

Proceso n.º 33989

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N.º 411

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver de fondo sobre el recurso de casación presentado por el defensor público de Mónica Johana Cuervo Solis contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga que, tras confirmar la dictada por el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, la condenó por el delito de secuestro extorsivo agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Al medio día del 30 de marzo de 2007 el menor D.A.E. de 8 años de edad para la época, salió de estudiar de la escuela “Alejandro Durán”, localizada en la ciudad de Palmira (Valle), pero no llegó a su casa. Al percatarse de su ausencia, Beatriz Elena Salazar Liz (madre) inició su búsqueda, preguntó a varias personas por su paradero y pasó por la residencia de Mónica Johana Cuervo Solis -hermana de Lina María Pantoja Solis con quien el padre del niño sostuvo una relación amorosa-, pero ella negó haberlo visto. En horas de la tarde de ese día Beatriz Elena recibió una llamada telefónica en la que una voz

masculina le exigió \$80.000.000 a cambio de liberar al menor, y le advirtió que de avisar a las autoridades lo enviarían en “pedazos”. El 2 de abril siguiente fue contactada nuevamente vía telefónica para indagarle por el dinero solicitado pero ante la manifestación de haber conseguido solo un millón de pesos cortaron la llamada. Ese mismo día la policía halló un cadáver en descomposición, que resultó ser el niño.

En proceso separado Lina María Pantoja Solís aceptó cargos por el homicidio del menor.

2. En audiencia del 20 de abril de 2007 el Juzgado 3° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Palmira legalizó la captura de Mónica Johana Cuervo Solís. En el mismo acto la Fiscalía 15 delegada ante el Gaceta de Cali le formuló imputación por los punibles de homicidio agravado y secuestro extorsivo agravado, y solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, que fue decretada¹.

El 25 de mayo de 2007 la fiscalía presentó en su contra escrito de acusación por la comisión del delito de secuestro extorsivo, en calidad de coautora, tipificado en el artículo 169 del Código Penal, agravado por los numerales 1, 6 y 10 del 170 ibidem². El 13 de junio del mismo año el Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Buga inició la audiencia correspondiente³, que finalizó el 21 de agosto siguiente⁴.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 26 de septiembre de 2007⁵ y allí se señaló el 17 de octubre de ese año para iniciar el juicio. La audiencia pública no se llevó a cabo el día fijado porque del centro de reclusión no trasladaron a la acusada⁶, lo mismo ocurrió el 25 de octubre siguiente⁷.

El 9 de noviembre de 2007 se dio inicio al juicio, momento en el que la fiscalía advirtió que acusaba a Mónica Johana no en calidad de coautora sino de cómplice. El debate público finalizó el 27 de julio de 2009, cuando se anunció el sentido condenatorio del fallo y la representante de la víctima expresó su deseo de no adelantar incidente de reparación integral dentro del proceso penal⁸.

El 7 de septiembre de esa anualidad el Juez 1º Penal del Circuito Especializado de Buga dio lectura a la sentencia, en la que halló penalmente responsable a la acusada del delito de secuestro extorsivo agravado, en calidad de cómplice, conforme a los artículos 169 y 170 -numerales 1 y 6- del Código Penal. En consecuencia, la condenó a 197 meses de prisión, multa de 3.229 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad de derechos y funciones públicas por término igual; le negó los subrogados y sustitutos penales y libró en su contra orden de captura⁹.

La defensa recurrió en apelación y el Tribunal Superior de Buga, en providencia del 15 de diciembre de 2009, confirmó la decisión¹⁰.

LA DEMANDA

El defensor público de Mónica Johana Cuervo Solis acusa la sentencia de segundo grado al amparo de un único cargo: nulidad, por afectación sustancial de la estructura del proceso. Los falladores -dice- no dieron aplicación al artículo 454 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y, por ende, no ordenaron repetir el juicio. Sustenta así su demanda:

La audiencia de juicio oral fue iniciada por el juez Zabala Esquivel, quien luego de 9 meses y 25 días fue reemplazado por el doctor Víctor Gildardo Trujillo, pero la culminó el 27 de julio de 2009 el juez Oscar Rayo. El primer funcionario recepcionó 10 testimonios, el siguiente 4 y el último 3. Sin embargo, el fallo se soportó en los testimonios recogidos por los dos primeros, con excepción del rendido por Guillermo Enrique Muñoz, que tuvo lugar en la última sesión.

Así las cosas, fueron tres los jueces que atendieron el juicio, por lo que se violó el artículo 454, inciso 3, del estatuto procedimental penal. En este caso no se está ante

alguna de las excepciones allí previstas porque no hubo situación sobreviniente de extrema gravedad, en los términos descritos en la sentencia C-1198 de 2008. Por consiguiente, se violaron los principios de concentración e inmediación, el juez que adoptó la decisión no fue quien presenció el juicio en su integridad, lo que le impidió tener una visión real, objetiva y dinámica de las pruebas practicadas. Se olvidó que la permanencia de la prueba no rige en el nuevo sistema.

Aunque la ley prevé la utilización de medios técnicos, la Corte Constitucional, en sentencia C-059 de 2010, resaltó que ellos no reemplazan la percepción directa que tiene el juez sobre las pruebas, y que repetir la audiencia de juzgamiento cuando el paso del tiempo altera gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas, no se opone al derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas.

No se puede culpar a la defensa de dilación por haber impugnado, toda vez que ello sería desconocer el derecho de contradicción y a la doble instancia de la acusada.

Se trasgredieron los artículos 29, 228 de la Carta Política y 6 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita se declare la nulidad de lo actuado desde el inicio de la audiencia de juicio oral (9 de noviembre de 2007).

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN¹¹

1. El defensor confirmó la situación fáctica y los argumentos jurídicos expuestos en la demanda e insistió en que el debate público se extendió por 20 meses y 18 días con intervalos muy largos. Fue tal la dilación que a su prohijada se le otorgó la libertad por vencimiento de términos.

2. El delegado de la fiscalía pidió se desatendieran las peticiones de la defensa por lo

siguiente:

Desconoce la técnica de casación porque ataca las sentencias de primera y segunda instancia, olvidando que el recurso procede solo contra las de segundo grado.

Aunque fueron 3 los jueces que conocieron del juicio, no puede dejarse de lado la naturaleza del delito (secuestro), la calidad de la víctima (niño de 8 años) y el hecho de que la hermana de la acusada aceptó cargos por homicidio.

La defensa fue la que propició la demora en el juicio, pues no asistió a una audiencia e interpuso recursos de apelación. Además, guardó silencio ante los cambios de juez y solo reclamó la nulidad cuando se dictó el fallo. De manera que el medio extraordinario es una estrategia y su real pretensión es que se absuelva a la acusada por duda.

Recordó que en la sentencia C-1198 de 2008 la Corte Constitucional reconoció que hay motivos de fuerza mayor que permiten que la audiencia se extienda, como ocurrió en este caso: paro judicial, no traslado de la procesada por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y audiencias concomitantes, entre otros.

En fallo de 17 de marzo de 2010 (radicado 32.829) la Corte Suprema de Justicia sostuvo que, tal como sucedió en los radicados 27.192, 32.196 y 32.556, no había lugar a decretar nulidad porque el cambio del juzgador no fue trascendente, no desconoció el debido proceso y no violó garantías fundamentales.

En esta ocasión el cambio de juez obedeció a circunstancias de fuerza mayor: la renuncia presentada por los funcionarios. El fallo condenatorio no solo se sustentó en lo dicho por Teresa de Jesús Muñoz sino en todas las evidencias traídas al juicio, que corroboraron lo afirmado por los testigos en un comienzo. Si bien el debido proceso se pregona de quien es procesado, las víctimas también gozan de ese derecho, por lo que es inadmisibles la nulidad de un juicio que inició hace 3 años. El derecho sustancial prevalece sobre el

formal, y el fin último es encontrar la verdad y materializar la justicia.

La nulidad es una medida extrema y el recurrente omitió señalar la trascendencia de la irregularidad; además, no se afectaron garantías.

3. El representante del ministerio público reconoció la necesidad de que una decisión de condena sea el resultado de la observancia y el respeto del debido proceso.

En su criterio, los principios de concentración e inmediación hacen parte de la estructura del sistema penal acusatorio y son los pilares en los que descansa la audiencia pública de juzgamiento.

Del contenido de los artículos 16 y 17 del estatuto procesal penal, se desprende que en el nuevo sistema las pruebas deben ser practicadas ante el funcionario encargado de decidir, y que ello debe ocurrir en el menor tiempo posible, de modo que aquél resuelva conforme a lo percibido directamente. Por ello, se vulneran los principios mencionados, el debido proceso y las garantías fundamentales cuando durante el juicio el juez es reemplazado por otro.

Aunque admitió que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal cada caso debe analizarse de manera separada, destacó que en esta oportunidad es clara la trasgresión porque el juicio fue muy extenso y el juez que dictó sentencia no estuvo presente en la recepción de las pruebas, por lo que la decisión no surgió de la impresión que él se llevó de las pruebas practicadas. Esa irregularidad reviste la trascendencia necesaria para que se anule lo actuado porque viola los principios de inmediación y concentración.

Es inviable hablar de situaciones sobrevinientes graves y no se cumplió con lo expuesto por la Corte en providencia dictada dentro del radicado 32.196, en cuanto el juez no informó a la audiencia sobre el cambio de funcionario y la posibilidad de nulidad.

Para solucionar la irregularidad es preciso declarar la nulidad reclamada por el casacionista.

CONSIDERACIONES

El asunto que se debate

La Corte debe determinar si el cambio en la persona del juez del conocimiento durante la audiencia de juzgamiento y la prolongación de ésta por lapso considerable constituyen irregularidades dentro de un proceso penal regido por la Ley 906 de 2004 y si ello, per se, conduce a la declaratoria de nulidad y a la repetición de juicio.

Una vez dilucidado lo anterior, habrá de establecer si la solución del asunto variaría cuando, como en esta ocasión, fueron varios los jueces -diversos funcionarios- que presenciaron el juicio pero el que anunció el sentido del fallo y profirió sentencia se apoyó en pruebas no percibidas directamente.

Con tal propósito recordará su jurisprudencia en torno a la observancia de los principios que rigen el sistema penal acusatorio y al concepto del juez natural.

Los principios de concentración, inmediación y juez natural en la Ley 906 de 2004

1. El sistema penal acusatorio se rige, entre otros, por los principios de concentración e inmediación, previstos no por iniciativa propia del legislador de 2004 al expedir la Ley 906 (artículos 16 y 17), sino directamente por el Constituyente derivado a través del Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución Política.

La observancia de tales principios es, entonces, mandato directo de la Carta fundamental. De allí que el campo de maniobra del operador jurídico sea restringido y la

mayor o menor flexibilidad en su aplicación sólo podrá tener lugar al amparo de una interpretación transversal de las normas superiores.

La relevancia del numeral 4º del referido artículo 250 es considerable en el nuevo sistema. No solo reconoce a la Fiscalía General de la Nación la facultad exclusiva de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, sino que impone reglas claras para adelantar el juicio: que sea público, oral, orientado por principios de inmediación de la prueba, contradicción, concentración y con plenas garantías.

2. La inmediación se vincula con la percepción que debe tener el juez con la prueba, con los sujetos procesales, de manera que sea el funcionario que va a proferir fallo de primera instancia el que directamente practique las pruebas y ante quien se presenten los alegatos¹². Al tenor del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, solamente podrán estimarse las pruebas que hayan sido producidas e incorporadas en el juicio público, con garantía de contradicción y confrontación frente al juez de conocimiento, con algunas taxativas salvedades.

Ese principio se encuentra íntimamente relacionado con el de concentración, en cuanto para que aquél sea efectivo, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue más de lo necesario, lo racional, para que la memoria no se pierda.

3. El principio de concentración se halla así previsto en el artículo 454 de la Ley 906 de 2004:

“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 hacérsele 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.”

Dicho principio se opone al de permanencia de la prueba, que regía en la Ley 600 de 2000 y en estatutos procesales anteriores, e implica que el juicio (i) es el escenario en el que, por regla general, se practican las pruebas; (ii) que debe ser continuo, salvo que se esté ante una situación sobreviniente y grave que lo impida, caso en el cual podrá suspenderse por el tiempo que ella dure; (iii) que debe tener una secuencia necesaria, racional en el tiempo, de modo que no afecte la memoria de lo sucedido en la audiencia, y (iv) que debe ser presidido por un mismo juez. La concentración, en criterio de la Sala, tiene por los menos cinco alcances¹³:

Uno:

“...referido a que las pruebas fundamento de las decisiones de mérito no sean recaudadas a lo largo de todo el diligenciamiento, ni siquiera en cualquier momento del ciclo de juzgamiento, sino únicamente, por regla general, salvo excepciones regladas sobre el particular (v.g. prueba anticipada), de manera concentrada en la oportunidad dispuesta para ello por el legislador dentro del debate oral.”

Dos, que evita la desconcentración en el recaudo probatorio y está:

“...íntimamente relacionado con el principio de inmediación, se orienta a evitar que los medios de convicción arriben al conocimiento del juez a quien corresponde resolver el asunto, luego de haber sido recaudados por otros funcionarios, pues ello crea un escollo en el conocimiento directo y objetivo, sin intermediarios, que debe asistir al fallador sobre el

asunto cuya reconstrucción intenta a través de las pruebas.”

Tres:

“...en conexión con el principio de contradicción, propugna por conseguir que el debate librado por los sujetos procesales e intervinientes dentro del momento establecido para ello en el juicio respecto de la validez y aporte demostrativo de cada una de las pruebas en las cuales apoyan sus diferentes pretensiones e intereses, se surta delante del juez al que corresponde discernir, como tercero imparcial, de lado de quién y en qué medida se encuentra la razón.

Este alcance también brinda a los sujetos procesales e intervinientes la seguridad de que los elementos de juicio de sus contendientes serán conocidos en un momento específico definido para ello, y será allí cuando tendrán la oportunidad de adelantar sus estrategias conforme a sus intereses.”

Cuatro:

“...relacionado con el principio de oralidad, patrocina que el debate probatorio propio del juicio, así como las alegaciones que en él presenten los sujetos procesales e intervinientes, se realicen de manera oral, en procura de asegurar la agilidad y fidelidad a la actuación, “sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido” (artículo 9º de la Ley 906 de 2004).”

Cinco:

“...congruente con el principio de continuidad, apunta a que ‘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 presentan circunstancias especiales que lo justifiquen' (artículo 17 de la Ley 906 de 2004)."

4. Ahora bien, el mismo artículo 454 prevé la posibilidad, excepcional, de que la audiencia del juicio se suspenda. Empero, establece que ello sólo puede tener lugar ante situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad y cuando no exista otra alternativa viable, caso en el cual la interrupción podrá extenderse únicamente por el tiempo que dure ese fenómeno.

Esa suspensión -se insiste- excepcional opera bajo el supuesto de que el acaecimiento que da lugar a ella no sea de cualquier índole y no puede ser superado. Además, la interrupción solo durará mientras subsista esa situación imprevista, y de incidir, por el trascurso del tiempo, en la memoria de lo sucedido en la audiencia y en los resultados de las pruebas, el juicio deberá repetirse.

La Corte, en sentencia del 4 de marzo de 2009¹⁴, encontró que las suspensiones dispuestas en el juicio adelantado contra un adolescente encuadraban dentro de esas excepciones en tanto "obedecieron a causas sobrevinientes de especial gravedad, tales como la importantísima oportunidad de escuchar en declaración a la víctima, en otra la inasistencia del acusado y en la siguiente la inasistencia del defensor, todas ellas suficientes para advertir su trascendencia en el aporte demostrativo de la conducta investigada o en la legitimidad del trámite, so pena de acarrear su invalidación."

5. Otro principio que rige el sistema es el del juez natural, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como elemento sustancial del debido proceso y plasmado en el 19 de la Ley 906 de 2004. Constituye para el procesado garantía de que será juzgado por la autoridad previamente determinada y revestida de competencia en la ley, y que el término "juez" alude, no al cargo, sino a la persona. Así lo ha reconocido la Corte: el juez natural hace referencia a la persona, no al cargo:

“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, por ejemplo el 62, adelantaba el juicio y luego, ya fuese por vacaciones, por enfermedad o por otra causa, era otro -su reemplazo- el que profería sentencia. La garantía constitucional no se afectaba en tanto se mantuviera el asunto en el juzgado 62.

No obstante, en el nuevo sistema -el denominado penal acusatorio oral- ese concepto, tratándose del juicio oral, se entiende de manera diversa y restringida, en tanto 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.

Esa fue la intención del legislador de 2004 y así quedó consignado en el estatuto procedimental penal de ese año (Ley 906). De allí que el artículo 454 contemple, entre otros eventos, que cuando deba cambiarse el juez durante alguna de las etapas del juicio, la audiencia correspondiente habrá de repetirse¹⁵.

En efecto, se desnaturaliza el sistema cuando el funcionario que emite el fallo no es el mismo -en términos de persona- a aquel que asistió al debate oral. El cambio en el juzgador se muestra admisible únicamente cuando el nuevo repite el juzgamiento.

De manera que 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.

1.3. La existencia de registros que permiten verificar lo ocurrido durante el debate no pueden servir de sustento para que el nuevo juez -ajeno al mismo- resuelva el caso. 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.”¹⁶

6. De lo expuesto surge que la inmediación, la concentración y el juez natural son postulados que guían el juicio oral y público. Así mismo, que no acatarlos implica desconocimiento de mandatos constitucionales y legales y, en principio, resquebrajamiento del debido proceso. A su vez, que el juez (persona) que preside el juicio debe ser el mismo que anuncia el sentido del fallo y el que lo profiere.

A pesar de ser las precedentes reglas orientadoras del proceso penal acusatorio, hay eventos en los que si bien hay variación en la persona del juez (persona) o prolongación del juicio, no obstante ser una situación anómala la misma no resulta trascendente hasta el punto de configurar nulidad y obligar a repetir el juicio.

En efecto, la Corte ha consentido en que un juez diferente al que adelantó el debate oral y practicó las pruebas emita la sentencia correspondiente. Empero ello ha sido excepcional, justamente porque, vistas las características del caso, no ha comprobado lesión de derechos y garantías fundamentales.

Así, en la sentencia del 30 de enero de 2008 (radicado 27.192) ¹⁷ la Sala no declaró la nulidad reclamada por el cambio en la persona del juez durante el juicio en razón a que –determinó, constató– la prueba practicada por el primero no tuvo incidencia alguna en el sentido del fallo.

En sentencia del 20 de enero de 2010 (radicado 32.556)¹⁸ si bien la Corte admitió que el juez que dictó sentencia fue diferente al que presenció la audiencia y emitió el sentido del fallo, concluyó que no había lugar a invalidar lo actuado porque no se ocasionó perjuicio para el procesado (recurrente), no se lesionaron sus garantías constitucionales y menos se afectó el debido proceso. Dijo así la providencia:

“En primer lugar, consta en los registros que la juez que dirigió el juicio y ante quien se

practicaron las pruebas fue la misma que en audiencia del 22 de abril de 2008 anunció el sentido del fallo.

En segundo término, aparece que la primera funcionaria anunció que el sentido del fallo sería condenatorio, justamente porque en su criterio, luego de valorar las pruebas, Páez Hidalgo era responsable de la comisión de los delitos de homicidio agravado, homicidio agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

La sentencia que luego profirió la nueva juez fue, igualmente, de condena por los mismos punibles.

De manera que la orientación de la sentencia coincide con el anuncio del sentido del fallo.

En tercer lugar, los argumentos exhibidos en la sentencia son coincidentes con los expuestos por la juez en la audiencia de anuncio del sentido del fallo. Es más, en la providencia no solo se desarrollaron los fundamentos esbozados en esa audiencia, sino que su contenido es, en esencia, una materialización casi textual de la exposición hecha por la juez.

En cuarto lugar, la falladora en el cuerpo de la sentencia advirtió que hubo variación en la persona del juez, y, adicionalmente, resaltó que ella no se limitó a reproducir los argumentos expuestos en la audiencia de sentido de fallo sino que se ocupó de revisar los registros de video y audio de las audiencias.”

El mismo 20 de enero (radicado 32.196) ante una eventualidad idéntica a la anterior¹⁹, la Corte tampoco invalidó el proceso penal por considerar que la irregularidad denunciada no se mostraba trascendente puesto que hubo unidad temática entre el anuncio del sentido del fallo y el fallo mismo, por lo que no se vulneraron derechos ni

garantías constitucionales.

Posteriormente, en proveído del 17 de marzo de 2010 (radicado 32.829) enfrentó una situación similar, en tanto el juez que adelantó el juicio, ante quien se practicaron las pruebas y anunció el sentido de fallo, fue reemplazado por otro que profirió la sentencia. Tampoco declaró la nulidad.

Por consiguiente, solo en especiales eventos resulta aceptable que un juez diferente al que adelantó el juicio profiera sentencia de primera instancia. De convertirse lo expuesto en regla de comportamiento procesal aceptada, conllevaría trastocar el sistema y regresar a esquemas ya superados en donde la permanencia de la prueba era un principio.

Nótese que en los casos examinados el juez que percibió las pruebas soporte del fallo ha sido el mismo que anunció sentido de fallo, y que la sentencia, aunque dictada por otro, guarda unidad temática con los argumentos expuestos en el anuncio.

Si bien la variación en la persona del juez o la extensión del juicio son situaciones, per se, inusuales, para que se genere nulidad es preciso que, analizadas concienzuda y detenidamente las particularidades del caso, se determine, sin ambages, que con tal variación se afectó la estructura básica del proceso, se trasgredieron los principios que lo rigen y/o se lesionaron los derechos de las partes.

Si una anomalía de ese talante se alega en casación y con fundamento en ella se reclama nulidad, es imperioso examinar con detenimiento el caso para establecer si hubo o no grave afectación del debido proceso y de los derechos y/o garantías fundamentales de alguna de las partes, pues de no comprobarse ello, resulta inane decretar nulidad, en tanto sería imponer las formas sobre la sustancia.

No existen estándares o reglas aplicables a la generalidad de los procesos para declarar trasgredido un principio determinado y para predicar nulidad de la actuación.

De manera que -se insiste- cada proceso ha de estudiarse detenidamente, verificando sus características, sus peculiaridades, y los sucesos que surgieron en el juicio para concluir si hubo o no quebrantamiento de algún principio.

7. La existencia de registros de audio y video -ya lo ha sostenido la Sala- no hacen nugatorio el principio de inmediación, puesto que el juez debe percibir las pruebas directamente para poder adoptar una decisión más acorde con la realidad. Si bien son necesarios, en tanto serán la herramienta con que se cuenta en la segunda instancia y en sede de casación, no pueden convertirse en elementos con los cuales se adopte sentencia de primera instancia.

La Corte Constitucional ha llamado la atención sobre ello en los siguientes términos: “si bien se trata de herramientas valiosas que han permitido la implementación de un sistema penal fundado en la oralidad, también lo es que se trata de simples instrumentos que no reemplazan la percepción directa que tiene el juez sobre las pruebas”²⁰.

Para esa Corporación los principios de concentración e inmediación son medulares en el sistema penal acusatorio, por lo que los jueces deben intentar realizar las audiencias con plena observancia de los mismos. La interrupción del juicio no es lo deseable, de donde su repetición debe ser excepcional. Así, con ocasión del estudio de constitucionalidad del inciso 3 del artículo 454 de la Ley 906 de 2004²¹, dijo en la sentencia C-059 del 3 de febrero de 2010:

“Por supuesto que la interrupción de las audiencias de juzgamiento no es deseable en un sistema penal acusatorio, ni debe convertirse en una práctica recurrente. Por el contrario, los funcionarios judiciales deben garantizar la continuidad del juicio oral a efectos de acercarse, lo antes posible, a la verdad de lo sucedido, e igualmente, para evitar situaciones que puedan llegar a afectar a las víctimas y a los testigos. En

efecto, no escapa a la Corte el hecho de que la repetición de la práctica de pruebas puede lesionar los derechos de los intervinientes en el proceso penal, en especial, cuando las víctimas sean niños o adolescentes.

Así las cosas, la Corte considera que las normas acusadas no lesionan el derecho al debido proceso. Sin embargo, insiste en señalar que la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos.” (Subrayas nuestras).

8. Ahora bien, resulta oportuno recordar que la observancia de los principios mencionados es un mandato para todos los juzgadores. Empero, tratándose de jueces colegiados, sea en segunda instancia o en casación, su aplicación opera de forma diversa, en tanto lo esencial es que se verifique la mayoría de los integrantes de la Sala, pues la función jurisdiccional descansa en el ente colectivo, no en el magistrado individualmente considerado. Así se sostuvo en sentencia del 17 de marzo de 2010 (radicado 32.829):

“...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).

(...)

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.”

De manera, pues, que el solo cambio en la persona de un integrante de la Sala no constituye razón de valía para cuestionar la legalidad del juicio. Para que se consolide una irregularidad trascendente que conduzca a la nulidad de lo actuado es preciso que la variación sea de la mayoría que constituye quórum en la composición de la Sala, de modo que pueda argüirse una verdadera mutación, o mejor, argumentar que hubo cambio del juzgador, del juez colegiado.

Las irregularidades advertidas y la necesidad de declarar la nulidad reclamada por el casacionista

9. En el expediente se observa lo siguiente:

9.1. La trasgresión de los principios de concentración, inmediación y juez natural

La audiencia del juicio fue prevista para el 17 de octubre de 2007 pero ese día no se llevó a cabo porque del establecimiento carcelario no trasladaron a la acusada²². Sin embargo, inició el 9 de noviembre de ese año y después de varias sesiones terminó el 27 de julio de 2009.

La audiencia del 9 de noviembre de 2007 fue presidida por el juez Luis Mariano Zabala Esquivel, quien recibió el testimonio de Pablo César Domínguez Sánchez²³. Llama la atención de la Corte que en esa sesión la fiscalía, luego de haber acusado a Mónica Johana como coautora, varió la imputación para endilgarle la calidad de cómplice²⁴.

En audiencia del 12 de diciembre de 2007 el mismo juez escuchó a los testigos Omar Aníbal Cano Salazar y Jhoan Eyder Villegas Guefía²⁵.

El 11 de abril de 2008 el mismo funcionario escuchó a los testigos Franck Estefan Muñoz Marín, Jhonis Ramos Velásquez y Teresa de Jesús Muñoz. Fijó el 16 de mayo siguiente para continuar el juicio²⁶.

Ese 16 de mayo no hubo audiencia, el fiscal pidió aplazamiento²⁷. Se señaló entonces la fecha del 27 de junio, pero tampoco se llevó a cabo porque la directora del centro de reclusión pidió no realizarla dada la celebración del día del INPEC²⁸.

Se continuó el juicio el 16 de julio de 2008²⁹, sesión en la que el juez Zabala Esquivel escuchó las declaraciones del subintendente Claudio Gilberto Bastidas Henríquez, Beatriz Eliana Salazar Liz, Octavio Enrique Duque Lasso y Martha Lucía Mosquera Castañeda. Luego propuso seguir el 25 de septiembre de ese año, pero por solicitud de la defensa se dispusieron sesiones para ese día y para el 13 de agosto.

El 13 de agosto de 2008 no hubo audiencia porque el fiscal no se hizo presente³⁰. Por auto del 10 de septiembre un nuevo juez, Víctor Gildardo Trujillo Correa, fijó fecha para el 8 de octubre por imposibilidad suya para asistir el 25 de septiembre³¹.

Del 16 de septiembre al 10 de octubre de 2008 hubo paro judicial³². El juez Trujillo Correa señaló nueva fecha para el 5 de noviembre de esa anualidad.

El 5 de noviembre no se llevó a cabo audiencia porque solo acudió el apoderado de la víctima³³. Al día siguiente se señaló fecha para el 6 de enero de 2009.

El 6 de enero de 2009 no asistió el fiscal (ese día se excusó vía fax)³⁴ y el 9 de febrero siguiente no acudió la defensa ni el ministerio público³⁵.

A la sesión del 10 de marzo de 2009 no acudió el fiscal³⁶. El juez Trujillo Correa llamó la atención a los sujetos procesales por su inasistencia.

El 11 de mayo de 2009 el fiscal no llevó a la audiencia los testigos, por lo que no se realizó³⁷.

El 12 de mayo de 2009 el Juez Trujillo Correa escuchó en declaración al patrullero Yesid Arias Nieto, a Pedro Antonio Nieva Casamachín, a John Freddy Cuervo Hidalgo y a José Euclides Cuervo Villada³⁸.

El 23 de julio de 2009 no concurrieron los testigos de la fiscalía³⁹

La audiencia del 27 de julio de 2009 fue presidida por un nuevo juez, Oscar Rayo Candelo, quien recibió el testimonio de Pedro Harold Ortega, del sargento Guillermo Enrique Muñoz Echeverry y de José David Bonilla Milán. Luego de lo cual anunció el sentido del fallo⁴⁰ y el 7 de septiembre de 2009 profirió sentencia.

Del recuento hecho surge que el juicio (i) no se agotó en una sola audiencia; (ii) no fue continuo, ni las sesiones consecutivas; (iii) se extendió sin medida, innecesaria e irracionalmente, con largos intervalos de tiempo; (iv) fue presidido por tres jueces (personas) diferentes; (v) las pruebas fueron practicadas, sin repetirse, por esos tres funcionarios en distintas fechas, y (vi) el juez que anunció sentido del fallo y profirió sentencia no fue el mismo que presenció la totalidad del juicio.

Se desconocieron, entonces, los principios de concentración, inmediación y juez natural.

9.2. La situación anómala descrita reviste trascendencia en cuanto afecta la estructura misma del debido proceso y las garantías fundamentales de la acusada.

Tal como se describió en precedencia, el juicio no tuvo lugar dentro de un periodo catalogado como razonable atendiendo las pruebas y la complejidad del asunto.

Si bien el transcurso del tiempo estropea, por regla general, la memoria del juez, esa sola circunstancia no constituye motivo suficiente para ordenar repetir el juicio. Es preciso revisar las particularidades del caso, tales como la naturaleza del juez, la situación de las partes en el proceso, las garantías y sus derechos, con el fin no afectar a la efectiva administración de justicia ni los derechos de los testigos y las víctimas.

En esta oportunidad, la extensión en el tiempo del juicio aunada al cambio de jueces y a la ausencia de percepción de la prueba de quien anunció el sentido del fallo y lo profirió, sí conducen a declarar la nulidad. Es más, si como en este proceso fueron tres los jueces que conocieron, cómo podría determinarse la memoria de cuál de ellos se vio afectada.

Es evidente que la responsabilidad endilgada en el fallo de primera instancia se soportó en los testimonios de Teresa de Jesús Muñoz, del padre de Mónica Johana y de Beatriz Eliana, así como en el resultado del allanamiento realizado a la residencia de la acusada. Sin embargo, esas pruebas no fueron recepcionadas directamente por el funcionario que anunció el sentido del fallo y que dictó sentencia, sino por los anteriores.

Fue el primer juez quien escuchó a Teresa de Jesús y a Beatriz Eliana, mientras que la declaración del señor Trujillo Corredor fue recibida por el segundo ¿Cómo puede predicarse entonces observancia del principio de inmediación?

Conviene insistir en que la situación objeto de examen difiere sustancialmente de la presentada en los casos anteriormente referenciados -cuando la Corte no declaró la nulidad de la actuación- puesto que el juez que ahora anunció sentido del fallo y dictó sentencia no fue el mismo que presidió las audiencias del juicio en las que se recibieron las pruebas que soportan la declaratoria de responsabilidad.

De otro lado, contrario a lo afirmado por el delegado de la fiscalía en la audiencia de sustentación del recurso de casación, la interrupción del juicio no obedeció a motivos atribuibles exclusivamente a la defensa.

En efecto, mientras el defensor dejó de asistir a dos sesiones, la fiscalía no acudió (o pidió aplazamiento) en cinco oportunidades y en otras dos hizo presencia sin los testigos, fue el último juez quien adelantó gestiones para ubicarlos. Si bien la defensa impugnó algunas determinaciones, los motivos de su inconformidad no resultaron carentes de argumentación jurídica o dilatorios, así lo reconoció el Tribunal al desatar la alzada⁴¹.

Es más, el defensor, en sesión del 16 de julio de 2008, reclamó agilizar el juicio y el 14 de noviembre de 2008 la acusada hizo solicitud similar⁴².

Adicionalmente, se pudo observar que en la mayoría, si no en todos los autos en virtud de los cuales se fijó fecha para audiencia, se expresó a manera de formato la imposibilidad para citar dentro de los cinco días⁴³.

Sólo hasta el 10 de marzo y el 12 de mayo de 2009 el juez expresó su descontento con los sujetos procesales por las inasistencias e intentó exigir a la fiscalía compromiso frente a la comparecencia de los testigos (el delegado apeló esa determinación).

No le asiste razón a la fiscalía en sus apreciaciones, puesto que las situaciones que dieron

lugar a la suspensión del juicio no encuadran dentro de las excepciones previstas en el artículo 454 de la Ley 906 de 2004, es decir, no tienen la característica de graves e imprevistas que no pudieran ser superadas de otra forma. Inclusive, aun si en gracia de discusión se les tuviera como tales, lo cierto es que por las particularidades del juicio -cambio de jueces y tiempo transcurrido- se hacía necesario repetirlo.

9.3. Las anomalías expuestas conducen a declarar la nulidad reclamada y el remedio extremo no atenta contra el derecho de las víctimas.

El desconocimiento de los principios que rigen el sistema penal acusatorio, la extrema parsimonia con que actuó la fiscalía y los mismos jueces que conocieron del juicio, conducen a declarar la nulidad desde el mismo momento de su inicio a efectos de que se verifiquen tales postulados y se haga efectivo el debido proceso.

El fallador de segunda instancia reconoció la demora en el juicio pero excusó la nulidad señalando que el derecho sustancial debe prevalecer, así como el derecho de acceso a la administración de justicia y que no puede desconocerse la realidad y la congestión de los despachos judiciales.

La Sala no desconoce que se está ante un delito grave, que se cometió en la humanidad de un niño, y que la declaratoria de nulidad podría hacer inócua los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación. Sin embargo, la prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución) y la efectiva administración de justicia no pueden avasallar el debido proceso y las garantías mínimas del acusado. No hay duda que la repetición de la audiencia del juicio oral es excepcional, so pena -recalcó la Corte Constitucional en la sentencia C-059, ya citada- de no afectar a las víctimas y a los testigos, pero cuando se ha violentado el derecho al debido proceso de quien está siendo procesado, es necesario, frente a la tensión de derechos, hacer una ponderación y examinar con detenimiento el asunto con el fin de

no hacer nugatorias las garantías legales y constitucionales de aquél. En esta ocasión, no se constata lesión a las víctimas.

En efecto, la víctima del delito por el cual se procedió era menor de edad y a pesar de que el margen de actuación del juez en esos casos es más riguroso, en tanto debe orientarse por el principio del interés superior del niño, lo cierto es que, por una parte, en este caso el representante de las víctimas expresó su intención de no iniciar incidente de reparación integral dentro del proceso penal; y, de otra, su derecho a la verdad y a la justicia tampoco se ve amenazado, pues no se avizora inminente prescripción de la acción penal, de modo que conduzca a ausencia de justicia o de sanción y tampoco se evidencia una posible desaparición de los testigos, de los elementos probatorios o de las evidencias físicas.

Los derechos de las víctimas no pueden desvanecer la garantía de un debido proceso del acusado. Desconocer ese postulado implicaría victimizar el proceso penal y hacer nugatorio los derechos de los procesados reconocidos en instrumentos internacionales. Las víctimas tienen derecho a la verdad a la justicia y a la reparación pero dentro de los límites de la legalidad, sin violentar los derechos del procesado.

Resulta relevante destacar que el juez del conocimiento preside el juicio y es el director del proceso. Por consiguiente, debe velar porque la actuación se adelante con plena observancia de los principios que inspiran el sistema y con absoluto respeto del debido proceso y de las garantías fundamentales. De manera que si advierte maniobras dilatorias o actuaciones dirigidas a obstruir la correcta, efectiva y transparente administración de justicia debe hacer uso de sus poderes disciplinarios en orden a impedir dilaciones injustificadas y lograr una justicia pronta y eficaz (artículos 139 y 143 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

Se le recuerda al fiscal que los fallos de primera y segunda instancia conforman una

unidad inescindible, de modo que no resulta desacertado cuestionar el dictado por el a-quo cuando el Tribunal confirmó las consideraciones allí expuestas.

Finalmente, llama la atención de la Corte el completo desorden del expediente, actas legajadas sin atender un consecutivo de fechas, actuaciones sin foliar y discos compactos sin rotular.

10. Lo expuesto en precedencia conduce a la prosperidad del cargo propuesto. Así las cosas, se casará la sentencia impugnada y se declarará la nulidad de lo actuado desde la audiencia del juicio del 9 de noviembre de 2007, con la finalidad de que éste sea repetido a efectos de que se dé estricto cumplimiento a los principios mencionados. Ello, sin duda, debe hacerlo un funcionario diferente al que ya conoció, falló y sentenció el asunto con el fin de que se dé aplicación al postulado de imparcialidad, en cuanto aquél se encuentra “contaminado” por el conocimiento previo y preciso que tuvo de los hechos y de las pruebas -así solo haya percibido algunas-.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar la sentencia impugnada.

Segundo. Declarar la nulidad del juicio adelantado contra Mónica Johana Cuervo Solis por el punible de secuestro extorsivo agravado a partir, inclusive, de la audiencia del 9 de noviembre de 2007, con la finalidad de que éste sea repetido a efectos de que se dé estricto cumplimiento a los principios mencionados.

Tercero. Contra esta decisión no cabe recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Excusa justificada

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Acta obrante a folio 38 del cuaderno n.º 1.

2 Folio 1 a 4 del cuaderno n.º 1.

3 Acta obrante a folio 64 del cuaderno n.º 1.

4 Acta obrante a folio 89 idem.

5 Acta obrante a folio 101 idem.

6 Acta visible a folio 104 idem.

7 Ver folios 105 y 106 idem.

8 Acta obrante a folio 34 del cuaderno n.º 3. Durante el juicio un juez de control de garantías ordenó la libertad de la acusada por vencimiento de términos.

9 El fallo consta en medio magnético (disco compacto visible a folio 79 del cuaderno n.º 1.)

10 Folios 362 a 394 del cuaderno n.º 2.

11 Tuvo lugar el 7 de septiembre de 2010.

12 Puede consultarse la sentencia de casación del 17 de septiembre de 2007 (radicado 27.336).

13 Sentencia de casación del 4 de marzo de 2009 (radicado 30.645).

14 Radicado 30.645. En esa ocasión el proceso adelantado bajo el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (Ley 1098 de 2006) fue objeto de tres suspensiones, sin que hubiese cambio en la persona del juez.

15 “Artículo 454. Principio de concentración. La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trata 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 hacérsele comparecer coactivamente. Si el término de suspensión incide en 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.”

16 Sentencia del 20 de enero del año en curso (radicado 32.556).

17 En dicha ocasión fueron dos los jueces que presidieron el juicio oral. Ante el primero se practicó una prueba y las demás fueron recepcionadas por el segundo, que profirió sentencia.

18 Un juez presidió la totalidad del juicio y anunció el sentido del fallo, pero fue otro quien dictó sentencia.

19 Un mismo juez adelantó el juicio oral y anunció sentido del fallo, pero otro dictó sentencia.

20 Sentencia C-059 de 2010.

21 Dice así el inciso: “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 decide cambiar al juez.”

22 Folio 104 del cuaderno n.º 1.

23 Folio 109 Idem.

24 Acta visible a folio 110 Idem.

25 Folios 156 y 157 Idem.

26 Folios 190 a y 191 Idem.

27 Folio 203 Idem.

28 Folio 206 Idem

29 Folio 212 a 214 Idem, aunque en el acta figura el 17 de julio de 2008.

30 Folio 226 Idem.

31 Folio 228 Idem.

32 Folio 230 Idem.

33 Folio 233 Idem.

34 Folio 244 Idem.

35 Folio 267 Idem.

36 Folio 280 Idem.

37 Folio 289 Idem.

38 Folio 291 Idem.

39 Acta sin foliar obrante en el cuaderno n.º 3 entre los folios 20 y 21.

40 Folio 34 a 36 del cuaderno n.º 3.

41 Folio 147 a 149 del cuaderno n.º 1.

42 Folio 236 Idem.

43 Ver folios 188, 204, 208, 228, 231, 234 Idem.