

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Acta: 216

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil nueve (2009)

Se pronuncia la Sala en torno a los siguientes temas planteados por la Procuraduría:

A.- Mediante auto del 3 de julio la Sala ordenó incorporar a la investigación preliminar el oficio 0059 del 19 de junio de 2009, a través del cual el Procurador General de la Nación manifiesta preocupación por situaciones procesales que de acuerdo a información de sus delegados vienen ocurriendo en varias investigaciones como en la presente. Allí, adicionalmente, expresa los siguientes criterios en relación con la entrevista que la Sala ha dispuesto en algunos casos antes de la práctica del testimonio:

1. No constituye un “acto procesal legítimo de instrucción penal...”.

2. Viola los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa cuando es “...realizada sin la presencia del defensor del imputado y sin la intervención del agente del Ministerio Público competente...”

3. “Contamina el testimonio futuro, ... la espontaneidad y autenticidad del contenido testimonial...”.

4. Es una actividad que “...no puede ser considerada un acto de policía judicial, ya que en el caso señalado no se está en una etapa anterior a la judicialización de las actuaciones...”.

Solicita, al final, impedir “esta especie de diligencias vagas, indeterminadas y peligrosas...”.

B.- El procurador Segundo Delegado, en referencia a la entrevista realizada por los Magistrados auxiliares, adujo la existencia de serias dudas sobre su viabilidad legal, al tratarse de una actividad propia de los investigadores judiciales, calidad que no ostentan aquellos funcionarios.

Pidió ilustrar acerca del fundamento legal para llevar a efecto ese procedimiento y, de mantenerse, que se le permita su participación (folios 39 - 40 c.o.4).

CONSIDERACIONES

De conformidad con los sistemas procesales vigentes en Colombia (ley 600 de 2000 y 906 de 2004), el proceso penal se construye a través de tres etapas claramente definidas: indagación preliminar, la instrucción penal o fase sumarial en la Ley 600 de 2000 y la etapa de juicio propiamente dicha. Esta última, en uno y otro sistema, corresponde a aquella subsiguiente a la acusación (resolución de acusación en Ley 600).

Dentro de este contexto un acto procesal legítimo de **“instrucción penal”** como lo cita el Señor Procurador, corresponde a aquellas actividades de investigación cumplidas por el funcionario instructor (Fiscal o Magistrados en este caso) y Policía Judicial en la etapa sumarial de la Ley 600, que se entiende a partir del auto de apertura de instrucción.

Por tanto, hay que distinguir entre **“instrucción penal”** y el término **investigación penal** que comprende desde la noticia criminal hasta la finalización de la etapa probatoria del juicio, toda

vez que en la audiencia pública o de juicio (oral) se realizan actos concentrados y de intermediación, por antonomasia de investigación, como cuando se interroga y contra interroga a un testigo.

Para el caso que nos ocupa se está dentro de una investigación penal, denominada fase de indagación preliminar.

La Corte Suprema de Justicia cumple funciones de investigador conforme al artículo 235-3 de la Carta Política y artículo 75-7 de la Ley 600 de 2000. La misma, por ende, debe ceñirse a los preceptos legales que rigen la actividad de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a su obligación de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revisten características de delito...”¹, siendo aplicables las normas pertinentes a la investigación de la Ley 600 de 2000.

Ahora bien, la Corte aprovecha la ocasión para dejar en claro que su competencia, cuando el imputado es un miembro del Congreso, se deriva de lo preceptuado en el artículo referido 235 inciso 3° de la Constitución Política, con base en el cual le está atribuida su investigación y juzgamiento.

En consecuencia, de acuerdo con la primera expresión, esto es, **“INVESTIGACIÓN”** debe realizar tanto los actos de indagación preliminar como los de investigación en la fase sumarial.

En éstos se comprenden todos los **actos probatorios** en cuya postulación (de oficio), ordenación, práctica y valoración se ocupa la Sala para eventualmente adelantar una causa o juicio.

¹ Artículo 250 C.N.

En tanto que, aquellos, se contraen al señalamiento de las fuentes de prueba, debiendo para tal efecto disponer y realizar las averiguaciones tendientes al descubrimiento de los rastros o vestigios del delito y a la individualización de sus autores o partícipes, los cuales no se desarrollan en sede jurisdiccional; esta labor pesquisadora y requirente es la que la ley le asigna a la **Policía Judicial**, debiéndose por tanto concluir, que ninguna de estas dos funciones le es ajena a la Corte por mandato Constitucional, por cuanto se reitera, le asiste la atribución de **INVESTIGAR**, actividad dentro de la cual quedan comprendidas las funciones de pesquisar o requerir y las de instruir.

Ahora bien: en cuanto a los fundamentos legales que permiten al instructor (Fiscal o Magistrados de la Corte) la realización de la entrevista previa a potenciales testigos, cabe señalar lo siguiente:

La investigación penal en cualquiera de los sistemas procesales vigentes en Colombia, concordante con lo dicho, está bajo **la dirección y coordinación** del **funcionario instructor o funcionario investigador** (Fiscal o Magistrados en este caso), de conformidad con los artículos 250-8 de la Constitución² y 311 de la Ley 600 de 2000³, de manera que es este funcionario el responsable de la coordinación, planeación y desarrollo del trabajo investigativo y del rendimiento del equipo de Policía Judicial que tiene a su cargo (investigadores, peritos), los cuales no son servidores aislados e independientes del instructor, todos conforman una unidad.

² Artículo 250 Constitución Política “Funciones de la fiscalía , numeral 8:Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que la ley señala”

³ Artículo 311 Ley 600 de 2000 “El Fiscal General o sus delegados tienen a su cargo dirigir y coordinar las funciones de policía judicial...”

La orientación de las actividades de los miembros de la Policía Judicial, en consecuencia, le corresponde a quien tiene a su cargo la labor de dirección de la investigación penal, razón por la cual el artículo 312 de la Ley 600 de 2000 en su numeral segundo indica: “servidores que ejercen funciones de Policía Judicial: 2. El Cuerpo técnico de la Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación y **todos sus** servidores que **desempeñen funciones judiciales siempre y cuando guarden relación con la naturaleza de su función**”. Así las cosas, unos y otros funcionarios están legalmente facultados para realizar las entrevistas a que hubiere lugar.

La norma asigna al instructor dos acciones de liderazgo: dirección y coordinación.

Dirigir es, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, llevar **rectamente** algo hacia un término, guiar, gobernar, dar reglas para el manejo. El funcionario instructor lo primero que tiene que hacer para guiar u orientar la investigación es tratar de conocer los hechos y circunstancias a investigar, actividad que cumple mediante pesquisas que él y su grupo investigativo deben realizar, con el único ánimo de obtener un nivel mínimo de conocimiento. Para el caso en comento, se hace precisamente verificando de primera mano las circunstancias en las que pudo haber ocurrido el hecho punible, lo cual se logra, por ejemplo, por medio de visitas previas a lugares y documentos, y entrevistas. De no hacerse esa aproximación personal, no se ve cómo esperar que el funcionario sea eficiente para guiar, dirigir y ordenar la investigación, o para que pueda aportar ideas y propuestas hacia el logro de sus finalidades.

Coordinar, a su turno, significa concertar medios y esfuerzos para una acción común. Si el funcionario desconoce de

primera mano el contexto dentro del cual va a investigar un acaecimiento ilícito, mal podría exigírsele éxito en la organización de los medios técnicos y humanos necesarios para una adecuada y correcta coordinación de la investigación penal.

A manera de ejemplo, cuando se investigan bandas criminales dedicadas a cierto tipo de delitos, si se quiere comprender el contenido de unas interceptaciones telefónicas, necesariamente el instructor y su equipo deben conocer la jerga que suelen utilizar los delincuentes o, de lo contrario, no podrán darle un sentido correcto a las conversaciones y mucho menos una presentación adecuada para incorporarlas como prueba, debatirlas y valorarlas. Y se logra saber el significado de esos lenguajes, obviamente a través de la informalidad de una entrevista realizada a personas de ese medio.

Es claro, pues, que el instructor es el regente y coordinador de la investigación, el responsable de cada una de las labores de su equipo de trabajo. Y es precisamente aquí donde encuentra asidero legal la actividad que inquieta al Ministerio Público.

Conforme a las normas invocadas, el instructor está facultado para inmiscuirse en todos y hasta en los más mínimos detalles del proceso investigativo. Sería un contrasentido impedirle tal participación al punto de pensarlo convertido en simple receptor de información suministrada por terceros y destinada a formarse el criterio para vincular y acusar a ciudadanos, contraviniendo el precepto de la inmediación. Sería un contrasentido pensar que quien detenta la facultad no pueda así mismo utilizarla.

La aplicación de la norma y del derecho no puede ir en contravía de la lógica y de la realidad, al exigir que el funcionario instructor atienda la investigación desde la perspectiva que

pueden darle los investigadores. Sería como impedirle a cualquier gerente que ingrese a las sucursales de la empresa o que no pueda interrogar a sus clientes sobre la gestión que cumplen sus colaboradores, vedándole conseguir de primera mano información para mejorar los servicios prestados. Traduciría llegar al absurdo extremo de pensar que el rector de un establecimiento educativo, por ejemplo, no pueda ingresar a todas las aulas, que se le impida dictar clase o estar pendiente de participar en las actividades que en torno a su función le son inherentes para la buena marcha de la institución, salvo los límites constitucionales y legales frente a derechos fundamentales.

Es precisamente el motivo por el cual en la Ley 600 de 2000 el instructor acude como director en las diligencias de allanamiento, inspección y levantamiento de cadáver. La actitud de quien asume el conocimiento de esa noticia criminal en la escena de los hechos es activa. Obtiene en el lugar de los hechos información directa de las fuentes a través de las entrevistas que personalmente y a través de su equipo investigador realiza. Y de una actividad así no es colegible que se esté por esa razón contaminando a los posibles testigos. Resultaría ilógico esperar de ese funcionario, por el contrario, la actitud de simple observador, primero; y, luego, la de un ordenador de las declaraciones de todos quienes se encontraban en ese lugar sin la depuración que permite la entrevista.

No es una actividad ilegal sino perfectamente autorizada por la norma.

En el allanamiento ocurre exactamente lo mismo. El instructor (Ley 600 de 2000) que lo realiza distribuye su equipo de trabajo para la búsqueda pertinente al ingresar al lugar y él mismo participa en la realización de las pesquisas a que haya lugar de

acuerdo con el fin perseguido. Está autorizado, en esa medida, para dialogar con los moradores del sitio, saber quiénes son, qué hacen, por qué están allí y el vínculo eventual que poseen con el hecho investigado. El funcionario entrevista, en otras palabras, y en manera alguna es una acción representativa de un atentado contra la autenticidad y espontaneidad futuras de las versiones de los declarantes.

No cabe duda ninguna, finalmente, que la única forma de determinar si la prueba es pertinente, admisible y útil es precisamente a través de la entrevista, pues con ello se puede visualizar el provecho que le habrá de reportar a la investigación penal.

En cuanto a la metodología adoptada por la Sala para llevar a cabo la labor investigativa que le asigna la Constitución Política y la ley procesal, bien está precisar que la Corte ha hecho un esfuerzo por superar los arcaicos procedimientos que en las indagaciones penales utilizaban los antiguos juzgados de instrucción criminal al amparo de estatutos procesales derogados hace más de tres lustros, procedimientos según los cuales cualquier contacto previo que el instructor o las partes tuvieran con potenciales testigos era cuestionado al vérselo como la ejecución de un torvo propósito de fabricar pruebas.

Por esa vía los expedientes se convertían en acumulación de testimonios en gran medida inocuos, sin sentido, que sólo malgastaban los recursos humanos y físicos de la administración de justicia cuya ineficiencia se ocultaba tras el supuesto esfuerzo que reflejaba el recaudo febril de más y más declaraciones impertinentes, improcedentes o inútiles.

Como tantas veces lo ha reiterado la Corte, es importante establecer los **finés** perseguidos, en este caso con las entrevistas, visitas, observación del lugar de los hechos y revisión de documentos, por ejemplo. Son actividades que permiten conocer el contexto histórico y la situación general de los hechos que se investigan, sucedidos en todo el territorio nacional en asuntos como el presente y donde sus autores, en desarrollo de sus actividades criminales, dejaron rastro en buena parte de la geografía nacional. Esa situación y el paso inexorable del tiempo hacen necesario y lógico el método de buscar información, hacer su cruce y análisis, y establecer si es o no valiosa para llevarla al expediente. Se logra ello, como es fácil entenderlo, mediante labores de vecindario y entrevistas a pobladores de los lugares donde sucedieron los hechos e igual a ex miembros de los grupos ilegales, entre otros.

Indagar o explorar no significa judicializar todo movimiento del equipo investigativo. Una concepción contraria aumenta de tamaño los expedientes, desgasta al aparato de justicia y sacrifica el principio de economía procesal. Las entrevistas, entre otras actividades, pues, son uno de los filtros importantes para orientar las investigaciones en búsqueda de la verdad. Eso traduce, concomitantemente, que buena parte de las actividades del equipo de investigación, imbuido del propósito de averiguar lo favorable y lo desfavorable al indiciado y/o imputado, no trascienden al expediente, si no cumple los requisitos de pertinencia y conducencia propios de la investigación integral.

Dentro de este radicado, sirva el ejemplo, como resultado de varias entrevistas y pesquisas se obtuvo el nombre del señor René Alejandro Zorrilla, como posible conocedor de circunstancias vinculadas al objeto de la investigación. Se verificó su procedencia, cercanía con las autodefensas y acto seguido se

habló con él. Luego de ello se estimó que su aporte era importante a la investigación y, por ende, se ordenó su declaración, la cual a no dudarlo es de descargo o favorable a la indiciada. No es cierta la idea que a lo largo de la investigación previa se ha querido sembrar, relativa a la existencia de un criterio de búsqueda dirigida sólo a la consecución de pruebas de cargo.

Si de un lado al instructor le es dado servirse de tales mecanismos, el equilibrio se logra al reconocer que le es permitido a la defensa –con capacidad de acción, ni más faltaba— hacer sus propias averiguaciones para solicitarle al instructor, culminadas ellas, que llame a declarar a una persona determinada. Entrevistar futuros testigos, en esa medida, no le está vedado, es una conducta natural y lícita, sin que le sea dable al funcionario judicial rechazar la práctica del testimonio aduciendo que se encuentra contaminado o que la actividad del sujeto procesal es vaga, peligrosa e indeterminada.

Sólo para responder a la afirmación del señor Procurador, referida a que las entrevistas no son actos procesales legítimos, se recuerda que se encuentran autorizadas en los artículos 314 y 316 de la Ley 600 de 2000, y que a ellas alude el Manual Único de Policía Judicial aplicado por supuesto por la Corte. Y no puede afirmarse, con criterio de certeza, que una cosa son las entrevistas en el sistema acusatorio y otra diversa las consagradas en la Ley 600 de 2000. Según la opinión del señor Procurador, habría de suponerse que igualmente en el previsto por la Ley 906 de 2004 el contacto previo y directo del órgano de la prueba con las partes –fiscalía y defensa- produciría “una posible contaminación del testimonio futuro a rendir” y, al tiempo, una avalancha de solicitudes de nulidad por la falta de “espontaneidad y autenticidad del contenido testimonial”.

La realización de actividades de verificación como las entrevistas o visitas al lugar de los hechos, nunca podrá vulnerar el debido proceso o el derecho a la defensa porque son apenas instrumentos para conseguir información que conduzca a la verdad. No tienen la calidad de medio de prueba, luego no es pertinente hacer nacer prematuramente el derecho de contradicción con relación al dicho informal de alguien que no está testificando dentro de la actuación, sino ofreciendo una información al instructor o a algún miembro de su equipo para definir si el conocimiento con el cual cuenta cumpliría una función relevante en el fin de descubrir la verdad.

Plantear que las entrevistas vician la credibilidad del testigo, enfatiza la Sala, deja implícitas las siguientes afirmaciones: que se ordenan recibirlas a potenciales testigos no con el objeto de buscar la verdad, sino para dirigir o sugerir el sentido de sus declaraciones juradas cuando las rindan; y que, entonces, no son testigos veraces y honestos.

Se descalifica así, a priori, una actividad debatible por las partes al analizar las pruebas cuando presentan alegatos en las distintas fases de la actuación, incluida la preliminar al sustentarse, por ejemplo, una petición de resolución inhibitoria. Es a lo largo de los estadios procesales, a la vez, donde le corresponde al funcionario judicial asignarle a cada testigo el mérito correspondiente, basado exclusivamente en sus manifestaciones vertidas en las exposiciones juramentadas —no en las entrevistas— y analizadas en conjunto con los demás medios probatorios.

Otra de las inquietudes planteadas por la Procuraduría, está vinculada a la actividad de policía judicial y de los Magistrados Auxiliares de cara a las entrevistas.

Se recuerda que la Corte, como directora de la investigación, puede en desarrollo del artículo 84 de la Ley 600 de 2000 comisionar, entre otros funcionarios, a los miembros de la Policía Judicial y a sus Magistrados Auxiliares. Unos y otros, por ende, debidamente encargados por la Sala pueden en las fases previa y del sumario realizar las actividades criticadas por el Ministerio Público, aunque nunca en el empeño de desequilibrar las cargas procesales y mucho menos amañar la espontaneidad o autenticidad del testimonio, hecho que de presentarse acarrearía las consecuencias penales y disciplinarias pertinentes.

No prospera, entonces la solicitud de cesar en la realización de las entrevistas que han sido dispuestas y de omitir hacia el futuro mandatos de ese tipo.

De otra parte, la petición del delegado de participar en esas diligencias y en las demás que no ostentan la calidad de prueba sino que buscan acceder a información dirigida a orientar la investigación, la ha resuelto la Sala en anteriores oportunidades adversamente y se reitera el criterio. En el radicado 27042 seguido contra el senador HABIB MERHEG MARÚN, en el cual se estudió una pretensión similar presentada por el defensor, encaminada a poder participar en las diligencias de verificación encomendadas a la Policía Judicial, se explicó:

“Las disposiciones que regulan las funciones asignadas a la policía judicial como órgano auxiliar de los funcionarios judiciales permiten identificar dos tipos de actividades a su cargo: unas dirigidas a desarrollar labores de verificación –artículo 314, Ley 600 de 2000- y otras a apoyar al instructor en la práctica de pruebas.

Asimismo, conviene precisar que las denominadas labores de verificación, también conocidas como de investigación, relacionadas con el descubrimiento y aporte de documentos, análisis de información, entrevistas a potenciales testigos, seguimientos pasivos, infiltración de organizaciones criminales, entre otras, que según la propia ley sirven de criterio orientador de la investigación, no están reservadas a la fase anterior a la de judicialización de la noticia criminal, como así lo indica la lectura concordada de los artículos 314 a 316 de la Ley 600 de 200.

Ciertamente, si se observa que la finalidad de la investigación previa es la de despejar las dudas sobre el ejercicio mismo de la acción penal en relación con la conducta aparentemente punible que ha llegado al conocimiento del funcionario judicial o develar sus posibles autores y, superado ese primer margen de incertidumbre, el objeto de la instrucción es el de establecer las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que pudo acaecer el delito con la finalidad de acusar a los posibles responsables cuando a ello hay lugar, no cabe duda que el instructor como responsable de cumplir esos cometidos no puede renunciar a desarrollar todas las actividades investigativas que resulten aptas para descubrir evidencias materiales o información relevante para demostrar tales extremos de la imputación penal y acusar a los responsables de la comisión de delitos, cuando a ello hay lugar.

De manera que cuando el legislador otorga al funcionario judicial la facultad para que 'durante la investigación o el juzgamiento' comisione a los integrantes de la policía judicial para la práctica de

pruebas técnicas o de ‘diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos’ -artículo 316, Ley 600 de 2000- deja abierta la posibilidad de que la misión encomendada se dirija a recaudar información importante que pueda servir de insumo para encausar la investigación...”

El estado a través del funcionario instructor está llamado a proveer la búsqueda de información o evidencia que pueda tener vocación probatoria, y que resulte apta para probar o improbar la hipótesis fáctica que se plantea. Esto sólo se logra con el trabajo armónico entre policía judicial y el funcionario director de la investigación, siendo entonces excluyente en esa dinámica, la presencia de los sujetos procesales, toda vez que en estricto sentido, el resultado de esas labores o actividades no constituyen prueba y, por tanto, no surge aún el derecho de la defensa para su controversia.

Continua la Sala: “... No comporta lo anterior la vulneración al derecho de defensa o de alguna garantía, en la medida que si de la información obtenida o de la evidencia descubierta por policía judicial surge la posibilidad cierta de que se practiquen algunas pruebas, es en ese último escenario donde aparece el derecho del procesado para participar en su práctica....

En suma, la Sala no accederá a la petición que eleva el defensor, bajo el entendido que las diligencias encomendadas a la policía judicial buscan obtener criterios orientadores de la investigación o el aporte de documentos cuya controversia debe procurarse de modo distinto al de asistir a las labores de búsqueda de ellos...”

Admitir la petición del Agente del Ministerio Público, para finalizar, significaría el absurdo de facultar a los sujetos procesales para acompañar a los investigadores, por ejemplo a efectuar seguimientos, a ejecutar una entrega controlada o a monitorear una línea telefónica intervenida.

Cúmplase

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria

