República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Ponente

AP3307-2023
Segunda Instancia n.° 63826
Acta n.° 205

Sala Casación Penal@ 2022

Bogotá, D. C., primero (1°) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

La Sala de Casación Penal decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto CSJ AEP046–2023, rad. 49512, del 27 de abril de 2023, mediante el cual la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación negó el decreto de pruebas sobrevinientes en el proceso seguido en contra del exgobernador de la Guajira **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER** por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros.

II. HECHOS

2.1. Según el escrito de acusación, **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER**, gobernador del departamento de la Guajira para el periodo 2008–2011, en ejercicio de sus funciones tramitó la etapa precontractual y celebró el contrato n.° 770 del 27 de noviembre de 2009 con CARMENZA ÁVILA CHASSAIGNE, representante legal de la Unión Temporal del Norte – UTN, conformada por las empresas ÁVILA LTDA. y H&H ARQUITECTURA, por cuantía de $90.000'000.000,00 (noventa mil millones de pesos), cuyo objeto fue la *«[e]jecución del plan de infraestructura educativa departamental: estudios técnicos, diseños, construcciones nuevas, ampliaciones y mejoramientos de las instituciones educativas del departamento, con plazo de 26 meses»*.

Sala Casación Penal@2022

Adicional a este contrato inicial, se celebraron ocho (8) contratos *«adicionales y modificatorios»*, de los cuales, siete (7) fueron tramitados y suscritos por **PÉREZ BERNIER**. El monto total contratado, como consecuencia de las distintas adiciones, finalmente ascendió a la suma de $134.963'570.000,00 (ciento treinta y cuatro mil novecientos sesenta y tres millones quinientos setenta mil pesos).

2.2. El ente investigador precisó que el *trámite precontractual* del contrato n.° 770 se adelantó sin observancia de los requisitos legales esenciales. En concreto, describió las siguientes irregularidades:

(i) En los estudios previos, por la falta de *«proyección del tiempo»* en que se iba a ejecutar. Además, se le dio tratamiento de contrato de obra cuando en realidad tiene un *«componente alto de consultoría»*, sin la planeación necesaria para realizar un adecuado estudio de presupuesto, costos y diseños a contratar, y sin contar con un análisis de impacto en la población beneficiada.

(ii) En el pliego de condiciones, por el *«direccionamiento»* en la escogencia del contratista y la falta de sustento técnico y jurídico.

(iii) En el trámite licitatorio, ante su *«improvisación, capricho y arbitrariedad»*, como se evidencia de la carta de invitación a los proponentes, la cual no tiene firma; y aquello que se presentó como estudios técnicos no tiene *«justificaciones adecuadas»*. Y,

Sala Casación Penal @ 2022

(iv) En la evaluación de propuestas, pues *«se presentaron irregularidades»* en la revisión de experiencia en obras y en construcciones nuevas presentadas por el contratista. Además, en la *«forma»* en que se conformó la Unión Temporal del Norte – UTN y en el *«tema de manejo ambiental»*.

2.3. Pese a las irregularidades señaladas, **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER** celebró el contrato n.° 770 del 27 de noviembre de 2009, en el cual se omitió designar supervisor y no se incluyó la denominada *«cláusula de indemnidad»* que busca la protección del patrimonio de las partes, y que *«una*

de ellas» asuma los costos que puedan generarse por reclamos de terceros ajenos al contrato.

Las irregularidades también se presentaron en los distintos contratos modificatorios y adiciones al contrato inicial, lo que tuvo como consecuencia: *(i)* el incremento del valor inicial del contrato mediante el traslado de recursos sin *«justificación atendible»*, *(ii)* la modificación de la forma de pago, *(iii)* la exoneración al contratista del pago de impuestos departamentales, nacionales y/o municipales por concepto de anticipos y, *(iv)* el *«retiro definitivo»* de recursos a algunas instituciones educativas, entre otras.

Sala Casación Penal@ 2022

2.4. **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER**, con ocasión de la suscripción del contrato n.° 770 de 2009, sus modificaciones y adiciones, *«permitió»* la apropiación de recursos, *«al menos a favor de terceros»*, por $24.154'012.853,00 (veinticuatro mil ciento cincuenta y cuatro millones doce mil ochocientos cincuenta y tres pesos), debido a los distintos sobrecostos por la variación de las cantidades de obra, precios y avalúos, así como perjuicios por cuenta de la adquisición de equipos que no se utilizaron y la variación entre la infraestructura que se planeó y lo que finalmente fue ejecutado.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 21 de noviembre de 2016, ante un Magistrado en función de control de garantías de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación en la que se

atribuyó a **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER** la comisión de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, agravado por la cuantía.

3.2. El 25 de noviembre de 2016 le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad, que cumplió hasta el 21 de junio de 2018 cuando se sustituyó por las no privativas de la libertad contenidas en los numerales 3º (presentación periódica o cuando sea requerido), 4º (buena conducta individual, familiar y social), 5º (prohibición de salir del país) y 8º (caución real) del literal *b)* del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal.

Sala Casación Penal@ 2022

3.3. El Fiscal 11 Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, el 19 de diciembre de 2016 radicó escrito de acusación ante la Sala de Casación Penal y la audiencia de formulación de acusación se desarrolló en sesiones del 7 y 13 de febrero de 2017.

3.4. La audiencia preparatoria tuvo lugar los días 3 de abril, 18 y 30 de mayo, y, 10 y 17 de agosto de 2017.

3.5. El juicio oral se instaló el 24 de agosto siguiente y prosiguió en sesiones del 28 y 29 de agosto, 17 y 31 de octubre, 2, 16 y 30 de noviembre de 2017; 6 y 15 de febrero, 24 de abril, 3, 16 y 24 de mayo y 5 de junio de 2018.

3.6. El 26 de julio de 2018 el proceso fue remitido a la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación,

como consecuencia de la implementación del Acto Legislativo 01 de 2018.

3.7. La audiencia de juicio oral se reanudó ante esa autoridad el 11 de julio de 2019 y prosiguió en sesiones de 15, 16 y 18 de julio, y 18 de noviembre de 2019; y, 11, 12, 25, 26 y 27 de abril de 2023.

3.8. En la sesión de juicio oral del 11 de abril de 2023, la defensa del procesado solicitó decretar como pruebas sobrevinientes los siguientes documentos:

(i) Auto de archivo del 3 de octubre de 2017 proferido por la Contraloría General de la República en el proceso de responsabilidad fiscal de radicado n.° 2014–02079, así como la decisión del 2 de noviembre de 2017 en la que se confirmó en grado de consulta dicha providencia.

(ii) Auto de archivo del 25 de junio de 2018 proferido por la Contraloría General de la República en el proceso de responsabilidad fiscal de radicado n.° 2016–0038 y la decisión del 25 de julio de 2018 en la que se confirmó en grado de consulta dicha providencia.

(iii) Sentencia del 26 de octubre de 2022 proferida por al Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira en el proceso de responsabilidad contractual bajo el radicado n.° 2017–00124–00 promovido por la empresa contratista Unión Temporal del Norte – UTN, en contra de la Gobernación de la Guajira.

Sala Casación Penal@ 2022

3.9. El 27 de abril de 2023 la Sala Especial de Primera Instancia profirió el auto CSJ AEP046–2023, rad. 49512, mediante el cual negó la solicitud de prueba sobreviniente. La defensa interpuso recurso de apelación.

IV. EL AUTO APELADO

La Sala Especial de Primera instancia negó a la defensa de **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER** el decreto de prueba sobreviniente, con los siguientes argumentos:

4.1. Los autos de archivo proferidos por la Contraloría y las providencias que los confirman en grado de consulta no son un insumo probatorio autónomo que corrobora o descarta la ocurrencia de las conductas punibles y la responsabilidad penal del procesado. Igual sucede con la decisión emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira en el proceso de responsabilidad contractual que promovió la empresa contratista Unión Temporal del Norte – UTN en contra de la Gobernación de la Guajira.

@Sala Casación Penal@ 2022

4.2. Conocer la valoración probatoria dada en los escenarios fiscal y judicial en materia contenciosa administrativa, a fin de convalidar la motivación que propició el archivo o la tasación de perjuicios a favor del contratista, discrepa de la inmediación preponderante en la actividad probatoria del juicio oral, al amparo de la Ley 906 de 2004 que impone valorar solamente las pruebas practicadas en el juicio. Adicionalmente, esas valoraciones *«carecen de*

vocación interpretativa para las resultas de este proceso y no pueden incidir en las decisiones que aquí se adopten».

4.3. Las decisiones que se pretenden incorporar *«difieren ontológica y teleológicamente»* de la especialidad penal y, pese a que mantienen su *«propia autonomía»*, no son vinculantes, aserto que deduce de los considerandos de la providencia de esta Sala CSJ SP13790–2016, 5 oct. 2016, rad. 41781.

4.4. Por demás, la ausencia de dichos medios probatorios en esta actuación tampoco genera grave perjuicio al derecho de defensa, pues la mayoría de las postulaciones probatorias decretadas en la audiencia preparatoria apuntan a la confirmación o negación de los aspectos que se pretenden demostrar con la solicitud de prueba sobreviniente, *«resultando así las documentales pedidas impertinentes o incluso repetitivas».*

Sala Casación Penal © 2022

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

La defensa solicita revocar la decisión de primera instancia y decretar las pruebas. En su criterio:

5.1. Estas cumplen con la condición de sobrevinientes, pues no se discute, en cuanto al *«aspecto temporal»*, que la documental se refiere a decisiones proferidas con posterioridad a la celebración de la audiencia preparatoria, momento procesal en el cual la defensa realizó el

descubrimiento probatorio y elevó las solicitudes de pruebas. Es decir que, para ese momento, no podía saber que existían.

De otro lado, al solicitar su decreto se cumplió con la carga de sustentar su pertinencia: *(i)* frente a los autos de la Contraloría se dijo que con ellos se desvirtuaban los hechos jurídicamente relevantes de la acusación relacionados con la existencia de detrimento patrimonial y sobrecostos y, *(ii)* que la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira liquidó el contrato objeto de cuestionamiento y concluyó que el contratista tenía un saldo a favor que le correspondía cubrir a la Gobernación de la Guajira.

Sala de Casación Penal@ 2022

5.2. El artículo 271 de la Constitución Política expresa que los resultados de las indagaciones preliminares o de los procesos de responsabilidad fiscal tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente, por ese motivo, también sería pertinente pues dicho requisito se satisface en que la prueba tiene *«carácter constitucional»*. Se trata de una disposición de rango superior, de obligatorio cumplimiento, a la que no se opone una inferior, como la de procedimiento penal, pues prima la relación de verticalidad.

5.3. Agregó que en el trámite de elaboración de dicho artículo la Asamblea Constituyente consideró, inicialmente, que los resultados de las indagaciones preliminares de la Contraloría eran *«plena prueba»*, pero finalmente se aprobó que era *«prueba»* y que debían ser tenidos en cuenta por la fiscalía y por el respectivo juez. Así lo reseñó la Corte

Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SP13790–2016, 5 oct. 2016, rad. 41781, en el sentido que debe ingresar al proceso como prueba y valorarse en conjunto con la restante practicada.

Y, si bien los resultados de las indagaciones preliminares de la Contraloría son prueba autónoma en el «*ámbito administrativo*», no en el penal, aun así, deben ingresar a la actuación como prueba sobreviniente, decreto que además se justifica y es pertinente con miras a evitar la contradicción que tendría lugar en que una institución del Estado concluya que no hubo sobrecostos en el proceso contractual y otra que afirme sí lo hubo.

Sala Casación Penal@ 2022

VI. NO RECURRENTES

6.1. El delegado de la fiscalía solicitó confirmar la decisión de primera instancia. Como sustento, expuso:

La defensa incurrió en una omisión o incuria en el «*aspecto temporal*» de la solicitud de prueba sobreviniente, lo cual conduce a que se niegue su decreto, pues tuvo la oportunidad procesal de elevarla una vez las autoridades profirieron las decisiones, pero no lo hizo, sino que esperó hasta este momento cuando se han adelantado distintas sesiones de la audiencia de juicio oral.

Tampoco cumplió la carga de argumentación sobre pertinencia, conducencia, utilidad y trascendencia de la prueba que solicita como sobreviniente, de ahí que se

justifique confirmar su negativa. Únicamente circunscribió esa carga a referir que se trata de unas pruebas de *«carácter constitucional»*.

En lo que respecta al contenido del artículo 271 de la Carta Política, este no es de *«aplicación automática»* para los procesos penales, pues existen normas de procedimiento penal vigentes que deben acatarse, como aquellas que refieren al principio de inmediación en la práctica de la prueba en juicio oral.

En todo caso, las decisiones administrativas o judiciales que se adopten en otros trámites son valoraciones cuyo contenido no son de recibo en la actuación penal, y de llegarse a aceptar su decreto, iría en contravía del principio de inmediación de la prueba, pese a que la defensa tampoco probó que su negativa configurara algún perjuicio.

Sala Casación Penal @ 2022

6.2. El representante de víctimas respaldó la argumentación presentada por el ente investigador, pues considera que todas las solicitudes probatorias han de estar acompañadas de una carga argumentativa sobre su pertinencia, de lo contrario, deben negarse, además, el artículo 271 de la Constitución Política no puede ser un obstáculo para mantener el debido proceso probatorio penal.

6.3. La delegada del Ministerio Público requirió, de manera principal, *«no darle trámite al recurso de apelación»* pues considera que el recurrente no expuso la existencia de un error en la decisión proferida, sino que complementó la

solicitud inicial. De manera subsidiaria, demandó confirmar la decisión apelada, pues los elementos que se solicitan no son pertinentes ni conducentes y, además, por tratarse de decisiones de otras autoridades, no tienen relevancia en este proceso.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

7.1. Competencia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones que profiera la Sala Especial de Primera Instancia, conforme a lo establecido en el numeral 6º del artículo 235 de la Constitución Política.

Sala Casación Penal 2022

En virtud del principio de limitación de la competencia funcional, el pronunciamiento en segunda instancia se circunscribirá a los asuntos objeto de la impugnación y a los que estén ligados a ellos de manera inescindible.

7.2. Consideración inicial

La delegada del Ministerio Público, en el traslado como no recurrente, solicitó *«no dar trámite al recurso de apelación»*, pues, en su criterio, la defensa no fundamentó en la sustentación del recurso la existencia de algún error en la decisión de primera instancia, sino que se limitó a complementar la petición inicial de decreto de prueba sobreviniente.

Al examinar el medio de impugnación la Sala advierte que el recurrente señaló, de manera general, sus inconformidades frente a los fundamentos de la decisión, sobre: *(i)* si las pruebas solicitadas son sobrevinientes y si procede su decreto, *(ii)* el alcance del artículo 271 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que cuatro (4) de los documentos solicitados son decisiones proferidas en indagaciones de responsabilidad fiscal y, *(iii)* la pertinencia de decretar un (1) fallo proferido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En criterio del apelante las pruebas solicitadas son sobrevinientes, pues cuando se celebró la audiencia preparatoria estas decisiones no habían sido proferidas, además, son pertinentes toda vez que su contenido controvierte los hechos de la acusación de la presente actuación.

Sala Casación Penal@2022

Contrario a la postura de la agente del Ministerio Público, de lo visto se advierte que el recurrente al sustentar el medio de impugnación sí expuso, al menos de manera sucinta, una oposición a los fundamentos consignados en el auto de primera instancia, lo cual es suficiente para que se habilite su estudio en esta sede.

7.3. Delimitación del problema jurídico

La Sala debe definir si, como se alega en el recurso, procede el decreto de pruebas sobrevinientes solicitadas en la audiencia de juicio oral por la defensa técnica del

exgobernador de la Guajira **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER**, o si se confirma la decisión de primera instancia que negó aquella postulación.

Atendiendo los temas de inconformidad planteados por el recurrente ante esta instancia, se ratificarán los criterios sobre: *(i)* la prueba sobreviniente, *(ii)* el alcance del artículo 271 de la Constitución Política, y, *(iii)* el decreto como prueba de decisiones judiciales de otros procesos. Posteriormente, se abordará el caso concreto.

7.3.1. La prueba sobreviniente

Sala Casación Penal@ 2022

Los artículos 346 y 374 de la Ley 906 de 2004 establecen que, para que la prueba pueda ser decretada y practicada en la audiencia de juicio oral, debe haber sido descubierta en su oportunidad procesal y solicitada en la audiencia preparatoria, de lo contrario, la autoridad judicial está obligada a rechazarla, salvo que se acredite que su descubrimiento se omitió por causas no imputables a la parte afectada.

La excepción a estas disposiciones es la prueba sobreviniente, prevista en el inciso final del artículo 344 *ibidem*, según el cual:

> *…si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.*

De lo anterior se extrae que la prueba sobreviniente tiene como características: *(i)* el momento procesal en que esta es *encontrada*, vale decir, *«durante el juicio»*, *(ii)* su valor probatorio, pues la norma alude a que dicha prueba debe ser *«muy significativa»* y, *(iii)* el perjuicio que pueda producir, tema que valora la autoridad judicial en relación con el derecho de defensa y la integridad del juicio.

Al respecto, la Sala tiene establecido que, en los casos de prueba sobreviniente:

> [su] *decreto excepcional en el juicio fue concebido, no para cambiar la forma en la que se preparó la incorporación y práctica de las pruebas decretadas, ni con el fin de revivir oportunidades procesales fenecidas, sino para no privar a las partes de ofrecer el conocimiento contenido en aquel medio que siendo pertinente, conducente y útil, i) surge en el curso del juicio, bien porque se deriva de otra prueba allí practicada y ello no era previsible, o porque en su desarrollo alguna de estas encuentra un elemento de convicción hasta ese momento desconocido; (ii) no fue descubierto oportunamente por motivo no imputable a la parte interesada en su práctica; (iii) es "muy significativo" o importante por su incidencia en el caso; y, (iv) su admisión no comporta serio perjuicio al derecho de defensa y a la integridad del juicio.*
>
> *(…)*
>
> *Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes "encuentre" o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible.*
>
> *No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe* (*Cfr.* CSJ AP1083–2015, rad. 44238; CSJ AP1993–2018, rad. 52603 y CSJ AP5565–2022, rad. 62637, entre otras).

La parte que solicita el decreto de una prueba sobreviniente debe entonces demostrar: *(i)* que se trata de una prueba *novedosa* que no se conocía y que la parte tampoco podía conocer con el despliegue de una *«mediana diligencia»* (*Cfr.* CSJ AP449–2022, rad. 60433), *(ii)* que es una prueba significativa para el proceso, lo cual, en criterio de la Sala, tiene *«relación inmediata con la pertinencia y admisibilidad»* (*Cfr.* CSJ AP5565–2022, rad. 62637) y, *(iii)* que la ausencia de la prueba que se solicita perjudicaría de manera grave el derecho de defensa o la integridad del juicio (*Cfr.* CSJ AP4150–2016, rad. 47401 y CSJ AP449–2022, rad. 60433).

@Sala Casación Penal@ 2022

7.3.2. El artículo 271 de la Constitución Política

La referida disposición –con la modificación efectuada por el artículo 3° del Acto Legislativo 04 de 2019–, establece:

> *Los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal, así como de las indagaciones preliminares o los procesos de responsabilidad fiscal, adelantados por las Contralorías tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez competente.*

El canon superior señala la existencia de *«valor probatorio»* en los resultados de los ejercicios de vigilancia y control fiscal y de las indagaciones preliminares o de los procesos de responsabilidad fiscal que adelanten las Contralorías, es decir, contralorías municipales, distritales, departamentales, las delegadas de la Contraloría General de la República y las gerencias departamentales de la misma.

En lo que interesa a la presente decisión, la norma dispone que el anunciado *«valor probatorio»* opera ante la Fiscalía General de la Nación y ante el juez competente. Esta Sala, en la sentencia CSJ SP13790–2016, rad. 41781 –citada en la solicitud de prueba sobreviniente y en el recurso de apelación–, expuso que *«los resultados de las indagaciones preliminares del ente de control fiscal, son prueba autónoma de carácter constitucional en los supuestos de detrimentos patrimoniales del Estado»*.

Sin embargo, también indicó que las decisiones que profiera la autoridad de control fiscal no son *plena prueba* a efectos de establecer la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal de los acusados y precisó que el precepto constitucional:

Sala Casación Penal@ 2022

> *[l]e confirió a las conclusiones de las investigaciones preliminares adelantadas por el órgano de control fiscal, el alcance de medio probatorio, de tal forma que, por disposición constitucional, los funcionarios judiciales están obligados a evaluarlas de igual manera que lo harían en torno a cualquiera de los instrumentos de prueba, descritos en el artículo 233 del Estatuto Adjetivo Penal de 2000 –canon 382 de la Ley 906 de 2004–, a efecto de acreditar los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad y la naturaleza y cuantía de los perjuicios.*

De modo que, cuando la Contraloría en ejercicio de sus labores de vigilancia y control fiscal encuentra determinado hallazgo, indaga preliminarmente y concluye que debe proferirse apertura y posterior imputación en proceso de responsabilidad fiscal, o emite fallo con responsabilidad fiscal (artículos 8, 40, 46 y 53 de la Ley 610 de 2000), dichas actuaciones no tienen, por sí mismas, la entidad suficiente

para que la Fiscalía General de la Nación ejerza la acción penal o para que el juez penal concluya la existencia del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Lo mismo ocurre si las labores de vigilancia y control y las indagaciones preliminares culminan con auto de archivo (artículo 16 *ibidem*) o la respectiva actuación con *fallo sin responsabilidad fiscal* (artículo 54 *ibidem*), eventos en los cuales las conclusiones a las que llegue la autoridad de control fiscal, de manera alguna, limitan el ejercicio de la acción penal o le definen al juez penal el sentido de la decisión que deba proferir.

Sala Casación Penal@ 2022

La Corte ha sido insistente en referir que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente respecto de cualquier otra clase de responsabilidad, incluida la penal (*Cfr.* CSJ AP2062–2018, rad. 51579 y CSJ AP078–2023, rad. 60506, entre otras). De hecho, el parágrafo primero del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 refiere que *«[l]a responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad»*.

Sobre el tema, la Sala de vieja data ha explicado que las

> *[t]areas que cumple la Contraloría se ejercen con absoluta independencia de las acciones penales y disciplinarias que pudieren surgir de las actuaciones y omisiones de los servidores públicos. Por ello, no necesariamente deben converger en el mismo sentido los resultados de los procesos que adelante cada autoridad competente, dentro del ámbito de sus funciones* (*Cfr.* CSJ AP, 23 en. 2001, rad. 17089, reiterada en CSJ AP4087–2022, 7 sep. 2022, rad. 52399)

Por su parte, la Corte Constitucional tiene dicho sobre la responsabilidad fiscal que:

> *[n]o tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, Ley 42 de 1993). En efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos* (*Cfr.* CC C–635–2000, en la que se reitera, entre otras la CC SU–620–1996).

Entonces, como quiera que la responsabilidad penal se concreta en la demostración de hechos que encajan en la descripción de determinado tipo penal, los resultados de las actuaciones de naturaleza fiscal podrán decretarse como prueba en la medida en que, como todo elemento material probatorio tendiente a convertirse en prueba en el juicio oral, se cumpla con el trámite de *depuración probatoria* de la audiencia preparatoria, esto es, descubrimiento, enunciación, estipulación y solicitud (*Cfr.* CSJ AP5785–2015, rad. 46153 y CSJ AP948–2018, rad. 51882).

Sala Casación Penal @ 2022

De igual manera, ha de cumplirse la obligación de fundamentar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba. La pertinencia, requisito indispensable para que el juez proceda a su decreto, mientras que, como lo tiene definido la Sala, *«las explicaciones sobre conducencia y utilidad deberán expresarse cuando se presente un debate genuino sobre estas temáticas»* (*Cfr.* CSJ AP948–2018, rad. 51882 y CSJ AP5468–2021, rad. 60130, entre otras).

7.3.3. Decisiones judiciales en otros procesos. Su decreto como prueba

Un medio de prueba es pertinente dependiendo de su relación con el tema de prueba, es decir, con los hechos con relevancia jurídico penal objeto de acusación.

El artículo 375 de la Ley 906 de 2004 establece que «*el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito*».

Sala Casación Penal © 2022

Por su parte, el artículo 357 *ejusdem* establece que el juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas «*cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código*» y el artículo 376 precisa como regla general que «*toda prueba pertinente es admisible*».

La secuencia lógica entre el medio de prueba, el tema de prueba y el decreto probatorio, no opera de manera absoluta. Una excepción ocurre con la solicitud de prueba documental de autos o sentencias proferidos en otras actuaciones judiciales, los que se solicitan como medio de

prueba porque en su contenido abordan, así sea tangencialmente, el tema de prueba por el que cursa la actuación penal en trámite.

Sea del caso señalar que las decisiones judiciales que se profieren son el producto de la concreta resolución de cada proceso, al que lo acompaña la valoración de las pruebas allí practicadas, con independencia de si los supuestos fácticos o jurídicos tienen relación con otras actuaciones. Lo cierto es que, el criterio jurídico de las decisiones judiciales que definen determinado tema, no puede tener la entidad para imponerse sobre el curso de otros asuntos.

Sala Casación Penal@ 2022

Sobre el particular, la Sala tiene dicho (*Cfr.* CSJ AP785–2015, rad. 46153) que:

> *La regla general es que lo sucedido en otras actuaciones procesales, entre ellas la intervención de las partes y las pruebas allí practicadas, no hacen parte del tema de prueba ni son admisibles como medio de prueba en otro proceso.*
>
> *En primer término, las intervenciones realizadas por las partes en otros procesos no hacen parte del tema de prueba, pues éste, según se indicó, está delimitado por los hechos incluidos en la acusación y por los propuestos por la defensa cuando opta por una teoría alternativa. Si en algún momento se llegara a considerar que la intervención de una parte o la intervención del juez en otro proceso pueden constituir delito o falta disciplinaria, será en el proceso que se inicie a raíz de esa situación donde la intervención o la decisión pueda considerarse tema de prueba.*
>
> *En cuanto a las pruebas practicadas en otros trámites, debe considerarse que en el sistema reglado en la Ley 906 de 2004 no opera la figura de la prueba trasladada. Así, si una parte considera pertinentes los medios de prueba usados en otra actuación, debe agotar los trámites atinentes al debido proceso probatorio. (…)*
>
> *En todo caso, la parte que pretende que se decrete como prueba este tipo de información debe cumplir con la carga de explicar su relación con los hechos relevantes para la decisión que debe tomar*

el juez, en los términos previstos en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

Esta tesis se explica, además, en que el juez penal está obligado a decidir cada proceso de manera autónoma e independiente, luego del curso de un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías, como lo establece el artículo 250.4 de la Constitución Política, sin que lo resuelto en otros procesos judiciales delimite o condicione su función.

Dígase, por último, que la anterior postura de la Sala se ha trasladado de forma uniforme frente a lo decidido por otras autoridades, *«por tanto, no es admisible el argumento, según el cual la conclusión de la investigación penal debe ceñirse a lo resuelto por la Procuraduría, toda vez que la decisión que responde a la petición, debe tener como fundamento lo probado en el trámite penal, sin que, para la formación del concepto o la determinación, el juez quede sometido a lo fallado por las autoridades de control fiscal o disciplinario»* (*Cfr.* CSJ AP672–2019, 27 feb. 2019, rad. 54315, entre muchas otras).

Sala Casación Penal © 2020

7.4. Caso concreto

7.4.1. Recuérdese que la defensa de **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER** solicitó el decreto como pruebas sobrevinientes de los siguientes documentos:

(i) Auto de archivo del 3 de octubre de 2017 proferido por la Contraloría General de la República en el proceso de

responsabilidad fiscal de radicado n.° 2014–02079, así como la decisión del 2 de noviembre de 2017 en la que se confirmó en grado de consulta dicha providencia.

(ii) Auto de archivo del 25 de junio de 2018 proferido por la Contraloría General de la República en el proceso de responsabilidad fiscal de radicado n.° 2016–0038 y la decisión del 25 de julio de 2018 en la que se confirmó en grado de consulta dicha providencia.

(iii) Sentencia del 26 de octubre de 2022 proferida por al Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira en el proceso de responsabilidad contractual bajo el radicado n.° 2017–00124–00 promovido por la empresa contratista Unión Temporal del Norte – UTN, en contra de la Gobernación de la Guajira.

Sala Casación Penal@ 2022

7.4.2. Como se indicó párrafos atrás, para que una prueba se considere sobreviniente, primero, debe ser *novedosa*, es decir, que la parte no la conocía y que tampoco pudo conocerla desplegando una *mediana diligencia*.

La Corte encuentra que este requisito se cumple a cabalidad, pues, como lo alega el solicitante, las señaladas decisiones de la Contraloría y del órgano judicial fueron proferidas entre el 3 de octubre de 2017 y el 26 de octubre de 2022, mientras que la audiencia preparatoria, oportunidad procesal en la cual la defensa tenía la obligación de descubrir y solicitar los elementos de prueba con los que

contaba para ese momento, se agotó entre el 3 de abril y el 17 de agosto de 2017.

Vale decir, tiempo después de concluirse la audiencia preparatoria fueron proferidas las providencias que ahora la defensa solicita como prueba. La parte solicitante no conocía ni pudo conocer de la existencia de los elementos de prueba, por ende, en el caso concreto, tampoco puede reprochársele que no los haya descubierto o solicitado oportunamente. Ante esta situación del todo objetiva, ningún efecto práctico se desprende del alegato como no recurrente del ente investigador, referido a que la parte no elevó la solicitud de prueba sobreviniente con anterioridad, esto es, en las distintas sesiones del juicio oral que se han adelantado hasta el momento.

Sala Casación Penal@ 2022

7.4.3. En lo que respecta al valor probatorio o significancia de las pruebas que se solicitan, tema que concierne a la pertinencia y admisibilidad de estas pruebas, la defensa en la solicitud probatoria separó la argumentación de la solicitud entre: *(i)* las cuatro (4) decisiones proferidas por la Contraloría y, *(ii)* la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira.

En lo que respecta a las primeras, expuso que su pertinencia se sustentaba en su *«carácter constitucional»*, en aplicación del artículo 271 de la Carta Política. Sin embargo, en concordancia con lo ya expuesto, la autonomía e independencia que se predica entre las responsabilidades fiscales y penales, conduce a que las decisiones (fiscales) que

pretendan ser incorporadas como prueba en el proceso penal cumplan con los requisitos para su decreto: desde su descubrimiento hasta su solicitud, así como la fundamentación sobre pertinencia y admisibilidad (de igual forma, sobre su conducencia y utilidad, en caso de presentarse un debate genuino sobre estas temáticas, según se vio).

La defensa también expuso frente a la totalidad de la documental (resultados del control fiscal y de la autoridad judicial), que era pertinente en la medida en que desvirtuaba los hechos de la acusación: en lo que respecta a las decisiones de la Contraloría, pues en ellas se archivaron las indagaciones originadas con ocasión del contrato n.° 770 del 27 de noviembre de 2009 objeto de este proceso, lo que descartaría la existencia de detrimento patrimonial para el Estado y sobrecostos; y que la sentencia proferida por la jurisdicción contenciosa liquidó el referido contrato y concluyó que el contratista tenía un saldo a favor, el cual correspondía cubrir a la Gobernación de la Guajira.

Sala Casación Penal @ 2022

En el recurso de apelación, la defensa recalca que la pertinencia de los documentos radica en que son decisiones de otras autoridades del Estado que definieron los hechos jurídicamente relevantes de la presente actuación, referidos al contrato n.° 770, así como los temas de detrimento patrimonial, sobrecostos (las decisiones fiscales) y la liquidación judicial del contrato, decisión última que concluyó la existencia de saldo a favor del contratista. Y agrega que con el decreto de estos elementos materiales

probatorios, se evita la contradicción originada en que una institución del Estado concluya que no hubo sobrecostos en el proceso contractual y otra afirme que sí lo hubo.

La pertinencia de estos documentos, así expuesta, conduce a la negativa de su decreto como prueba, toda vez que en manera alguna se acreditó su relevancia concreta respecto de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y los elementos de los tipos penales que se le atribuyen al acusado (contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros), sino que, simplemente, se solicitaron intentando hacer prevalecer las decisiones proferidas por otras autoridades sobre el objeto y adelantamiento del presente proceso penal.

Sala Casación Penal@ 2022

De ahí que se halle la razón, tanto a la primera instancia en la decisión impugnada, como a los no recurrentes en sus intervenciones frente al recurso interpuesto, al asegurar que las pruebas solicitadas no cumplieron con la carga de pertinencia.

Aunado a ello, resulta evidente que, tratándose de pruebas alegadas como sobrevinientes, no se acreditó que su ausencia en el haber probatorio de esta actuación origine un perjuicio grave para el derecho de defensa o la integridad del juicio.

Así las cosas, es claro que el discurso del impugnante no colma las exigencias argumentativas requeridas para

obtener la aducción de un elemento de convicción sobreviniente. Por tanto, la Sala confirmará integralmente la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto CSJ AEP046–2023, rad. 49512, del 27 de abril de 2023, mediante el cual la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación negó el decreto de pruebas sobrevinientes solicitadas por la defensa de **JORGE EDUARDO PÉREZ BERNIER**.

Sala Casación Penal 2022

SEGUNDO: Advertir a los sujetos procesales e intervinientes que contra la presente decisión no proceden recursos.

TERCERO: Devuélvase la actuación a la autoridad judicial de origen.

Notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Impedido
FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

nal@ 2022

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Impedido
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

...ón Penal@ 2022

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria