurso de apelación, mismo que fue resuelto por esta Magistratura a través de auto de 01 de octubre de 2018 en el sentido de revocar la decisión inicial, y en su lugar, decretar la prueba deprecada.

Superado el debate, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, programó audiencia de juicio oral para el 27 y 28 de junio de 2019⁸, 20 de agosto de ese mismo año⁹ y, 23 y 24 de enero de 2020¹⁰, las cuales no se pudieron llevar a cabo ante las solicitudes de aplazamiento de la Fiscalía.

Para continuar con el trámite, se convocó nuevamente para audiencia de juicio oral, el 06 y 07 de febrero de 2020, data inicial en la que se profirió el auto a través del cual se

⁷ Audiencia preparatoria de 07 de mayo de 2018. Record. 01.03.00.

⁸ Constancia secretarial de 27 de junio de 2019. Folio 89. *“Se deja constancia que en la presente fecha comparecieron oportunamente a la diligencia programada como AUDIENCIA DE JUICIO ORAL, el defensor, doctor GUILLERMO LAGOS CAICEDO, la procesada, el procesado dejando constancia por parte de la judicatura que se citó a todos los sujetos procesales, sin embargo, la Fiscal, doctora MÓNICA MARIANA MORA CÓRDOBA, el procesado, no comparecieron a la presente audiencia, se deja constancia por parte del despacho que mediante oficio del 21 de junio de 2019 la Fiscalía pide aplazamiento de audiencia de juicio oral en razón a que la señora Fiscal se encontrará coordinando para los días 27 y 28 de junio una operación de desarticulación de una estructura criminal, por tal motivo este asunto se encuentra priorizado en los módulos de estructuras criminales de la Fiscalía General de la Nación, motivo por el cual fue imposible la realización de la esta audiencia.”*

⁹ Acta de instalación de audiencia de juicio oral de 20 de agosto de 2019. Folio 91. *“(…) se deja constancia que por segunda vez la Fiscalía no ha asistido a la AUDIENCIA DE JUICIO ORAL. (...) mediante autos separados el despacho señalara nueva fecha para la realización de la audiencia de juicio oral.”*

¹⁰ Constancia secretarial de 12 de diciembre de 2019. Folio 93. *“En la fecha se comunicó la judicatura con la FISCAL 4 ESPECIALIZADA EDA Dra. Mónica Mora, indicándole que su solicitud de aplazamiento radica en esta Judicatura el 12/12/2019 aduciendo que debía asistir a capacitaciones con la embajada americana el 23 y 24 de enero de 2020, fue negada. Cabe resaltar que es la misma fecha en la que se tiene programada audiencia de JUICIO ORAL dentro del proceso de referencia. En ese orden se oficiará al DIRECTOR SECCIONAL DE FISCALÍAS con el fin de que designe Fiscal de Apoyo.”*

negó el decreto de pruebas de referencia a la Fiscalía que más adelante se mencionan, dando lugar a que se interpusiera el recurso de alzada.

Para lo que interesa en la presente decisión, es menester rememorar lo fundamental de las solicitudes probatorias realizadas en juicio, las cuales fueron objeto de apelación y que ocupan ahora la atención de esta Sala de Decisión.

2. SOLICITUD DE PRUEBAS DE REFERENCIA EN ETAPA DE JUICIO ORAL

El 06 de febrero de la anualidad que avanza se dio inicio con la audiencia de juicio oral a cargo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, contra GACC, DFOG y LFBO.

En desarrollo de la misma, y luego de la presentación de la teoría del caso por parte de la Fiscalía y de la defensa de GACC, a excepción del abogado defensor de DFOG y LFBO, quien prefirió no hacer uso de esa facultad; el Juez procedió a solicitar al ente acusador y a la bancada defensiva, que indiquen las pruebas que se presentarían en el juicio.

Superado lo anterior, la Judicatura indagó si existían estipulaciones probatorias¹¹, ante lo cual la Fiscalía manifestó que sí, allegando para tal efecto el acta firmada por la Funcionaria así como también por los dos abogados de los procesados, en relación a que el único hecho sin controversia sería los nombres y números de cédula de los procesados.

¹¹ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.18.30.

Acto seguido, la Judicatura instó a la Fiscalía para que llame a su primer testigo¹², frente a lo cual, la Delegada de dicho ente, precisó, que de conformidad con los artículos 437, 438 y s.s. del C.P.P. solicita el decreto de pruebas de referencia, al considerar que existen declaraciones por fuera del juicio oral que pretende utilizar en conjunto con prueba directa, haciendo así más probable lo relacionado con la teoría del caso.

Así refirió que existe jurisprudencia respecto a dicha prueba en la que se indica que es admisible cuando existen ciertas circunstancias, las cuales pretende demostrar. Mencionó entonces que las situaciones a las que alude se encuentran reguladas taxativamente en el artículo 438 ibídem, donde en su literal b), se indica que la prueba de referencia es admisible cuando la persona ofrecida para declarar en juicio, es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, siendo procedente acudir al último concepto conforme al desarrollo jurisprudencial de la Corte.

Puntualizó que la Fiscalía había solicitado tres declarantes, de los cuales uno de ellos, por su voluntad, ha desaparecido, y los otros dos, se ha dificultado o imposibilitado su localización.

Refirió que en la sentencia C - 144 de 03 de marzo de 2010, se indica que el evento similar se equipara a casos de indisponibilidad del testigo por desaparición voluntaria o ante

¹² Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.19.12.

la dificultad de su localización, lo cual ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos Rad. 27477 de 2008, 34703 de 2011 y 36023 de 2011, entre otros.

Con lo anterior, inició refiriéndose al señor...¹³ rememoró que ya la Judicatura había decretado la prueba. Mencionó que él rindió, inicialmente, una declaración jurada ante la Fiscalía el 26 de agosto 2015; aseveró que todas las diligencias de ese tipo, junto con las actas de reserva de identidad fueron descubiertas a la defensa, refiriendo de este modo que no se trata de un sorprendimiento; así expresó que el antes indicado, como se expuso en audiencia preparatoria, había señalado a la señora GACC, como su proveedora de sustancias estupefacientes, y por lo tanto, es de vital importancia que esta prueba sea decretada toda vez que esa declaración tiene el contenido que demostrará que era ella quien le suministraba esas sustancias.

Agregó que en relación al testigo, tiene el oficio de 21 de enero de 2020 de citación a la audiencia de juicio, el cual estaba dirigido a una dirección coincidente con el acta de reserva de generales de ley, exactamente a..., donde no hubo lugar a solicitar las medidas coercitivas que contempla el C.P.P, en cuanto a la obligación de rendir testimonios y las medidas que debe adoptar el Juez para asegurar la comparecencia de los testigos, toda vez que efectuadas las verificaciones correspondientes, se determinó que el ciudadano ya no residía en ese lugar, aunado a que no se ha

¹³ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.22.51.

obtenido elemento alguno que indique sobre su localización actual.

Para soportar su argumentación, presentó también constancia de la Dra. Catalina Osa Perafán, sobre los intentos de establecer comunicación con el abonado número de teléfono..., correspondiente a los datos que había suministrado..., con el propósito de informarle sobre el desarrollo del juicio, realizando 5 intentos de comunicación, sin obtener respuesta alguna.

Aunado a ello, refirió que la empresa de mensajería 472 devolvió la citación que se había remitido, con el sello y el sticker, indicando como causa de devolución que el destinatario no reside en dicho lugar, junto con la planilla donde se emitieron las comunicaciones, elementos que fueron puestos a consideración de la defensa y la Judicatura.

La siguiente prueba de referencia a la que hizo alusión, fue la del señor...,¹⁴ explicó inicialmente que él rindió una declaración jurada de 16 de septiembre de 2015, la cual está acompañada con el acta de generales de ley y reserva de identidad, donde brinda sus datos de ubicación y teléfonos para efectos de citaciones; contó que el mentado señor, adicionalmente, realizó un acta de reconocimiento videográfico y fotográfico, señalando a GACC; de igual forma, una entrevista que le fue practicada el 11 de enero de 2016, donde aduce haberle comprado una sustancia que le fue incautada por los Funcionarios de Policía, cuyo PIPH determinó que se trataba de cocaína y sus derivados.

¹⁴ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.26.30.

Aclaró que los elementos que se mencionaron en relación a..., fueron recogidos por el Subintendente Hugo Fernando López Jiménez, quien puede dar fe de ello al realizar la toma directa de las mismas.

Contó que el 21 de enero de 2020 se envió la citación al testigo, al Barrio...¹⁵ de Chachagüí, agregó que cuenta con la constancia emitida por la Asistente del Despacho del ente acusador, en el sentido de que trató de comunicarse al número de teléfono..., realizando 6 intentos el 21 de enero del presente año, sin obtener respuesta, dejando un mensaje de voz con la información del juicio oral; adicionó que el 20 de enero también se intentó establecer comunicación con otro abonado telefónico, esto es, al..., pero el mismo no se encontraba en servicio, precisando que las dos únicas opciones que tuvo la Fiscalía fueron desechadas.

Posteriormente indicó que se estableció contacto con el señor..., porque él también había indicado la posibilidad de hacer comparecer a..., indicando que podría servir, incluso, para el desarrollo de la teoría del caso de la defensa en relación con los señores BO y OG; sin embargo, adujo que el señor ... al comunicarse con la Asistente del Despacho del ente acusador, mencionó que ni él ni su esposa conocen de la ubicación del señor..., manifestando que el mentado trabaja en el Valle, que no es de Chachagüí y que no tienen el contacto de teléfono.

¹⁵ De lo que se comprende al escuchar el audio ya que hay dificultad en el sonido

Sumado a lo anterior, mencionó la Delegada de la Fiscalía que el 31 de enero de 2020 con ayuda de Policía Judicial con el funcionario Eduard Ignacio Josa Delgado y el Inspector de Policía de Chachagüí, pudo ubicarse finalmente al señor..., explicándole sobre la obligatoriedad de su comparecencia, que se le indicó las consecuencias de no hacerlo y de la posibilidad de poder ser conducido por orden de la Judicatura, narró que ante ello, el precitado manifestó entender muy bien lo que se le estaba comunicando, pero que en sí lo que él quería era que la Fiscalía le “ayude” porque se encuentra en una situación precaria, manifestando que estaba dispuesto a comparecer si le entregaban un dinero a cambio, siendo dicha posibilidad desechada por la Asistente del Despacho persecutor, informándole que la Policía maneja un rubro de pago de informantes y que podría hacerse el trámite correspondiente, pero él quería tener la certeza, incluso, que se le entregue dinero en el mismo momento en que estaba presente y por ello decidió no comparecer.

Informó que el día anterior a la diligencia, se procedió nuevamente a trasladarse a dicha localidad, contando para ello con los formatos o citaciones que se le emitió al Inspector de Policía, para que comparezca el testigo, pero se determinó que él salió de Chachagüí, desconociendo su paradero, que por ello no pudo solicitar a la Judicatura que agote las medidas coercitivas, por cuanto al ser advertido el testigo de que el Despacho lo podría conducir, tomó la decisión de desaparecer.

Para el decreto de la prueba, añadió que ante la duda generada por la solicitud de dinero del antes indicado, la

Fiscalía ordenó que se realice un cotejo decadactilar de la consulta web de la Registraduría a nombre de..., con las huellas que se encuentran plasmadas en la declaración jurada, que es la que se pretende ingresar como prueba de referencia, adicional a otros como el reconocimiento y la entrevista. Informó que se inició con la declaración de 16 de septiembre de 2015 y que el cotejo resultó positivo, esto es, que en efecto, quien declaró fue ..., según informe dactiloscópico firmado por el Intendente Jefe Nelson Eduardo Cerón López de la Policía Nacional.

Por último, en relación con el mismo decreto de prueba de referencia, se refirió al señor ..., indicó que la Fiscalía correrá traslado de la declaración que rindió el 29 de septiembre de 2015, misma que se encuentra firmada por el Subintendente Hugo Fernando López Jiménez y que está acompañada con el acta de generales de ley del declarante donde informa ser residente en Chachagüí, suministrando un número de celular y el Barrio donde se lo podría ubicar –...– lugar donde se estableció en principio su existencia y ubicación.

Así precisó que se pretende que ingrese, además de la declaración, el acta de reconocimiento videográfico y fotográfico que fue firmada por él y el Subintendente Hugo Fernando López Jiménez, quien es un testigo directo del juicio oral.

Sobre las actuaciones realizadas a fin de lograr su comparecencia, informó que en primer lugar se encuentra la citación que el ente acusador realizó el 21 de enero de 2020 al

Barrio..., así como también la constancia de la Asistente Dra. Catalina Osa Perafán, de haber realizado intentos de comunicación al abonado telefónico..., pero que dicho celular al pasar a correo de voz, se opta por dejarle un mensaje de voz; sin embargo, el precitado no compareció ni a la Fiscalía ni a la audiencia de juicio.

Sumado ello dijo que cuenta con la devolución que hace la empresa 472 en la que indica que no fue posible el contacto con el señor....

En general solicitó que se tenga en cuenta el contenido de los oficios citatorios, aclarando que todos son iguales, y que en ellos se les explica específicamente a donde deben comparecer, el motivo, acerca de la obligatoriedad de su asistencia y que si es del caso se sirvan informar de manera oportuna la causal de fuerza mayor que les pudiera impedir hacerlo, con el objeto de informar al Juez de conocimiento para tomar las medidas a que haya lugar, que además se les indica que la no comparecencia sin justificación podría ocasionar que los procesados sean absueltos o no contar con pruebas en su contra y que así mismo pueden tener posibles sanciones.

Sin embargo, mencionó que los ya referidos no acataron dichas instrucciones, tan es así que con dos de ellos ni siquiera fue posible su ubicación a efectos de que comparezcan a la vista pública.

Concluyó expresando que los anteriores son los elementos respecto de los cuales la Fiscalía considera que se

cumple con cada uno de los requisitos en relación al evento similar que ha desarrollado la CSJ.

Acto seguido, el Juez de primer nivel, le otorgó la palabra a la defensa de GACC, quien a su turno expresó lo siguiente:¹⁶

Refirió que las pruebas de referencia que pretende introducir la Fiscalía, no se deberían admitir, toda vez que en relación al testigo..., está el oficio de 21 de enero de 2020, para lo cual rememoró que la audiencia de juicio se programó inicialmente para el mes de junio de 2019, es decir, que desde ese momento la Fiscalía debió haber intentado citar y preparar a los testigos, precisó que la vista pública se ha aplazado en dos ocasiones más y no ha presentado el ente acusador un medio de prueba que permita probar que antes intentó ubicar al testigo.

De otra parte mencionó que tampoco se encuentra dentro de las causales que establece el artículo 438 del C.P.P., menos aún en el literal b y que no es acorde con el desarrollo jurisprudencial que ha expresado, toda vez que el aludido literal habla de un delito de Secuestro, Desaparición Forzada o evento similar, siempre y cuando no sea de la exclusiva voluntad del testigo, en tal sentido dijo que la Fiscalía no ha demostrado que sea algo ajeno a la voluntad del testigo su no comparecencia.

Aunado, recordó a la Judicatura, que en audiencia preparatoria, cuando la Fiscalía solicitó el testimonio del Subintendente Hugo López, que es la persona a través de la

¹⁶ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.40.20.

cual se pretende introducir la prueba de referencia, ya la Fiscalía había solicitado, en el evento de que no asistan, la prueba de referencia, situación que fue denegada por el Despacho y que no fue objetada en esa oportunidad, requiriéndole a la Fiscalía que convoque a sus testigos.

En lo que respecta al señor ...¹⁷, indicó que si bien el ente acusador dijo que lo pudo ubicar en el mes de enero, empero, expresó, que tampoco hay documentación que dé cuenta que se haya tratado de ubicarlo antes, cuando se había programado con anterioridad la diligencia de juicio oral, ya que se programó en junio y agosto; precisando que en esa última oportunidad se pidió el aplazamiento media hora antes de la audiencia, es decir que para esa fecha la Fiscalía ya debía tener sus testigos citados y preparados.

En cuanto a lo solicitud o ayuda de tipo económico que se refirió haber hecho..., queriendo indicar la Fiscalía que él lo que quería era una remuneración para asistir a testificar; al respecto dijo que existe la posibilidad de que él lo que quería era solamente el transporte y que esa era la ayuda que solicitaba, concretando entonces que es deber de la Fiscalía traer a sus testigos.

Con esa ilativa, narró que situación similar acontece con el señor..., pues están solamente los oficios de citación de enero de 2020, sin que haya documentos que den cuenta que desde antes lo haya intentado contactar o entrevistarse con él, es decir, que desde hace 5 años que comenzó la

¹⁷ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.42.40.

investigación, agosto y septiembre de 2015, solo hasta ahora ha tratado de contactarlo la Fiscalía, sin tener éxito.

Concluyó de esta manera, que es obligación del ente acusador que en el transcurso de la investigación tenga comunicación constante con sus testigos para que así puedan hacer presencia en la vista pública, por ende, en atención a lo decretado por la Judicatura en audiencia preparatoria, lo cual no fue objetado en esa oportunidad, solicitó entonces que ahora no se acceda a las pruebas de referencia excepcionales deprecadas.

Por su parte, la defensa de los señores DFOG y LFBO, expuso¹⁸ que si bien la Fiscalía ha dado a conocer su posición con radicados de la Sala de Casación Penal de la CSJ, sumado a la sentencia C – 144 de 2010, la cual se refiere a un evento similar, también es claro tener en cuenta los tópicos que ha establecido el C.P.P. en sus artículos 437 y 438 donde se regula la admisión de la excepcionalidad de la prueba de referencia.

De este modo, dejó a consideración del Despacho, para que valore de fondo los terrenos jurídicos, precisando que dentro de los testimonios, en su mayoría, no afectan los intereses de sus protegidos, teniendo en cuenta la teoría del caso de antijuridicidad que ha manifestado la señora Fiscal.

3. DECISIÓN IMPUGNADA¹⁹

¹⁸ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.45.15.

¹⁹ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.46.44.

El *A Quo* no accedió al decreto de las pruebas de referencia solicitadas por la Fiscalía, advirtiendo que no basta que se haga una citación o una llamada telefónica, que por el contrario, la Fiscalía debe emprender una labor de búsqueda del testigo a través de policía judicial y esa es la persona quien tiene que declarar sobre cuáles fueron las labores que realizó, lo cual no se cumplió, dando lugar a que no se encuentre acreditada la causal de prueba de referencia y por ende la Judicatura se abstiene de decretar las pruebas de referencia de....

Agregó que es muy notorio que ... sí fue ubicado, al punto de exigir una dádiva para venir a presentar su testimonio, lo que genera como consecuencia el incumplimiento de las causales para el decreto de prueba de referencia.

4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN²⁰

La Fiscalía consideró que la negativa de las pruebas de referencia se realiza sin tener en cuenta los elementos que dicho ente llevó a juicio, esto es, las declaraciones con las fechas específicas en que fueron rendidas, las actas de reserva de identidad con los datos generales de ley de los declarantes y las actas de reconocimiento y entrevistas.

Para iterar en su solicitud, trajo a colación jurisprudencia sobre la materia, argumentando que las tres

²⁰ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 00.48.07.

declaraciones por fuera del juicio oral, cumplen con las exigencias de los artículos 437 y 438 del C.P.P.

En cuanto el desacuerdo que existe con la decisión del Juez de primera línea, expresó que, en efecto, es obligación del ente acusador llevar a los testigos al juicio oral, empero, precisó que ante las dificultades que se pudieran presentar, el Catálogo de Procedimiento Penal prevé unas alternativas.

No comparte la recriminación que se realiza respecto de que las labores de ubicación de los testigos debía hacerse de tiempo atrás, pues pese a que la vista pública ha sido aplazada en dos oportunidades, ello no obsta para que se lleve a los testigos al juicio cuando efectivamente se vaya a desarrollar, ya que no tendría razón que el ente acusador despliegue labores de ubicación de testigos cuando de antemano se sabía que el juicio oral no se iba a llevar a cabo.

Que por ende, cuando se contactó con los señores defensores -en relación a la última fecha de programación del juicio- quienes ya tenían a sus testigos y que se conocía a ciencia cierta que el juicio se llevaría a cabo, es allí cuando se inician las actividades necesarias para hacer comparecer a los testigos del ente acusador, y no antes.

Rememoró que ya la jurisprudencia se ha referido al evento similar de que trata el literal b) del artículo 438 del C.P.P. sobre la desaparición voluntaria o involuntaria de los testigos directos de la Fiscalía, señalando incluso que en otrora se admitió en un evento en el que el testigo directo del

ente acusador tenía temor de presentarse en juicio oral por amenazas.

De esta manera iteró en que se cumplen con las características de la prueba de referencia y que además se desplegaron las labores de ubicación que se requerían para tal efecto. Recontó que la Asistente del Despacho trató de comunicarse no una sino varias veces a los números de celulares suministrados, pero que nadie contestó, sumado a que se realizó un traslado al Municipio de Chachagüí a fin de ubicar a los testigos, lo cual está debidamente acreditado con el informe de investigador de campo del Patrullero Edwar Ignacio Josa Delgado, como se indicó antes, donde toma contacto con el secretario de la Inspección de Policía Jaime Inca y le manifiesta que las citaciones fueron entregadas a las personas citadas al juicio oral y que de igual manera se ha podido contactar a otros ciudadanos como..., quienes comparecerán pero no así sucedió con....

Siendo este último un informe que ha sido desechado por parte de la Judicatura donde consta que se realizó las citaciones y comunicaciones tanto de la Fiscalía como del Inspector de Policía, de modo que no fueron ubicables los señores..., estando entonces el ente persecutor en imposibilidad absoluta de que comparezcan a juicio oral dichos testigos, pese haberse realizado las acciones necesarias.

En relación con el señor ... manifestó que se hizo conocer al Juez una circunstancia adicional, la cual fue abordada en contra, pues si bien él fue ubicado, hasta el

punto de emitirse las constancias respectivas y que incluso se presentó a la Inspección de Policía de Chachagüí donde se le explicó que puede ser conducido, de la obligación de comparecer al juicio y que además la Fiscalía lo requiere como testigo; sin embargo, él expresó que lo que requiere es el pago de una suma de dinero para poder comparecer al juicio, por lo que considera que efectivamente hay desaparición voluntaria del testigo.

Adicionó que el día anterior a la vista pública, el señor Jaime Inca y el Inspector de Policía de Chachagüí, informaron que se trató de establecer contacto con el señor..., pero él decidió abandonar el Municipio de Chachagüí ante la inminencia del juicio oral, desconociendo de su ubicación.

Mencionó también que las devoluciones de las citaciones que hizo la empresa 472 dan cuenta de que no hay posibilidad de ubicar a dichos testigos para que puedan comparecer al juicio. Así, al ser de vital importancia para el desarrollo de la teoría del caso, solicita su decreto ya que cuenta con la prueba directa que fue relacionada al inicio.

De esta forma solicitó se revoque la decisión adoptada en primera instancia, para que en su lugar, se decreten y puedan así ser introducidas por intermedio de testigo directo Subintendente Hugo Fernando López.

5. INTERVENCIÓN DE LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES

5.1. Defensa de la señora GACC²¹

Solicitó se confirme la decisión recurrida. Para afinar su postura manifestó que la Fiscalía solamente ha esgrimido la importancia que dichos medios de prueba tienen para su teoría del caso, lo cual no resulta suficiente para su decreto, pues no se trata de ello, sino que además se requiere, procesalmente hablando, demostrar de que está en la imposibilidad de hacer comparecer a sus testigos en los términos del artículo 437 y 438 del C.P.P.

En ese orden, recontó lo acaecido en audiencia preparatoria, precisamente cuando se argumentó la pertinencia y sobre qué iba a declarar el señor Hugo Fernando López, donde la Fiscalía hizo mención a las pruebas de referencia, mismas que fueron rechazadas por el Juez de instancia y no hubo oposición frente a esa determinación, toda vez que ya habían sido solicitadas como pruebas testimoniales independientes y autónomas sin que haya la posibilidad de que ingresen como prueba de referencia de otro testigo directo.

Refirió que la Fiscalía argumenta el evento similar de que trata el literal b) del artículo 438 del C.P.P. sobre desaparición voluntaria, advirtió que el hecho de que la Fiscalía no los haya podido ubicar no significa que ellos hayan desaparecido, tan es así que al señor ... sí fue posible localizarlo, inclusive hasta un día antes de la vista pública, que en esa medida no se ha demostrado, como se afirma, que haya desaparecido voluntariamente.

²¹ Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 01.06.50.

Sostuvo que con los mismos datos de generales de ley que aportaron en el año 2015, el ente acusador pretendió ubicar a sus testigos en este momento, cuando es de conocimiento y la regla de la experiencia así lo indica, que las personas tienden a cambiar de número de teléfono y lugar de residencia.

También expuso que desde el 07 de mayo de 2018 - audiencia preparatoria- el ente persecutor debió conocer cuáles eran los datos actuales de sus testigos, agregó que la diligencia de juicio oral fue programada para junio y aplazada con suficiente antelación en agosto y minutos antes de la hora programada llegó el oficio de aplazamiento.

Precisó entonces que el no haber podido localizar a los testigos, no por ello deben admitirse ahora en este estado procesal, cuando ello ya fue consignado en audiencia preparatoria sin que hubiese sido objetado en ese momento y por ende no fue motivo de controversia por parte de la Fiscalía.

Con lo anterior, iteró en la solicitud de que se confirme la decisión de no decretar como pruebas de referencia las declaraciones que se hicieron en el año 2015 a los testigos mencionados, toda vez que en su oportunidad fueron decretados como pruebas autónomas, que al admitir lo contrario, se vería cercenado el derecho de defensa, pues si bien fueron descubiertas no habría posibilidad de controvertir a los testigos en audiencia.

5.2. Defensa de los señores DFOG y LFBO:²²

Argumentó que en la Constitución Política de Colombia se encuentran consagrados unos derechos fundamentales como el debido proceso, defensa, sumado al artículo 93 ibídem donde se establece que no deben ser afectados, que de igual manera en el C.P.P. en los artículos 15 y 16 se ha fijado el derecho de contradicción, confrontación e inmediación para que se surtan unas pruebas dentro del juicio.

De esta forma concluyó en que será esta Corporación la que luego de hacer el análisis correspondiente, tome la decisión donde se establezca si lo solicitado por la Fiscalía tiene vocación de prueba de referencia o si por el contrario se afectarían principios y derechos constitucionales de defensa, debido proceso de los procesados y, los principios rectores de inmediación, confrontación y contradicción.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. COMPETENCIA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la decisión emitida el 06 de febrero de 2020 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

²² Audiencia juicio oral de 06 de febrero de 2020. Record. 01.13.55.

En este punto es pertinente precisar que de acuerdo al conjunto normativo integrado por los artículos 20, 161, 176, 177 y 369 de la Ley 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia, concluyó que:

“...toda decisión que afecte la práctica de pruebas en juicio oral tiene la condición de auto, entendido por tal el que resuelve algún incidente o un aspecto sustancial, de acuerdo con la definición que de éste trae el citado artículo 161, en cuanto se erige en expresión del derecho a probar y a la controversia probatoria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional²³.”

De tal suerte que la temática propuesta ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, y la decisión por dicho Despacho adoptada, son susceptibles del trámite de apelación que hoy nos ocupa, pues ya en anteriores oportunidades la Sala Penal de esta Corporación, ha realizado las aclaraciones al respecto, acudiendo precisamente a la jurisprudencia que se acaba de enunciar, para entrar a dilucidar de fondo problemas de tipo probatorio alegados en la etapa del juicio oral²⁴, por lo cual se ha mantenido sin discusión dicha posición.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se ocupará en esta oportunidad de discernir si son admisibles las pruebas de referencia solicitadas en la audiencia de Juicio Oral por la Fiscalía Cuarta Especializada de Pasto que a continuación se describen, atendiendo a lo preceptuado para eventos similares de que trata el artículo 438 liberal b) de la Ley 906 de 2004:

²³CSJ, SP jun 13 2012, rad. 36562.

²⁴TSP, AP jun 16 2016, radicado 2009-80480 N.I- 2166 MP Franco Solarte Portilla.

- Declaración de 26 agosto de 2015, mas acta de reserva de identidad, del señor ...
- Declaración de 16 de septiembre de 2016, acta de reserva de identidad, acta de reconocimiento fotográfico y videográfico y entrevista de 11 de enero de 2016 del señor...
- Declaración de 29 de septiembre de 2015, acta de reserva de identidad, actas de reconocimiento videográfico y fotográfico del señor...

6.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Se encuentran por un lado los artículos 16²⁵ y 379²⁶ de la Ley 906 de 2004, que al amparo del principio de inmediación, exige que únicamente se estime como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento, teniendo como excepción la producida o incorporada de forma anticipada **y la de referencia**²⁷, pues así lo ha dejado sentado la Sala Penal de la

²⁵ El artículo 16 de la citada legislación procesal, tiene el carácter de norma rectora y dispone que *“en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción...”*.

²⁶ El artículo 379 que regula la inmediación refiere que *“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”*.

²⁷ Sala Penal CSJ. SP5798 2016, radicado 41667, precisó: *“prueba de referencia es toda declaración realizada por fuera del juicio oral y utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño ocasionado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio.”*

CSJ en providencia SP2582-2019, radicación No. 49283 de 10 de julio de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar:

“En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello “resultare conveniente para la preparación del juicio”, y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación²⁸ y contradicción...”.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al conainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la

²⁸ Según se indicará más adelante, el derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

denominen “prueba documental”, “elemento material probatorio” o de cualquier otra forma.”²⁹

Por otro lado, y en vista de que la Fiscalía, acude a la última de las excepciones enunciadas, el plexo normativo, se complementa con los artículos 381, 437 y 438, literal b) de la misma Ley, que establecen en primera medida que una sentencia de tipo condenatorio no tendrá como fundamento exclusivo el que se estructure con pruebas de referencia, la que básicamente es toda declaración realizada fuera del juicio oral, y que resulta admisible entre otras causas cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o **evento similar**.

Por supuesto, encontrándose en juego uno de los pilares del SPA, en cuanto a la forma directa en que debe llevarse al Juez, el conocimiento sobre los hechos y circunstancias, así como sobre la responsabilidad penal del o los acusados, y operando como una de sus excepciones, la prueba de referencia, se generan debates en su admisibilidad.

Así, la CSJ se ha referido sobre este tópico en lo que tiene que ver con el evento similar, precisando lo siguiente:

*“La expresión “eventos similares”, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el **declarante no se halle disponible** como testigo, **y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor**, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la*

²⁹ CSJ SP-606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44.950.

desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unguadas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.”³⁰ (Negrilla de la Sala).

Y en decisión SP-14844 2015, radicación 44056, respecto a la demostración de la causal excepcional de prueba de referencia, la Sala Penal de la CSJ afirmó:

³⁰ CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27.477. En el mismo sentido, CSJ SP, 14 dic. 2011, rad. 34.703; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38.051; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 34.867; CSJ AP, 22 may. 2013, rad. 41.106. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 2010 al declarar la exequibilidad de la mencionada norma, luego de traer a colación la precitada decisión de esta Corporación, relievó la interpretación restrictiva que del literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 se hizo en aquella oportunidad, al considerar lo siguiente: «Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la expresión “o evento similar”, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción, permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza. 96. Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “o evento similar”, contemplada en el art. 438 literal b) del CPP.»

“La parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, a título de prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad, esto es, que la persona falleció, perdió la memoria, ha sido secuestrada, padece enfermedad que le impide declarar, etcétera. Esta demostración puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita.

*Si para el momento de la audiencia preparatoria la parte conoce la causal de admisión excepcional de prueba de referencia, debe hacer la solicitud en dicho escenario, porque una de las finalidades de esta audiencia es depurar todos los aspectos probatorios de cara al juicio (CSJ AP, Jun 18 de 2014, Rad. 2014, entre otras). Cuando se trata de situaciones fácticas que no pueden ser modificadas (la muerte del testigo, por ejemplo), el asunto puede resolverse de manera definitiva en la preparatoria; **cuando se trata de situaciones que pueden variar (por ejemplo, que el testigo no ha podido ser ubicado), durante el juicio se debe demostrar que la situación anunciada en la audiencia preparatoria no ha variado.**” (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

Por tanto, la declaración anterior al juicio oral del testigo que no comparece al estrado en el debate probatorio por encontrarse inmerso en alguna de las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, podrá ser tenida como prueba de referencia si la parte solicitante demuestra que aquella cumple con las condiciones indicadas en la referida norma y las previstas en el inciso segundo del artículo 441 *ejusdem*.³¹

6.4. ESTUDIO DEL CASO

³¹ Sala Penal CSJ sentencia AP3787-2018. Radicación No. °53364 de 05 de septiembre de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

En vista de que el recurso de apelación formulado por la Fiscalía, versa sobre la negativa de incorporar al juicio oral pruebas de referencia consistentes en declaraciones y actas de reconocimiento videográficos y fotográficos realizadas por tres testigos, ..., se procederá entonces a realizar el estudio de la temática en dos grupos, iniciando con los testigos que en definitiva no fueron ubicados y enseguida con el que sí lo fue, pero el día anterior al Juicio Oral se trasladó por fuera de su municipio de residencia sin dejar datos sobre su ubicación, para de esta forma dilucidar si las pruebas de referencia solicitadas resultan o no admisibles bajo las previsiones de evento similar que establece el literal b) del artículo 438 del C.P.P. y la jurisprudencia aplicable al *sub judice*.

6.4.1. Pruebas de referencia en relación a los señores...

La Fiscalía solicitó que se decreten como pruebas de referencia las declaraciones juradas que rindieron los señores..., junto con el acta de reserva de identidad y generales de ley de 26 de agosto y 29 de septiembre de 2015, respectivamente, así como también el acta de reconocimiento videográfico y fotográfico realizada por éste último, esto debido a la dificultad o imposibilidad de ubicar a los testigos para que declaren directamente en el juicio oral.

Para afinar su pedimento, manifestó que..., señaló a la señora GACC, como su proveedora de sustancias estupefacientes, y que por lo tanto, es de vital importancia el ingreso de la declaración.

Ahora bien, aunque en la audiencia de juicio oral, respecto del señor..., no precisó cuál era la finalidad de introducir la mencionada prueba de referencia, ella está ligada a la pertinencia que dio lugar a su decreto desde la audiencia preparatoria, en el sentido de que se trata al igual que el anterior testigo, de una persona consumidora de sustancias estupefacientes, que conoce de manera directa a GACC, y su actividad como proveedora de las mismas.

Para soportar las labores de ubicación que se realizaron, llevó a la diligencia de juicio oral, el oficio citatorio de 21 de enero de 2020 dirigido a la dirección que el señor ... había suministrado en la ciudad de ... según acta de generales de ley (...), así como la certificación emitida por la empresa de mensajería 472 de que el mentado no residía en dicho lugar, aunado a la constancia realizada por la Asistente del ente acusador, sobre los intentos de comunicación al número telefónico (...) que había sido suministrado por el testigo, con el propósito de informarle sobre el desarrollo del juicio, sin obtener respuesta alguna.

En lo atinente al señor..., puso de presente en la vista pública el oficio citatorio de 21 de enero de 2020 dirigido a la dirección que había suministrado en el Municipio de Chachagüí según acta de generales de ley (Barrio ...), así como la certificación emitida por la empresa de mensajería 472 de que no fue posible su contacto, aunado a la constancia realizada por la Asistente de la Fiscalía, sobre los intentos de comunicación al número celular (...) que había sido suministrado por el testigo, el cual al pasar a buzón de mensajes, optó por dejarle un mensaje de voz, sin que

finalmente asista ni a las instalaciones del ente persecutor ni a la diligencia de juicio oral.

No obstante, las solicitudes fueron despachadas de manera desfavorable por el *A Quo* al considerar que no es suficiente que se realice una citación o llamada telefónica, sino que por el contrario, la Fiscalía debía iniciar una labor de búsqueda del testigo a través de Policía Judicial, y que un servidor de dicha institución era la persona que debía declarar sobre cuáles fueron las actividades que se realizaron para esa finalidad.

Al respecto, resulta menester precisar que el Estatuto de Procedimiento Penal en el artículo 438 establece:

“ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

*b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o **evento similar**;*³²

c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

d) Ha fallecido.

e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal,

³² Corte Constitucional. - Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE, por los cargos propuestos, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-144-10 de 3 de marzo de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.^{33 34} (Negrilla por fuera del texto original)

Ahora bien, dado que la controversia suscitada se reduce a la hipótesis que contempla el literal b) *ibídem* relacionado con el “*evento similar*”, es entonces oportuno traer a colación el desarrollo jurisprudencial que la Alta Corporación en materia penal ha realizado al respecto, decantando que dicha expresión debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, **como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.**³⁵

Es decir, que la imposibilidad de localización de los testigos, como sucede en el presente asunto, es un tema que ya ha sido abordado por la Honorable CSJ como un “*evento*

³³ - Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, 'por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales', publicada en el Diario Oficial No. 48.849 de 12 de julio de 2013.

³⁴ Corte Constitucional. - Literal adicionado por la Ley 1652 de 2013 declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-177-14 de 26 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁵CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27.477. En el mismo sentido, CSJ SP, 14 dic. 2011, rad. 34.703; CSJ AP, 18 abr. 2012, rad. 38.051; CSJ AP, 27 jun. 2012, rad. 34.867; CSJ AP, 22 may. 2013, rad. 41.106. A su vez, la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 2010 al declarar la exequibilidad de la mencionada norma, luego de traer a colación la precitada decisión de esta Corporación, relievó la interpretación restrictiva que del literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 se hizo en aquella oportunidad, al considerar lo siguiente: «*Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la expresión “o evento similar”, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción, permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza. 96. Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “o evento similar”, contemplada en el art. 438 literal b) del CPP.*»

similar” que da lugar a la admisión excepcional de la prueba de referencia, siempre que la parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, demuestre la causal alegada, lo cual, en términos de la H. Corte “puede hacerse con cualquier medio de prueba, en desarrollo del principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita”

En ese orden, es diáfano para esta Corporación, que la Fiscalía libró los citatorios correspondientes tanto a ... como a..., a efectos de que comparezcan a la vista pública, sin embargo, según la certificación de la empresa de mensajería 472, el primero no reside en el lugar y con el segundo no fue posible establecer contacto. Esto, bien puede obedecer a diferentes hipótesis, entre ellas que nunca residieron allí, o que cambiaron de residencia o que el funcionario que tomó la declaración y los datos de generales de ley se equivocó al momento de digitar la información de ubicación, empero, lo cierto es que el ente acusador citó a los testigos en las direcciones que habían sido suministradas en otrora, labor que terminó siendo infructuosa por lo ya esbozado.

De igual forma, se avizora que la Asistente de Fiscal, actuando en cumplimiento de la función de policía judicial que le ha sido asignada³⁶, también intentó localizar a... , a través de llamadas a los abonados números telefónicos, los cuales fueron proporcionados en pasada oportunidad, sin embargo, dicha labor también resultó siendo infructuosa.

³⁶ Según resolución No. 0803 de julio 10 de 2020 del Fiscal General de la Nación

De esta manera, atendiendo al principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 373 del C. P. P. “*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.*”, la decisión adoptada por el *A Quo* quedaría sin piso jurídico, como quiera que la base para negar las pruebas de referencia deprecadas fue la tarifa legal que exigió a la Fiscalía en el sentido que no solo debió enviar el oficio citatorio o realizar las llamadas, sino que debió acudir a los Funcionarios de Policía Judicial a efectos de ubicar al testigo, argumento, que como viene de verse, iría en contravía con la línea jurisprudencial que ha venido manejando el Alto Tribunal bajo el entendido que la parte que pretenda alegar la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia lo puede hacer siempre que pruebe la causal alegada por cualquier medio de prueba, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita.

Adicionalmente, debe decirse que resultaría innecesario que se acuda a funcionarios investigadores que adelanten las mismas gestiones que ya se agotaron a través de los medios de comunicación y la labor desempeñada por la Asistente de Fiscal en desarrollo de su función de policía judicial.

6.4.2. Pruebas de referencia en relación al señor...

El ente persecutor solicitó que se decreten como pruebas de referencia la declaración jurada que rindió el señor..., junto con el acta de reserva de identidad y generales de ley de 16 de septiembre de 2016, de igual forma, el acta de

reconocimiento videográfico y fotográfico y la entrevista de 11 de enero de 2016 realizadas por éste último, esto debido a la desaparición voluntaria del testigo para declarar directamente en el juicio oral.

Para afincar su pedimento, manifestó que ..., en el acta de reconocimiento videográfico y fotográfico señaló a la señora GACC, y que en la entrevista que le fue practicada el 11 de enero de 2016, adujo haberle comprado una sustancia que le fue incautada por los funcionarios de Policía, cuyo PIPH determinó que se trataba de cocaína y sus derivados.

Para soportar las labores de ubicación que fueron desplegadas, presentó en la diligencia de juicio oral, el oficio citatorio de 21 de enero de 2020 dirigido al Barrio ... de Chachagüí, así como la certificación emitida por la empresa de mensajería 472 de que no fue posible el contacto con el mentado, aunado a la constancia realizada por la Asistente del ente acusador, sobre los intentos de comunicación al número telefónico (...) que había sido suministrado, pero que al no obtener respuesta, optó por dejarle un mensaje de voz con la información del juicio oral, agregando que el 20 de enero del mismo año, también se intentó comunicar a otro número de teléfono (...) pero que el mismo no se encontraba en servicio.

Finalmente, informó que el 31 de enero de 2020 con ayuda de Policía Judicial a través del servidor Eduard Ignacio José Delgado y del Secretario de la Inspección de Policía de Chachagüí Jaime Inca, fue posible ubicar a..., explicándole sobre la obligatoriedad de su comparecencia, las

consecuencias de no hacerlo y de la posibilidad de ser conducido por orden de la Judicatura; pero que él lo que quería era que la Fiscalía le “ayude” porque se encontraba en una situación precaria, manifestando que estaba dispuesto a comparecer si le entregaban un dinero a cambio, siendo dicha posibilidad desechada por la Asistente del Despacho persecutor.

Expuso que el día anterior al desarrollo de la audiencia de juicio, se trasladó nuevamente a dicha localidad, contando para ello con los formatos o citaciones emitidas para que comparezca el testigo, pero el señor Jaime Inca y el Inspector de Policía de Chachagüí, informaron que el testigo salió de Chachagüí, desconociendo su paradero.

No obstante, la presente solicitud probatoria, fue despachada de manera desfavorable por el *A Quo* con el mismo argumento que se había indicado líneas atrás, sumado a la precisión de que en este evento el testigo sí fue ubicado al punto de exigir una dádiva para rendir su testimonio.

Sobre este punto, resulta entonces atinente traer a colación los mismos fundamentos procesales y jurisprudenciales que se utilizaron en los anteriores acápite, es decir, el artículo 438 del C.P.P. referente a la admisión excepcional de la prueba de referencia, como también los pronunciamientos de la Sala Penal de la CSJ en lo atinente al “evento similar”, pero esta vez por la desaparición voluntaria del testigo.

Al respecto, la jurisprudencia también ha manejado el tema como un “*evento similar*” que da lugar a la admisión excepcional de la prueba de referencia, siempre que la parte que pretende la aducción de la declaración anterior al juicio, demuestre la causal alegada, bajo el “(…) *principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento jurídico, salvo lo dispuesto en el primer literal del artículo 438 en cita*”

Esta situación se califica como un “*evento similar*” que da vía libre al decreto de la prueba de referencia, aún en decisiones más recientes como en SP 3274-2020, del 2 de septiembre de 2020, rad. 50.587, cuando se hace referencia a la actitud del testigo de “*ocultarse para no ir al juicio oral*”.

En ese orden, es diáfano para esta Corporación, que la Fiscalía, luego de realizar las citaciones y comunicaciones a fin de lograr la ubicación del señor..., finalmente fue contactado con el apoyo de Policía Judicial y la Inspección de Policía de Chachagüí Jaime Inca; sin embargo, él, decidió salir de esa localidad precisamente en postrimerías de la audiencia de juicio oral, desconociéndose su paradero, situación que se encuentra acreditada con el informe del investigador de campo Josa Delgado.

De modo que, recurriendo en similares términos, al principio de libertad probatoria estatuido en el artículo 373 del C. P. P.³⁷ la decisión adoptada por el *A Quo* quedaría sin un asiento jurídico, como quiera que la base para negar la prueba de referencia deprecada fue la tarifa legal que exigió a

³⁷ Artículo 373 de la Ley 906 de 2004. “*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.*”

la Fiscalía en el sentido que no solo se debió enviar el oficio citatorio o realizar las llamadas, sino que debió acudir a los Funcionarios de Policía Judicial a efectos de ubicar al testigo.

Argumento, que como viene de verse, no solo iría en contravía con la línea jurisprudencial que ha venido manejando el Alto Tribunal, sino que además, en el caso en particular del señor..., resultaría contradictorio con lo plasmado en la vista pública de juicio oral.

Se llega a la anterior conclusión, pues la Judicatura inicial, pasó por alto las labores de ubicación que ya se habían efectuado a través del Patrullero Eduard Ignacio Josa Delgado y de la Inspección de Policía de Chachagüí, es decir, que si en gracia de discusión se aceptara la tarifa legal en el sentido de recurrir a Policía Judicial a efectos de lograr la ubicación del testigo, en este caso, lo exigido por el *A quo* ya se había cumplido. Ahora si lo que pretendía era que rindieran testimonio los encargados de la citación, ello no fue ofrecido por la Fiscalía, pero acudiendo al principio que hemos venido invocando de libertad probatoria, resultaban suficientes para la información suministrada aquellos documentos verbalizados por la parte solicitante que son muy claros en poner en conocimiento el trámite impartido.

Recuérdese que de conformidad con lo establecido en el artículo 201 del C.P.P., son órganos de policía judicial permanente:

*ARTÍCULO 201. ÓRGANOS DE POLICÍA JUDICIAL PERMANENTE. Ejercen permanentemente las funciones de policía judicial **los servidores investidos de esa función,***

pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, **a la Policía Nacional** y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas.

PARÁGRAFO. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional. (Negrilla por fuera del texto original).

Y según el artículo 202 ibídem, entre los Órganos que ejercen dichas funciones de manera especial dentro de su competencia, se encuentran los Inspectores de Policía:

“ARTÍCULO 202. ÓRGANOS QUE EJERCEN FUNCIONES PERMANENTES DE POLICÍA JUDICIAL DE MANERA ESPECIAL DENTRO DE SU COMPETENCIA. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

1. La Procuraduría General de la Nación.
2. La Contraloría General de la República.
3. Las autoridades de tránsito.
4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.
5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.
6. Los alcaldes.
- 7. Los inspectores de policía.**

PARÁGRAFO. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.” (Negrilla por fuera del texto original)

Siendo así, la decisión adoptada adolece de motivación³⁸, puesto que lo procedente, desde el punto de vista de justicia material, el señor Juez de conocimiento, se encontraba obligado a dar respuesta al problema jurídico que en el asunto que nos ocupa era totalmente visible.

Al respecto, la Corte Constitucional resaltando lo contemplado en el artículo 229 constitucional que consagra el *ius* fundamental al acceso a la administración de justicia de todas las personas, explica que si un Funcionario judicial pretermite el estudio de todas o alguna de las peticiones elevadas a la justicia, ello deviene en una ofensa a la garantía del debido proceso, toda vez que dicha prerrogativa no se agota con *“la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados”*³⁹.

³⁸ T - 214 de 2012. *“La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.*

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-173 de 1993.

6.4.3. Otras conclusiones.

La defensa, solicita se confirme la decisión recurrida, expresando entre su tesis de discordia que las pruebas de referencia ya habían sido rechazadas por la Judicatura en audiencia preparatoria, precisamente cuando se argumentó la pertinencia y sobre qué iba a declarar el Subintendente Hugo Fernando López, aseverando que esa determinación no fue recurrida en aquella oportunidad.

Conviene precisar entonces, que la explicación esbozada no puede ser de recibo para esta Colegiatura, toda vez que, como lo ha señalado la Corte, en la sentencia SP606-2017 de 25 de enero de 2017, Rad. 44950, las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral podrán ser utilizadas en éste en la práctica del “interrogatorio cruzado del testigo”, como mecanismo de refrescamiento de memoria (artículo 392 literal d del C.P.P.), o de impugnación de credibilidad (artículo 393 literal b del C.P.P.); sumado a dos eventos excepcionales, en los cuales las declaraciones pueden constituirse en pruebas, a saber:

“(i) cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem⁴⁰, adicionado por el 3 de la Ley 1652 de 2013, que habilitan la prueba de referencia; y (ii) cuando el testigo comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma.”⁴¹

⁴⁰ a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido; y e) como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem y en la adicionada por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013.

⁴¹ CSJ SP5290-2018, dic. 5, rad. 44564.

En ese orden, en el asunto en concreto, la necesidad de las pruebas de referencia solo surgió de manera posterior, es decir, dada la imposibilidad de ubicación o localización y la desaparición voluntaria de los testigos, respectivamente, como se viene explicando.

En tal sentido, el haberse negado las pruebas de referencia en la audiencia preparatoria no impide que se requiera su práctica y decreto en la etapa de juicio oral, en tanto que las circunstancias pueden variar entre la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral, y es ello precisamente lo que el legislador quiso equiparar con lo normado en el artículo 438 del C.P.P., estableciendo varias hipótesis de admisibilidad para el decreto de la prueba de referencia.

De otra parte, pese a que la diligencia de juicio oral fue programada en datas anteriores (27 y 28 de junio de 2019, 20 de agosto de ese mismo año y, 23 y 24 de enero de 2020), sin que sea posible su realización ante las solicitudes de aplazamiento de la Fiscalía, no se podría predicar que el ente acusador allegue los soportes de citaciones a los mentados testigos para esas datas previas, como quiera que conocía de ante mano que la diligencia no se iba llevar a cabo ante la imposibilidad de su asistencia.

Ello, sumado a que el trámite que se pueda adelantar para la citación y comparecencia de un testigo al juicio u otra diligencia, puede arrojar resultados diversos según el momento temporoespacial en el que se surta la actuación, por lo cual, no puede aducirse que las circunstancias sean las

mismas en las diferentes datas en que se programó la vista pública, puesto que diversos factores pueden incidir en que el testigo se presente o no, o que esté disponible o no, o que aún logrando su comparecencia declare o decida mejor no hacerlo.

Finalmente, en cuanto a los principios y derechos constitucionales de defensa y debido proceso de los enjuiciados, y los principios rectores de inmediación, confrontación y contradicción, resulta oportuno indicar que fue el mismo legislador, previendo lo relativo a la prueba de referencia y la admisibilidad excepcional de la misma en especiales circunstancias, que estableció de manera tajante en el artículo 381 del C.P.P. que:

“ARTÍCULO 381. CONOCIMIENTO PARA CONDENAR. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”

Responde lo anterior a que la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba implica, generalmente, aparte de la limitación a la inmediación que debe tener el Juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia, la afectación del derecho a la confrontación del testigo, que supone la posibilidad de asegurar la comparecencia al juicio de los testigos de cargo y, con ello, la oportunidad de

interrogarlos o hacerlos interrogar y de controlar el interrogatorio⁴².

De allí que las declaraciones rendidas por fuera del escenario del juicio oral y público en principio no tienen el carácter de pruebas y únicamente en situaciones excepcionales⁴³ pueden ser incorporadas al juicio con fines demostrativos, bajo el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley para tal efecto⁴⁴.

Colorario de todo lo expuesto, esta Corporación Tribunalicia, procederá a revocar la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, a través de la cual negó las pruebas de referencia solicitadas por la Fiscalía, y en su lugar, se ordenará la admisibilidad y decreto de las mismas, las cuales podrán ser incorporadas a través del Subintendente Hugo Fernando López Jiménez, al ser la persona que las recogió y además ser uno de los testigos directos del ente acusador.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

⁴² CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153. En el mismo sentido, CSJ SP-14844-2015, 28 oct. 2015, rad. 44056; CSJ SP-5798-2016, 4 may. 2016, rad. 41667; CSJ SP-12229-2016, 31 ago. 2016, rad. 43916, CSP SP-1664-2018, 16 may. 2018, rad. 48284, entre otras.

⁴³ Cuando se practiquen como pruebas anticipadas, se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambió su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como testimonio adjunto. Cfr. CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153.

⁴⁴ CSJ AP-5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153; CSJ SP-606-2017, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre otras.

PRIMERO: REVOCAR la decisión 06 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Penal de Circuito de Pasto, y en su lugar, decretar las pruebas de referencia solicitadas por la Fiscalía Cuarta Especializada de Pasto, en la etapa de juicio oral, que a continuación se describen:

- Declaración de 26 agosto de 2015, mas acta de reserva de identidad, realizada por el señor ...

- Declaración de 16 de septiembre de 2016, acta de reserva de identidad, acta de reconocimiento fotográfico y videográfico y entrevista de 11 de enero de 2016, realizadas por el señor...

- Declaración de 29 de septiembre de 2015, acta de reserva de identidad, actas de reconocimiento videográfico y fotográfico, realizadas por el señor ...

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Despacho de origen para que se continúe con el trámite legal correspondiente.

TERCERO: La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

1018

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

**EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL, EN USO DE SUS FACULTADES
LEGALES,**

HACE CONSTAR

Que teniendo en cuenta las medidas establecidas en los Acuerdos PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, PCSJA20-11521 del 19 de marzo de 2020, PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, PCSJA20-11549 del 07 de mayo de 2020, PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020, PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020 y PCSJA20-11629 del 11 de septiembre de 2020, emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y CSJNAA20-21 del 24 de junio de 2020 emitido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, respecto de la pandemia generada por el

virus COVID 19 y aquellas propias emanadas de la Presidencia de la Sala Penal, de manera virtual se deja constancia del registro del proyecto presentado en el asunto arriba referenciado.

Pasto, 15 de septiembre de 2020.

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario