

Proceso No 33.844

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA No. 150

Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011).

VISTOS

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor público de JULIO CÉSAR ARCILA PARRA contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, que confirmó el fallo emitido el 16 de octubre de 2009 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito del mismo distrito judicial, por cuyo medio lo condenó en calidad de autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. A las 3:30 de la tarde del 22 de agosto de 2007, el menor O.B.M.1, de 10 años de edad, fue persuadido por JULIO CÉSAR ARCILA PARRA de ingresar a su residencia ubicada en la Manzana B Casa 29 BIS, Barrio El Recreo de la ciudad de Armenia, lugar en el que una vez el menor entró, sirvió de escenario para que aquél lo obligara a ver revistas de contenido erótico sexual, ejerciera sobre él tocamientos libidinosos y le diera besos en su miembro viril.

2. Ese día, ante la Estación de Policía de Armenia, la madre de la víctima –MARTHA LILIANA BEDOYA OROZCO- formuló denuncia penal contra JULIO CÉSAR ARCILA PARRA.

3. El 5 de octubre de 2007, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Armenia, la Fiscalía Segunda Seccional de esa ciudad imputó a JULIO CÉSAR ARCILA PARRA el delito de actos sexuales con menor de catorce años previsto en el artículo 209 del Código Penal, agravado conforme al numeral 4º del artículo 211 ibídem. El cargo no fue aceptado por él.

En la misma audiencia preliminar, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

4. Como quiera que el 22 de octubre siguiente, entre la Fiscalía y el procesado debidamente asistido por su defensor, se suscribió un preacuerdo en el sentido de aceptar los cargos elevados en la formulación de la imputación, el ente investigador presentó el escrito de acusación respectivo.

5. El asunto correspondió a la Juez Cuarta Penal del Circuito de Armenia, funcionaria que programó la celebración de la audiencia de individualización de la pena y sentencia para el 6 de diciembre de 2007, a las 2:00 de la tarde.

6. Llegada la fecha y hora de la diligencia, la funcionaria de conocimiento procedió a realizar la verificación del acuerdo, oportunidad en la que el acusado manifestó su voluntad de no aceptar los cargos imputados.

Por consiguiente, la Fiscalía fue autorizada por el despacho judicial para formular en el acto, la acusación en los términos del artículo 338 de la Ley 906 de 2004.

7. Ante la misma juzgadora, el 7 de febrero de 2008 se surtió la audiencia preparatoria.

8. El juicio oral inició el 11 de marzo de 2008, pero fue suspendido a petición de la Fiscalía para que el menor fuera valorado psicológicamente.

El 13 de mayo siguiente, la defensa interpuso recurso de apelación contra la decisión de la juez de excluir una prueba, por lo que la audiencia nuevamente se suspendió hasta que se desató la alzada y el proceso regreso al despacho.

Se dispuso que el juicio continuara el 21 de enero y el 5 de marzo de 2009, pero ambas sesiones fueron suspendidas para procurar la comparecencia de un perito.

El 31 de marzo siguiente, se reanudó la actuación, pero ante la exclusión de una prueba, la defensa interpuso recurso de apelación que fue decidido favorablemente al recurrente el 21 de abril de 2009.

El debate oral terminó el 1º de septiembre de ese mismo año.

9. El incidente de reparación integral no se surtió porque el representante legal del menor manifestó no tener interés en él.

10. El fallo proferido el 16 de octubre de 2009, condenó al enjuiciado en los términos de la acusación y le impuso la pena principal de cinco (5) años, cuatro (4) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. De igual manera, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

11. La sentencia, apelada por la defensa técnica, fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, en fallo del pasado 27 de noviembre.

12. A través de defensor público, dentro de la oportunidad legal el procesado interpuso el recurso extraordinario de casación que fue concedido.

13. El asunto fue remitido a la Corte.

LA DEMANDA

Cargo Único. Nulidad.

Con invocación de la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor del señor ARCILA PARRA postuló un solo cargo en el sentido de “haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad”.

Explicó que la nulidad invocada es la prevista en el artículo 457 ibídem, es decir, por violación del debido proceso y el derecho a la defensa.

Acusó la sentencia de segunda instancia de violar el derecho a la defensa y especialmente, el literal k) del artículo 8º de la Ley 906 de 2004, relativo a los principios de celeridad, concentración, inmediación y contradicción.

En concreto, explicó que el juez de conocimiento admitió “una serie de contemplaciones a favor de la Fiscalía, representadas en aplazamientos, prórrogas y suspensiones del proceso, tanto en la etapa investigativa como en la Audiencia de Juicio Oral”.

Precisó que aunque su prohijado tenía derecho a un juicio público sin dilaciones injustificadas, se avaló la mora del Estado en “la auscultación psicológica (segunda) del menor presuntamente abusado”.

A continuación, hizo un detallado recuento de las actuaciones procesales surtidas a partir de la formulación de la acusación realizada 6 de diciembre de 2007 y hasta el 1º de septiembre de 2009, fecha de continuación del juicio oral.

Argumentó el censor que erró el Tribunal al señalar que las suspensiones generadas por los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la defensa durante el juicio oral

no comportan ninguna irregularidad por hacer parte del trámite procesal, pues lo probado es “que las dos apelaciones surtidas, solo propiciaron una espera de 16 y 21 días para un total de 37 días de prolongación por este concepto frente a los 15 meses y 19 días que presentó de duración el Juicio Oral”.

Aunque aseguró que las suspensiones, casi exclusivamente se debieron a la mora en la práctica de la aludida valoración psicológica, afirmó que este evento no corresponde a una situación “sobreviniente de manifiesta gravedad” que haga viable la aplicación del artículo 454 de la Ley 906 de 2004.

Agregó que la aducida mora y el descubrimiento de la prueba “por fuera de los términos normales del proceso, tuvo como consecuencia que la defensa no hubiera podido obtener en forma oportuna una valoración por su propia iniciativa, a fin de estar en capacidad científica de controvertir el expertito a surtir por el médico legista como prueba de cargo y fortificar la eficacia de su contrainterrogatorio frente a la declaración del menor presuntamente afectado, que, junto con el experticio, configura la prueba de cargo que llevó a los falladores de instancia a proferir sentencia condenatoria”.

Sostuvo sobre este aspecto que al carecer del informe pericial previo, la defensa no pudo ejercer debidamente el derecho de contradicción, pues “las oportunidades probatorias para las partes estaban precluidas al momento del descubrimiento tardío propiciado por la violación al principio de celeridad”.

El togado no pudo, por lo tanto, “establecer (ratificar o no) la verdadera capacidad de recordación del menor presuntamente abusado y la posible influencia de terceros, que no podía descartarse dada la sugestionabilidad que las personas (familiares o no) pueden ejercer sobre los menores”.

Al respecto, destacó que en el caso concreto el menor pudo ser influenciado porque se

contó con el tiempo suficiente para ello y hubo testigos interesados en el resultado del proceso, tales como MARÍA ELVIA NINCO DE GUTIÉRREZ, quien habría declarado en el juicio sobre una agresión sexual presuntamente ocurrida a su hijo, 30 años atrás por parte del sujeto inculcado.

Por consiguiente, se transgredió el derecho a la defensa de su representado.

Este último defecto, que a juicio del libelista afectó el derecho de defensa es trascendente porque la condena se fundó en “el dicho del menor” y “la prueba pericial representada por el criterio esbozado por el psicólogo forense”.

Finalmente, aseguró que el asentimiento por parte de la defensa frente a los aplazamientos y suspensiones no convalidó el defecto advertido, toda vez que “se trata de una nulidad absoluta y el acto es inconfirmable por padecer un vicio de carácter esencial” que debe ser declarado de oficio.

Solicitó casar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de la acusación.

INTERVENCIONES EN AUDIENCIA PÚBLICA

1. Defensor de JULIO CÉSAR ARCILA PARRA.

Se limitó a manifestar que no tenía argumentos adicionales a los expuestos en la demanda.

2. Fiscalía 11 Delegada ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Una vez la Fiscal Delegada ante esta Corporación recordó la técnica a aplicar cuando de demostrar errores in procedendo se trata, dijo frente al primer reparo del censor, esto es, el relacionado con la presunta dilación para obtener la valoración psicológica del

ofendido, que la defensa obvió demostrar la trascendencia del defecto.

Respecto a la supuesta vulneración del principio de concentración por los continuos aplazamientos y suspensiones de la audiencia, la Delegada afirmó que “ciertamente transcurrieron varios meses desde la iniciación del juicio oral hasta su culminación, esto es del 11 de marzo de 2008 al 1° de septiembre de 2009 como se desprende de los registros y de las actas de audiencias y sesiones correspondientes”; sin embargo, ello no afectó las garantías fundamentales y la estructura del proceso penal, si se atienden las causas que generaron dicha dilación y la actitud procesal de las partes intervinientes.

En ese sentido, hizo un pormenorizado recuento de la actuación procesal durante el juicio oral y de la participación de las partes e intervinientes en el mismo para concluir conforme a la sentencia atacada y el fallo del 4 de marzo de 2009 de esta Sala, radicación 30645 que las “suspensiones tuvieron justificación en las diferentes vicisitudes que se presentaron en el juicio oral y que escapan al control del juez de conocimiento, tales como el cambio de fiscal, la inasistencia justificada de peritos y testigos y el trámite de los recursos de apelación”.

Agregó que la defensa no cumplió con la carga de argumentar cómo las suspensiones incidieron en la memoria de lo sucedido y en el resultado de las pruebas practicadas, en los términos del artículo 454 de la Ley 906 de 2004. Destacó, asimismo, que dichas suspensiones “fueron aceptadas y coadyuvadas por la defensa, salvo en el caso de la sesión del 5 de marzo de 2009, en la que esta parte se opuso a ello, interpuso recurso de reposición frente a la decisión del juzgador”.

En cuanto a la alegada “imposibilidad de la defensa de conocer oportunamente el resultado del informe pericial psicológico, y la consecuente privación del derecho a realizar valoración similar para formular debidamente el contrainterrogatorio al menor”,

aseguró que atendiendo la naturaleza adversarial del nuevo sistema y el principio de igualdad de armas que lo rige, correspondía a esa parte tener “una actitud diligente en la recolección de elementos de convicción a su alcance”. En ese sentido, recordó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional² y de la Corte Suprema de Justicia³ ha precisado que “la defensa tiene el derecho y el deber de realizar sus propios actos de investigación, al punto que de conformidad con el Artículo 204 de la Ley adjetiva, puede solicitar de entidades públicas y privadas la realización de los exámenes que requiera para el adecuado ejercicio de la defensa”.

Además, destacó la Fiscalía que no le ocultó a su contraparte la orden de valoración psicológica del menor al punto que fue debidamente descubierta en el escrito de acusación, y en la audiencia de formulación de la misma celebrada el 6 de diciembre de 2007, eso sí, inadecuadamente entre las pruebas documentales cuando se trataba de un elemento de carácter pericial, lo que en todo caso, no afecta el descubrimiento.

Del mismo modo, recordó que desde la sesión inicial del juicio oral de 11 de marzo de 2008, el ente fiscal adujo que requería un término adicional de 5 días para dar traslado a la defensa del resultado de la valoración psicológica. Por lo tanto, el defensor no fue sorprendido y no puede alegar su propia incuria, para justificar la imposibilidad de obtener por su parte, prueba similar.

En consecuencia, solicitó desestimar el cargo planteado y no casar la sentencia atacada.

3. Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal.

La representante del Ministerio Público hizo un pormenorizado recuento de las actuaciones procesales relacionadas con el presunto descubrimiento tardío de la prueba pericial psicológica practicada al menor ofendido y concluyó que no fue extemporáneo y se realizó conforme lo establece el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, pues se inició en la audiencia de formulación de acusación que se celebró el 6 de diciembre de 2007 “con

las respectivas aclaraciones por parte de la fiscalía acerca de que aún no se conocía el nombre del perito y que se allegaría igualmente el informe de la opinión pericial, así como también que no había sido posible dar traslado de la misma por razones obvias”.

Destacó que incluso en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 344 ibídem para el descubrimiento –que en todo caso no se produjeron en el caso concreto-, esto es, en el juicio oral y cuando haya sido omitido por causas no imputables a la parte afectada, es posible la admisión de la prueba conforme lo establece el artículo 346 del mismo Estatuto.

Resaltó la necesidad de que se garantice el derecho de contradicción y controversia respecto de la prueba pericial al tenor de lo previsto en el artículo 415 ibídem, razón por la cual para que el informe sea admisible como evidencia, se requiere que el perito declare oralmente en el juicio.

Sostuvo igualmente que las irregularidades en la aducción de elementos materiales probatorios o evidencia física -como las denunciadas por el demandante- dan lugar a la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad en los términos de los artículos 344, 346 y 359 y 360 del Código de Procedimiento Penal y no a la vulneración de garantías fundamentales.

Tampoco le asiste razón al casacionista en cuanto a la supuesta práctica tardía de la valoración psicológica porque de conformidad con el artículo 412 del Estatuto Procesal Penal los informes periciales pueden ser rendidos incluso, en desarrollo de la audiencia del juicio oral.

Así las cosas, bien podía descubrirse, dice la Procuradora, “un elemento material probatorio de índole pericial en la forma como aquí aconteció, es decir, con el señalamiento de que la valoración se efectuará en determinadas condiciones de modo, tiempo y lugar, y

con el fin de ser presentado en todo caso al juicio oral donde será debidamente controvertido, sin que ello implique vulneración alguna de derechos fundamentales como lo pretende el demandante”.

Agregó que la Fiscalía cumplió con el traslado previo del informe base de la opinión pericial en los términos del Artículo 415 y que la defensa contó con todas las oportunidades para interrogar y contrainterrogar al perito, así como para impugnar el informe base de su opinión pericial, como en efecto lo hizo cuando en la sesión inicial solicitó la exclusión del mismo y ella fue ordenada por la juez, decisión que fue apelada por la fiscalía y determinó una de las suspensiones del juicio para desatar el recurso.

Por último, con el fallo de segunda instancia el Ministerio Público es del criterio que las suspensiones que se produjeron en el juicio oral “obedecieron a los recursos de apelación, y tan solo una de ellas a la no asistencia de una de las peritos, también llamadas a rendir testimonio en juicio”. Además, afirmó, el recaudo de la prueba de cargo, se llevó a cabo en una sola sesión y el de la prueba de descargo, en otra sesión y en ese orden, no se vulneraron los principios de inmediación, concentración, publicidad o contradicción.

Pidió desestimar el cargo propuesto y por consiguiente, NO CASAR la sentencia recurrida.

4. Representante del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Defensora de Familia se limitó a recapitular los hechos materia de la investigación, a manifestar que durante el proceso penal los intereses del menor víctima se garantizaron y a destacar la coherencia de la prueba pericial y testimonial de cargo, en especial del niño ofendido y solicitó no acceder a la pretensión invocada en la demanda de casación.

CONSIDERACIONES

1. Cargo único. Nulidad.

En lo sustancial el libelista hace consistir su reparo en la violación de los derechos a la defensa y al debido proceso, ocasionada por la afectación de los principios de celeridad, concentración, inmediación y contradicción, defecto derivado de las múltiples suspensiones que habría sufrido el juicio oral con el objeto de obtener la valoración psicológica del menor ofendido, las cuales en criterio del censor fueron injustificadas y operaron en desmedro de la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de contradicción, pues la práctica tardía del examen psicológico -asegura- impidió que la defensa pudiera de forma oportuna documentarse científicamente sobre el tema, obtener el concepto particular de un profesional idóneo en la materia y preparar con suficiencia el contrainterrogatorio que debían absolver el perito y el menor.

Al tiempo, criticó al Tribunal por otorgar valor probatorio al informe médico pericial y al testimonio rendido por el profesional respectivo, que a su juicio fueron descubiertos tardíamente, así como a las declaraciones de la víctima y de MARÍA ELVIA NINCO DE GUTIÉRREZ, pese a que podrían ser sospechosas porque el menor seguramente fue influenciado para rendir su versión y ésta dama adujo que el procesado también habría cometido un acto sexual hace por lo menos 30 años con su hijo.

Al respecto, desde ya se anticipa que ninguno de los reparos que el censor postula tiene la entidad necesaria para derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre la sentencia impugnada.

En aras de brindar una mejor comprensión, la Corte se pronunciará frente a cada uno de los reproches formulados por la defensa siguiendo para ello un orden argumentativo que respeta la estructura del proceso penal con tendencia acusatoria.

1.1. Sobre el descubrimiento probatorio.

Asegura el demandante que la Fiscalía descubrió “por fuera de los términos normales del proceso” el informe pericial rendido con ocasión de la valoración psicológica practicada al menor ofendido. No obstante, es otra la realidad que enseña la actuación procesal.

En el esquema de enjuiciamiento oral de carácter adversarial que actualmente rige en Colombia, la fase del descubrimiento probatorio comporta uno de los actos procesales más significativos para el ejercicio del derecho de defensa en su componente de contradicción y la realización de los principios de igualdad de armas y lealtad procesal porque determina el marco del debate probatorio a materializar en el juicio oral.

En términos generales, el descubrimiento corresponde a un proceso de doble vía en el que tanto la Fiscalía como la defensa de forma previa al juicio informan, entregan, exhiben o facilitan el acceso a la contraparte a los medios de convicción que emplearán para soportar su propuesta acusatoria o defensiva, respectivamente, con la salvedad que el proveniente del órgano fiscal debe ser integral, incluso si favorece a la defensa, carga que como es obvio, por virtud del principio de no autoincriminación no se impone a ésta última.

Así, en un primer momento, incumbe a la Fiscalía presentar entre los anexos que acompañan el escrito de acusación una relación detallada –no exhaustiva necesariamente- de los elementos materiales probatorios y evidencia física que soportan los cargos –artículo 337.5 de la Ley 906 de 2004-, los que luego son expresamente descubiertos –informados, entregados, exhibidos según sea el caso- a la defensa en la audiencia de formulación de la acusación o dentro de los tres (3) días siguientes –artículo 344 ibídem-.

Por su parte, durante esta misma audiencia la defensa puede iniciar su descubrimiento probatorio, el cual continuará durante la audiencia preparatoria, oportunidad ideal para que ella haga lo propio.

De forma excepcional, se prevé que ante la aparición en el juicio oral de un elemento material probatorio o evidencia física “muy significativo” que debe ser descubierto es viable proceder en ese sentido durante esta fase, una vez escuchadas las partes y valorado el perjuicio que podría causar al derecho de defensa y a la integridad del juicio (inciso 4º del artículo 344, ibídem).

Del mismo modo, es posible hacer descubrimientos probatorios por fuera de las oportunidades normales cuando se acredite que ello se omitió “por causas no imputables a la parte afectada” (parte final del artículo 346 ibídem).

La sanción para la parte que no descubre los elementos materiales probatorios o la evidencia física es la imposibilidad de aducirlos o incorporarlos como prueba durante el juicio (artículo 246 ibídem).

En el caso sometido a examen, el descubrimiento probatorio del informe pericial psicológico y del testimonio correspondiente si bien no se produjo en el escrito de acusación del 22 de octubre de 2007⁴, sí se realizó a cabalidad en la audiencia de formulación de la acusación celebrada el 6 de diciembre de 2007 pues entre los medios de prueba testimoniales la Fiscalía anunció la declaración del “psicólogo forense adscrito a Medicina Legal Pereira del cual aún no se conoce su nombre (...) pericia psicológica forense del menor”⁵ y entre las documentales incluyó el “informe pericial de psicólogo forense teniendo en cuenta (...) que se le ha conferido cita al menor para el 28 de abril del año 2008, de acuerdo con el oficio recibido en la Fiscalía y remitido el 18 de octubre de 2007 por la asistente administrativa de Medicina Legal Pereira”⁶.

En la misma oportunidad, la Fiscal expresó: “cuando se tenga el informe correspondiente se le dará el traslado conforme al artículo 445 del Código de Procedimiento Penal e igualmente se avisará quién actuará como psicólogo forense”⁷, descubrimiento frente al cual el defensor mostró su entera conformidad, pese a que la juez de conocimiento

lo requirió para que se pronunciara sobre el particular⁸.

En este punto, oportuno se ofrece advertir que si bien el informe aludido fue enunciado de forma antitécnica –tal como lo hizo ver la Fiscalía Delegada–, porque se enunció entre las pruebas documentales, siendo que se trata de una prueba de carácter pericial, dicha imprecisión es insustancial porque no tuvo el efecto adverso de causar confusión en la contraparte sobre el elemento probatorio descubierto, en la medida que expresamente se dejó constancia del carácter pericial del mismo.

Así las cosas, ninguna fractura de los derechos al debido proceso y a la defensa o de los principios de igualdad de armas y lealtad procesal que pudiera dar lugar al reconocimiento de una irregularidad de carácter sustancial potencialmente capaz de generar la declaratoria de nulidad, se produjo frente al descubrimiento probatorio de la pericia psicológica que habría de efectuarse respecto al menor ofendido, pues la defensa jamás fue sorprendida por el órgano instructor respecto a la práctica de dicho medio probatorio; por el contrario, desde la formulación de la acusación a la defensa se le comunicó nítidamente sobre la intención de practicar esa prueba en el juicio y con ello, se le brindó en un escenario no discriminatorio, la oportunidad de recaudar el o los elemento(s) de convicción necesarios para desvirtuarla.

Es más, así como lo hizo la representante de la sociedad, en el hipotético caso de que algún defecto en el proceso de descubrimiento del elemento material probatorio se hubiera consolidado, la sanción procesal no habría sido otra que la exclusión del mismo y no la declaratoria de nulidad, pues ni la estructura del proceso, ni las garantías fundamentales podrían resultar comprometidas por un vicio que recaiga sobre un medio de prueba, salvo que sea todo o la esencia del procedimiento de descubrimiento el que exhiba errores sustanciales de cara a la iniciación del juicio oral.

Tampoco ofrece reparo que no se haya dado traslado inmediato –enseguida del

descubrimiento- del informe pericial por cuanto como es obvio, para esa época no se había llevado a cabo la valoración psicológica respectiva, lo cual no implica que el descubrimiento no haya sido completo ya que la defensa quedó plenamente enterada de que había un experticio de carácter psicológico pendiente de practicarse, cuyo traslado se anunció en los términos del aludido artículo 344 ibídem, para ser realizado una vez se contara con el mismo y que en su oportunidad sería introducido al juicio mediante el testimonio del perito como prueba de cargo.

2.2. Sobre los principios rectores del sistema de enjuiciamiento oral (inmediación, concentración y contradicción).

Adujo el libelista que el desconocimiento de los principios esenciales que informan el derecho a la defensa: celeridad, inmediación, concentración y contradicción ocasionada por la dilación injustificada del juicio oral, transgredieron las garantías fundamentales de su representado porque le impidieron implementar una adecuada estrategia defensiva frente a la valoración psicológica del menor presuntamente agraviado, cuyo dictamen fue incorporado de forma tardía por el perito médico respectivo en el juicio oral.

Sin embargo, es otra la realidad que se constata al revisar la actuación censurada y confrontarla con el núcleo esencial de los axiomas presuntamente desatendidos por las instancias.

La implementación del sistema procesal oral en Colombia con la expedición del Acto Legislativo No. 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004 trajo consigo la modificación de los paradigmas procedimentales que hasta el momento regían bajo la égida de los sistemas de enjuiciamiento de corte inquisitivo y con tendencia acusatoria estatuidos en el decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000.

La construcción de un régimen procesal que atento a las garantías ciudadanas fuera acorde con la [Constitución Política](#) de 1991, exigió afianzar algunos postulados clásicos como los

de dignidad humana, libertad, prelación de los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos humanos, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia, defensa, lealtad, gratuidad, publicidad, juez natural, doble instancia, cosa juzgada y prevalencia de las normas rectoras y, superar otros como los de investigación integral y permanencia de la prueba, que ahora resultaban incompatibles con el espíritu del sistema acusatorio, a fin de dar paso a los axiomas básicos del nuevo esquema procesal de oralidad, inmediación, concentración y contradicción con sujeción al principio de igualdad de armas (artículos 9, 16 y 17 de la Ley 906 de 2004, respectivamente).

Estos últimos postulados, esenciales al debate oral, demandan para el juzgador la obligación de garantizar que sólo se admita como prueba aquella producida, incorporada y controvertida en su presencia, es decir, con su inmediación durante el juicio público, que se debe desarrollar de forma concentrada, o sea, en un mismo día o por lo menos, en sesiones consecutivas, “sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, [siempre que] se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen”⁹.

En todo caso, precisa el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal que si bien la audiencia del juicio oral debe ser continua, eventualmente cuando “se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable (...) podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión”.

De igual manera, el legislador previó en la misma norma la eventual repetición de la audiencia cuando la memoria de lo sucedido en ella, se haya visto afectada por el término de suspensión.

En sentencia C-059 de 2010, la Corte Constitucional declaró la conformidad con

nuestra Carta Política de la expresión “[s]i 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”.

En efecto, al realizar el control abstracto de constitucionalidad sobre dichos apartes normativos la Corte Constitucional señaló frente a su contenido y alcance lo siguiente:

“El artículo 454 de la Ley 906 de 2004 se encuentra ubicado en el Título V del C.P.P. titulado “Suspensiones de la audiencia del juicio oral”, siendo, a su vez, la única disposición que lo conforma.

(...)

Finalmente, y es la hipótesis que se demanda, si el término de suspensión de la audiencia termina por afectar el recuerdo de lo sucedido en ella, y sobretodo los resultados de las pruebas practicas (sic), aquélla deberá repetirse. Se prevé igualmente tal consecuencia jurídica para los casos de cambio de juez durante la etapa del juicio oral.

Adviértase entonces que el legislador planteó realmente dos situaciones, una primera, mucho más subjetiva y amplia, consistente en determinar si la suspensión de la audiencia, debido a la ocurrencia de una determinada causa sobreviniente, afecta la memoria de lo acontecido en ella, en especial, lo relacionado con las pruebas practicadas; y una segunda, de contenido objetivo, por cuanto basta con constatar el cambio de fallador para aplicar la consecuencia jurídica: la repetición de la audiencia de juzgamiento.”
Subrayas de la Sala).

En la misma providencia el máximo órgano de la jurisdicción constitucional recabó la necesidad de brindar protección superior a los principios de concentración e inmediatez que rigen el sistema de enjuiciamiento oral, aún al ponderarlo frente al derecho al acceso a la administración de justicia sin dilaciones injustificadas que podría resultar lesionado al repetir el juicio oral cuando suceda una cualquiera de las dos hipótesis consagradas en las normas revisadas, esto es, una causa sobreviniente que afecte la memoria de lo acontecido en la audiencia o el cambio de juzgador. Dijo en esa ocasión:

“Sin lugar a dudas, el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas es un componente del derecho al debido proceso, consagrado en los artículos 29 Superior y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en nada se opone a ello, el deber de repetir una audiencia de juzgamiento cuando quiera que el paso del tiempo pueda alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas; más grave aún, cuando el funcionario encargado de emitir un fallo ni siquiera ha presenciado la práctica y controversia de las pruebas.

Ahora bien, frente al argumento del recurso a los medios tecnológicos (audios y videos), la Corte considera que 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.

(...)

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 propias).

Las anteriores precauciones garantizan que el juez de conocimiento y las partes e intervinientes del proceso mantengan nítido el ámbito de reflexión probatorio y de esta manera, se pueda proferir una decisión conforme al análisis de la prueba legalmente incorporada al juicio, con la garantía de que el recuerdo de lo allí debatido no se vea afectado por el paso excesivo del tiempo. Con la misma finalidad, se salvaguarda el derecho de las partes de ejercer cabalmente la defensa en su componente de contradicción.

Sobre el principio de contradicción, la Sala ha dicho¹⁰:

“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.”

Frente a los alcances del principio de contradicción, estrechamente relacionado con la eficacia de los postulados de inmediación, concentración, contradicción, oralidad y continuidad, la Corte también precisó:

“El mencionado principio tiene, por lo menos, los siguientes alcances. El primero, 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.

El segundo, 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.

Es por ello, que en el sistema penal acusatorio no opera el principio de permanencia de la prueba, pues sólo tienen la condición de medios probatorios aquellos practicados válidamente en la oportunidad dispuesta para ello en el juicio oral, no así los demás elementos materiales demostrativos y evidencias cuyo recaudo haya tenido lugar en la fase preprocesal o en la procesal previa al juzgamiento (artículo 16 de la Ley 906 de 2004).

Con dicha preceptiva se pretende evitar la desconcentración en el recaudo probatorio, como ocurría en estatutos procesales anteriores, en los cuales era posible que un funcionario inicialmente practicara pruebas y recaudara evidencias en la escena del delito dentro de la indagación preliminar y otro adelantara la instrucción y también practicara diligencias, de manera que la fase probatoria del juicio quedaba relegada de manera residual a la aducción o práctica de aquellos medios de convicción que no era posible allegar anteriormente o, las más de las veces, a escuchar los alegatos de los sujetos procesales, proceder que distanciaba al juez del momento de recaudo, práctica o aducción de las pruebas con todas sus vicisitudes, capaces de brindarle mayores elementos de juicio en su apreciación y en la conformación de su criterio decisorio.

El tercero, 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.

El cuarto, 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).

El quinto, 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).

(...)

Desde luego, tal alcance del principio de concentración no precisa necesariamente de la realización del juicio oral en una sola audiencia y en un solo día, pues al utilizar el término “no puede realizarse en una sola jornada”, el legislador condicionó tal acontecer a que estén dadas las circunstancias para ello, esto es, siempre que sea posible en el contexto real donde se desarrolle dicha diligencia, por ejemplo, ponderando la complejidad del asunto, la cantidad de pruebas admitidas que deban practicarse, la necesidad de conducir a testigos renuentes, la inasistencia de los sujetos sin cuya presencia no resulta viable surtir el juicio, amén de las obligaciones del funcionario respecto de otros trámites cursantes en su despacho.

También fue voluntad del legislador evitar que mediara en la realización de cada una de las sesiones del juicio oral un tiempo capaz de configurar una dilación injustificada, motivo por el cual dispuso que la suspensión fuera en “un plazo máximo de 10 días hábiles”, siempre que ello obedezca a circunstancias especiales que lo justifiquen.” (Subrayas de la Sala).

En similar sentido, en reciente sentencia, la Corte¹² se ocupó de definir que:

“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 alegatos¹³. 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 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.”

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 alcances¹⁴:

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.”

Conforme con el precedente jurisprudencial citado es claro que la eficacia del principio

de concentración deviene de garantizar que las pruebas se obtengan e incorporen al debate oral sin que medien grandes espacios de tiempo entre una y otra sesión que le resten capacidad persuasoria al funcionario judicial encargado de apreciarlas, pues la experiencia indica que el transcurso de largos periodos suele ocasionar que la fijación en la memoria de lo percibido directamente por los sentidos tienda a diluirse, con el efecto adverso de desfigurar la realidad.

Es así como se puede establecer que el fin último de la protección normativa frente a éste axioma, está orientado a cohesionar la práctica de la prueba en sesiones continuas, que no superen un término prudente o razonable de suspensión, período este que de llegar a transcurrir, debe estar justificado por situaciones tales como la necesidad de procurar la comparecencia de un testigo indispensable para sustentar la propuesta acusatoria o defensiva según sea el caso, la tardanza no arbitraria del trámite de apelación frente a decisiones tomadas en la audiencia (verbi gracia, en relación con las pruebas), circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditadas por las partes, la renuencia del enjuiciado a comparecer o la disponibilidad de la agenda del juez en tanto el conocimiento de otros asuntos materialmente lo impida, entre otras contingencias que pudieran racionalmente generar que el debate se aplase por períodos más extensos.

Justamente, éste es el aspecto que pese a la nítida constatación de varias suspensiones desde el inicio del juicio oral, más allá del término permitido de 30 días hábiles¹⁵, no se verificó en el caso concreto.

Con el fin de comprobar este aserto, se impone hacer un detallado recuento de las actuaciones surtidas en el juicio oral, al cabo del cual será posible afirmar con contundencia que los principios de concentración, inmediación y contradicción se mantuvieron incólumes en este proceso.

1. En efecto, tras la realización de la audiencia preparatoria, la audiencia pública de juzgamiento oral tuvo su inicio el 11 de marzo de 2008 ante el Juez Cuarto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Armenia. En esa ocasión, luego de verificada la asistencia de las partes e intervinientes, el juzgador advirtió al procesado sobre el derecho que le asistía a no autoincriminarse conforme a lo consagrado en los artículos 33 de la [Constitución Política](#) y 8 literales a y b de la Ley 906 de 2004, quien manifestó su intención de rendir declaración al final del juicio y se declaró inocente¹⁶.

Seguidamente, la juez invitó a la Fiscal Segunda Seccional de la misma ciudad a presentar la teoría del caso, pero ella solicitó la suspensión del juicio hasta tanto se practicara la valoración psicológica del menor ofendido, cuya fecha había sido fijada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para el 28 de abril siguiente, toda vez que requería la base de la opinión pericial respectiva para dar traslado de la misma a la defensa y a los demás intervinientes y elaborar la teoría del caso¹⁷, petición frente a la cual la defensa manifestó no tener ninguna observación¹⁸ y a la que accedió la juzgadora en los términos de los artículos 158 y 454 de la Ley 906 de 2004, procediendo de esta manera a fijar nueva oportunidad para reanudar el juicio (13 de mayo de 2008 a las 8:15)¹⁹.

2. Llegada la fecha y hora para continuar con la audiencia, la falladora verificó la asistencia de las partes e intervinientes y en su orden, concedió la palabra a la fiscalía²⁰ y a la defensa²¹ para que presentaran su teoría del caso, se juramentó a los testigos y se inició el debate probatorio con la declaración del doctor JAIRO ROBLEDÓ

VÉLEZ²², psicólogo forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a quien la fiscalía realizó un primer y breve interrogatorio, que no se pudo concluir porque de un lado, el defensor del acusado solicitó la exclusión del informe pericial y del testimonio del experto²³ -bajo el argumento de ser una prueba ilícita en la medida que durante la valoración psicológica de la víctima no estuvo presente el defensor de familia de acuerdo con los artículos 360 del Código de Procedimiento Penal

y 150 de la Ley 1098 de 2006- y de otro, el Ministerio Público manifestó que no se le corrió traslado del informe pericial²⁴ y, la juez de conocimiento resolvió acceder a la pretensión del defensor²⁵ pese a que la Fiscalía precisó que no se trataba de una entrevista de policía judicial en la que debieran acatarse dichas previsiones, sino de una pericia.

Apelada en el acto la decisión por el ente fiscal²⁶, el recurso fue concedido en el efecto suspensivo²⁷ y se dispuso la remisión del asunto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia.

3. El Magistrado Ponente fijó el 23 de mayo de 2008 a las 9:30 a.m. para la celebración de la audiencia de sustentación oral del recurso²⁸.

En la fecha proyectada el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario informó que el procesado se resistió a asistir a la audiencia²⁹, razón por la que tanto la defensa como la fiscalía solicitaron el aplazamiento de la audiencia, la cual fue reprogramada para el 29 de mayo siguiente.

4. El día señalado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia revocó el auto del A quo y declaró que “no procede la exclusión del informe base de la opinión pericial presentada por el psicólogo forense”.

5. Recibidas las diligencias por la juez de conocimiento dispuso continuar con el trámite del juicio el 30 y 31 de julio del mismo año³⁰. No obstante, ello no ocurrió porque la fiscal acreditó a la juez su imposibilidad de comparecer a las sesiones programadas, como quiera que debía asistir a la “segunda etapa de la convocatoria de formación de formadores “El derecho de Autor y los Derechos Conexos””³¹ y aquélla determinó aplazar la audiencia para el 18 y 19 de septiembre de 2008³².

6. No hay evidencia en el expediente que permita establecer la razón que motivó la no reanudación de la audiencia en los días anotados y sólo obra constancia de que se resolvió fijarla para el 19 de noviembre siguiente³³; pero en esta fecha tampoco fue posible ya que el defensor del procesado solicitó su aplazamiento en razón a un procedimiento quirúrgico que debían practicarle ese día³⁴, por lo que se agendó para el 21 de enero de 2009³⁵.

7. Reanudado el juicio, la fiscal solicitó la suspensión de la audiencia³⁶ porque había asumido el cargo en esa misma semana, la perito sexológica -ANA MARÍA LONDOÑO ZAPATA- que debía rendir su testimonio en el proceso se “encontraba en período vacacional” y el acusado no estaba presente.

Frente a ello, el Ministerio Público manifestó su conformidad y la defensa dijo expresamente que no había “ninguna observación especialmente porque la presencia del acusado (...) es absolutamente necesaria en esta audiencia”³⁷. La juez por su parte, encontró que la petición estaba fundada en un oficio que había sido remitido al centro de servicios judiciales donde constaba que la mencionada médico estaba en licencia³⁸ y fijó fecha para el 5 de marzo de 2009.

8. Nuevamente reanudada la diligencia la fiscalía solicitó la suspensión del debate oral porque la psicóloga GLORIA MARCELA MARTÍNEZ CASTAÑO estaba disfrutando período vacacional y era imposible su comparecencia³⁹.

Al respecto, el Ministerio Público aseguró que era necesario acceder a la petición del órgano fiscal porque la declaración de dicha perito era indispensable para soportar la teoría del caso⁴⁰. En cambio, la defensa se opuso a la prosperidad de la misma con fundamento en los artículos 17 y 454 de la Ley 906 de 2004⁴¹.

La juez determinó acceder a la petición de la fiscalía y para el efecto advirtió que a pesar de la remisión normativa que hizo la defensa no se había “podido iniciar en sí la

recepción de las pruebas” por la inasistencia de los testigos y peritos y si bien el procesado tiene derecho a la celeridad procesal, en virtud del interés superior del menor consagrado en el artículo 44 Superior era procedente suspender la audiencia porque “la prueba que la fiscalía requiere con la perito que no puede comparecer (...) es de inusitada trascendencia de cara al proceso”⁴².

Contra esta decisión el defensor interpuso y sustentó recurso de reposición que fue desatado de forma desfavorable a las pretensiones del recurrente. En consecuencia, la falladora señaló el 31 de marzo de 2009 como fecha para continuar con el juicio.

9. Por su parte, el 26 de marzo de ese año, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia revocó la decisión tomada por el Juez Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías del 13 de febrero anterior y concedió a JULIO CÉSAR ARCILA PARRA la libertad provisional por vencimiento de términos⁴³.

10. El 31 de marzo de 2009 se dio continuación al juicio oral y se escucharon en su orden los testimonios solicitados por la fiscalía, empezando de nuevo por el del doctor JAIRO ROBLED⁴⁴ y continuando con los de MARTHA LILIANA BEDOYA OROZCO⁴⁵, GRACIELA OROZCO OROZCO⁴⁶, ELVIA NINCO⁴⁷, el menor ofendido O.B.M.⁴⁸, ÁLVARO HINCAPIÉ GAVIRIA⁴⁹, JHONY GUTIÉRREZ NINCO⁵⁰, YOLANDA VAQUERO HERNÁNDEZ⁵¹, ROBERTO RENGIFO BRÍÑEZ⁵² y ANA MARÍA LONDOÑO ZAPATA⁵³.

No obstante, la defensa solicitó la exclusión del dictamen médico sexológico por la presunta violación del principio de legalidad en tanto se habrían desconocido los artículos 193.8 de la Ley 1098 de 2006 y 250 de la Ley 906 de 2004, en punto de la ausencia de consentimiento para el reconocimiento médico legal respectivo⁵⁴, petición que no fue atendida por la juzgadora⁵⁵ y fue apelada por el defensor⁵⁶.

El recurso fue concedido ante el Tribunal en el efecto suspensivo⁵⁷.

11. El 21 de abril siguiente, día agendado para celebrar la audiencia de sustentación oral de la alzada, la Sala Penal del Tribunal resolvió revocar la decisión de la A quo y excluir el dictamen sexológico emitido por la aludida perito y del informe base de su opinión pericial, “por cuanto la recolección se hizo con desconocimiento del rito establecido para su producción y aducción”⁵⁸.

12. Recibidas las diligencias, el 24 de abril siguiente la juez de conocimiento resolvió señalar como fecha y hora para reanudar la audiencia el 17 de junio de 2009 a las 8:15 a.m.⁵⁹, sin embargo, ante la solicitud de aplazamiento presentada por la Fiscal Segunda Seccional por cuanto en esa oportunidad también tenía previsto otro juicio oral ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la ciudad⁶⁰, se convocó para el 1 de septiembre del mismo año a la misma hora⁶¹.

13. Finalmente en la última fecha indicada se practicaron los testimonios de la defensa –FRANCISCO PULIDO RODRÍGUEZ⁶², LUZ MERY VARGAS DE HERNÁNDEZ⁶³, RICARDO ARCILA PARRA⁶⁴ y JULIO CÉSAR ARCILA PARRA⁶⁵-, las partes presentaron sus alegatos de conclusión y la juez manifestó que el sentido del fallo era condenatorio⁶⁶.

Tal como se percibe a partir del precedente recuento, no obstante la objetiva verificación del paso del tiempo entre varias de las sesiones que integraron el juicio oral en contra de JULIO CESAR ARCILA PARRA, no se vulneraron los principios de concentración, inmediación y contradicción por las siguientes razones:

i) Aunque todas las sesiones que integran la audiencia de juicio oral constituyen el centro de gravedad de la actividad probatoria, la efectiva producción e incorporación de las pruebas sólo se consolidó al final del debate, concretamente, en las dos últimas sesiones, porque en la que dio comienzo a la audiencia únicamente se inició pero no concluyó la práctica del testimonio del doctor JAIRO ROBLEDO VÉLEZ y no se pudo

avanzar en el propósito de evacuar las pruebas solicitadas por las partes debido a las suspensiones y aplazamientos de la misma que de ahí en adelante hasta el 31 de marzo de 2009 tuvieron múltiples motivos fundados para ser decretados, entre ellos, a) procurar la comparecencia al juicio de los peritos sexológico y psicológico, del acusado, del defensor y de la fiscalía, quienes no pudieron asistir en algunas ocasiones por razones diversas; los primeros porque estaban gozando de vacaciones o licencias, el segundo por renuencia a dejarse trasladar al recinto de la audiencia, el tercero por tener que someterse a un procedimiento quirúrgico y la cuarta por tener programadas actividades simultáneas judiciales o de capacitación y; b) tramitar los recursos de apelación interpuestos por las partes frente a la exclusión de algunas pruebas.

ii) El término de suspensión entre las dos últimas jornadas, en las que efectivamente se practicaron las pruebas, fue relativamente corto y ese período estuvo justificado por el trámite del recurso de apelación formulado por la defensa contra el auto proferido el 31 de marzo de 2009 por la juez de conocimiento por cuyo medio negó la exclusión del informe pericial sexológico practicado al menor por la doctora ANA MARÍA LONDOÑO ZAPATA, la imposibilidad de la Fiscalía para comparecer en la fecha y hora indicadas dada la previa programación de una diligencia de igual naturaleza ante otro despacho judicial y la apretada agenda del despacho que impidió fijar una fecha más pronta para reanudar el juicio oral.

iii) La única prueba -testimonial- que se practicó al inicio del juicio oral y respecto de la cual, en principio, la ruptura del principio de concentración hubiera resultado esencial o relevante, se siguió recaudando al principio de la sesión del 31 de marzo de 2009, con el efecto de recordar a los presentes el dicho del perito en la audiencia y permitir su plena contradicción; en esta ocasión, se produjeron el resto de las pruebas solicitadas por el ente acusador.

Nótese, como en punto de trascendencia, el libelista por parte alguna logra persuadir a la

Sala de que la dilación del juicio oral haya afectado el núcleo esencial del principio de concentración, con la consecuente afectación grave del proceso debido o del derecho a la defensa.

Es nítido para la Corte que los aplazamientos de la audiencia no siempre estuvieron justificados -como cuando se desconoce cuál fue la razón que motivó a que no se celebraran las sesiones del 18 y 19 de septiembre de 2008- y algunas veces se surtieron por tiempos extensos, que en principio incorporarían la sanción de repetición del debate desde el inicio, en los términos del artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, por violación del principio de concentración.

No obstante, se debe recordar que la declaración de nulidad sólo es posible cuando el defecto alcanza un nivel de ilegalidad que no permite deducir solución distinta que la repetición del acto procesal afectado, pues la vulneración de las garantías fundamentales es extrema.

No es este el caso, porque está acreditado que las particularidades del juicio no permitieron que la prueba se desconcentrara al punto de afectar la inmediación del funcionario judicial con la misma.

En efecto, se advierte que entre el 11 de marzo de 2008 -inicio del juicio oral- y el 31 de marzo de 2009 -fecha de la sesión en que se obtuvieron los testimonios solicitados en la audiencia preparatoria por la Fiscalía-, la única prueba que se practicó -en la segunda sesión del 13 de mayo de 2008- fue la del psicólogo forense JAIRO ROBLEDÓ, pues el resto de las jornadas sólo tuvieron por objeto el aplazamiento del debate para i) obtener la valoración psicológica del menor ofendido que había sido programada en el Instituto de Medicina Legal para mes y medio después del inicio del juicio oral, ii) tramitar los recursos de apelación propuestos por la defensa o la fiscalía y, iii) procurar la comparecencia de los peritos sexológico y psicológico, del acusado, de la defensa y de

la fiscalía.

En ese orden, sólo respecto del testimonio del experto psicólogo, aparentemente se habría podido predicar la afectación de los principios de concentración, inmediación y contradicción.

Sin embargo, los registros enseñan que en la audiencia celebrada el 31 de marzo de 2009 se continuó la práctica de ese testimonio y con ello, cualquier transgresión de los aludidos axiomas quedó superada, en tanto una nueva oportunidad para retomar el dicho del perito y ejercer su contradicción se abrió paso ante las partes y el juez de conocimiento.

Enseguida, la producción e incorporación de la prueba fue constante y concentrada, pues en la aludida sesión se practicaron todos los testimonios descubiertos oportunamente por la Fiscalía y luego se surtió el recurso de apelación incoado por la defensa contra la decisión de la juez de la causa de no excluir el informe técnico médico legal sexológico rendido por Ana María Londoño Zapata, el cual sólo se desató hasta el 21 de abril de 2009, cuando el Tribunal resolvió revocar el auto del inferior.

Devueltas las diligencias al juzgado de origen el 24 siguiente, se fijó fecha y hora para continuar con el juicio (17 de junio del mismo año a las 8:00 a.m.) conforme a la disponibilidad del despacho, pero como quiera que la Fiscalía acreditó tener programada otra diligencia, a la misma hora, de igual naturaleza, ante otra oficina judicial, ella se convocó nuevamente para el 1º de septiembre, a las 8:15 a.m., oportunidad en la que se dio por terminado el debate probatorio con la práctica de los testimonios de la defensa, se expresaron los alegatos finales y se emitió el sentido del fallo de carácter condenatorio.

De la irrelevancia sustancial del defecto enrostrado fue conciente el Ad quem cuando en la sentencia censurada afirmó⁶⁷:

“La mandataria judicial después de hacer un recuento de cada una de las actividades surtidas en desarrollo del trámite procesal, como de las suspensiones que se dispusieron unas por petición de la Fiscalía y otras de la propia defensa, estima que se vulneró el citado principio de concentración; no obstante, la Sala debe indicar y precisar, que la práctica de la prueba en el juicio se agotó, como se exige, de manera continua, pues cuando aquél se inició -el 13 de mayo de 2008- y se recepcionaba el testimonio del psicólogo forense JAIRO ROBLEDÓ VÉLEZ, a continuación de la intervención de Fiscalía y Defensa al exponer sus teorías del caso, ésta solicitó la exclusión del informe base de la opinión pericial, la cual fue ordenada por la Jueza, evento que llevó a la Fiscalía a interponer el recurso de apelación, dando lugar así, obviamente, a la suspensión del juicio mientras el Tribunal desataba la impugnación, asunto que se produjo el 29 de mayo del enunciado año, disponiendo la revocatoria de la exclusión en comento; posteriormente se aplaza la continuación del juicio a petición de la Defensa y la Fiscalía; el 31 de marzo de 2009 se prosigue con el mismo en cuyo desarrollo se concluyó con la práctica del testimonio del psicólogo ROBLEDÓ VÉLEZ y de la restante prueba pedida por la Fiscalía, suspendiéndose una vez más, mientras el Tribunal resolvía el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto que no excluyó el dictamen médico legal sexológico, situación que se produjo el 21 de abril a través de la revocatoria de la decisión censurada; de esa forma, el 1 de septiembre de 2009 se reinicia el juicio oral y en la misma sesión se da curso a las pruebas pedidas por la Defensa y concluido la Juzgadora emite sentido del fallo de carácter condenatorio y consecuentemente agota lo preceptuado por el canon 447 del C. de P. P., sobre individualización de pena y emisión de la sentencia, la que profirió el pasado 16 de octubre.

De tal suerte que, las pruebas se practicaron, en su totalidad, en 3 sesiones, las dos primeras suspendidas por razón de los recursos de apelación que, en su orden, interpusieron Fiscalía y Defensa; luego, de manera alguna es dable pregonar la

vulneración del principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán practicadas y evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que brinde al juzgador una visión de conjunto que le permita, como ocurrió en este particular evento, fundamentar su decisión en la totalidad de las pruebas ordenadas y practicadas en forma pública y con participación directa del acusado, tal como en efecto, sucedió, con plenas garantías y en aplicación de los principios de inmediación y concentración.

Ahora, en claro debe quedar, además, que aquellas suspensiones producto de los recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la Defensa en desarrollo del juicio oral, ninguna irregularidad conllevan, pues hacen parte del trámite procesal y ello conduce necesariamente a que el funcionario responsable de la dirección del juicio, una vez regrese la actuación de la segunda instancia, proceda a adecuar su agenda a fin de indicar la fecha en que el trámite se reiniciará; de no ser así, muy seguramente circunstancias como las acotadas, se convertirían en una posibilidad para invocar consecuencias como la que ahora se deprecia por parte de la censora sin fundamento válido.”

Para el Tribunal fue obvio que pese a los sucesivos aplazamientos autorizados por la juzgadora, ninguna transgresión de los principios de concentración e inmediación se produjo porque se respetó la práctica concentrada de la prueba, razonamiento que comparte íntegramente esta Corporación.

Comprobado como está que no existió ninguna ruptura de los axiomas mencionados, no hay lugar a constatar si el principio de convalidación se vio activado para conjurar eventuales irregularidades en el trámite del juicio oral. No obstante, es relevante destacar que la actitud procesal de la defensa en orden a consentir en su mayoría las suspensiones o aplazamientos es un signo de conformidad con la forma en que se rituló el juicio oral.

1.3. El derecho de defensa en el juicio oral, en relación con la prueba pericial. El caso

concreto.

Ahora bien, descartada como está, la relevancia esencial de la que hubiera parecido una anomalía procesal, es necesario señalar que la trascendencia específica que el censor le imprime a las reiteradas suspensiones del juicio oral, las cuales según lo afirmó, se habrían autorizado para que se llevara a cabo la valoración psicológica del niño ofendido, concretada en la presunta imposibilidad de preparar la defensa frente a los testimonios rendidos por el perito psicólogo y el menor, específicamente en cuanto a los términos del contrainterrogatorio que ellos deberían absolver, así como la dificultad de obtener un concepto psicológico particular que le permitiera desvirtuar el dicho de aquellos, carece de toda pertinencia, pues ninguna relación tiene aquél hecho procesal con la estrategia empleada por la defensa en el juicio en procura de salvaguardar los intereses de su representado.

En este punto, lo primero que se debe destacar es que el disenso parte de un supuesto fáctico falso, y como es obvio desarticula la proposición de la premisa. En verdad, tal como quedó demostrado atrás, contrario a lo dicho por el libelista, no es cierto que todas las suspensiones del juicio hubieran tenido como motivo la necesidad de que se evacuara la valoración psicológica del infante, pues sólo una de ellas tuvo ese razonado fundamento, como quiera que la cita otorgada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses fue posterior a la fecha de inicio del debate oral; entonces, como quedó visto, los demás aplazamientos se fundaron en razones distintas.

En ese sentido, resulta inaudito que el censor atribuya a los sucesivos aplazamientos del debate oral, la violación del derecho a la defensa de su representado, por impedir la preparación científica que le permitiera confrontar al perito psicólogo que valoró al menor y encontrar otro experto en la misma materia que contravirtiera la pericia.

Ello, porque la responsabilidad en la construcción de la verdad que se pretende

demostrar en el juicio, a través de la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física no recae –como si ocurría en los anteriores regímenes procesales- en el órgano fiscal, sino por igual en ambas partes: fiscalía y defensa, de tal suerte que ésta última tiene el derecho-deber de trazar su propio plan metodológico y procurar el recaudo de todos aquellos medios de convicción útiles a su propuesta defensiva.

En aras de hacer efectivo el ejercicio del principio de igualdad de armas, el artículo 204 de la Ley 906 de 2004 prevé la posibilidad de que la fiscalía, la defensa y el imputado se apoyen para su investigación en los órganos técnicos de investigación –Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, laboratorios nacionales y extranjeros o de los organismos de policía judicial-.

Es así como, la defensa desde un inicio, estaba habilitada legalmente para buscar sus propios elementos materiales probatorios y evidencia física; sin embargo, la estrategia conservadora implementada por el defensor –que de ningún modo puede tener repercusión en la validez del proceso- fue la que generó que no contara en el juicio oral con un perito que quizá aportara un dictamen distinto al que sí fue oportunamente descubierto y aducido por la fiscalía.

Ahora, que si la intención de la defensa era presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que comparecieran a absolver interrogatorio en el juicio oral al tenor de lo autorizado por el artículo 413 de la Ley 906 de 2004, debió descubrir la evidencia desde la audiencia preparatoria, no así podía pretender introducirla en el debate oral sin haberla solicitado en tal acto procesal, porque conforme lo consagra el artículo 346 ibídem, todo aquel elemento material probatorio o evidencia física que no se descubra en la oportunidad legal, no puede ser aducido o introducido en la fase de juzgamiento verbal.

Además, se insiste, la defensa técnica no fue sorprendida por su contraparte –la Fiscalía- pues además que tanto el testimonio como el informe pericial del forense psicólogo –con la

advertencia de que sería realizado el 28 de abril de 2008- fueron descubiertos por el ente acusador desde la formulación de la acusación (6 de diciembre de 2007) y solicitados en la audiencia preparatoria, siendo debidamente admitidos por la juez de conocimiento en esa ocasión (7 de febrero de 2008), del informe pericial tuvo exacto conocimiento antes de la audiencia de juicio oral celebrada el 13 de mayo de 2008, en los términos del artículo 415 de la Ley 906 de 2004, el cual obliga a que toda declaración de perito deba “estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación”.

Es obvio, entonces, que la premisa del recurrente quebranta el principio de no contradicción, que rige el recurso extraordinario de casación, justamente porque además que a su debido tiempo la defensa conoció del informe base de la opinión pericial, la continuación del debate oral se pospuso por un tiempo considerable, circunstancia que indica que la defensa tuvo suficiente tiempo para documentarse y preparar su estrategia y ejercer la adecuada contradicción del testigo una vez el juicio se reanudó para continuar con el interrogatorio del mismo perito y de los demás testigos de cargo.

Y es que aún en la hipótesis de que el informe técnico psicológico no se hubiera rendido previo a su introducción en el juicio oral con el testimonio del experto, ninguna irregularidad sustancial se podría predicar de una presunta práctica tardía del medio de persuasión, pues tal como lo recordó el Ministerio Público, el artículo 412 ibídem autoriza que él sea rendido incluso en el curso de dicha audiencia.

Finalmente, la relación que el censor establece entre la imposibilidad de conocer oportunamente el informe base de la opinión pericial y la limitación al ejercicio del derecho de defensa en su componente de contradicción, la cual le habría impedido

impugnar la credibilidad de los testimonios del menor O.B.M, de MARÍA ELVIA NINCO DE GUTIÉRREZ y del experto psicólogo, es ciertamente inexistente como quiera que tal como se expresó el conocimiento previo de dicho informe antes del juicio oral no es absolutamente indispensable en la medida que bien se puede rendir en el curso de esa audiencia al tenor de la norma recién reseñada, además que a la defensa no se le coartó el derecho a contrainterrogar a dichos testigos en aras de desvirtuar la veracidad de su dicho.

Así mismo, es nítido que el demandante no se ocupó de demostrar algún error de hecho o de derecho capaz de configurar una violación indirecta de la ley sustancial y se limitó a cuestionar dicha prueba testimonial, la que acusó de sospechosa, a partir de meras especulaciones que por lo tanto, carecen de soporte argumentativo.

Como el censor no logró demostrar la trascendencia de la presunta irregularidad propuesta para lograr la “efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia” es claro que el cargo elevado por vía de la nulidad no tiene vocación de prosperidad.

2. La casación oficiosa. Violación del principio non bis in ídem por aplicación de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de las partes en los procesos penales. En vigencia de esa tarea debe velar por el respeto irrestricto de las garantías esenciales del ciudadano procesado, en aras de posibilitar la efectividad de las mismas.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos, deberá remediarla oficiosamente aunque el censor no lo advierta en su libelo.

Este es el caso analizado, pues no obstante que el recurrente no presentó ningún cargo que permitiera poner en evidencia los errores en que incurrieron los juzgadores al aplicar con violación del principio superior que prohíbe la doble incriminación -non bis in ídem- la circunstancia específica de agravación punitiva prevista en el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008, siendo claro que el elemento normativo del tipo referido a la edad de la víctima fue sancionado expresamente en el delito imputado -actos sexuales con menor de catorce años- reglado en el artículo 209 ibídem, la Sala habrá de hacerlo de manera oficiosa con el fin de impartir justicia en el caso concreto y respetar además, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso. Las razones son las que a continuación se exponen.

El artículo 209 de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 33 de la Ley 679 de 2001, con el aumento de penas autorizado por la Ley 890 de 2004, es del siguiente tenor:

“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte”.

A su turno, el numeral 4º original del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 establecía:

“ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos

descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años”.

Por su parte, la misma norma con la modificación introducida por el artículo 7º de la Ley 1236 de 2009, que adquirió vigencia por virtud del artículo 14 de la misma norma desde el 23 de julio de ese año, quedó reglado en los siguientes términos:

“ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”.

Este precepto fue sometido a control abstracto de constitucionalidad por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, Corporación que mediante sentencia C-521 de 2009 declaró la exequibilidad condicionada de la disposición “en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto”.

Sus razones se traen a esta decisión, por resultar definitivamente pertinentes al caso. Dijo la Corte Constitucional en el fallo indicado:

“Inconstitucionalidad del artículo 211, numeral 4º, del Código Penal, por agravar la pena imponible a un hecho punible, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal

(...)

Tal como lo señala el demandante, en el caso del artículo 211, numeral 4°, el legislador consagró como causal de agravación punitiva –que la conducta recaiga sobre persona menor de catorce (14) años – una circunstancia que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo de los tipos penales contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal. De conformidad con las reglas señaladas en la sección 5 de esta sentencia, la norma infringiría el principio non bis in ídem, al desconocer la prohibición enunciada en el punto 5.2.4., al establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena de los tipos básicos, la misma circunstancia de hecho: que la víctima sea una persona menor de 14 años, sin que exista una justificación para ello.

La norma cuestionada sería inconstitucional porque (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

En efecto, en primer lugar, tanto el comportamiento agravado como los hechos punibles de acceso carnal abusivo (art. 208, Código Penal) y acto sexual abusivo en menor de catorce años (art. 209, Código Penal), tendrían la virtualidad de ofender un mismo bien jurídico: la libertad e integridad en la formación sexual de personas menores de catorce años. En segundo lugar, tanto las normas penales que consagran los delitos básicos y les fija una pena, como la causal de agravación tienen su origen en el ordenamiento penal colombiano, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo. Y, finalmente, porque la norma que contempla la causal de agravación persigue la misma finalidad que

las normas que consagran los tipos penales de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo en menor de catorce años, es decir, reprochar penalmente los contactos o las relaciones sexuales que una persona pudiera tener con personas menores de catorce años.

Adicionalmente, tal como se señaló en el capítulo 5 de esta sentencia, las causales de agravación punitiva deben partir de la base de que hay razones para modificar la responsabilidad, o de lo contrario están injustificadas, y en este caso la agravación no se produce en virtud de la realización del comportamiento típico en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar que la hagan más reprochable o muestren su mayor lesividad, sino que simplemente se agrava de manera automática por el hecho de recaer sobre persona menor de 14 años y, por eso mismo, injustificadamente. No ocurre lo mismo al aplicar esta causal frente a los otros tipos penales previstos en los artículos 205, 206, 20, 21 y 210 del Código Penal, donde a la circunstancia de haber realizado el acceso carnal o el acto sexual realizado con violencia, o en persona puesta en incapacidad de resistir, o con persona incapaz de resistir, muestra una mayor lesividad que justifica su agravación cuando la víctima es una persona menor de 14 años.

En consecuencia, aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 4°, a quienes cometan los delitos consagrados en los artículos 208 - Acceso carnal abusivo con menor de catorce años- y 209 -Actos sexuales con menor de catorce años- viola el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29, C.P.), y por ese motivo, en esas circunstancias, es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable también a otros artículos del Código Penal que no fueron demandados en el presente proceso, es necesario determinar si debe ser declarada inexecutable o si, por el contrario, procede declarar su exequibilidad con algún condicionamiento.

6.2. A juicio de la Corte, como la norma demandada es inconstitucional si se aplica a

los artículos 208 y 209 del Código Penal, pero no lo es si se aplica a los demás artículos del Título IV, en este caso no procede la expulsión del ordenamiento de esta norma hallada inconstitucional. Tampoco es posible hacer una integración normativa de la causal demandada con los artículos que consagran los tipos penales básicos, ya que la disposición cuestionada tiene un contenido deontológico claro, y puede ser entendida y aplicada sin necesidad de acudir a los artículos 205, 206, 207, 210 y 210A de la Ley 599 de 2000, tal como fueron modificados por la Ley 1236 de 2008 y adicionados por la Ley 1257 de 2008.

(...)

En suma, los delitos de acceso carnal en menor de catorce años y de acto sexual abusivo en menor de catorce años, en su misma descripción típica indican que la lesividad del comportamiento punible estriba en que se perpetran en personas menores de catorce años. Si esto es así, ninguno de los comportamientos requiere ser agravado cuando recaiga en persona menor de catorce años, pues la agravación ya fue tenida en cuenta en la descripción típica. En consecuencia, desde un punto de vista teleológico, el artículo 211 numeral 4º del Código Penal es constitucional, al interpretarlo en el sentido de que no está llamado a agravar conductas que no requieren agravación puesto que ya de suyo la lesividad del comportamiento fue valorada por el legislador en el tipo penal. Pero, además, desde una perspectiva sistemática, el artículo 211 numeral 4º tiene un efecto útil, ya que tiene aplicabilidad, siempre que sea posible, en presencia de alguno cualquiera de los demás artículos del Título IV.”

Por manera que, cuando los delitos por los que se procede son los consagrados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, es decir, acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales abusivos con menor de catorce años no es posible deducir la circunstancia de agravación específica prevista en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008, sin

incurrir en clara violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de éste último precepto normativo y transgresión de los principios non bis in ídem y de legalidad.

A esta conclusión, llegó la Sala en proveído del 3 de diciembre de 200968, cuando precisó:

“Es cierto que la aplicación del artículo 7º de la Ley 1236 de 2008 constituye una afrenta directa contra el principio constitucional que prohíbe la doble incriminación por un mismo hecho -non bis in ídem- pues no cabe duda que la modificación que el legislador introdujo en la circunstancia cuarta de agravación punitiva para los delitos previstos en el título IV de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales resulta inconstitucional frente a los delitos descritos en los artículos 208 y 209 del Estatuto Penal, toda vez que las conductas punibles reguladas en estas disposiciones establecen como elemento normativo del tipo en la condición del sujeto pasivo de la infracción, la minoría de 14 años, supuesto fáctico idénticamente considerado en la nueva circunstancia de agravación punitiva específica.

(...)

Como se ve, hasta antes del 23 de julio de 2008 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 1236- no existía inconveniente para imputar simultáneamente alguna de las conductas descritas en los artículos 208 y 209, y la circunstancia de agravación específica consagrada en el numeral 4º del artículo 211, pues el legislador quiso sancionar con mayor severidad la comisión de tales comportamientos en personas menores de 12 años.

Pero, con la modificación del agravante por el legislador, dada por la ampliación del ámbito de protección a todos los menores de 14 años, inadvertió que antes que hacer más gravosa la conducta para quienes abusaran o accedieran a menores de 14 años, infringía directamente la Constitución Política al sancionar doblemente una misma situación fáctica.

Siendo ello así, desde la expedición de la Ley 1236 de 2008, no era posible imputar esta circunstancia de agravación específica para las conductas regladas en los artículos 208 y 209, sin afectar seriamente el postulado constitucional de non bis in idem.

Justamente, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional cuando el 4 de agosto de 2009, en sentencia C-521/09 ejerció el control abstracto de constitucionalidad sobre el artículo 7º de la ley 1236 de 2008 y lo declaró condicionalmente exequible en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000.

(...)

Ahora, como en el caso concreto, el agravante fue válidamente imputado en la acusación, e incluso correctamente deducido en el fallo de primer grado, pues a esa fecha no estaba vigente la Ley 1236 de 2008 sino la Ley 599 de 2000, ha de tenerse en cuenta que ante la sucesión de leyes en el tiempo, una de ellas con efectos más favorables para el procesado en términos punitivos, se imponía para el Ad quem la aplicación media del artículo 7º de la Ley 1236, a efecto de inaplicarla por violación del principio de prohibición de doble incriminación.”

Precisamente, en el caso que nos ocupa se tiene que aunque para la época de la formulación de la imputación (5 de octubre de 2007) así como para la de la presentación del escrito de acusación y la correspondiente manifestación oral de la misma (6 de diciembre de 2007), bien era posible deducir la circunstancia de agravación específica descrita en el artículo 211.4 relativa a que la conducta hubiera tenido como sujeto pasivo de la infracción penal -actos sexuales con menor de catorce años- a un menor de 12 años (pues el ofendido para la época de los hechos contaba con 10 años de edad), con la puesta en vigencia del artículo 7º de la Ley 1236 de 2008, el 23 de junio del mismo año, resultaba inviable para los juzgadores aplicar por virtud del principio de

favorabilidad dicho agravante porque éste fue modificado en el sentido de establecer que la pena se incrementa de una tercera parte a la mitad cuando la víctima de la infracción penal es menor de 14 años, elemento normativo de la causal que también estructura el tipo penal básico.

Erraron en consecuencia los falladores al deducir en contra de JULIO CÉSAR ARCILA PARRA el agravante que de suyo resulta sancionado con la imputación del punible de actos sexuales abusivos con menor de catorce años. Por lo tanto, se debe remediar el yerro en que incurrieron los sentenciadores, para lo cual la Sala excluirá el agravante indebidamente aplicado y procederá a readecuar la pena a él imponible, respetando los criterios de individualización punitiva empleados por la juzgadora de primer grado, en tanto ellos no fueron modificados por el Tribunal.

Conforme al artículo 209 del Código Penal modificado por el artículo 5º de la Ley 1236 de 2008, el delito de actos sexuales con menor de 14 años, actualmente tiene prevista pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años.

Sin embargo, no es ésta la sanción a la que está sometido el condenado porque la disposición que regía para la época de los hechos, esto es, el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, con el aumento de penas autorizado por la Ley 890 de 2004, es más benéfica que la actual, pues los extremos punitivos en esa disposición fueron fijados de 48 a 90 meses.

En efecto, estos fueron los límites que el sentenciador de primer grado escogió a efecto de individualizar la pena para el delito imputado, pero a ellos les efectuó el incremento de la tercera parte a la mitad previsto en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, para una vez establecidos -64 a 135 meses- utilizar el sistema de cuartos, situarse dentro del primer cuadrante e imponer la sanción mínima prevista para la infracción penal agravada, es decir, la pena de sesenta y cuatro (64) meses o lo que es lo mismo, cinco

(5) años, cuatro (4) meses.

Por su parte, el juez plural no realizó modificación alguna a la sanción punitiva impuesta.

Es así como, al excluir la circunstancia de agravación se impone tomar los extremos básicos de la sanción, esto es, 48 a 90 meses y redosificar la pena como a continuación se precisa:

Primero

Segundo

Tercero

Cuarto

48m-58m15d69

58m16d-69m

69m1d-79m15d

79m16d-90m

Como quiera que la juzgadora impuso al condenado el mínimo del primer cuarto, ese mismo criterio deberá ser adoptado por la Corte para tasar la sanción privativa de la libertad, de tal suerte que, la pena a imponer a JULIO CÉSAR ARCILA PARRA es de 48 meses de prisión o sea, de 4 años.

Por igual término se impondrá la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Por manera que, la Sala no observa flagrantes violaciones de derechos fundamentales distintas a la recién advertida, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación.

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. NO CASAR la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia por razón del cargo único formulado en la demanda promovida a favor de JULIO CÉSAR ARCILA PARRA.

Segundo. CASAR PARCIALMENTE DE OFICIO, la sentencia impugnada en el sentido de imponer a JULIO CÉSAR ARCILA PARRA la pena principal de cuatro (4) años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Tercero. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

FABIOLA CAÑAS POLO

Secretaria

1 Se reserva la identidad del menor por virtud del numeral 8º del artículo 48 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 Alude a la Sentencia C-1194 de 2005.

3 Se refiere al auto de 11 de noviembre de 2009, radicado 33405.

4 Recuérdese que conforma un acto jurídico complejo el escrito de acusación y la formulación oral de acusación ante el juez de conocimiento.

5 Cfr. CD contentivo de la audiencia de formulación de acusación, record 24:02.

6 Cfr. ibídem, record 28:11.

7 Cfr. ibídem, record 28:46.

8 Cfr. ibídem, record 29:53.

9 Ver artículo 17 de la Ley 906 de 2004.

10 Ver sentencia del 30 de enero de 2008. Radicado 27.192.

11 Artículo 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 del 9 de diciembre de 2010, radicación 33.989.

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

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

15 Ver artículo 17 de la Ley 906 de 2004.

16 Cfr. CD audiencia de juicio oral del 11 de marzo de 2008, record 5:08.

17 Cfr. ibídem, record 5:28.

18 Cfr. ibídem, record 7:49.

19 Cfr. ibídem, record 8:08.

20 Cfr. audiencia de juicio oral del 13 de mayo de 2008, record 3:23.

21 Cfr. ibídem, record 12:53.

22 Cfr. ibídem, record 24:35

23 Cfr. ibídem, record 37:06.

24 Cfr. ibídem, record 50:08

25 Cfr. ibídem, record 50:14.

26 Cfr. record 59:23 ibídem.

27 Cfr. record 59:59, ibídem.

28 Cfr. folio 82 del cuaderno original 1.

29 Cfr. folio 84 ibídem.

30 Cfr. folio 89 ibídem.

31 Cfr. folio 102 ibídem.

32 Cfr. folios 115-116 ibídem.

33 Cfr. folios 128-129 ibídem

34 Cfr. folios 149-150 ibídem.

35 Cfr. folios 158-159 ibídem

36 Cfr. CD audiencia del 21 de enero de 2009, record 2:05.

37 Cfr. record 3:18 ibídem.

38 Cfr. record 3:34 ibídem.

39 Cfr. CD audiencia de juicio oral del 5 de marzo de 2009, record 2:55.

40 Cfr. record 5:17 ibídem.

41 Cfr. record 6:15 ibídem.

42 Cfr. record 12:50 ibídem

43 Cfr. folio 244-245 del cuaderno original 1.

44 Cfr. acta de la audiencia del 31 de marzo de 2009 que reposa a folio 246 ibídem.

45 Cfr. CD audiencia del 31 de marzo de 2009, video 4, record 00:01.

46 Cfr. record 11:46, ibídem.

47 Cfr. record 41:06 ibídem.

48 Cfr. CD testimonio del menor O.B.M. en la audiencia del 31 de marzo de 2009.

49 Cfr. CD audiencia del 31 de marzo de 2009, video 7, record 00:35.

50 Cfr. record 26:54 ibídem.

51 Cfr. video 8, record 3:15.

52 Cfr. acta de la audiencia del 31 de marzo de 2009 que reposa a folio 246 ibídem.

53 Cfr. CD testimonio de Ana María Londoño en la audiencia del 31 de marzo de 2009.

54 Cfr. record 18:26 ibídem.

55 Cfr. record 28:41 ibídem.

56 Cfr. record 31:54 ibídem.

57 Cfr. record 33:01 ibídem

58 Cfr. CD audiencia del 21 de mayo de 2009, video 2, record 11:51.

59 Cfr. folio 255 del cuaderno original No.1.

60 Cfr. folio 262 ibídem.

61 Cfr. folio 263 ibídem.

62 Cfr. audiencia del 1 de abril de 2009, video 2, record 10:07.

63 Cfr. record 17:23, ibídem.

64 Cfr. record 25:45, ibídem.

65 Cfr. record 45:42, ibídem.

66 Cfr. video 4 record 3:00, ibídem.

67 Ver folios 6 y 7 del cuaderno 2 del expediente.

68 Radicado 32972.

69 Convenciones: m (meses); d (días).