

Proceso n.º 32829

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 82.

Bogotá, D.C., diecisiete de marzo de dos mil diez.

V I S T O S

Se examina en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), el 30 de junio de 2009, en contra de ÁLVARO GIRALDO HENAO, mediante la cual confirmó la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), el 20 de enero del mismo año, condenando al mencionado procesado, como autor del delito de acceso carnal violento tentado, a las penas principal de 48 meses de prisión y accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

H E C H O S

El sábado 17 de noviembre de 2007, la joven K.G.T.1, de 15 años de edad para ese entonces, se encontraba de visita en la residencia de su abuela paterna, localizada en la calle 23 con carrera 13 del municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda).

A eso de las dos y media de la tarde, cuando la joven se aprestaba a bañar y tomaba una

toalla en el patio, fue sorprendida por su tío ÁLVARO GIRALDO HENAO, quien la cogió fuertemente de la mano izquierda y la llevó a una de las habitaciones de la morada, en donde la tiró con brusquedad a una cama y le bajó su pantalón y ropa interior, luego de lo cual hizo lo propio y se le “montó encima”; seguidamente, cuando se disponía a accederla carnalmente, fue sorprendido por su hermano Hernando Giraldo Henao, padre de la menor, quien interrumpió la agresión de que era víctima ésta y, encolerizado, tomó un machete con el que pretendió lastimar a su consanguíneo, aunque desistió de ello en el acto.

Optó, mejor, por denunciar el hecho ante las autoridades judiciales de esa población, no sin antes llevar a su hija a revisión médica, en un centro asistencial de la misma.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 6 de mayo de 2008, ante el Juzgado Penal Municipal con función de control de garantías de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), se ordenó la captura de ÁLVARO GIRALDO HENAO.

Capturado el indiciado el 25 de julio del mismo año, al día siguiente, ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Risaralda), se legalizó su aprehensión, se le imputó la conducta punible de acto sexual violento -tipificada en el artículo 206 del Código Penal-, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Como el imputado no se allanó al cargo formulado, el ente instructor presentó escrito de acusación en su contra, el 14 de agosto de 2008, ratificando el ilícito deducido en la audiencia de formulación de imputación.

Sin embargo, en la audiencia de formulación de acusación, realizada ante el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) el 1 de septiembre de ese año, el

representante de la Fiscalía varió la calificación jurídica del delito, por entenderlo ajustado al de acceso carnal violento, tentado y agravado, en los términos de los artículos 205, 27 y 211-2 del Código Penal; asimismo, dedujo la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el numeral 5° del artículo 58 Ibidem.

Posteriormente, realizadas las audiencias preparatoria y de juicio oral en la que se anunció el sentido del fallo², el juzgado de conocimiento dictó sentencia³, el 20 de enero de 2009, a través del cual condenó a ÁLVARO GIRALDO HENAO, como autor del ilícito por el cual se acusó judicialmente, a las penas principal y accesoria anteriormente reseñadas. Del mismo modo, se abstuvo de sentenciarlo al pago de perjuicios -habida cuenta que la víctima y sus representantes legales manifestaron su deseo de no adelantar el incidente de reparación integral- y le negó el beneficio sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La providencia en comento, que fue apelada por la defensa del acusado, la confirmó íntegramente la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira (Risaralda), el 30 de junio de 2009, mediante la que hoy es objeto de impugnación extraordinaria, por parte del mismo sujeto procesal, quien oportunamente presentó el libelo, el cual fue admitido por la Sala con auto del 15 de octubre del año anterior.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Con fundamento en los numerales 1° y 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de ÁLVARO GIRALDO HENAO postula dos cargos, los cuales desarrolla de la siguiente manera:

Cargo primero: nulidad.

Como punto de partida, el casacionista señala que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, con violación flagrante del debido proceso, al permitirse que el fallo de

primer grado fuera emitido “por juez diferente a aquel o aquella que fungió como juez durante el juicio oral y profiriera sentido del fallo en el asunto materia de juzgamiento”.

En orden a fundamentar su censura, sostiene que la doctora Lucelly Amparo Marín fue le encargada de instalar el juicio oral y dirigir el debate probatorio –que es la parte esencial del acto, aclara más adelante-, luego de escuchar los alegatos de apertura; de igual modo, fue quien adoptó decisiones importantes en el curso del mismo, relacionadas con el debido proceso, como aceptar prueba sobreviniente solicitada por la defensa y definir lo atinente al amparo constitucional al que apelaron la presunta víctima y sus padres, para abstenerse de declarar, en razón del parentesco.

Por ello, agrega el demandante, era dicha funcionaria la competente para anunciar el sentido del fallo y además dictar la correspondiente providencia, en coherencia con ese anuncio, que en este caso fue de carácter condenatorio. En cambio no lo era, como ocurrió aquí, el doctor William Cano Quintero, quien “directamente ingresó al caso a proferir sentencia”.

Las razones esgrimidas por el Tribunal, alusivas a los jueces que ejercen el cargo durante períodos breves, para justificar que sea el titular que retorna al despacho quien dicte la providencia, no son de recibo, como quiera que lo fundamental es que este hubiese participado en el debate probatorio. De ahí que se haya quebrantado el principio de la inmutabilidad del juez, consagrado en el artículo 454 de la Ley 906 de 2004, según el cual, la presencia física del funcionario y su permanencia a lo largo del juicio oral, es uno de los estándares del debido proceso.

En refuerzo de sus asertos, el memorialista cita precedente de la Sala⁴ sobre dicho principio que, al igual que los de concentración e inmediación, quedó en entredicho, como quiera que se atentó contra la transparencia del proceso, dado que las partes confían en que el juez frente al cual actuaron y del que esperan una decisión en

derecho, sea quien la dicte, por haber adquirido directamente el conocimiento que ofrecen las pruebas.

De lo contrario, el conocimiento obtenido, aduce el impugnante, es ilegal, puesto que el contenido de los registros de las audiencias no está destinado para el uso del juez de primera instancia, sino para los superiores funcionales, en virtud de los recursos de apelación y casación, lo cual ha sido avalado por la Corte Suprema de Justicia⁵.

Para terminar, el recurrente señala que los azares o eventualidades de la administración de justicia, o el cambio intempestivo de jueces, no son cuestiones razonables que justifiquen la trasgresión de los principios que orientan la actividad procesal, el debido proceso y la defensa.

Pide, por consiguiente, que se case la sentencia demandada y se anule la actuación, ordenando la repetición del juicio oral y disponiendo la libertad inmediata de su prohiado.

Cargo segundo: violación directa de la ley sustancial.

A juicio del actor, se violó el artículo 33 de la Constitución Política, el cual establece la exención al deber de declarar contra los parientes más cercanos.

En este evento, precisa el defensor, la menor ofendida y sus progenitores hicieron uso de ese derecho, absteniéndose de declarar en contra del imputado, quien es “hermano del padre de la presunta víctima, tío de la adolescente K.G.T. y cuñado de la madre de la adolescente”.

Su voluntad, por tanto, debió ser respetada, pues, además de ser fruto de la autonomía personal de cada uno de ellos, está amparada por los principios de dignidad humana, el buen trato por parte de las autoridades, el libre desarrollo de la personalidad y la protección del núcleo familiar, así como por los derechos de los niños y adolescentes. Es, entonces,

además del ejercicio de un derecho constitucional, una decisión familiar.

Por lo anterior, no era viable que dicha ausencia testifical fuera suplida por los juzgadores mediante el empleo de las entrevistas recepcionadas por los investigadores, incluyendo el acto de denuncia, pues, ello constituye una forma de burlar el amparo constitucional, con su utilización como prueba de referencia, de manera ilegal.

Y, si bien al momento de rendir sus declaraciones iniciales, los parientes del procesado fueron advertidos de su derecho a no testificar, lo cierto es que las mismas no podían valorarse, puesto que al juicio oral “físicamente comparecieron” y “manifestaron su deseo de no declarar”.

Lo grave del asunto, según el casacionista, es que la sentencia condenatoria se construyó con base en esos elementos de juicio y además con la declaración de la médica Martha Yazmín Quintero Carvajal, quien relató lo que la adolescente le narró pocas horas después del hecho, cuando debió habersele advertido que la menor renunció a declarar, lo cual “automáticamente” amparaba la versión de la médica.

De lo anotado, concluye el impugnante que la sentencia no podía edificarse con base en la “utilización inconstitucional de prueba de referencia, cuando los testigos manifiestan con claridad acogerse a la excepción constitucional al deber de declarar”.

Solicita, en consecuencia, que se case el proveído censurado, revocando la sentencia condenatoria y sustituyéndola por una de carácter absolutorio, ordenando la libertad del procesado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del casacionista.

En la audiencia de argumentación, el defensor de ÁLVARO GIRALDO HENAO solicitó que se casara la sentencia demandada, por cualquiera de los dos cargos propuestos en su libelo, a cuyo contenido remitió.

2. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

Como punto de partida, el Fiscal Segundo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia hizo una síntesis de los hechos y enunció los reproches, para luego referirse al primero de ellos, indicando que no compartía la alegación del impugnante, quien cuestiona que un juez haya iniciado y concluido el juicio oral, en tanto que, otro dictó la sentencia.

En orden a fundamentar sus asertos, citó los artículos 252 de la Constitución Política y 454 de la Ley 906 de 2004, haciendo énfasis en el último, que consagra el principio de concentración, del cual destaca que el mismo alude a la persona que dirige la audiencia, con nombre e identidad, y no al cargo desempeñado.

Para el Fiscal, no es irregular que un juez diferente al que anunció el sentido del fallo de condena, sea el que dicte la sentencia, pues, si bien el primero escuchó la teoría del caso, dirigió la práctica probatoria y realizó ese proferimiento, al estimar que la prueba era suficiente para adquirir certeza, por conocimiento al que llegó con observancia de los principios de inmediación y oralidad, lo que hace el segundo es redactar la providencia, concordante con ese anuncio. Por ello, en este evento no se afectó la estructura básica del proceso, toda vez que no hubo un cambio esencial del juez durante el juicio oral.

Señaló, a continuación, que la misma funcionaria que adelantó el juicio oral y anunció el sentido de la decisión, llevó a cabo la diligencia de individualización de pena y sentencia regulada en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal. Ello para resaltar, que el fallo es simplemente el escrito contentivo del “texto jurídico”, lo cual refuerza trayendo a colación citas doctrinales, en una las cuales se hace especial

mención al “informe presentencia” del sistema americano, equivalente a la actuación regulada en el citado dispositivo 447.

Habría irregularidad, ejemplificó seguidamente, si un juez anuncia condena y otro absuelve, o lo contrario, casos en los cuales sí sería necesario repetir íntegramente el juicio público.

Además, agregó el representante del ente acusador apoyado en citas de la Sala, debe examinarse si hay vulneración de garantías fundamentales, así como la trascendencia de los errores, lo cual obligaba al recurrente a demostrar que si la sentencia hubiese sido dictada por el mismo juez que hizo el anuncio, esta habría sido diferente a la adoptada por quien no estuvo en el debate oral.

En cuanto a la utilización de los medios audiovisuales, indicó que estos no solo estaban dirigidos para el conocimiento de la segunda instancia, sino también para superar incidentes como el presente, en el que un juez adelanta el juicio oral y otro dicta la sentencia, respetando el anuncio de su antecesor.

Anular por ese motivo, concluyó respecto de la primera censura, sería desconocer la inescindibilidad entre el sentido del fallo y la sentencia, a la cual se ha referido la jurisprudencia de la Corte, así como los principios de la administración de justicia, contenidos en el artículo 228 de la Carta.

Opinó, por tanto, que el cargo no debía prosperar.

Igual consideración hizo, acto seguido, en lo concerniente al segundo reproche, pues, precisó, si bien es cierto que el artículo 33 de la [Constitución Política](#) establece el derecho a no declarar contra sí mismo y determinados parientes, también lo es que la Fiscalía está autorizada para recibir denuncias, aun cuando el trasgresor sea familiar por consanguinidad o afinidad de la víctima, como ocurrió en este evento, en el que la misma

acudió a solicitar la protección del Estado.

Ante estos eventos, añadió, la Fiscalía debe responder de manera inmediata, aclarando que cuando la menor delató la agresión sexual que la afectó, se le pusieron de presente sus derechos constitucionales, entre ellos, el de no denunciar a sus parientes, al cual renunció, ya que su deseo fue de que se hiciese justicia. Por esta razón, la prueba ofrecida y recaudada en el juicio frente a un hecho tan grave, recibió su justa ponderación, propiciando la declaración de responsabilidad del acusado.

Con base en lo expuesto, pidió, para terminar, que no se casara la sentencia recurrida.

3. Intervención del Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal se refirió, en primer lugar, al cargo de nulidad, expresando que el mismo debía prosperar.

En sustento de ello, disertó ampliamente sobre la garantía de la inmediación, destacando que este principio, junto con los de concentración y contradicción, consagrados en instrumentos internacionales y en el ordenamiento interno, son relevantes y deben acatarse en el curso del procedimiento acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002, lo cual marca una diferencia sustancial con el sistema anterior, de tendencia inquisitiva.

En particular, sobre el principio de inmediación aseveró que tiene una posición destacada y se erige como el instrumento idóneo para realizar juicios justos. Así lo alegó en tema similar y anterior, en el que consideró que no podía desconocérsele, como al parecer ocurrió en este evento, y que la consecuencia de que no se le observe es, como lo dice el demandante, la invalidación del trámite procesal.

Trajo a colación, a continuación, el precedente de la Sala, Radicado 27.192, en el que no

se anuló la sentencia que dictó un juez diferente al que intervino en una parte de la práctica probatoria, porque allí las pruebas en las que este intervino, no fueron el fundamento de la decisión, a diferencia de lo que aquí sucede, en el que los elementos de juicio que se allegaron ante un funcionario diferente, sí son el sustento esencial del fallo.

Así, tras enlistar la prueba testimonial y documental que se allegó en el juicio oral, resaltó que toda ella se practicó ante una jueza de conocimiento que anunció el sentido de la sentencia, la cual dictó, un mes después, un funcionario diferente que valoró dicho aporte probatorio.

Seguidamente, la delegada del Ministerio Público aludió a la importancia del anuncio del sentido del fallo, acorde con lo señalado por la jurisprudencia de la Sala, indicando que siendo sustancial y vinculante, su posterior variación debe conducir a la declaratoria de nulidad. Esa anulación implica, agregó, que el principio de inmediación solo es posible materializar cuando el juez es el mismo ante quien se han practicado las pruebas, en un juicio oral, público y concentrado, lo cual no sucede en tratándose de impugnaciones, añadió a continuación, al abordar el tema de los registros audiovisuales.

De igual modo, afirmó que no procedía la comparación hecha con el sistema americano, ya que allí la sentencia es dictada por un jurado de conciencia, ajeno a nuestra sistemática.

Como en el presente asunto la prueba practicada en el debate oral fue valorada por un juez diverso, concluyó la funcionaria, debe declararse la nulidad desde la iniciación del mismo, con el fin de que se repita, acatando todas las garantías procesales que implica el proceso penal acusatorio.

Con relación al segundo reparo, partió por reconocer la existencia del derecho de no declarar contra sí mismo ni determinados parientes, de raigambre constitucional y legal, para luego señalar que en este caso, tanto la menor víctima del delito de

contenido sexual, como sus padres, hicieron uso de la misma a posteriori, es decir, en el curso del proceso, pero no en las primeras fases de la investigación, cuando, al momento de denunciar y ser entrevistados por parte de funcionarios de Policía Judicial, se les puso de presente, con excepción de una de las ampliaciones que se le hizo a la primera.

Acto seguido, después de hacer una reseña histórica, legal y jurisprudencial acerca del derecho a la no autoincriminación, sostuvo que habiendo sido dada a conocer esta prerrogativa desde el comienzo, su posterior uso no demerita las iniciales versiones contenidas en la denuncia y las entrevistas, con excepción de aquella en la que se omitió darla a conocer a la víctima, lo que, sin embargo, no es trascendente para desquiciar el fallo condenatorio, ya que fue la repetición de una primera en la que se informó del derecho de no declarar contra su pariente, a quien, en últimas, decidió incriminar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo primero: nulidad.

1. Planteamiento del reproche.

En opinión del casacionista, la providencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, por violación grave del debido proceso, al permitirse que la sentencia de primera instancia fuera emitida por un juez diferente al que adelantó el juicio oral y anunció el sentido del fallo.

Asevera que en este evento, la doctora Lucelly Amparo Marín Martínez fue quien instaló el juicio oral, dirigió el debate probatorio, tomó decisiones trascendentes en torno al mismo y anunció que dictaría decisión condenatoria, lo que en últimas materializó el doctor William Cano Quintero, el cual “directamente ingresó al caso a proferir sentencia”.

De la anterior forma, concluye el demandante, se quebrantó el principio de la inmutabilidad del juez, consagrado en el artículo 454 de la Ley 906 de 2004, según el cual la presencia física del funcionario y su permanencia a lo largo del juicio oral, es uno de los estándares del debido proceso.

Planteado así el reproche postulado por el recurrente, la Sala, antes de adentrarse en el análisis del caso concreto, se referirá, en primer lugar, a los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial -conocido también como principio de permanencia del juez en la etapa del juicio oral-, de cara a su trascendencia y forma como fueron concebidos en la sistemática penal acusatoria implantada en nuestro país, a través de la Ley 906 de 2004. Luego de ello, aludirá a la naturaleza del anuncio del sentido de la decisión y su vinculación con el fallo, y a algunos pronunciamientos que ha emitido la Corte en torno a la temática propuesta.

2. Los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial.

Como punto de partida, debe destacarse que las garantías de inmediación y concentración fueron consagradas como principios rectores en los artículos 16 y 17 de la Ley 906 de 2004, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. 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 ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso.

ARTÍCULO 17. CONCENTRACIÓN. Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si

ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”.

En el artículo 379 Ibidem, vuelve a regularse el de inmediación, señalándose:

“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”.

En tanto que, en el artículo 454 de dicha codificación, regulatorio de las “suspensiones de la audiencia del juicio oral”, además de consagrar el principio de la inmutabilidad del juez, se recaba en el de concentración, de esta forma:

“La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.

El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente.

Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”.

Está claro que es la audiencia del juicio oral, entonces, el escenario procesal en el cual, de acuerdo con la sistemática acusatoria penal, se practican las pruebas, con

sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, elementos que al tiempo que le imprimen una identidad propia, lo distancian, en gran proporción, del juzgamiento en los sistemas procesales anteriores, donde regía el principio de permanencia de la prueba, en el que los elementos de juicio practicados por la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar de la investigación, podían ser el soporte de la sentencia.

Por ello debe resaltarse, que aunque el legislador ha contemplado múltiples etapas en la averiguación de la verdad en el proceso tramitado bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, cada una de ellas con sus propias características, aquéllas, en toda su dimensión, se concentran en el juicio oral, dado que, los resultados de la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores al mismo no tienen el carácter de “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con total respeto de los principios arriba enunciados.

Por lo tanto, a diferencia del sistema procesal regulado en la Ley 600 de 2000, la etapa del juicio en el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004 se constituye en el centro de gravedad del proceso penal. Como ha de recordarse, en el esquema de la primera, al comenzar el juicio ya existe un recaudo probatorio importante con vocación de permanencia, pues es durante la etapa de la investigación a cargo exclusivo de la Fiscalía donde se practican, por lo general, la mayoría de las pruebas que luego sirven en el juicio para sustentar el fallo respectivo.

En tanto que, en el régimen plasmado en la segunda normatividad, la construcción probatoria cambia de escenario, se abandona el principio de permanencia y en su lugar se activan con rigor los de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración. En este contexto, prueba es la que se practica en el juicio oral ante el juez de conocimiento, y sólo ella puede suministrar el fundamento de la sentencia sea

absolutoria o condenatoria, la cual, valga agregar, será dictada por el mismo funcionario ante quien se recaudó la misma.

De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el ya citado artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Sobre lo anterior, ha hecho especial énfasis la jurisprudencia de la Corte Constitucional, refiriéndose a los principios de inmediación y concentración a la luz de la sistemática de la Ley 906 de 2004, destacando que se abandonó el principio de permanencia de la prueba, habida cuenta que ahora debe practicarse en el curso de un juicio oral, con todas las garantías procesales, para luego ser valorada por el funcionario judicial ante el cual se acopió la misma.

En efecto, en la Sentencia C-873 del 30 de septiembre de 2003, consideró que “los rasgos estructurales del procedimiento penal”⁶ fueron objeto de una modificación considerable a través del Acto Legislativo No. 3 de 2002, en la medida en que:

“(a) En cuanto a las etapas del procedimiento, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación –encaminada a determinar si hay méritos para acusar- y la fase de juzgamiento, pero se otorgó una clara preponderancia, bajo el nuevo sistema, a ésta última; ya se vio cómo el Constituyente derivado de 2002 caracterizó el juicio penal como una etapa regida por la oralidad, la publicidad, la inmediación de las pruebas, la contradicción, la concentración y el respeto por todas las garantías fundamentales. La etapa del juicio se constituye, así, en el centro de gravedad del proceso penal bajo el

sistema instituido por el Acto Legislativo, a diferencia del sistema de 1991, que conservó la importancia de la etapa de investigación⁷. En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo. En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez, y al jurado según el caso, una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado”.

Luego, en la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, acerca de lo anotado, esto dijo esa Corporación:

“En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de permanencia de la prueba, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en

pruebas practicadas durante el juicio oral.

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

Además es preciso tener en cuenta, que el nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado.

En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “pruebas”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros. En el escrito de acusación, el cual se presenta ante el juez de conocimiento en el curso de una audiencia de formulación de acusación, el fiscal deberá descubrir las pruebas de cargo, incluyendo los elementos favorables al acusado. A su vez, podrá solicitarle al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Posteriormente, en el curso de la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa deberán enunciarle al juez de conocimiento la

totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral, pudiendo solicitársele la aplicación de la regla de exclusión. Finalmente, en virtud del principio de inmediación de la prueba en el juicio oral, se practicarán las pruebas que servirán para fundamentar una sentencia.

En efecto, el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad “que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”⁸. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin⁹, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales¹⁰.

En la misma, fecha, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-592, en la que insistió en que uno de los cambios trascendentales en materia probatoria obedecía al nuevo alcance de los principios de inmediación y de contradicción, ya que las pruebas se han de practicar dentro de la etapa de juzgamiento ante el juez, además, ofreciendo tanto a la Fiscalía como a la defensa, el derecho a controvertir.

También la Sala, en la Sentencia del 5 de diciembre de 2007 (Radicado 28.125), destacó que en la sistemática acusatoria implementada con la Ley 906 de 2009, se le otorga prevalencia a la inmediación, a la concentración y a la publicidad, en la medida en que fue dejado atrás el ritualismo escrito para abrir paso a la celeridad y a la eficiencia en la administración de justicia, anotando que “la mayor y activa comunicación entre los intervinientes y entre éstos y el juez, fortalece la existencia de un Estado democrático

de derecho”.

Posteriormente, un examen más exhaustivo acerca de la importancia de los principios de concentración e inmediación –así como de la inmutabilidad judicial-, la realiza la Corte en la Sentencia del 30 de enero de 2008 (Radicado 27.192), con el propósito de determinar si, a partir de su naturaleza y alcance y lo previsto en el inciso 3° del artículo 454 de la Ley 906 de 2004, “es posible que se reanude un juicio oral presidido por un juez distinto del que instaló la vista pública”.

Así, antes de abordar el análisis del caso concreto, sobre los principios citados consideró:

“Ab initio, se hace necesario recordar las características del procedimiento consagrado por el nuevo sistema para la celebración de la audiencia pública en el juicio oral, como punto de partida fundamentado en las finalidades de la casación.

Como bien se sabe, la etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del nuevo proceso penal, donde los principios de inmediación y concentración de la prueba se manifiestan en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas y con la participación directa del imputado. El principio de concentración se materializa con esa evaluación en un espacio de tiempo que le permita al juez fundamentar su decisión en la totalidad del acervo probatorio que se ha recaudado en su presencia.

En concreto, atendiendo a los principios de inmediación y concentración, en donde se centra el aspecto fundamental de este pronunciamiento, es deber del juez tener contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente. Por ello y para que la inmediación sea efectiva, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue para que la memoria no se pierda en el tiempo. El debate puede agotar todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, pero no se

debe suspender por un periodo muy largo, pues de otra manera, parámetros de valoración como los propuestos en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 404 y 420¹¹

, no se verían cumplidos, si se tiene en cuenta que la polémica, tanto jurídica como probatoria del juicio, se debe desarrollar ante el juez de conocimiento, en un lapso breve.

Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro.

Por tanto, los principios de inmediación y concentración, inspiradores de un sistema con una estructura y finalidades claramente determinadas, solo cobran sentido a través de la participación activa, ineludible y permanente del funcionario de conocimiento, cuyo rol ha sido definido por la Corte Constitucional al momento de examinar la constitucionalidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004¹², así:

16. Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:

i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. Al respecto, Ferrajoli dijo:

“La separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás (...) la garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio”.

Esa separación de funciones, incluso, hace que algunos doctrinantes afirmen que las responsabilidades en relación con la política criminal se hubieren modificado, pues el referente de la eficacia para la Fiscalía General de la Nación será la disminución del delito y el castigo oportuno del mismo, mientras que para el juez es la protección de los derechos de las personas y la eficacia de la investigación.

ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego. En este aspecto, el mismo autor citado manifestó:

“la rígida separación de papeles entre los actores del proceso, que como se ha visto (...) constituye la primera característica del sistema acusatorio, impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado, al que compete el derecho opuesto de la refutación, ni tampoco por el juez que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas. De la misma manera que al acusador le están vetadas las funciones de enjuiciamiento, al juez deben estarle prohibidas las funciones de acusación (...)”.

iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el

artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250-4, 5, 6 y 7).

iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

vi) Las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso.

17. De otra parte, con la introducción del sistema penal acusatorio, también cambiaron estructuras en la actividad probatoria que deben adecuarse a los nuevos roles del juez y de los intervinientes en el proceso penal. Dicho de otro modo, dentro de los rasgos estructurales más marcados en el procedimiento penal acusatorio colombiano, se encuentran los que modificaron la actividad probatoria en el proceso, puesto que el Constituyente y el legislador consideraron necesario modificar e intensificar la aplicación de reglas procesales importantes para condicionar la averiguación de la

verdad en el proceso penal y, de esta forma, concretar el deber de buscar la justicia material en nuestro Estado Constitucional. En efecto, para la Sala es evidente que la aproximación democrática y pluralista de la verdad en el proceso penal impone el respeto, por parte de la legislación y de la jurisdicción, de los principios de la actividad probatoria que buscan conciliar la tensión existente entre eficacia del derecho penal y respeto por los derechos y libertades individuales.

Estos elementos de la actividad probatoria, que surgen de la estructura misma del sistema penal, se pueden sintetizar así:

i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.

iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la búsqueda de

la verdad, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado.

iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria y, como lo advertía la doctrina italiana, en la concepción dialéctica de la prueba, según la cual “el concepto de prueba moderno se ha basado en el orden asimétrico, en el que se privilegia al juez, mediante la formulación de la verdad real que supera la verdad probable”.

v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el juez de conocimiento es quien dirige el debate probatorio entre las partes y define la responsabilidad penal del acusado, con total garantía del debido proceso penal. Su permanencia hasta finalizar el debate y dictar el fallo correspondiente, es consecuencia lógica del respeto a los principios que se vienen examinando. Tanto así, que el inciso 3º del artículo 454 insiste en la permanencia física de funcionario que controla el debate al punto que, en caso de suspensión de la audiencia de juicio oral, la misma se debe repetir cuando dicho término incida en la memoria de lo sucedido, en los resultados de las pruebas practicadas, así se trate del mismo juez que ha tenido contacto directo con los medios de prueba, pues lo esencial es que mantenga invariable el conocimiento pleno del juicio, indispensable en la formación de su concepto acerca de lo ocurrido en esa fase del proceso. De otra manera se afectaría la estructura del nuevo modelo procesal penal y se distorsionaría el rol que debe cumplir el juez y, de contera, se desconocerían garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa”.

Concluyó la Sala en esa oportunidad, que “dentro del esquema penal acusatorio y sus referentes rectores, la posibilidad jurídica de reanudar un juicio oral presidido por un juez distinto al que instaló la vista pública puede llegar a desconocer los principios constitucionales de inmediación y concentración y a distorsionar el papel que el juez debe cumplir en el juicio oral que, como etapa medular, concibe su permanencia de manera imperativa”.

Conclusión que, valga decir, reiteró en sendos fallos de casación del 20 de enero del cursante año (Radicados 32.196 y 32.556).

De otro lado, el principio de la inmutabilidad judicial, como quedó reseñado en el ya citado fallo de la Corte del 30 de enero de 2008 (Radicado 27.192), se refiere a la permanencia del juez en la etapa del juicio oral.

Se encuentra consagrado en el tantas veces traído a colación artículo 454 de la Ley 906 de 2004, el cual regula el principio de concentración, abogando porque el juicio oral se lleve a cabo en un acto único, salvo estrictas excepciones que habilitarían su suspensión, siempre y cuando ello no incida en la memoria de lo sucedido en la audiencia y en el resultado de las pruebas practicadas, en cuyo caso será necesario repetirla.

Igual procedimiento, dispone la norma, “se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar el juez”.

Esto significa que, si el principio de inmediación implica una observación directa del juez, quien adelanta el juicio oral en un solo acto y además es el encargado de anunciar el sentido de la decisión, cualquiera que ella sea, lo razonable y lógico es que ese funcionario judicial sea siempre el mismo, es decir, el que interviene en la totalidad de la práctica probatoria, escuche los alegatos de conclusión de las partes e intervinientes y, tras examinar el aporte probatorio recaudado en su presencia, en un término no superior a dos (2) horas¹³, anuncie el sentido de la decisión que posteriormente se concretará en la sentencia.

Esbozados así los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, la Sala abordará, a continuación, el análisis sobre su trascendencia y aludirá a la forma como están concebidos entratándose de los jueces colegiados, no sin antes aludir a la figura del juez individual.

2.1. La trascendencia de los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, en el procedimiento penal regulado por la Ley 906 de 2004.

En orden a resaltar la importancia de los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, los cuales forman parte de la esencia del sistema de tendencia acusatoria que fue introducido en nuestra normatividad con la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo N° 03 de 2002, conviene hacer una breve reseña de los

sistemas procesales penales de origen anglosajón y continental europeo.

Al efecto, vale citar lo referido por la Corte Constitucional en la ya mencionada Sentencia C-591 de 2005, en la cual reseña los momentos procesales consagrados en dichas sistemáticas y especifica claramente las funciones que cumplen las diferentes partes y funcionarios que intervienen en dichos procedimientos, de esta manera:

“2.3. Los sistemas procesales penales de origen anglosajón y continental europeo.

Es importante recordar que, en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal, se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal.

Así pues, el modelo acusatorio norteamericano presenta las siguientes características fundamentales:

a. Los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos o “Attorney General”, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito¹⁴ y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación¹⁵. Se trata, por tanto, de una estructura rígida y jerarquizada.

b. Las órdenes de arresto son emitidas por un juez con base en una “causa

probable”, la cual, según exigencia de la Cuarta Enmienda constitucional, debe estar apoyada en una declaración jurada. Una vez la persona es capturada, en el menor tiempo posible, es llevada ante el juez para la realización de una vista preliminar, durante la cual es informada de sus derechos constitucionales, se le hace saber que tiene derecho a reclamar la realización de una audiencia preliminar, el fiscal o “prosecutor” expone los motivos que justifican privar de la libertad al ciudadano, y finalmente, el juez decide si concede o no, bajo fianza, la libertad al indiciado¹⁶.

c. Dentro del término de 15 días se debe realizar una audiencia preliminar o “preliminary hearing”, cuyo objeto consiste en que el fiscal someta a consideración del juez los cargos que considera suficientes para llevar al ciudadano a juicio. Al término de la audiencia, el funcionario judicial decide si el Estado ha satisfecho o no el requisito de demostrar, prima facie, que existen razones para considerar al imputado responsable del delito en cuestión, caso contrario ordenará retirar los cargos y la inmediata libertad de aquél.

d. Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpatorias, figura conocida como “discovery”¹⁷, con el propósito de garantizar la vigencia del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o “plea bargaining” al sindicado, a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez.

e. La siguiente etapa procesal, es decir, el juicio oral y público, tiene su fundamento en la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”. Este derecho se extiende no sólo al acto del juicio propiamente sino a otras etapas procesales

similares a éste¹⁸; pero, desde hace más de un siglo ha quedado establecido que dicha cláusula constitucional no se aplica para delitos menores o “petty crimes”¹⁹.

f. El juicio se inicia con los alegatos del fiscal y continúan con aquellos de la defensa. Se trata, simplemente, de presentarle al juez y a los miembros del jurado, el respectivo caso. Posteriormente, cada una de las partes aportará sus pruebas, tendrá derecho a contrainterrogar o “cross examination”, y además, de conformidad con la Enmienda Sexta constitucional “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos”²⁰. Cabe señalar que el juez preside el debate, ya que se entiende que son las partes quienes deben presentar sus pruebas y argumentaciones. Luego de la rendición del veredicto²¹, el juez pronunciará inmediatamente su fallo, en el sentido de absolucón o culpabilidad.

g. Se trata de un proceso adversarial o “adversarial system”²² entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un acusador, quien pretende demostrar la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia.

h. En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio²³, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado²⁴, fuente independiente²⁵ y descubrimiento inevitable²⁶.

i. En lo que concierne al principio de oportunidad, en el sistema americano el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, por razones tales

como la causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido²⁷.

A su vez, los modelos procesales penales de ascendencia continental europea, si bien presentan ciertas particularidades, se rigen por ciertos principios comunes del sistema acusatorio, como pasa a explicarse.

a. En algunos países, la Fiscalía hace parte de la rama judicial. En Alemania, por el contrario, es una autoridad independiente, es decir, no hace parte de la rama ejecutiva ni de la judicial²⁸. De allí que, como afirma Roxin²⁹, la Fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna, a un juez; pero tampoco es una autoridad administrativa. Así pues, dado que se le confía la administración de justicia penal, su actividad, al igual que la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino que se encuentra vinculada a los valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia. En consecuencia, un fiscal no puede ser obligado por su superior jerárquico a sostener una acusación o a dejar de perseguir a un sindicado.

b. En consonancia con lo anterior, el fiscal no es técnicamente una “parte procesal”. De allí que no sólo debe reunir material de cargo contra el imputado, sino que es su obligación “investigar las circunstancias que sirvan de descargo”³⁰.

c. De igual manera, la Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del principio de legalidad. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la discrecionalidad de funcionario alguno³¹. No obstante, en países como Alemania, con fundamento en el principio de oportunidad, la Fiscalía puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aún

cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado cometió un delito. Con todo, es la ley, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio³².

d. Existe una clara distinción de las funciones de acusación y juzgamiento en órganos distintos. Así, el sistema se estructura sobre una contienda entre dos partes, acusador y acusado, resuelta por un funcionario judicial independiente e imparcial.

e. Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”³³.

f. El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad. Así, todo lo que sucede en el proceso, bien sea el interrogatorio del testigo, la producción de la prueba o los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente. De igual manera, la etapa de juzgamiento es pública, con determinadas restricciones, con el propósito de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia; e igualmente, el juicio se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que un proceso penal afecta severamente los derechos fundamentales del sindicado, y asimismo, la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo³⁴.

g. En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

h. En lo que concierne a los juicios en ausencia, el Código Procesal Penal Alemán, en

su artículo 276 dispone “Un inculpado se considera ausente si su residencia es desconocida o si reside en el extranjero y su comparecencia ante el tribunal competente no es factible o apropiada”, y más adelante, el artículo 285 reza “Contra el ausente no tendrá lugar ninguna vista oral”³⁵.

En suma, la realización de un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo evidencia, una vez más, que el nuevo modelo procesal penal colombiano no se adscribe a ninguno de los anteriores sino que por el contrario presenta numerosas e importantes particularidades, que es preciso tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004”.

Como puede apreciarse, al margen de que al procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004 no pueda catalogársele de sistema acusatorio “puro”, es lo cierto que presenta semejanzas con uno y otro y que, al menos en lo que respecta a los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, los rasgos característicos son similares.

En efecto, el juez de conocimiento que se concibe en los sistemas americano y colombiano es un funcionario que no se ha contaminado con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legal, que previamente a la realización del juicio oral, han recaudado las partes.

En ese debate oral y público, el cual dirige, se practica la prueba, de manera directa e inmediata, y como no ha tenido ningún contacto anterior con ella, esta situación garantiza la objetividad e imparcialidad que lo deben acompañar al momento de dirigir la audiencia, en ambos casos, y de adoptar, en el colombiano, la decisión acerca de la responsabilidad o no del sujeto pasivo de la acción penal.

Claro está, es esa una diferencia importante entre los sistemas americano y patrio que es menester destacar, pues, si bien en ambos la prueba se practica en el juicio oral

ante el juez de conocimiento, de manera inmediata y concentrada, en el primero no es el funcionario judicial quien decide la responsabilidad del acusado, habida cuenta que ello es tarea del jurado de conciencia, en cuya presencia, también, se acopió la totalidad de la prueba.

Entonces, dado que en el sistema americano el veredicto de responsabilidad lo dicta el jurado de conciencia, en tanto que, el fallo lo profiere el juez de la causa, como lo advirtió la Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal en su intervención en la audiencia de sustentación oral, no es de recibo la comparación que con dicha sistemática realizó el Fiscal delegado ante la Corte en la suya -para pedir que no se invalidara la actuación-, puesto que en la legislación nacional es el juez ante quien se practicó la prueba, el mismo que, por disposición de la ley, debe dictar el fallo que corresponda.

Es ésta una razón para que se afirme que el cambio de juez en el sistema norteamericano, no genera, de suyo, un daño mayor, pues, en su calidad de verdadero árbitro la misión que se le ha encomendado es vigilar con imparcialidad que se respete la igualdad de armas, sin directa relación con lo probado y sus efectos.

Ello, sobra relacionarlo, dista mucho de ocurrir con el juez definido en la Ley 906 de 2004, en cuya cabeza radica la trascendental función de analizar el material probatorio recogido y, fruto de su convencimiento, emitir el fallo correspondiente.

Y, en lo que respecta al sistema continental europeo, este se asemeja con el procedimiento penal colombiano -para el tema que nos ocupa-, en que propende ampliamente porque se garantice el principio de concentración, disponiendo que el juicio se lleve en el menor tiempo posible, “teniendo en cuenta que un proceso penal afecta severamente los derechos fundamentales del sindicado, y asimismo, la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo”.

En el nuestro, recuérdese, la suspensión del juicio oral es excepcional y si esta llegare a ocurrir, el juez de conocimiento deberá sopesar si el transcurso del tiempo incidió en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, especialmente, en el resultado de las pruebas practicadas, caso en el cual, sumado al cambio del juez, deberá repetirse.

Es por lo anterior que debe concluirse que los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, cuyo estrecho vínculo no se discute, constituyen pilares fundamentales del proceso penal acusatorio implantado en nuestro país a través de la Ley 906 de 2004.

Son, a no dudarlo, garantías para el procesado, por medio de las cuales se concibe que la sentencia sea dictada por aquel juzgador que mejor conozca las pruebas y lo que es objeto de controversia, por cuanto ha mantenido un contacto directo con ellas.

De ahí que sea viable advertir que configuran serios atentados contra dichos principios, no solo el transcurso del tiempo -enemigo de la memoria-, sino también el cambio del juez.

Por todo lo anterior, es claro que el quebrantamiento de los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, puede generar, en principio, la anulación del juicio.

2.2. Los jueces individual y colegiado.

Los razonamientos que se han consignado en los acápites precedentes, está claro que no ofrecen ninguna discusión en tratándose del juez individual, es decir, el titular de un determinado despacho judicial, al que, atendiendo el reglamento de reparto correspondiente, le ha sido asignado el conocimiento del asunto.

Ahora bien, frente a la figura del juez natural contenido en la Ley 906 de 2004, ya la Corte³⁶ definió que se refiere a la persona y no al cargo.

En efecto, partió por señalar que el principio del juez natural es un elemento constitutivo del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la [Constitución Política](#), e implica que ninguna persona puede ser juzgada sino por el funcionario competente establecido por la Constitución o la ley. Está íntimamente ligado al principio de legalidad preexistente, de modo que el juzgador no solo ha de estar determinado sino que ello debe tener lugar con anticipación a la comisión de la conducta punible. De ahí que se torne en garantía para el procesado, que la autoridad a la que somete la controversia jurídica que lo involucra, está revestida de competencia para conocer.

Partiendo de esa premisa, la Sala consideró que en los esquemas procesales penales anteriores a la Ley 906 de 2004, la alusión al juez natural hacía referencia al cargo, no a la persona que lo ocupare. De donde no surgía inconveniente alguno cuando un juez adelantaba el juicio y luego el fallo era dictado por otro que, por alguna eventualidad, lo reemplazaba. En estos eventos, la garantía constitucional no se afectaba, en tanto se mantuviera el asunto en el mismo despacho, independientemente de la persona del titular.

No obstante, la Corte precisó que en el sistema acusatorio hoy implantado en nuestra normatividad, ese concepto, tratándose del juicio oral, se entiende de manera diversa y restringida, habida cuenta que el juez natural hace mención a la persona, al titular del despacho, no al cargo mismo. En ese orden y como desarrollo de los principios de inmediación y concentración, el funcionario ante quien se surta el debate público será el que deba anunciar el sentido del fallo y el que lo profiera.

Tal fue la intención del legislador y así quedó consignado en la Ley 906 de 2004, la cual

contempla expresamente, en su precepto 454, que cuando deba cambiarse el juez durante alguna de las etapas del juicio, la audiencia correspondiente habrá de repetirse, pues, se desnaturalizaría el sistema si el funcionario que emite el fallo no es el mismo -en términos de persona- que asistió al debate oral. El cambio en el juzgador, determinó la Corte, se muestra admisible únicamente cuando el nuevo repite el juzgamiento.

Por lo tanto, si por cualquier circunstancia el funcionario que ha adelantado el juzgamiento es cambiado por otro, y es al nuevo a quien compete anunciar el sentido del fallo y proferirlo, ello solo es viable hacerlo con la previa repetición del juicio oral.

Finalmente, la Sala estimó que la existencia de registros que permiten verificar lo ocurrido durante el debate, no puede servir de sustento para que el nuevo juez -ajeno al mismo- resuelva el caso, ya que ello implicaría volver a sistemas procesales anteriores regidos por el criterio de “permanencia de la prueba”, que quiso ser eliminado por el legislador de 2004.

En esta oportunidad, entonces, se ratifica que el principio del juez natural, en lo que atañe a la Ley 906 de 2004, alude a la persona y no al cargo

Por lo anterior, se reitera que la aplicación de los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, está claro que no ofrecen ninguna discusión en tratándose del juez individual, es decir, el titular de un determinado despacho judicial, al que, atendiendo el reglamento de reparto correspondiente, le ha sido asignado el conocimiento asunto.

Cosa diferente ocurre en lo concerniente a los jueces colegiados o plurales -las Salas de las Altas Cortes y Tribunales-, pues, aunque respecto de ellos también operan los principios que vienen siendo objeto de estudio, en este tipo de situaciones debe hacerse una distinción importante, ya que no es lo mismo fungir como jueces de primera

instancia –en cuyo caso la competencia del juzgamiento le ha sido atribuida directamente a ellos-, a actuar como jueces de segundo grado –evento en el cual conocen por virtud del recurso ordinario de apelación-.

En la primera eventualidad, la incidencia de los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, es mucho mas profunda que en la segunda. Ello se debe a que el juez colegiado, fungiendo como órgano de primera instancia y provisto de competencia para adelantar determinado juzgamiento, es el encargado de llevar a cabo el juicio público oral desde su instalación hasta la culminación, es decir, con la emisión del anuncio del sentido del fallo, y si este es de carácter condenatorio, incluye la realización, a renglón seguido, de la diligencia de individualización de la pena y sentencia de que trata del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

En el transcurso de dicho acto, cabe anotar, se verifica la práctica probatoria, con sujeción a los tantas veces mencionados principios de oralidad, contradicción y publicidad, y además, desde luego, los de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, los cuales, conforme se anotó en precedencia, garantizan que la sentencia sea dictada en consonancia con el anuncio previo hecho en la audiencia, por parte del mismo juez plural que la dirigió.

Algo similar se estila en la legislación penal universal.

En efecto, con el fin de garantizar la observancia de los principios en mención, en los juicios adelantados por la Corte Penal Internacional, para citar un primer ejemplo, participan todos los Magistrados de la Sala de Primera Instancia y si alguno no pudiere concurrir, el Presidente de la Corte deberá designar un Magistrado suplente para que lo reemplace.

Adicionalmente, en dicho Tribunal Internacional, la Sala de Primera Instancia tiene el deber de fundamentar el fallo, apoyada en la evaluación de “las pruebas y la

totalidad del juicio”, esto es, “en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio”.

Así lo regula el artículo 74 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del siguiente tenor:

“Requisitos para el fallo

1. Todos los magistrados de la Sala de Primera Instancia estarán presentes en cada fase del juicio y en todas sus deliberaciones. La Presidencia podrá designar para cada causa y según estén disponibles uno o varios magistrados suplentes para que asistan a todas las fases del juicio y sustituyan a cualquier miembro de la Sala de Primera Instancia que se vea imposibilitado para seguir participando en el juicio.
2. La Sala de Primera Instancia fundamentará su fallo en su evaluación de las pruebas y de la totalidad del juicio. El fallo se referirá únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso. La Corte podrá fundamentar su fallo únicamente en las pruebas presentadas y examinadas ante ella en el juicio.
3. Los magistrados procurarán adoptar su fallo por unanimidad, pero, de no ser posible, éste será adoptado por mayoría.
4. Las deliberaciones de la Sala de Primera Instancia serán secretas.
5. El fallo constará por escrito e incluirá una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. La Sala de Primera Instancia dictará un fallo. Cuando no haya unanimidad, el fallo de la Sala de Primera Instancia incluirá las opiniones de la mayoría y de la minoría. La lectura del fallo o de un resumen de éste se hará en sesión pública”.

En el Tribunal Penal Internacional Ad hoc para la Ex Yugoslavia (TPIY), para citar un segundo ejemplo, opera algo semejante, pues, allí también existe una Sala de Primera Instancia que es la encargada de impulsar el juicio oral, dirigir la práctica probatoria y escuchar los informes finales de las partes, luego de lo cual se retirará a deliberar a puerta cerrada, para posteriormente dictar la sentencia.

Así lo consagran las normas 86 y 87 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, de la siguiente forma:

“Regla 86 Conclusiones Finales

(A) Tras la presentación de todas las pruebas, el Fiscal podrá presentar las conclusiones finales; aún en el caso de que el Fiscal decida no realizar esas conclusiones, la defensa podrá efectuar sus conclusiones finales. El Fiscal podrá presentar refutación a la que la defensa contestará con una réplica.

(B) Antes de que se presenten las conclusiones finales deberá presentarse en el plazo de cinco días un resumen final del juicio.

(C) Las partes también abordarán las cuestiones relativas a las penas en las conclusiones finales.

Regla 87 Deliberaciones

(A) Cuando ambas partes hayan completado la presentación del caso, el magistrado Presidente declarará la vista cerrada, y la Sala de Primera Instancia deliberará en privado...”³⁷.

Del citado reglamento internacional, conviene destacar, igualmente, la regla 15 bis de la Parte III -De la organización del Tribunal-, en la cual se establece un extenso catálogo de

eventualidades cuando se presenta la ausencia de un Magistrado. En unos casos, se permiten algunas actuaciones, siempre y cuando la ausencia sea de corta duración -períodos no superiores a cinco días- y, en otros en la que puede ser permanente o por largo tiempo -fallecimiento, enfermedad, dimisión o no reelección-, se consagra también la posibilidad de “repetición de la vista”.

El precepto en comento señala:

“Regla 15 bis Ausencia de un magistrado

A. Si

(i) un magistrado, por enfermedad o cualquier otra razón personal de carácter urgente, o por motivos de interés para el tribunal, no puede continuar en una causa, por un período probablemente de corta duración, y

(ii) el resto de magistrados de esa Sala están de acuerdo en que es en interés de la justicia actuar así, aquellos magistrados que permanezcan en la Sala podrán ordenar que la vista de la causa continúe en ausencia de ese magistrado por un período no superior a cinco días/laborales.

(B) Si

(i) un magistrado, por enfermedad o cualquier otra razón personal de carácter urgente, o por motivos de interés del tribunal, no puede continuar en una causa, por un período probablemente de corta duración, y

(ii) el resto de magistrados de esa Sala no están de acuerdo en ordenar que la vista de la causa continúe en interés de la justicia en ausencia de ese magistrado, entonces

(a) el resto de magistrados de la Sala podrán sin embargo tramitar aquellas cuestiones que consideren que se pueden realizar, en interés de la justicia, no obstante la ausencia del magistrado, y

(b) el magistrado Presidente podrá aplazar el resto de actuaciones.

(C) Si un magistrado por fallecimiento, enfermedad, dimisión o no reelección no puede continuar en una causa por un período probablemente de corta duración, el magistrado que preside la Sala informará al Presidente que nombrará a otro magistrado para la causa y pedirá, bien la repetición de la vista o la continuación de los trámites desde ese momento. Sin embargo, después de las alegaciones iniciales estipuladas en la regla 84, o del inicio de la presentación de la prueba conforme a la regla 85, la continuación de los trámites solamente podrá ordenarse con el consentimiento del acusado, excepto en el caso previsto en el párrafo (D).

(D) Si, en las circunstancias mencionadas en la última frase del párrafo (C), el acusado niega su consentimiento, el resto de los magistrados podrán decidir la continuación del procedimiento ante una Sala con un magistrado sustituto, si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, determinan por unanimidad que redundaría en interés de la justicia. Cualquier parte podrá apelar esta decisión directamente ante la Sala de Apelaciones. Si no se apela o la Sala de Apelaciones confirma la decisión de la Sala de Primera Instancia, el Presidente, asignará a esa Sala un magistrado, quien, sin embargo, solamente podrá formar parte de la misma cuando haya demostrado que se encuentra familiarizado con las actas del proceso. En virtud de este párrafo, solamente se podrá realizar una sustitución...”³⁸.

En el ámbito nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre el tópico, sosteniendo, en términos generales, que en tratándose de jueces colegiados, en los actos deben estar presente la mayoría de los integrantes, pues,

por su naturaleza plural, la función jurisdiccional se le ha otorgado al ente colectivo denominado Sala y no a ellos.

Lo anterior, que fue afirmado con relación a las sistemáticas procesales penales previas a la contenida en la Ley 906 de 2004, tiene plena vigencia en el procedimiento penal acusatorio actualmente en rigor, dado que, es incontrastable que al margen de la persona del Magistrado, la competencia le fue asignada a la Colegiatura como tal.

Entonces, si la competencia le fue atribuida al cuerpo colegiado, lo que debe garantizarse -y en ese sentido han sido los pronunciamientos de la Corte-, es la presencia de un número plural de magistrados en cada acto, suficiente para conformar el quórum decisorio, es decir, de la mitad más uno de los integrantes.

Aludiendo a la integración del juez colegiado que debe presenciar y participar en la audiencia pública, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 26 de mayo de 1972 -fecha para la cual regía el Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto 409 de 1971-, señaló:

“La audiencia pública, con o sin intervención del jurado, constituye un acto con significado trascendente en el proceso, porque allí se debaten todos los temas fundamentales referentes a los hechos materia del juicio y la responsabilidad del procesado. Tal es la razón lógica y jurídica sobre la cual se apoya el mandato de que a las audiencias que se realicen en la Corte y los tribunales concurren todos los miembros de la Sala respectiva. Sobre todo cuando aquel debate, al reflejar una síntesis de todas las cuestiones capitales ventiladas en la causa, contribuirá a ilustrar el criterio del juez, singular o colegiado, en torno a la relación jurídico-procesal que habrá de definir en la sentencia.

De todo lo anterior se desprende, con absoluta claridad, que el magistrado sustanciador carecía de competencia para celebrar, por sí solo, la audiencia pública en este proceso,

facultad que corresponde cuando se trata de la Corte y de los tribunales, como se ha visto, al juez plural, vale decir, a la Sala respectiva, presidida por el ponente. Lo anterior significa que se está en presencia de la causal de nulidad contemplada por el artículo 210 del C. de P. P. (ord. 1º). Consecuentemente habrá de hacerse la declaración pertinente, partiendo de la providencia señalada por el Procurador en su concepto”.

Lo anterior lo ratificó en el auto del 4 de agosto de 1993 (Radicado 8.575) –época para la cual estaba en vigencia la codificación procesal penal contenida en el Decreto 2700 de 1991-, en el que a propósito del juez colegiado, dijo:

“En el ejercicio de la judicatura, existen algunas modificaciones en la actuación de quienes administran justicia, según que quien intervenga sea un juez único o sea plural.

En el primer caso, todas las atribuciones que la ley otorga al representante del Estado se reúnen y las ejerce esa única persona a quien se ha seleccionado para asumir la función administrativa de la Justicia en un específico despacho, para el asunto que en reparto le haya correspondido y en la instancia que esté actuando.

Sin embargo, a nivel de cuerpos colegiados y dada su naturaleza plural, la función jurisdiccional está atribuida a entes colectivos denominados Salas, y no a sus integrantes. Por excepción, la ley autoriza que los actos de simple sustanciación los cumpla uno solo de los funcionarios que integran la Sala.

Evidentemente, la audiencia pública no es un acto de simple sustanciación y dada su trascendencia, ella se debe realizar ante la correspondiente autoridad judicial de conocimiento, que en tales eventos, no es el Magistrado ponente, sino el juez plural, lo que no obsta para que sea aquél quien la dirija.

(...)

Este entendimiento adquiere relevancia ahora cuando al procedimiento penal colombiano se han introducido, en gran parte, los principios que rigen el sistema acusatorio, pues la intervención del juez de conocimiento en la audiencia pública es menos formal y más participativa en la medida en que debe asumir su verdadera función, concretada en el hecho de conocer el objeto de debate y de escuchar los argumentos de todos los sujetos procesales, e incluso presenciar las pruebas que le servirán de sustento al inminente fallo a su cargo. No podría, por tanto, admitirse que en ese verdadero acto de enjuiciamiento no esté presente el juez sobre quien, por disposición de la ley, recae la responsabilidad de emitir la sentencia. Y ese juez, en casos como éste, es un cuerpo integrado por varias personas, el cual, de ninguna manera, puede ser sustituido por uno de ellos.

Ahora bien, para que la actuación de ese juez plural sea válida no es indispensable que en ella intervengan todos los integrantes de la respectiva Sala, pues si el quórum mínimo requerido para adoptar una decisión es la mitad más uno de los integrantes de ella.,obviamente, el mismo número de Magistrados tiene la capacidad para participar y presidir un acto tan trascendental en el juzgamiento como es la audiencia pública, porque ello implica que en esas condiciones ya existe el juez plural como funcionario de conocimiento”.

De lo anterior puede concluirse que si bien los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial tienen plena operancia en los procesos adelantados por los jueces colegiados, es lo cierto que en lo concerniente a la permanencia del juez, esta se predica respecto de la Sala y no de los magistrados que la conforman.

Es ante la Sala mayoritaria, entonces, que se realiza la práctica probatoria; y es esa Sala, también, la que adopta la determinación que corresponda. Cosa diferente es que las múltiples audiencias que deban llevarse a cabo -con independencia de la normatividad procesal aplicable-, por razones prácticas sean dirigidas por uno de sus

integrantes, quien además en un momento dado puede tomar decisiones de mero impulso, que no requieren de la aquiescencia de los demás miembros de la Corporación.

De todos modos, puede ocurrir que en algunos casos esa mayoría no logre conformarse o que se presente una falta absoluta de los integrantes de la Sala, lo que, en la práctica, no sería extraño en tratándose de los tribunales que suelen sesionar con apenas tres de sus miembros. En estos eventos, el no cumplimiento de aquel requisito, es decir, de la conformación de la mayoría requerida para adoptar una decisión, a no dudarlo, acarrearía la nulidad.

Ahora bien, como se advertía con antelación, cosa distinta ocurre en segunda instancia.

En esta sede, la aplicación de los principios en cita no es tan profunda y estricta, puesto que en estos eventos la labor del juzgador se limita a una revisión de lo que ha adelantado y decidido el de primer grado.

Para ello, el Ad quem se valdrá de los registros audiovisuales de la actuación, pues, como bien lo indica el numeral 4° del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audiovisual o auditivo, para asegurar su fidelidad, lo cual, dice la norma, “servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación” (subraya la Sala).

Con el mismo objeto, el inciso 1° del artículo 179 Ibidem establece que quien interponga el recurso de apelación solicitará los apartes pertinentes de los registros correspondientes a las audiencias que, en su criterio, “guarden relación con la impugnación”.

Igualmente, los no recurrentes están facultados para indicar qué registros pueden

ilustrar al juzgador de segunda instancia, y a su vez, la Secretaría de la Sala respectiva, consagra el inciso 2° del precepto en cita, “deberá acreditar la entrega de los registros a que se refiere el inciso anterior”.

Lo anterior, vale decir, ya había sido advertido por la Corte, en providencia en la cual también resaltó la importancia del contenido de las actas de las audiencias.

En efecto, en el auto del 2 de diciembre de 2008 (Radicado 30.288), señaló:

“Aunado a lo anterior, la Sala no encuentra dentro de las diligencias manifestación o indicio alguno que permita siquiera sospechar que lo consignado en el acta en comento no equivale a lo que se dijo en la referida audiencia, ni cualquier otra circunstancia o motivo válido que le impidiera al Tribunal decidir conforme a derecho los recursos que se interpusieron contra la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que la razón de ser de los registros de la actuación obedece únicamente a la necesidad de probar lo ocurrido en el juicio oral para efectos de la apelación, tal como de manera expresa lo contempla el inciso 2° del numeral 4 del artículo 146 del ordenamiento adjetivo”.

Y si todo lo anterior se afirma con relación a la actuación suscitada a raíz del recurso ordinario de apelación, con mayor razón puede hacerse en lo que respecta al recurso extraordinario de casación, cuya conocimiento ha sido asignado a un juez plural.

Ello, dado su carácter excepcional y técnico -aspecto este que ha sido suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Sala-, habida cuenta que ha de tomarse en consideración que surge como un mecanismo de impugnación extraordinario, encaminado a verificar la legalidad y justeza de lo fallado y busca, a título de finalidad fundamental, la unificación de la jurisprudencia, cometido central que sólo opera a través de un estudio reposado, sereno y amplio de lo demandado, y no por consecuencia del agitado debate

propio de las instancias ordinarias.

Así, en el modelo de la Ley 906 de 2004, dos audiencias pueden surgir de la admisión del libelo casacional: las de argumentación oral y lectura del fallo, en las cuales no tienen incidencia alguna, como se dijo, las garantías de inmediación y concentración, pues, en ellas el principio toral es el de publicidad y, desde luego, al menos en lo que a la de sustentación atañe, también el de contradicción.

A esa conclusión llegó la Sala en amplio análisis que se hizo acerca de la finalidad de la audiencia de argumentación oral en casación, en la sentencia del 21 de mayo de 2009 (Radicado 31.367), en la que refiriéndose al principio de publicidad, consideró:

“De acuerdo con esa orientación que alimentó los posteriores debates en el Congreso de la República, se puede concluir que la audiencia de sustentación del recurso de casación cumple el papel de orientar a la comunidad, de generar cultura ciudadana, pues con libre acceso a ella la sociedad adquiere conocimiento de lo que se demanda de la Corte, que a su vez hace pedagogía sobre el alcance y contenido de los derechos y garantías fundamentales en juego, con lo que, al dar a conocer en el foro sus decisiones, legitima su actuación.

Por eso, en la audiencia de sustentación el demandante no debe ir a leer lo que ya expuso en la demanda, sino que, además de hacer una breve síntesis de lo que planteó en ella, si a eso hay lugar, debe profundizar lo que dijo allí, no sólo para que los demás intervinientes tengan la oportunidad de oponerse o apoyar la pretensión, sino para que la sociedad pueda seguir y controlar la actividad de la judicatura y conocer la manera como sus jueces aplican el ordenamiento jurídico frente a hechos que de una y otra manera la conmueven.

Es esa, no cabe duda, la manera en que el principio de publicidad, caro a la sistemática acusatoria y, en particular, a la legitimidad de la actuación y decisiones de la justicia, se

materializa en el recurso de casación”.

Cosa diferente ocurre en lo concerniente a la acción de revisión, respecto de la cual la Sala ha sostenido en múltiples oportunidades, que también tiene carácter excepcional, pues, por su conducto se busca quebrar la fuerza de cosa juzgada que reviste la sentencia, en defensa de la justicia. De allí que el legislador haya establecido no sólo causales taxativas para su procedencia, sino requisitos de forma y fondo en la demanda, que resultan indispensables para que la Corte pueda pronunciarse sobre su admisión y disponer el trámite correspondiente.

Así, en el evento de que la demanda de revisión sea admitida, ello implica una fase probatoria regulada en el artículo 195 del Código de Procedimiento Penal de 2004 que, conforme los lineamientos de dicha normatividad, habrá de llevarse a cabo con sujeción a los principios de inmediación y concentración.

En efecto, lo aducido tiene sustento en la redacción del citado precepto, en el que se dispone la práctica de pruebas en audiencia, concluida la cual, las partes presentarán sus alegatos y luego de ello “se dispondrá un receso de dos (2) horas para adoptar el fallo, cuyo texto se redactará dentro de los veinte (20) días siguientes”.

De esta forma, es válido afirmar que el concepto de prueba que se tiene en el trámite de revisión, no dista mucho del establecido para el juicio oral. Así lo reconoció la Sala en el auto del 15 de octubre de 2008 (Radicado 29.626), en el que advirtió que era necesario distinguir dos situaciones; por un lado, la prueba requerida para promover la acción y, por otro, la exigida para la demostración de la causal.

Respecto de la primera, señaló que es posible utilizar cualquiera de los medios cognoscitivos permitidos por el código en las fases de la indagación e investigación, y también, los que hayan adquirido la entidad de prueba en los términos exigidos por la nueva normatividad, es decir, los que hayan sido aportados y debatidos en el

desarrollo de un juicio oral.

En tanto que, con relación a la segunda, que es la que interesa para el asunto debatido, indicó que “sólo son válidos los practicados y controvertidos ante el juez de revisión, en la audiencia del juicio rescindente prevista por el artículo 195 del Código, y por excepción, las que tienen la condición de prueba anticipada, en los casos taxativamente autorizados por el artículo 284 del código”.

3. El anuncio del sentido del fallo.

Para la solución del caso sometido a estudio, es menester aludir al anuncio del sentido del fallo.

En efecto, de acuerdo con la dinámica del juicio oral regulado en la Ley 906 de 2004, una vez finalizada la práctica probatoria, procede la intervención de las partes y luego de concluida esta, “el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo”³⁹.

El contenido de dicho anuncio lo describe el artículo 446 Ibidem, de la siguiente forma:

“La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las alegaciones hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente”.

Sobre la naturaleza de la figura, la Corte realizó un exhaustivo estudio en la Sentencia del 17 de septiembre de 2007 (Radicado 27.336), en la que analizada la normatividad que la regula, concluyó que la comunicación del juez sobre el sentido del fallo -acto con el

que culmina el debate público oral-, forma parte de la estructura básica del proceso como es debido y vincula al juzgador en la redacción de la sentencia. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances.

Esto dijo la Sala en esa oportunidad:

“(II) Las disposiciones reseñadas permiten concluir que realmente la regla conforme con la cual el juez debe anunciar el “sentido del fallo”, una vez finalice el debate público oral, forma parte de la estructura de un proceso como es debido, esto es, de las formas propias del juicio.

No de otra manera tendría razón conforme con la lógica, que esa actuación procesal sea la que habilite el inicio del incidente de reparación integral, cuyas resultas se integran como un todo con el fallo finalmente adoptado.

(III) Si dentro de las normas de competencia se dispone que es carga del juez de conocimiento imponer las penas respectivas, luego de avisar el sentido de la sentencia, es claro que se parte del presupuesto necesario del apego irrestricto del funcionario a su anuncio, conclusión que también surge de la reglamentación especial del trámite para hacer el aviso, como que se regula el momento respectivo y se concede un término prudencial para que el juez valore lo acaecido dentro del juicio, terminado el cual debe hacer público el sentido de su determinación.

(IV) La inmediación que tuvo el juez con lo que dijeron las pruebas practicadas en su presencia y con las pretensiones de las partes, aunado al lapso con que cuenta para decantar lo acaecido, implica que el conocimiento a que llega y hace público sea respetado en la redacción de la providencia.

Ese trámite se torna de obligatorio acatamiento, como que en punto de la seguridad jurídica las partes saben a qué atenerse, pues sólo falta que el juez exponga a espacio las razones de su resolución y decida aspectos, si se quiere accesorios en cuanto son la consecuencia natural de la decisión comunicada, como el monto de las penas, la viabilidad de subrogados penales, la indemnización de los perjuicios, etc.

(V) Cuando la interpretación de una disposición permite varios alcances, uno de los cuales conduce a su inoficiosidad, a su inocuidad, debe preferirse aquel que permita su aplicación.

En este contexto, si el intérprete concluye que el anuncio del sentido del fallo no forma parte de la estructura básica del proceso, que no obliga y que puede ser mudado a voluntad del juzgador en toda situación, se tendría que el legislador habría establecido una regla absurda, inaplicable en la mayoría de los casos.

En efecto, en varias disposiciones estableció la forma y el momento en que ese sentido debe ser avisado, no obstante lo cual esas normas resultarían inadmisibles y conducirían a procedimientos dilatorios e inoficiosos cuando se comunica una condena, pero finalmente se redacta una absolución, porque aquel anuncio habilita el incidente de reparación integral y el registro que debe llevar el secretario.

Tales procedimientos resultarían sin sentido, porque serían inanes frente a la redacción del fallo en forma opuesta a lo comunicado, lo cual desdice del sistema acusatorio oral implantado, que tiene soportes importantes en la celeridad, en la eficacia, además de que entronizaría una burla pública a la víctima, porque, con todo el andamiaje propio del “juicio oral”, a partir del sentido comunicado se habría adelantado un incidente que le reconocería unos daños, que finalmente quedarían “en el aire”, pues la absolución se los negaría.

(VI) El anuncio sobre el sentido del fallo comporta un acto sustancial, material, de fondo,

tanto que marca el inicio del término de caducidad para que la víctima pueda ejercer su derecho a reclamar la reparación por los perjuicios causados.

En esas condiciones, avisado un sentido de absolución, que posteriormente se muda a sentencia de condena, se puede generar una de dos consecuencias lesivas de las garantías de la víctima, pues que (a) no contaría con el período legal para intentar el incidente, porque no habría acto procesal de “anuncio del sentido del fallo de condena”, que es el único que lo habilita, y/o, (b) el error judicial podría estructurar la extinción de su derecho, pues fácilmente entre el anuncio de la absolución y la redacción y lectura de la providencia opuesta puede transcurrir el término de caducidad.

(VII) Para la Sala, en consecuencia, resulta incontestable que la comunicación del juez sobre el sentido del fallo, acto con el que culmina el debate público oral, forma parte de la estructura básica del proceso como es debido y vincula al juzgador en la redacción de la sentencia.

Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre el anuncio público y la sentencia finalmente escrita, debiendo, por tanto, ser coincidentes sus alcances.

Las normas reseñadas no dejan lugar a interpretación alguna: esos dos momentos de un mismo acto deben guardar congruencia, consonancia.

Para lograr esa armonía, el legislador otorgó al funcionario un lapso prudencial para que decante lo percibido directamente en el juicio y, así, evite posibles yerros. Ahora, si un asunto resulta en extremo complejo, nada obsta para que prudencialmente amplíe ese término, pues criterios superiores, como la prevalencia de lo sustancial sobre las formas, la necesidad y la ponderación (artículos 10 y 27 de la Ley 906 del 2004), lo autorizarían.

Nótese, por poner un sólo ejemplo, cómo el artículo 447 de la Ley 906 del 2004 no

concede facultad alguna, sino que imperativamente ordena que anunciado un fallo de condena se consulta a las partes sobre la regulación de la pena, esto es, que no hay lugar a otro camino, sino que la consecuencia natural de avisar la condena es la individualización de la sanción. Aún más: el incidente de reparación integral, dice la norma, se integra al fallo como un todo, y es evidente que éste sólo tiene razón de ser cuando se ha anunciado condena.

El párrafo de la disposición también ordena que dentro de los 15 días que sigan a la culminación del debate oral debe redactarse, escribirse, la sentencia de absolución, esto es, que el periodo se confiere para darle cuerpo, para llenar de razones, de argumentos, el fallo absolutorio anunciado, porque éste es el acto con el que culmina el juicio público oral.

Ahora, el efecto procedimental que tiene el anuncio del sentido del fallo, no conduce a soslayar que el pronunciamiento de justicia se condensa en la sentencia, es decir, es allí donde debe motivarse el por qué se tomó la decisión de absolver o condenar al acusado, con el fin de garantizar debidamente los derechos de contradicción y defensa.

Recuérdese, conforme se ha reiterado en esta providencia, que ese fallo solo puede ser producto de la idea que se forma el juez sobre la totalidad de la prueba que fue recopilada en su presencia, luego de escuchar las alegaciones de las partes, quienes presentan, básicamente, una argumentación probatoria.

Pero, cualquiera que fuese la decisión adoptada, es imperioso que la motive.

Sobre la motivación de las sentencias, en particular la que se emite en sede del sistema acusatorio penal, señaló esta Corporación en la Sentencia del 5 de diciembre de 2007 (Radicado 28.125):

“Pese a lo expuesto sobre la viabilidad de que ese acto se pronuncie de manera oral, es

imperioso que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 162 del estatuto procesal penal, tales como la mención de la autoridad judicial que la profiere; el lugar, día y hora en que se adopta; la identificación del número de radicado que corresponde a la actuación; una relación de los hechos y de las pruebas; la fundamentación jurídica en la que se precisen los motivos por los cuales se estima o desestiman las pruebas que hayan sido válidamente admitidas en el juicio oral; la decisión que se adopta; las razones del disenso, en caso de existir diferencia de criterios; el señalamiento del recurso que procede y la oportunidad para interponerlo.

No puede corresponder simplemente a un formalismo intrascendente, meramente enunciativo o carente de motivación. Es preciso que su estructura argumentativa sea lógica, concatenada y ordenada, que contenga en forma diáfana las razones que condujeron al fallador a adoptar la decisión, así como las reglas de la experiencia, de la lógica o de la ciencia tenidas en cuenta al momento de valorar las pruebas y los fundamentos jurídicos para aplicar una u otra disposición. Todo ello con el fin de permitir a las partes la posibilidad de ejercer sin compliques ni ambages su derecho de defensa y contradicción.

La exigencia de motivar las sentencias tiene fundamento en el principio de la lealtad procesal y, en esa medida, debe estar en función de la impugnación. Una decisión incoherente, enredada u oscura hace irrealizable el derecho de impugnación.

Por consiguiente, no es admisible que se funde en suposiciones o afirmaciones genéricas o ambiguas. El juez no puede dedicarse a lanzar frases sueltas, sin sentido o a hacer un recuento de situaciones personales o profesionales vividas con anterioridad o de valoraciones privadas y subjetivas.

Esa providencia judicial constituye una pieza fundamental dentro de la actuación, en cuanto por su conducto se resuelve la situación controversial. Por manera que debe

cumplir no solo con los requisitos formales establecidos en la ley sino contener un juicio lógico y axiológico producto de un concienzudo y delicado análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal.

La garantía de motivación que se demanda del juez no es aventurada y la lógica en su itinerario descriptivo y argumentativo proscribe la arbitrariedad en cuanto los intervinientes que se encuentran en desacuerdo con la determinación pueden seguir el camino que condujo al funcionario judicial a fallar y hallar sus razonamientos, sus juicios y fundamentos para canalizar su oposición.

En la medida en que esa providencia adolezca de motivación adecuada y suficiente y de argumentos serios, ordenados y objetivos, se imposibilita a las partes ejercer a plenitud sus derechos de defensa y contradicción.

El proceso penal es un escenario de controversia en el cual debe prevalecer la garantía de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. El derecho a la defensa del acusado y, como expresión de éste, el de contradicción e impugnación constituye pilar fundamental de la actuación judicial, que de no observarse torna el proceso inconstitucional y obliga al juez que advierta tal irregularidad a declarar la nulidad en procura de restablecer los derechos quebrantados. De avizorarse tal situación por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y toda vez que una de las finalidades del recurso extraordinario es justamente el respeto de las garantías de los intervinientes, habrá de proceder de conformidad.

Colígese, de lo expuesto, que si el juez en la motivación de la sentencia debe hacer un juicio lógico y axiológico producto de un concienzudo y delicado análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, el cual debe ser consonante con el anuncio del fallo, no tendría sentido, en principio, que mientras un funcionario judicial sea el que presencie y dirige el juicio oral en el que anuncia el sentido de la decisión, otro sea el que la

materialice, sobre todo porque el último no tuvo una percepción directa de lo ocurrido y mucho menos puede arrogarse el razonamiento y los análisis de quien sí tuvo esa oportunidad.

Para la Sala, es necesario precisarlo, la naturaleza y efectos del sentido del fallo y el fallo mismo permite diferenciarlos diametralmente, a la manera de entender que el primero no es ni puede reemplazar al segundo y su condición más que material es procesal, pues, la sistemática acusatoria ha precisado del mismo como el mecanismo que faculta, en el cariz condenatorio, correr el plazo para que se solicite el incidente de reparación integral y abrir la posibilidad para la discusión de aspectos atinentes a la individualización de la pena y la concesión o no de subrogados penales.

Ello, por cuanto, la normativa acusatoria repudia que en el juicio oral se practiquen pruebas diferentes a aquellas encaminadas a determinar la existencia del delito y la consecuente responsabilidad del acusado, así como la discusión de temas ajenos a tan preciso objeto, expurgando esa si se quiere equívoca práctica de regímenes anteriores, en los cuales de manera abigarrada se buscaba probar y argumentar en un solo cuerpo procesal tópicos disímiles como los de responsabilidad penal y civil, así como los antecedentes de todo orden del procesado y los elementos genéricos que modulan la imposición de la pena.

Ese carácter procesal del anuncio del sentido del fallo implica que por sí mismo ni complementa, ni sustituye la sentencia formalizada.

A su vez, advertidos, como arriba se indicó, de la condición sustancial y profundamente tuitiva de derechos y garantías fundamentales que comporta la sentencia, es inconcuso que ella no representa apenas la formalización de lo decidido, ni las falencias que comporte pueden ser suplidas por el anterior anuncio del sentido del fallo.

Incluso, cabe relevar, en sistemas como el nuestro, donde los jueces son escogidos por concurso de méritos o semicooptación, en caso de la Corte, no puede pasar inadvertido que el principio democrático, precisamente el que le otorga legitimidad a la decisión judicial, se cumple por virtud de la motivación adecuada de la sentencia.

Entonces, claramente delimitadas la naturaleza y efectos concretos de esas dos figuras, sentido del fallo y sentencia, debe hacerse énfasis en que de la primera nacen expectativas, o, si se quiere, derechos, que no pueden ser desconocidos. Es así como para la víctima, se itera, surge el derecho al resarcimiento, ya que es a partir de este momento que puede promover el ejercicio del incidente de reparación integral. Y lo propio ocurre para el procesado, pues, si el anuncio del fallo ha sido de carácter absolutorio, este es un derecho que a partir de ese momento le asiste, por manera que se conculcaría si al momento de la emisión del fallo, se le sorprende con una decisión en sentido contrario, esto es, condenatoria.

Por éste camino, si ya la Sala tiene establecido en jurisprudencia anterior, que no es posible para el mismo juez variar el sentido del fallo al momento de emitir la sentencia, algo similar debería predicarse cuando es otro el titular del despacho.

4. Decisión en el caso concreto.

En esta oportunidad, la Corte ratifica que la dirección hasta su culminación del juicio oral –incluido, desde luego, el anuncio del sentido del fallo– por parte de un juez, y la emisión de la sentencia por parte de otro, dentro del esquema penal acusatorio y sus referentes rectores, desconoce los principios basilares de inmediación, concentración e inmutabilidad judicial, dado que, distorsiona el papel que el juez debe cumplir en ese debate público que, como etapa medular, concibe su permanencia de manera imperativa.

Claro está, es oportuno señalar que si bien así se ha pronunciado la Sala sobre el tópico

en tres asuntos anteriores (Radicados 27.192, 32.196 y 32.556 citados), en dichos eventos no casó los fallos impugnados, al considerar que el cambio en la persona del juzgador no alcanzó a alterar las directrices reguladoras del juicio y las garantías fundamentales de los sujetos procesales, es decir, consideró que la irregularidad denunciada no era trascendente ni suficiente para declarar la invalidez de la actuación.

En efecto, se dijo allí que en el deber de buscar la verdad en el desarrollo del esquema acusatorio penal, la realización del juicio oral no se podía supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debía examinar en cada caso concreto si una incorrección, en punto de cambios en la persona del juzgador, alcanzaba a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

Consideración que se trajo a colación, bajo el entendido de que en algunas ocasiones es posible el surgimiento de excepcionales circunstancias, vicisitudes, bien sea de orden personal, laboral, etc., que ocasionan el cambio del juez y que le impiden cumplir con la permanencia requerida por el nuevo sistema a lo largo del debate y el cabal cumplimiento de los principios de inmediación y concentración que regulan esa fase del proceso.

En el caso radicado bajo el N° 27.192 (Sentencia del 30 de enero de 2008), la Corte decidió no casar la providencia impugnada, al encontrar configurada una de esas circunstancias excepcionales, en la medida en que si bien el juicio oral fue instalado por una funcionaria que incluso practicó un testimonio y negó una petición probatoria de la Fiscalía, el mismo fue culminado por otro funcionario que dirigió el grueso de la práctica probatoria, anunció el sentido de la decisión y dictó sentencia.

Allí se descartó la afectación a los principios de inmediación y concentración, así como de garantía fundamental alguna, toda vez que la testificación allegada por la primera funcionaria judicial que intervino en el acto, “no fue tomada en cuenta en el fallo ni como fundamento de la sentencia y, por tanto, no generó irregularidad de carácter sustancial constitutiva de nulidad”.

Es decir, como lo resaltó la delegada del Ministerio Público en la audiencia de argumentación oral, se trata de un caso diferente, pues, aunque dos funcionarios judiciales intervinieron en el juicio oral, quien en últimas anunció el sentido del fallo y lo emitió, fue quien intervino en la práctica de pruebas que lo sustentaron.

No hay, pues, una analogía fáctica entre ese evento y los dos posteriores resueltos y el que ahora se decide, en los que la práctica probatoria fue plenamente dirigida por un juez de conocimiento, que a la postre la valoró y anunció el sentido de la decisión, y la sentencia fue proferida por otro diferente.

Los dos asuntos posteriores citados se refieren a las decisiones que emitió la Corte en los casos 32.196 y 32.556 (ambas Sentencias fueron proferidas el 20 de enero de 2010), en los que, repetimos, la situación resuelta es idéntica la que ahora se decide, esto es, un juez adelantó el juicio oral y anunció el sentido del fallo, y otro diferente profirió la sentencia.

En ambos casos se determinó que no hubo vulneración de garantías.

En el primer evento, se resaltó que la sentencia no desconoció el aviso público sobre la condena hecho por el juez una vez finalizado el debate y además “su contenido corresponde con esa manifestación”; luego de ello, se hace un listado de situaciones administrativas contempladas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, para ilustrar en qué eventos procede ese cambio excepcional del funcionario judicial. En tanto que, en el segundo, se asegura que la providencia fue un “simple

desarrollo de los argumentos esbozados en la audiencia de anuncio del fallo, tal como acertadamente lo dejó consignado la juez que lo profirió”.

La Corte, en esta oportunidad, apela a lo expresado en los citados precedentes, en los que si bien se exaltó la importancia de los principios de inmediación, concentración y permanencia del juez, un examen detallado de las actuaciones permitió descartar su real afectación y la violación de las garantías fundamentales debidas a las partes e intervinientes.

Lo propio ocurre en este trámite.

En efecto, de la revisión de la actuación asoma objetivo que una jueza de conocimiento, la doctora Lucelly Amparo Marín Martínez, adelantó la etapa del juicio, desde la audiencia de la formulación de acusación hasta la culminación del juicio oral, en el que anunció la emisión de fallo condenatorio en contra de ÁLVARO GIRALDO HENAO.

Pero fue un funcionario judicial diferente, el doctor William Cano Quintero, quien dictó la sentencia de condena.

En el anuncio del sentido del fallo -condenatorio, desde luego-, la jueza esbozó los planteamientos de las partes, aludió a la adecuación típica de la conducta punible imputada, reseñó los requisitos legales para condenar, repasó lo acaecido y se refirió al aporte probatorio que sustentaba su decisión. En este último cometido, se manifestó sobre las varias versiones rendidas por la menor ofendida, destacando que si bien ella y sus padres se abstuvieron de declarar en el juicio, la declaratoria de responsabilidad no se fundaba exclusivamente en prueba de referencia, habida cuenta que también se contaba con el testimonio de la médica Martha Yasmín Quintero Carvajal.

Así, tras reiterar que se contaba con prueba suficiente para condenar, la cual valoraría en la sentencia, y descartar la presencia de la causal agravante y la

circunstancia de mayor punibilidad deducidas por la Fiscalía, la funcionaria dio por finalizado el anuncio del sentido de la decisión y a continuación llevó a cabo la diligencia de individualización de la pena y sentencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

La providencia, como se señaló, la dictó un juez diferente, quien respetando la decisión anunciada por su antecesora, condenó al procesado ÁLVARO GIRALDO HENAO por el delito de acceso carnal violento tentado.

En dicho proveído, el sentenciador identificó al acusado, resumió los hechos, concretó la imputación jurídica, resumió lo acaecido en el juicio oral (al efecto, debe suponerse que se valió de las actas y registros audiovisuales) y valoró el aporte probatorio, abordando todos y cada uno de los puntos que mencionó la jueza que hizo aquel anuncio. Luego de ello, realizó la tarea dosificadora, desechando de la imputación jurídica la causal de agravación y la circunstancia de mayor punibilidad deducidas por el ente instructor, conforme lo había hecho la anterior funcionaria.

De esta forma, puede apreciarse que en el caso concreto, el cambio en la persona del juzgador no alcanzó a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio, ni las garantías fundamentales de los sujetos procesales, en la medida en que hay plena concordancia entre lo manifestado en el anuncio del sentido del fallo y lo argumentado posteriormente en la sentencia.

Es decir, cabe afirmar que en este caso, como ocurriera en uno de los precedentes reseñados, la sentencia contiene un adecuado “desarrollo de los argumentos esbozados en la audiencia de anuncio del fallo, tal como acertadamente lo dejó consignado la juez que lo profirió”.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Cargo segundo: violación directa de la ley sustancial.

1. Planteamiento del reproche.

Sostiene el casacionista que en este proceso se violó el artículo 33 de la [Constitución Política](#), el cual establece la exención al deber de declarar contra los parientes más cercanos, toda vez que la menor ofendida y sus progenitores hicieron uso de ese derecho, pero su voluntad no fue respetada.

En efecto, precisa que aunque en el juicio oral los citados testigos se abstuvieron de declarar en contra del imputado, quien es “hermano del padre de la presunta víctima, tío de la adolescente K.G.T. y cuñado de la madre de la adolescente”, esta ausencia testifical fue suplida por los juzgadores mediante el empleo, como prueba de referencia, de las entrevistas recepcionadas por los investigadores, incluyendo el acto de denuncia, burlando así dicho amparo constitucional y los principios de autonomía personal, dignidad humana, buen trato, libre desarrollo de la personalidad y protección del núcleo familiar, así como los derechos de los niños y adolescentes.

Así, sin desconocer que al momento de rendir sus declaraciones iniciales, los parientes del procesado fueron advertidos de su derecho a no testificar, el demandante afirma que las mismas no podían valorarse, puesto que al juicio oral “físicamente comparecieron” y “manifestaron su deseo de no declarar”. Lo grave de ello, precisa, es que la sentencia condenatoria se construyó con base en esos elementos de juicio, y además con la declaración de la médica Martha Yazmín Quintero Carvajal, quien relató lo que la adolescente le narró pocas horas después del hecho, cuando debió habersele advertido que la menor renunció a declarar, lo cual “automáticamente” amparaba su versión.

Esbozada así la censura y con el objeto de facilitar la comprensión del asunto, la Sala se referirá en primer lugar a la naturaleza del yerro denunciado, para luego pronunciarse

sobre la validez o no de la incorporación de las entrevistas y declaraciones, y determinar, finalmente, si en efecto la sentencia condenatoria se fundamentó de manera exclusiva en prueba de referencia.

2. Naturaleza del error denunciado.

La censura planteada por el recurrente, apoyada en una presunta violación directa de la ley sustancial por el desconocimiento de lo reglado en el artículo 33 de la Constitución Política, se torna insuficiente y contradictoria en su fundamentación, pues, al tiempo que denuncia la vulneración del precepto constitucional, asegura que al momento de rendir sus declaraciones iniciales, los parientes del procesado fueron advertidos de su derecho a no deponer. Asimismo, hace saber que en la audiencia del juicio oral, todos ellos, amparados justamente en esa prerrogativa, optaron por no testificar.

No obstante lo anterior, la Corte no se detendrá en el análisis de las deficiencias argumentativas de la demanda de casación, toda vez que los defectos fueron superados al momento de su admisión, lo cual quiere significar, ni mas ni menos, que el impugnante ha adquirido el derecho a que se le responda de fondo acerca de su pretensión, lo cual es consecuencia natural y obvia de esa decisión.

Ahora bien, tiénese que del texto mismo de la demanda, así como de la revisión de la actuación, claramente se desprende que no se presentó la denunciada violación al artículo 33 de la Constitución Política, el cual establece que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Privilegio consagrado, igualmente, en el artículo 68 de la Ley 906 de 2004, que establece la exoneración del deber de denunciar, indicando que “nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera

permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad...”.

Y, de una manera mas amplia, en el artículo 385 Ibidem, al regular las excepciones constitucionales a la obligación de declarar, señalando en el inciso primero que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”.

Pues bien, en este asunto está demostrado que entre la menor víctima y el acusado, existe grado de parentesco en tercer grado de consanguinidad, al ostentar la primera la condición de sobrina del segundo.

Por lo tanto, es incuestionable que a la joven K.G.T. le asiste el derecho constitucional a no denunciar ni declarar en contra de su tío ÁLVARO GIRALDO HENAO, privilegio que tienen igualmente sus progenitores, Hernando Giraldo Henao y María Cenaida Tabares, quienes, como hermano y cuñada del acusado, respectivamente, son sus parientes en segundos grados de consanguinidad y afinidad.

Ese derecho, como lo reconoce el propio casacionista, les fue puesto de presente desde los orígenes de la investigación, cuando la joven K.G.T. y sus padres decidieron denunciar el proceder de su pariente y rindieron sus declaraciones antes los investigadores de Policía Judicial adscritos a la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, sin que sea necesario aludir al contenido de las diligencias que seguidamente se relacionarán, basta decir que en todas ellas se dejó constancia al respecto.

Así, en el acta de formato único de noticia criminal, realizada el 19 de octubre de 2007, se hace constar que a la denunciante K.G.T. se le informó sobre “la exoneración del deber de denunciar contra si mismo, contra su cónyuge o compañero

permanente, pariente en 4° grado de consanguinidad, de afinidad o civil” (folios 47, carpeta).

El 11 de diciembre del mismo año, la menor fue entrevistada de nuevo por un funcionario de Policía Judicial, quien expresamente le advirtió sobre “su derecho a no declarar en contra de su familiar el indiciado (sic)” (folios 51, carpeta)⁴¹.

A su turno, en el acta que contiene la declaración rendida el 17 de noviembre de esa anualidad por Hernando Giraldo Henao, padre de la menor y hermano del procesado, se alude a la “exoneración del deber de denunciar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero permanente, pariente en 4° Grado de consanguinidad, de afinidad o civil” y se cita expresamente el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal que consagra la “exoneración del deber de denunciar” (folios 54, carpeta).

En cada uno de los eventos citados, que son los que materialmente reposan en la actuación, puede apreciarse que no obstante estar enterados del atributo constitucional que los exoneraba del deber de denunciar o declarar en contra de su pariente, tanto la menor K.G.T, como su padre, renunciaron al mismo y rindieron sus testificaciones.

Cosa diferente ocurrió en la audiencia del juicio oral, en la que citados a rendir declaración la joven K.G.T.⁴² y sus progenitores María Cénida Tabares⁴³ y Hernando Giraldo Henao⁴⁴, los tres, amparados en ese derecho constitucional que de nuevo les fue puesto de presente por la jueza de conocimiento, manifestaron que no querían rendir testimonio.

La directora de la audiencia, consta en los registros, respetó la voluntad de los integrantes de la familia Giraldo Tabares, cuyas testificaciones, desde luego, no fueron escuchadas en ese acto.

Entonces, objetivamente está demostrado que en la actuación no se violó el artículo 33 de la Constitución Nacional, puesto que a la víctima y sus padres, todos parientes cercanos del sujeto pasivo de la acción penal, desde el comienzo se les advirtió sobre el privilegio constitucional de no denunciar o declarar en su contra.

Su inicial decisión de testificar en disfavor del miembro de la familia, fue respetada por las autoridades encargadas de adelantar la investigación, como lo fue también la determinación conjunta de no rendir sus declaraciones, la cual exteriorizaron en la práctica probatoria del juicio oral, cuando una vez mas se les hizo saber de esa prerrogativa constitucional y legal, a pesar de que en las etapas anteriores habían renunciado a ella.

Claro está, si bien esas declaraciones preliminares fueron recepcionadas válidamente, dado que, se obtuvieron de manera legal por parte del ente instructor en el ejercicio de la actividad pesquisitoria -postura que comparten los delegados de Fiscalía y Procuraduría ante la Corte-, cosa diferente ocurre con la forma como fueron introducidas al proceso y su posterior valoración, que es, en últimas, el aspecto que critica severamente el demandante y sobre el cual guardaron silencio los citados intervinientes.

Empero, dicha crítica fue formulada por el sendero equivocado de la violación directa de la ley sustancial, pues, es claro que si lo denunciado en casación alude al manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la que se ha fundado la sentencia (numeral 3° del artículo 181 del C.P.P.), el reparo debió haberse postulado por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial y, concretamente, de acuerdo a lo expresado por el censor, a la presencia de errores de derecho en su aducción o examen.

Recuérdese que los errores de derecho entrañan la apreciación material del medio de

conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad).

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal, en general, la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

De lo anterior surge que si el yerro denunciado por el defensor se presenta en el momento de la aducción de la prueba, habida cuenta que reprocha la forma como fueron introducidas las declaraciones de los parientes de su representado, estaríamos en presencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad, al cual se aludirá en el siguiente acápite.

3. La incorporación de las declaraciones previas rendidas por los parientes del acusado.

El falso juicio de legalidad que en este caso detecta la judicatura, se presenta en el momento de la aducción de la prueba, puesto que las entrevistas rendidas por la menor víctima y su padre fueron introducidas como prueba, no con el testimonio de ellos –que es como en principio procede la incorporación–, sino a través de los investigadores judiciales que las recibieron.

En efecto, a través de los funcionarios Gabriel Jaime Giraldo Alzate, asistente de Fiscalía con funciones de Policía Judicial, y Pastor Amalio Vargas Guzmán, investigador judicial de la misma entidad, se entronizaron las ya mencionadas entrevistas rendidas por la joven

K.G.T, como evidencias 1 y 245; y por conducto del también investigador de Policía Judicial Francisco Javier Ayala Sarmiento, quien declaró haber entrevistado a los padres de la menor, Hernando Giraldo Henao y María Cenaida Tabares, se incorporó únicamente la del primero, como evidencia 346.

Dichas exposiciones preliminares, valga decir, iban siendo introducidas a medida que los declarantes las leían, sin que la defensa presentara objeción alguna. Aún así, en pleno desarrollo de la práctica probatoria, el fiscal del caso pidió a la jueza de conocimiento que tuviera las mismas como “prueba directa y no de referencia”, ya que en este último evento se procede cuando los testigos no pueden comparecer, siendo claro que aquí si lo hicieron, pero no quisieron testificar⁴⁷.

La defensora, pese a que previamente había guardado silencio, replicó que dichas declaraciones no podían tenerse como prueba directa, pues el hacer uso de un derecho constitucional y legal no implicaba “dar por cierto lo dicho en las entrevistas”, las cuales, agregó, no podían valorarse por no cumplir con los requisitos de ley⁴⁸.

Frente al lo expuesto por las partes, la jueza penal del circuito simplemente manifestó que dichas declaraciones ya habían sido admitidos y que su valoración se efectuaría en la sentencia⁴⁹.

Ahora bien, establecida la forma como fueron incorporadas a la actuación las entrevistas rendidas por la menor ofendida y su progenitor, antes de adoptar cualquier decisión, conviene traer a colación lo que la Sala ha sostenido acerca de este tipo de actuaciones.

Efectivamente, refiriéndose a dichas exposiciones previas, en la sentencia del 9 de noviembre de 2006 (Radicado 25.738), la Corte señaló que son simples actos de investigación del delito y sus autores, y no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues, su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la

Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento. Dichos medios de convicción suelen practicarse durante las etapas de indagación e investigación -la Fiscalía con la ayuda de la Policía Judicial y el imputado con la ayuda de su defensor-, y su potencialidad probatoria para una sentencia (condenatoria o absolutoria), dependerá de su debida presentación y debate ante el juez de conocimiento, por medio de un órgano de prueba que puede ser el testigo o perito, sometido al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes.

Ello, es necesario reiterarlo, porque los resultados de la actividad investigativa de la Fiscalía y la defensa en las fases anteriores al juicio oral no tienen el carácter de “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, con la observancia de los principios que han sido ampliamente reseñados en esta providencia.

La prueba, entonces, no es la exposición anterior o entrevista previa, sino la declaración que rinde el testigo en el juicio oral, en el que estas pueden utilizarse para refrescarle la memoria o impugnar su credibilidad.

Sobre el tópico se pronunció ampliamente la Sala en el citado precedente, de la siguiente manera:

“De acuerdo con el artículo 206, la entrevista la realiza la policía judicial cuando considere fundadamente que una persona ha sido víctima o testigo presencial de un delito, o que tiene información útil para la indagación o investigación que se adelanta. La misma debe adelantarse observando las reglas técnicas aconsejadas por la criminalística, empleando los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

También, de acuerdo con el artículo 271, el imputado o su defensor tienen la facultad de entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa, quienes al

igual que el anterior podrán recoger y conservar la diligencia por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio idóneo.

Por su parte, la declaración jurada que en el código también recibe el nombre de exposición (artículo 347) se recibe al eventual testigo descubierto en la entrevista o por cualquier otro medio lícito, y podrá ser tomada por el fiscal si considera que resulta conveniente para la preparación del juicio oral; o por el imputado o la defensa, quienes para tal efecto deberán acudir a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público (artículo 271), acto que igualmente podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o cualquier otro medio técnico idóneo.

Finalmente, al tenor del artículo 282, el interrogatorio al indiciado puede tomarlo el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, y se dirige a la persona sobre la cual se tengan motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la ley, para inferir que es autora o partícipe de la conducta que se investiga. En tales eventos, advierte el precepto en cita, el interrogador no podrá hacerle imputación alguna al indiciado, y le debe dar a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, y siempre deberá estar en presencia de un abogado.

Ahora bien, aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas por sí mismas, porque como ya se vio se practican fuera del juicio, sin embargo cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d) y b) para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio (artículos 347, 393-b y 403).

El problema se suscita a la hora de concretar cuáles son los efectos derivados de la

utilización de esos elementos probatorios en el juicio, especialmente si los mismos pueden acceder a la valoración judicial, aspecto sobre el cual gira la discusión planteada en la demanda.

El Fiscal Delegado que intervino en la audiencia de sustentación del recurso, propugna la tesis de que en tales eventos la declaración jurada, accede por anexión al testimonio rendido en el juicio y por lo tanto puede ser objeto de valoración.

Por su parte, la Procuradora Delegada, advierte que en el primer caso, al ratificar el testigo sus anteriores afirmaciones, esa primera versión se incorpora al testimonio realizado en el juicio oral y se constituye como ese elemento que refresca la memoria. Pero cuando el testigo no admite en la audiencia del juicio oral las afirmaciones hechas en la declaración previa, éstas no pueden ser objeto de valoración por el juez, quien entonces debe acudir a otros medios de comprobación para acreditar el hecho que en la audiencia oral no ratificó el testigo.

La Corte propugna por la siguiente interpretación de esas dos situaciones.

a) Frente al uso de las declaraciones previas como medio para refrescar la memoria del testigo.

Doctrinariamente se admite el uso de las declaraciones previas en el juicio oral para refrescar la memoria de un testigo que no recuerda con precisión algún punto específico de su declaración al momento de testimoniar en juicio. A este respecto podemos citar al tratadista Ernesto Chiesa Aponte, quien en el Tomo I de su Tratado de Derecho Probatorio, página 352, expone la siguiente situación:

“Una imagen o un objeto pueden muy bien revivir vivencias y activar recuerdos; lo mismo puede escucharse una canción o melodía, al llegar a cierto sitio, al contemplar un paisaje etc. Las reglas de evidencia no pueden regular este tipo de asuntos, excepto cuando se

trata de un escrito para refrescar memoria. El escrito tiene un contenido declarativo y hay peligros especiales cuando se le permite a un testigo que refresque su memoria con un escrito. En particular, se pretende regular el uso del escrito para refrescar memoria, buscando un balance entre permitir al testigo refrescar la memoria con el escrito y permitir a la parte adversa usar tal escrito para contrainterrogar al testigo o utilizarlo como prueba. En puridad, las reglas de evidencia no regulan el modo de refrescar la memoria, sino las consecuencias de que el testigo se refresque la memoria con un escrito...”.

Como lo advirtió la Procuradora en su intervención, la legislación procesal adoptada por nuestro país a través de la Ley 906 de 2004, a diferencia del Código de Procedimiento Penal Chileno⁵⁰, que sí contempla esta específica situación, no se refiere de manera concreta a ese uso, pero el mismo puede deducirse del contenido del artículo 392 que al fijar las reglas sobre el interrogatorio observa la siguiente:

“(...) d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos” (se ha resaltado).

En tales eventos, no se suscita ningún problema frente a las consecuencias del uso del escrito, pues se supone que el testigo no entra en contradicción con lo que dijo en la declaración previa, sino que no recuerda con precisión algún punto específico de su dicho al momento del juicio. Por lo tanto, si ratifica lo allí informado el juez se limita a valorar su testimonio en el juicio, claro está que sopesando la utilización del documento para refrescar la memoria, pues precisamente dentro de los criterios de apreciación del testimonio, el artículo 404 de la normatividad de que se trata, establece que el juez tendrá en cuenta “los procesos de rememoración”.

b) Las declaraciones previas como medio para impugnar la credibilidad del

testigo.

Esta posibilidad sí aparece contemplada en múltiples preceptos del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano. De manera específica en el artículo 403 se establece la finalidad de la impugnación y se enuncian los aspectos sobre los cuales puede recaer:

“Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio con relación a los siguientes aspectos:

“1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.

2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.

3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.

4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.

5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.

6. Contradicciones en el contenido de la declaración” (Se ha resaltado).

A su vez, al fijar las reglas del contrainterrogatorio, el artículo 393 establece que para tales efectos se puede utilizar “cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral”.

Finalmente, el artículo 347 reitera que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, “para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

Es claro para la Sala, como lo fue para el Fiscal y la Procuradora Delegada que intervinieron en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que a través de éste mecanismo no se puede introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata.

Es cierto que el citado artículo 347 señala que la información contenida en las exposiciones o declaraciones “no puede tomarse como una prueba”, pero esa prohibición parte del presupuesto de que sobre ellas las partes no hayan ejercido el derecho de contrainterrogar, facultad que al tenor del artículo 393 tiene por finalidad “refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”, como clara expresión del derecho de contradicción.

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese

interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4º de la Carta Política.

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto cómo el contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través

del interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado.

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le pueden llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Aquí no puede obviarse que en muchos eventos la contradicción del testigo puede llevar a evidenciar la falta de fiabilidad del mismo, y esto permitirá al fallador no basarse en su testimonio para fundar la sentencia, pues el testigo que cambia su declaración y se retracta de lo dicho durante la fase previa se está mostrando como voluble y poco creíble, a menos que el fallador encuentre una razón convincente para explicar el cambio producido.

También habrá casos en que el cambio evidencie un comportamiento doloso del testigo. En tales eventos, el juez se verá precisado a compulsar las copias pertinentes para que se le investigue por el eventual falso testimonio en que pudo incurrir, ya en la audiencia del juicio oral o en la declaración jurada rendida previamente.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado”.

De lo anterior se concluye que no pueden introducirse las declaraciones previas como prueba autónoma e independiente, pues, en tratándose del sistema acusatorio penal, al juicio deben comparecer personalmente la víctima o los testigos que rindieron las mismas, lo cual no ocurrió en este evento, siendo evidente, entonces, que en cuanto a la configuración del error, le asiste razón al casacionista.

Así las cosas, no obstante a que las entrevistas y declaraciones fueron válidamente practicadas por la Fiscalía, ellas, por sí solas, no tienen vocación probatoria, dado que se precisa escuchar el testimonio de las personas que las suministraron, es decir, de la víctima o testigo que depusieron con antelación, con el fin de ser incorporadas debidamente a la actuación, como complemento de la prueba testifical.

En este proceso, entonces, es claro que los falladores entendieron, desde luego erradamente, que la incorporación al proceso de las exposiciones previas de los testigos, podía llevarse a cabo a través de los funcionarios de Policía Judicial que las recaudaron, cuando lo cierto es que estos testigos apenas pueden dar fe de la verificación y de su validez, en tanto que son directamente las personas que hicieron las testificaciones, en este caso la menor y su progenitor, las únicos que pueden dar fe del contenido material de las mismas, ratificando la acusación que realizaron en desarrollo de la actuación.

Objetivamente, en consecuencia, está demostrado el error de derecho por falso juicio de legalidad, pues, sin lugar dudas, las declaraciones y entrevistas previas, en este caso aducidos como prueba de referencia no admisible, se incorporaron irregularmente a la actuación, esto es, los juzgadores las apreciaron, no obstante haber sido aportadas al juicio con violación de las de las formalidades legales para su aducción y práctica.

No es, como lo entendió el fiscal del conocimiento y lo avalaron los falladores, que el ejercicio de un derecho constitucional y legal, como lo es la exención del deber de declarar,

habilite la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues, no es una de las hipótesis que expresamente consagra el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni puede catalogársele como un “evento similar” al secuestro o la desaparición forzada.

Sobre la prueba de referencia, la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones. Para el caso, es pertinente traer a colación el recuento que se plasmó en la Sentencia del 22 de julio de 2009 (Radicado 31.614), del siguiente tenor:

“El artículo 437 de la Ley 906 de 2005 define la prueba de referencia como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Según el precepto siguiente, será admisible, únicamente, cuando el declarante, i) manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha información; ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; iii) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; o, iv) ha fallecido. También se acepta la prueba de referencia, “cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.

Por su parte, el artículo 381 de la citada codificación señala que 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. Precisa, además, que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

En interpretación de los citados dispositivos, ha sostenido la Sala⁵¹ que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento

válido para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto.

Se admite, igualmente, que dadas las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos, es necesario que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, consagrándose así, en el citado artículo 381, una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción.

En la ya citada sentencia del 21 de febrero de 2007 (Radicado 25.920), se consignó el siguiente análisis respecto de la prueba de referencia:

“La prueba de referencia es, quizá, una de las temáticas más controversiales del derecho actual, tanto en el área civil como en la penal, y especialmente en los sistemas de enjuiciamiento acusatorio.

3.3.1 El régimen de procedimiento penal colombiano (Ley 906 de 2004) exige -por principio general- el conocimiento personal directo, al prever en el artículo 402 que el “testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

Acorde con tal imperativo, el principio de inmediación en materia probatoria presupone que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio⁵²; y que las declaraciones se circunscriban a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, de modo que no se pierda la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

Aún así, por excepción, es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral -pruebas de referencia- a las cuales el legislador asigna un mérito menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la

sentencia condenatoria.

En Puerto Rico opera una especie de regla de exclusión contra la prueba de referencia. Tal exclusión, que en principio fue severa, ha ido cediendo paulatinamente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, hasta generar una serie de “excepciones” que permiten el ingreso de ese género de pruebas al debate oral, claro está, con valor o peso suasorio menguado. Tal el caso de los sistemas de enjuiciamiento federal de los Estados Unidos de Norte América y de Puerto Rico, donde el catálogo de excepciones pasa de cuarenta posibilidades⁵³.

3.3.2 El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) ofrece la siguiente noción:

“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es 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 irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.”

La prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios; o para impugnar esa credibilidad; y como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 *ibídem*.

3.3.3 En la Sentencia del 30 de marzo de 2006 (radicación 24468), la Sala de Casación Penal inició el estudio de lo concerniente a la prueba de referencia, destacando, entre otros, estos aspectos:

“1.3 Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la

legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción⁵⁴.

Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.”

1.7 Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros.

Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada ex ante, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.”

3.3.4 Los anteriores lineamientos jurisprudenciales permiten colegir que una vez practicada la prueba -testimonial, pericial o documental- no es atinado ni suficiente

alegar en las instancias, ni en el recurso extraordinario de casación, que una prueba es de referencia, y por ende, reclamar su exclusión del acopio probatorio sin más argumentos.

Lo anterior, toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su exclusión.

Lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas. No obstante, a menudo llegan a los juicios contenidos probatorios de referencia, por la manera como suceden las cosas en la realidad.

Corresponde a las partes actuar con diligencia en el juicio oral para detectar las pruebas de referencia o los contenidos referidos de alguna prueba -testimonial por ejemplo-. La objeción a las respuestas de referencia es el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos ingrese al conjunto probatorio, o para que el Juez los advierta en la apreciación.

Como se observa, es un problema que atañe esencialmente a los adversarios; muchas veces el Juez no identifica prima fase las manifestaciones de referencia, sin que ello comporte una falta al deber funcional.

Es más, puede ocurrir que la parte oferente de la prueba sea consciente que contiene algunas expresiones de referencia; no por ello toma distancia del principio de lealtad, ya que para garantizar la transparencia, la declaración se rinde en público, frente a la contraparte y al Juez. Y aún, es factible que la contraparte identifique la prueba de referencia y que no objete ni solicite al Juez interrumpir el discurso del testigo, para cuestionar posteriormente la credibilidad del mismo.

3.3.5 Cuando ya se ha practicado la prueba y ésta se cataloga de referencia o con contenidos de referencia, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto, no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la regla de exclusión sólo puede recaer sobre pruebas ilícitas o pruebas ilegales, como se explicó en los capítulos anteriores.

De ahí que, en el marco del recurso extraordinario de casación, cuando se atacan las pruebas de referencia, se precisa identificar en cada una los contenidos de referencia y demostrar en cada caso concreto que el Juez le asignó un mérito excesivo, contrario al que la ley admite, desconociendo la tarifa legal negativa, por sucumbir en el error de derecho denominado falso juicio de convicción”.

Luego, en el fallo del 6 de marzo de 2008 (Radicado 27.477), precisó:

“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por

objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido conocimiento personal, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del Código, que impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal.

(...)

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre

al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo.

(...)

2.1.2. Admisibilidad.

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redunda negativamente en su consistencia probatoria.

Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de la mejor prueba disponible, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo

en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia.

Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas.

El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba⁵⁵.

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: a) Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; b) Se encuentra eximida de prestar la declaración en

razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; c) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; d) Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; e) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; f) Padece una grave enfermedad que le impide declarar; g) Ha fallecido; h) Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; i) Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible.

(...)

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 desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

(...)

Esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria.

La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

Si la prueba de referencia (única o múltiple), complementada con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, en los términos ya vistos, es decir, que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia.

Importante es precisar, igualmente, que la limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, y por tanto, que las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella”.

Se insiste, entonces, en que no puede tenerse como uno de los “eventos similares” a que genéricamente alude el citado artículo 438, el ejercicio de una

prerrogativa, pues, debe tratarse de una situación equiparable a las contenidas en la norma, es decir, que la indisponibilidad del testigo 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.

Acá, insístase, los testigos sí estuvieron disponibles y lo que ocurrió es que amparados en un derecho, se abstuvieron de rendir declaración.

De esta forma, se tiene por acreditado el yerro en que incurrieron los juzgadores y por ello las entrevistas y declaraciones rendidas por los parientes del acusado, quienes se ampararon en el derecho constitucional y legal que los exonera de declarar en su contra, deben ser excluidas de la actuación.

Y, si bien el yerro prospera, no puede decirse lo mismo con relación al cargo, toda vez que para quebrar la sentencia no basta con la demostración, dado que se hace necesario verificar su trascendencia, aspecto este que no se determinó adecuadamente en la demanda.

Esta tarea, que consiste en establecer si los fallos consideraron otros elementos de juicio y, en caso afirmativo, si los mismos son suficientes para sustentar la determinación adoptada, esto es, si, haciendo abstracción del yerro cometido, los argumentos restantes resultan idóneos para mantener la condena, será abordada en el siguiente capítulo.

4. La fundamentación de las sentencias de las instancias.

En la demanda de casación, es el propio defensor quien hace ver que la decisión de condena no se fundamentó exclusivamente en las ahora excluidas versiones de la menor víctima y su progenitor, sino también en la declaración de la médica Martha Yasmín Quintero Carvajal, a quien, contrario a lo aducido por el libelista, no se extiende

el derecho de no declarar que le asiste a aquellos.

La declarante Quintero Carvajal es, a no dudarlo, testigo directo de los hechos, como quiera que fue la encargada de realizarle un examen médico legal a la joven K.G.T, apenas dos horas después de transcurridos los hechos, el 17 de noviembre de 2007.

Así lo ratifica en la deponencia rendida en el juicio oral⁵⁶, en la que manifiesta que para la fecha de los sucesos se desempeñaba como médica del área de urgencias del Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) y fue, por tanto, la encargada de examinar a la menor y elaborar la historia clínica⁵⁷, en la que consignó:

“Ingresa con su madre, quien dice que un tío de la niña, llamado Álvaro Giraldo, trato (sic) de violar a la niña en la casa de la suegra en donde estaban de visita, la paciente dice que el señor hace varios meses le venía haciendo insinuaciones de orden sexual como: ‘usted esta (sic) muy buena para llevarmela (sic) a la cama’ pero la paciente no le hacia (sic) caso y no decia (sic) nada para evitar problemas, hoy, a las 14:15 horas, la paciente estaba distraída en la casa de la abuela, en donde vive el agresor, cuando él la tomo (sic) de la mano, la llevo (sic) a la fuerza a una habitación, la arrojó (sic) en la cama, le bajo (sic) el pantalón (sic) y los pantis, la mantuvo sujeta con una mano mientras él se bajo (sic) sus pantalones y pantaloncillos, se acostó (sic) sobre ella y en ese momento entró el padre de la paciente y el agresor la soltó (sic), le pidió (sic) al padre que no dijera nada para evitar un problema, la paciente niega manipulación (sic) o penetración (sic) vaginal, niega besos, heridas u otras lesiones, luego de la agresión (sic) se bañó (sic) porque no se había (sic) bañado en el día y asistió (sic) a la consulta”.

Asimismo, recomendó examen psicológico a la joven, teniendo en cuenta que se encontraba “angustiada”, con “llanto fácil y afecto lábil”.

En su testimonio, la doctora Quintero Carvajal reconoció haber elaborado la historia clínica, la cual se incorporó a la actuación como evidencia 458, y explicó detenidamente el protocolo observado. De igual modo, realizó un recuento de los hechos, los cuales, aseveró, narró inicialmente la madre y luego la niña, quien “empieza a expresar libremente de forma verbal y también a través de lenguaje paraverbal, una situación que había sucedido hacía menos de dos horas”.

Seguidamente, la profesional explicó en qué consistía el lenguaje paraverbal, haciendo alusión a las expresiones faciales y movimientos corporales, resaltando que la menor estaba asustada y se refería en términos desagradables a su tío, quien de tiempo atrás venía persiguiéndola. Todo ello le permitió concluir, a partir de sus gestos y manifestaciones, que estaba diciendo la verdad.

Ahora bien, el citado testimonio es directo y fue, a no dudarlo, uno de los fundamentos de la declaratoria de responsabilidad del procesado ÁLVARO GIRALDO HENAO.

Ello se advierte desde el anuncio mismo del fallo, cuando la jueza de conocimiento, tras advertir que sería de carácter condenatorio, dejó claro que su decisión no se sustentaría exclusivamente en pruebas de referencia, ya que también se contaba con la declaración de la médica Martha Yasmín Quintero Carvajal⁵⁹.

Coherente con ese anuncio, en el fallo resumió con detalle dicho testimonio y sobre ella consignó:

“No puede admitirse el argumento según el cual, la incriminación se basa en mera prueba de referencia, al respecto se debe considera (sic) lo siguiente:

En primer lugar tenemos la exposición lograda en juicio oral, por la medico (sic) doctora MARTHA JAZMÍN, que sin lugar a dudas y muy a pesar del argumento de la

defensa constituye prueba técnica –pericial-, a la que hace relación el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha valorado y si bien es cierto, que esta profesional no presencié los hechos, la menor fue escuchada y valorada por ella; lo que ella percibió y sus conclusiones, fueron sometidas a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportan su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado en el artículo 402”.

Y, además de esa testificación directa, el juzgado A quo también valoró el testimonio de la investigadora judicial Luz Amparo Gómez García, quien rindió el informe que fue introducido como evidencia 560, en el que da cuenta de las diligencias que adelantó, entre las cuales refiere haber entrevistado a la víctima y sus padres. Claro está, debe aclararse, que las declaraciones recepcionadas por esta funcionaria, no fueron las entronizadas a la actuación, como sí ocurrió con las practicadas por los investigadores Gabriel Jaime Giraldo Alzate, Pastor Amalio Vargas Guzmán y Francisco Javier Ayala Sarmiento, objeto de exclusión.

En ese orden de ideas, el testimonio de Gómez García, si bien no se desconoce que es prueba de referencia, frente al suministro de la información que otras personas le transmitieron, lo cierto es que también es testigo directo respecto de las labores por ella adelantadas, entre las que se cuentan la obtención de los registros civiles que acreditan el parentesco y otros datos alusivos a la personalidad del procesado.

Sobre el rol de dicha deponente, se lee en la providencia de primer grado:

“Ahora, que en el desarrollo del juicio los testigos guardaron silencio, no descarta per se la responsabilidad del procesado, ya que tal como se ha analizado en precedencia, este silencio correlacionado con las manifestaciones consignadas en las entrevistas, las manifestaciones de lo percibido por los investigadores, lo dicho por la perito, la presión que realizó el procesado sobre la madre de la menor, y que fue expuesta por la

investigadora LUZ AMPARO, aunado al parentesco entre testigos y procesado, son elementos que permiten un conocimiento por vía directa e indicial que llevan a este fallador a advertir superada cualquier duda sobre la existencia del delito y de la responsabilidad, como lo ordena los artículos 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión en torno a la prueba de referencia.

Por todo lo discurrido con antelación, queda claro que en efecto se ha transgredido una norma sustancial penal, con la cual se ha querido proteger un bien jurídico, cual es la libertad, integridad y formación sexuales de las personas, en este caso de una niña menor de edad”.

Igual postura asumió el Tribunal, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia y destacando la declaración de la doctora Quintero Carvajal, en estos términos:

“Para resolver finalmente el tercer punto consistente en determinar si las pruebas de referencia en el presente caso es lo único que obra como lo aseguró la defensa, o por el contrario existen pruebas acompañantes para justificar un fallo de condena, ahora sí podemos decir con mayor tranquilidad que, no obstante el silencio de la menor y de los padres, el juicio estuvo colmado de información válidamente recogida que nos llevan a acompañar al juez a quo en su determinación. Explicamos:

Por fuera del contenido de las plurales entrevistas introducidas al juicio en la forma excepcional aquí relatada, existe la exposición de la Dra. MARTHA JASMÍN QUINTERO CARVAJAL, médica del Hospital que tuvo a cargo la atención en urgencias de la niña que llegó acompañada de su madre, y para aquél momento pudo apreciar su estado de ánimo, la rabia que sentía, su llanto y ante todo, el desprecio que estaba sintiendo hacia su tío por lo que le había hecho”.

En suma, puede apreciarse que no es cierta otra de las afirmaciones que sustenta el cargo segundo postulado por el casacionista, en el sentido de que la sentencia

condenatoria se basó única y exclusivamente en prueba de referencia, pues, obran medios cognoscitivos directos que también fueron sometidos a una valoración conjunta en las providencias y permitieron determinar la responsabilidad penal de su prohijado.

Por todo lo anterior, es viable concluir que el recurrente no demostró yerro alguno.

De ahí que el cargo segundo, en consecuencia, tampoco está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Cita medica

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE J. ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Atendiendo a las previsiones del Código de la Infancia y la Adolescencia, se omite consignar el nombre de la menor víctima.

2 Ambas diligencias fueron presididas por la doctora Lucelly Amparo Marín Martínez.

3 Siendo su titular el doctor William Cano Quintero.

4 En efecto, alude a decisión del 30 de enero de 2008, Radicado N° 27.182.

5 En esta oportunidad, el libelista trae a colación providencia del 5 de noviembre de 2008, Radicado 20.953.

6 Recuérdese que para la época regía la Ley 600 de 2000.

7 En este sentido, en la Exposición de Motivos del proyecto de Acto Legislativo se expresó: "...mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Así pues, la falta de actividad probatoria que hoy en día caracteriza la instrucción adelantada por la Fiscalía, daría un viraje radical, pues el juicio sería el escenario apropiado para desarrollar el debate probatorio entre la fiscalía y la acusación. (sic) Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales -defensa y acusador- ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.// Mediante el fortalecimiento del juicio público, eje central en todo sistema acusatorio, se podrían subsanar varias de las deficiencias que presenta el

sistema actual...".

8 Gerd Pfeiffer, Libro homenaje a Bemann, Munich, 1997, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005.

9 Claus Roxin, Derecho procesal penal, Buenos Aires, 2000, p. 395.

10 En palabras de Lorenzo Bojosa Vadell "Las exigencias del principio de contradicción y el de inmediación exigen distinguir entre actos sumariales y actos de prueba y conlleva la necesidad de dar valor probatorio únicamente a la prueba practicada en la fase de juicio oral, con la estricta excepción de las pruebas anticipadas y preconstituidas, siempre que se hayan llevado a cabo las debidas garantías, principalmente el cumplimiento del deber de información e ilustración de sus derechos al imputado con el fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y esta sea obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales", en "Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español", en Derecho Penal Contemporáneo, dic. 2004, p. 58.

11Artículo 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Artículo 420. Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de

respuestas.

12 Cfr Sentencia C-396 de 2007.

13 Tal como lo dispone el artículo 446 de la Ley 906 de 2004.

14 Paul W. Tappan, Criminal Procedure, Boston, 1990.

15 E. Hendler, Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

16 Robert Carp, Judicial Process in America, Universidad de Houston, 1990.

17 A partir del caso Brady vs. Maryland, la cláusula constitucional del debido proceso obliga al fiscal a revelar a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, así sea favorable al acusado. Ver al respecto, Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Brady vs. Maryland, 373, U.S. 83 (1963).

18 Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Waller vs. Georgia, U.S. 39 (1984).

19 Ernesto L. Chiesa Aponte, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edit. Forum, 1995, p. 187.

20 Ver al respecto, Corte Suprema Americana, asunto Chambers vs. Mississippi, 410 U.S. 204 (1973).

21 Reid Hastie, La institución del jurado en los Estados Unidos, Madrid, Civitas, 1983.

22 William Pizzi, Trials without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it, Tecnos, 1999, p. 60.

23 Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto United States vs. Calandra, 414, U.S.

338 (1974).

24 Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Nardone vs. United States, 308, U.S. 388 (1939).

25 Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Silverthorne, 251 U.S. 385 (1920).

26 Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

27 Claudio Vitalone, La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2005, p. 143.

28 Claus Roxin, Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal, Bogota, 2004.

29 Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 53.

30 Ibídem, p. 53.

31 Faustino Córdón Moreno, Las garantías constitucionales del proceso penal, Navarra, 2002, p. 21.

32 La StPO de 1987 (Ordenanza del Proceso Penal) establece las siguientes causales de procedencia del principio de oportunidad cuando (i) el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal; (ii) el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; (iii) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal; y (iv) existen intereses estatales prioritarios.

33 Tribunal Constitucional Español, STC 90/ 1994.

34 Claus Roxin, ob. cit. p. 116.

35 Código Penal Alemán StGB y Código Procesal Penal Alemán StPO, Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 186.

36 En el citado fallo del 20 de enero de 2010, Radicado 32.556.

37 Traducción tomada del texto “Los Tribunales Penales Internacionales Ad Hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba”, de ANA BELTRÁN MONTOLIÚ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, Pg. 140.

38 Ibidem, páginas 90-91.

39 Artículo 445 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

40 Grabación N° 6 correspondiente al juicio oral, record 0:13 a 6:27.

41 A folios 24 aparece una tercera acta de entrevista a la menor, sin fecha, en la que no hay constancia sobre esa advertencia.

42 Grabaciones 3 y 4 del juicio oral, records 16:19 y 0:16, respectivamente.

43 Grabación N° 4 del juicio oral, record 0:5.

44 Ib., record 12:13.

45 Ib., records 25:30 y 37:50.

46 Ib., record 57:42.

47 Ib., record 59:00.

48 Ib., record 1:10:00.

49 Ib., record 1:14:00.

50 Artículo 332.

51 Entre otras, providencias del 30 de marzo de 2006 y 7 de julio de 2008, Radicados 24.468 y 29.866.

52 Con excepción de las pruebas que se hubiesen producido o incorporado anticipadamente ante el Juez de control de garantías.

53 CHIESA, Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales. Publicaciones JTS. USA. 2005. Tomo III, pág. 38.

54 Sentencia del 24 de noviembre de 2005, Radicado 24.323.

55 Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

56 Grabación N° 4 del juicio oral, record 1:15:50.

57 La misma está adosada a folios 60, carpeta.

58 Grabación N° 4 del juicio oral, record 1:30:00.

59 Grabación N° 6 del juicio oral, record 0:13.

60 Grabación N° 5 del juicio oral, record 23:55.