

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP4251-2019

Radicación N° 51167

Aprobado acta N° 254

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado WILLIAM RINCÓN GUERRERO, contra la sentencia de 4 de abril de 2017, por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar confirmó la proferida el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito con Funciones de Conocimiento de Aguachica (Cesar), que lo condenó como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

ANTECEDENTES

1. Fácticos.

De la actuación se desprende que Jairo Trujillo Trujillo denunció penalmente a WILLIAM RINCÓN GUERRERO al haber abusado sexualmente de su menor hija T.T.M. de 13 años de edad.

Señaló que durante los meses de noviembre y diciembre de 2010 su descendiente estuvo de vacaciones en la residencia de su tía Fanny Martínez Salazar esposa de RINCÓN

GUERRERO, ubicada en zona rural -Finca la Habana- del municipio de Pelaya (Cesar); que allí el citado sujeto en las madrugadas cuando su compañera sentimental se levantaba a realizar los quehaceres de la casa, se pasaba a la «colchoneta» donde dormía T.T.M. y procedía a tocarle sus partes íntimas.

Luego, en el mes de marzo de 2011, WILLIAM RINCÓN GUERRERO se desplazó hasta el Colegio donde estudiaba T.T.M. en el municipio de Aguachica (Cesar) y procedió a llevársela a una residencia ubicada en la vía Ocaña donde la obligó a que tuvieran relaciones sexuales.

2. Procesales.

2.1. En razón del precitado acontecer fáctico y capturado WILLIAM RINCÓN GUERRERO¹, el 10 de octubre de 2013 se realizó ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Aguachica (Cesar), audiencia en la que a solicitud de un Delegado de la Fiscalía General de la Nación se legalizó la aprehensión del citado ciudadano, así como le formuló imputación como presunto autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, definido en los artículos 208 y 211 numeral 5º de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 4º y 7º de la Ley 1236 de 2008, cargo que no aceptó.

En la misma diligencia el despacho afectó al imputado con medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario.

2.2. El escrito de acusación fue presentado el 5 de diciembre de 2013 sin modificaciones en relación con la calificación jurídica de la conducta². El asunto correspondió por reparto al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Conocimiento de Aguachica, ante el cual se formuló la acusación en audiencia realizada el 27 de enero de 2014³. La audiencia preparatoria, por su parte, tuvo lugar el 26 de febrero siguiente⁴.

2.3. Celebrado el debate oral y público en sesiones de 1º y 31 de julio, 11 de septiembre de 2014 y 6 de mayo de 2015, en armonía con el sentido del fallo anunciado en la última y sin llevarse a cabo la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el 16 de mayo de 2016 el juzgado de conocimiento dictó sentencia en la que declaró al acusado penalmente responsable como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en consecuencia, le impuso como pena principal 192 meses de prisión, y como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, negándole los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁶.

2.4. De la expresada sentencia apeló la defensa del procesado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar resolvió la alzada el 4 de abril de 2017 confirmándola⁷; fallo de segundo grado respecto del cual dicho sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación⁸.

2.5. Mediante auto del 20 de marzo de 2019 -AP1077-2019-, la Sala inadmitió la demanda en lo que hacía referencia a los cargos subsidiarios, no obstante, se admitió el principal pero única y exclusivamente respecto a la presunta transgresión de garantías fundamentales -debido proceso-⁹.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El apoderado de WILLIAM RINCÓN GUERRERO se ratificó en la queja expuesta en el correspondiente escrito, solicitando la nulidad de la actuación a partir de la audiencia en que se anunció el sentido de fallo, en consecuencia, se ordene la libertad de su patrocinado, en tanto, los falladores fulminaron las garantías constitucionales al debido proceso y derecho de defensa, al proferir la respectiva sentencia condenatoria sin realizar la audiencia contemplada en el 447 del Código de Procedimiento Penal; esto es, permitirle referirse a los criterios de graduación de la pena, así como de exponer el arraigo social, familiar y personal

del procesado a efectos de que se considerara la eventual concesión de algún subrogado penal.

2. La Fiscal Tercera Delegada (e) ante la Corte, en su intervención, pidió no casar la sentencia impugnada, pues aunque ciertamente no se llevó a cabo la citada diligencia, ello en manera alguna afectó derechos o garantías fundamentales, ya que la defensa en desarrollo del juicio oral, público y contradictorio, allegó todos los elementos o datos que le sirvieron al juez de primera como al de segunda instancia para fundamentar la sanción que le fue impuesta al acusado; la que por cierto dijo, se individualizó dentro de los parámetros legales; amén, que el recurrente jamás hizo alusión al principio de trascendencia, esto es, en ningún momento señaló porque la falta de este espacio procesal no le permitió alegar aspectos que no fueron considerados en las sentencias.

3. El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal se pronunció favorablemente frente al cargo propuesto, pues al no haberse realizado la audiencia de individualización de pena y sentencia conforme los postulados del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 se vulneró el debido proceso, concretamente las formas propias del juicio.

Señaló que este escenario procesal no puede serle menoscabado a las partes intervinientes, cuando es la oportunidad indicada por la ley para realizar solicitudes que guarden estricta relación con la pena y también para acreditar los hechos que le sirven de fundamento, más aún cuando de ello se derivan tan importantes aspectos a decidir, tales como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, su duración, el restablecimiento de los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y la garantía de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

En ese contexto, indicó, que al haberse configurado un defecto procedimental absoluto, pues los funcionarios judiciales se apartaron por completo del procedimiento establecido legalmente, se debe casar la sentencia declarando la nulidad de lo actuado a partir de la

audiencia en la que se dio a conocer el sentido del fallo.

CONSIDERACIONES

1. Como la demanda que presentó el abogado defensor de WILLIAM RINCÓN GUERRERO fue declarada desde un punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala está obligada a resolver de fondo los problemas jurídicos plasmados en el escrito, en armonía con los fines de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, conforme al artículo 180 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable al asunto.

2. Ahora, la defensa fundamentado en la causal segunda del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, solicita la nulidad de la actuación por haberse cercenado una etapa del proceso, la audiencia de individualización de pena y sentencia, lo que generó afectación al debido proceso, en tanto, no tuvo la oportunidad de referirse a los criterios de graduación de la pena y exponer lo relativo a los juicios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la sanción que se debía imponer a su patrocinado, así como su forma de vivir, esto es, arraigo social, familiar, personal.

3. Ha sido reiterativa la Corte en señalar que la causal de casación invocada por el actor, «permite reivindicar el decaimiento de la presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo de segundo grado, con base en la proposición y demostración de irregularidades constitutivas de nulidad por vicios in procedendo, es decir, cuando tal decisión se ha producido con desconocimiento de las formas propias del juicio -vicio de estructura-, o por violación de las garantías debidas a cualquiera de las partes -vicio de garantía-»¹⁰.

De otra parte, cuando se acude a este error, debe el demandante tener en cuenta que las causales de nulidad son taxativas¹¹ y que la denuncia, bien sea de la vulneración del debido proceso o de garantías fundamentales, requiere de claras y precisas pautas demostrativas,

ya que no cualquier anomalía atenta contra la vigencia de la actuación, pues la misma debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para quebrantar las bases esenciales del juicio o algún derecho fundamental de los intervinientes, de suerte que, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquel.

Precisamente, hacia la consecución de esos fines, así como del carácter serio y vinculante del correspondiente reproche, es que apunta la observancia de los principios que orientan la declaración de nulidades, los que, a pesar de no estar expresamente previstos en la Ley 906 de 2004, siguen siendo criterios de inexcusable acatamiento, como reiterativamente lo ha puntualizado la Sala¹².

Tales axiomas se concretan en los postulados de taxatividad¹³, convalidación¹⁴, protección¹⁵, instrumentalidad de las formas¹⁶, trascendencia¹⁷ y residualidad¹⁸, pues si se avizora que el defecto denunciado no logra afectar en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo confutado, no habrá lugar a la procedencia de la censura.

Ahora, como la irregularidad denunciada por el censor se contrae a la vulneración del debido proceso, debe recordarse que en sentido amplio el mismo es una garantía superior¹⁹ reconocida en el ámbito supranacional²⁰ y desarrollada por el ordenamiento penal interno²¹, de acuerdo con la cual «nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».

En materia penal, la Sala ha indicado que el proceso tiene una estructura formal y otra conceptual. La primera guarda relación con el principio antecedente-consecuente, inherente al conjunto o sucesión escalonada y consecutiva de actos jurisdiccionales con carácter

preclusivo regidos por la ley procesal, los cuales lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógico-jurídica.

La segunda, esto es, la estructura conceptual, se relaciona con la definición progresiva y vinculante del objeto del proceso penal, el cual no es otro que el de establecer, más allá de toda duda, por una parte, la realización de un comportamiento humano de acción u omisión verificable en el mundo exterior o físico, que halla correspondencia en la descripción legal y abstracta de una conducta punible; y de otra, determinar la consecuente responsabilidad del sujeto al que se atribuye la respectiva conducta de connotación jurídico-penal.

Transgredir el debido proceso significa, en resumen, pretermitir un acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito sine qua non para adelantar el subsiguiente, o llevarlo a cabo sin que cumpla los requisitos sustanciales inherentes a su validez o eficacia²².

4. Ahora, a efectos de estudiar la validez del trámite judicial ante la presunta afectación del proceso como es debido que plantea el demandante, la Sala estima oportuno recabar en el recuento de la actuación.

4.1. Es así que, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación y acusó a WILLIAM RINCÓN GUERRERO como presunto autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, definido en los artículos 208 y 211 numeral 5º de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 4º y 7º de la Ley 1236 de 2008, respectivamente²³.

4.2. El debate oral y público inició el 1º de julio de 2014 culminando, luego de varias sesiones, el 6 de mayo de 2015, oportunidad en la que la Juez Primero Promiscuo del Circuito de Aguachica (César), anunció sentido de fallo de carácter condenatorio; procediendo inmediatamente a fijar la fecha y hora en que se llevaría a cabo la audiencia en la que se daría lectura a la respectiva sentencia²⁴.

4.3. El 26 de agosto de 2015, la Juez de conocimiento dijo no poder realizar la citada diligencia, en tanto el audio que contenía la sesión del juicio oral realizada el 11 de septiembre de 2014 se encontraba deteriorado y no fue posible ubicar copia del mismo en los archivos; registro necesario para remitir la actuación al juez de segunda instancia en el evento de interposición de recursos, razones por las que dispuso la reconstrucción del mencionado acto procesal²⁵, previa advertencia que si el audio se localizaba, la audiencia a realizar sería la de lectura del fallo²⁶.

4.4. El 15 de diciembre de 2015, la defensa recusó a la funcionaria judicial – Art. 56 -5 C-P-, pretensión no aceptada²⁷, y declarada infundada el 19 de enero de 2016 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar al revisar su legalidad²⁸.

4.5. El 16 de mayo de 2016, el juzgado de conocimiento procedió a dar lectura al respectivo fallo anunciado, previo advertir a las partes que la audiencia de reconstrucción de la sesión del juicio oral del 11 de septiembre de 2014 no se realizaría, como quiera que el despacho logró ubicar una copia del correspondiente audio que se encontraba deteriorado y que contenía dicha diligencia²⁹.

En consecuencia, procedió a dictar la correspondiente sentencia en la que declaró a WILLIAN RINCÓN GUERRERO autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, imponiéndole un pena de 192 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, negándole los mecanismos sustitutivos de la pena³⁰; decisión confirmada el 4 de abril de 2017 por el Tribunal Superior de Valledupar al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa³¹.

Es de precisar que una de las inconformidades del recurrente fue alegar la vulneración del debido proceso por no haberse realizado la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, pretensión despachada desfavorablemente por el Tribunal al no haber

demostrado la trascendencia del error ni oposición frente a la pena impuesta o la negativa a la concesión de los subrogados³².

5. Ahora, como se indicara, en el presente asunto, la defensa del procesado ha demandado la violación de la estructura fundamental del proceso, al omitir la juzgadora de instancia llevar a cabo la audiencia de individualización de la pena y sentencia prevista en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 100 de la ley 1395 de 2010, que a la letra dice:

ARTÍCULO 447. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA. Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral, en la cual incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

6. La Sala frente al objetivo de la citada diligencia, en sentencia SP2144-2016, Rad. 41712, preciso:

[...] La diligencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal es el espacio procesal

en donde se concreta la individualización de la sanción, y se realizan los juicios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena, del cumplimiento de sus fines y de la procedencia de subrogados penales.

En efecto, teniendo en cuenta que la esencia del Estado constitucional de derecho debe irradiar el ejercicio racional del ius puniendi, surge necesario que el juzgador tenga un espacio de reflexión, en el cual, con la participación de las partes y los intervinientes, dé aplicación al artículo 3º del Código Penal que determina que:

“Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.”

De acuerdo con dicho precepto, contenido en una norma rectora de la ley penal colombiana, la pena debe ser sometida por el juez, al momento de su imposición, al test de necesidad, al de proporcionalidad y a los criterios de razonabilidad. En otras palabras, la punición que se imponga solo será legal en tanto se observe necesaria, proporcional y razonable. Esta valoración encuentra plena aplicación en el esquema constitucional de Estado social, acogido por nuestra Carta Política, en tanto está inspirado por el principio de dignidad humana y la posibilidad de discriminación positiva, como mecanismo para lograr la igualdad real. Así, la diligencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, es el momento procesal destinado por el legislador para desarrollar tal cometido.

[...]

De manera, que luego de determinar la responsabilidad penal del procesado, le corresponde al fallador, en desarrollo de la diligencia del artículo 447 ejusdem, escuchar a las partes para que manifiesten sus consideraciones respecto a la graduación de la pena, la

concesión de subrogados, las condiciones individuales, sociales, familiares, el modo en que se desarrolla la vida del procesado y sus antecedentes, a fin de establecer la necesidad de la sanción, su proporcionalidad, su utilidad, su quantum, su forma de cumplimiento idóneo para lograr el fin de resocialización y la posibilidad de conceder formas de ejecución no privativas de la libertad personal.

Destacó además la Corte que, las partes para desarrollar el cometido allí descrito, esto es, referirse a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, así como a la determinación de la pena que en su opinión debe ser aplicada y la concesión de algún subrogado, pueden aducir los elementos probatorios y evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos, facultad probatoria a la que incluso puede acudir oficiosamente el juez, claro está con las precisiones allí anotadas, esto es, que en desarrollo de la mencionada diligencia no rigen los parámetros para la práctica de pruebas del juicio oral, público y contradictorio, sino que se trata de una acreditación informal de hechos, sin que por ello se desconozcan las garantías procesales mínimas de las partes y de los intervinientes, pues practicadas las pruebas necesariamente debe ejercerse el derecho de contradicción a las mismas.

7. Ahora, consultada la actuación procesal y los audios que componen la actuación, puede advertirse que, en efecto, como lo señaló el recurrente, emitido el sentido de fallo condenatorio contra WILLIAM RINCÓN GUERRERO como autor responsable del delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, la Juez Primera Promiscuo del Circuito de Aguachica, procedió a fijar fecha para la respectiva lectura de la sentencia; la que finalmente se celebró el 16 de mayo de 2016, sin que previamente se le concediera la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que se refirieran a las condiciones individuales, familiares, sociales y modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, y si lo consideraban conveniente a la determinación de la pena que en su opinión debía ser aplicada, así como a la concesión de algún subrogado penal.

Contexto del que sin lugar a equívocos puede concluirse, como lo mencionó el casacionista y lo respalda la propia Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación, se pretermitió un acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito sine qua non para adelantar el subsiguiente, esto es, la audiencia de individualización de la pena para emitir la correspondiente sentencia.

Sin embargo, dicha omisión no conlleva necesariamente la anulación de la actuación, pues como se indicara, la eventual comprobación de anomalías que pudieran afectar la garantía procesal invocada no conllevan automáticamente a su invalidez, si no se demuestra, como de hecho no lo hizo el censor, que ellas conculcaron el referido derecho de su procurado, máxime cuando la misma fue consentida por quien la alega.

En otras palabras, desatendió el recurrente los principios de convalidación y trascendencia que gobiernan la declaratoria de nulidad, según los cuales no basta con denunciar las irregularidades, o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se hace necesario demostrar que aquellas no fueron aceptadas por el sujeto perjudicado, así como que, de manera decidida, incidieron en el quebranto de los derechos de los enjuiciados.

No hay discusión en que la sentencia condenatoria emitida contra RINCÓN GUERRERO del 16 de mayo de 2016 se materializó sin haberse llevado a cabo la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010; no obstante, también es indiscutible para la Sala, que anunciado el sentido del fallo y fijada la audiencia para dar lectura a la precitada decisión, la defensa guardó silencio sobre el particular, sin protestar inmediatamente el procedimiento asumido, dejando que la actuación se cumpliera de la manera fijada por la juez, con lo que tácitamente aceptó o convalidó el trámite.

Es más, observa la Sala, que tal deficiencia resultó insustancial porque no implicó un daño real para la estructura básica del proceso ni para las garantías que acompañan a los

intervinientes, que imponga el deber de decretar la nulidad insistentemente reclamada por el demandante, desestimada con acierto por el Tribunal. En otras palabras, no se logró probar que la anomalía alegada tuvo injerencia decisiva y contraproducente en la declaración de justicia contenida en el fallo recurrido, en tanto, el proceso de individualización de la pena y estudio de los subrogados penales, cumplió las exigencias legales establecidas para el efecto.

En efecto, un nuevo estudio de aspectos como la carencia de antecedentes penales o aquellas circunstancias que pudiesen haber influido en la tasación de la pena o su ejecución, o cualquier situación de análoga significación, traducidos en circunstancias de menor punibilidad, es innecesario e intrascendente puesto que el a quo impuso la sanción mínima preestablecida por la ley para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por el cual se le declaró responsable, previsto en los artículos 208 y 211 numeral 5º de la Ley 599 de 2000, modificados por los artículos 4º y 7º de la Ley 1236 de 2008, esto es, 192 meses de prisión³³.

Frente a la concesión de algún subrogado penal, ha de advertirse que así se otorgara nuevamente la posibilidad para que la defensa se pronunciara en tal sentido, la decisión va a hacer la misma, que WILLIAM RINCÓN GUERRERO no tiene derecho ni a la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria, al no configurarse los requisitos objetivos previstos en los artículos 63 y 38 del Código Penal, aunada a la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

De otro lado, como se indicara, el defensor del procesado guardó absoluto silencio cuando se instaló la audiencia en la que se dio lectura a la sentencia condenatoria, conducta que claramente contribuyó a que no se aportaran medios de convicción distintos a los estipulados por las partes para conocer las condiciones personales, sociales y familiares del acusado, al igual que sus antecedentes³⁴. Por ello, debe entenderse que el silencio del defensor durante la oportunidad prevista para tales efectos, permite inferir que consintió en

la irregularidad y, por ende, la convalidó.

Es más, ni siquiera en el recurso de apelación que interpusiera contra la sentencia de primera instancia, señaló aquellos elementos materiales probatorios que se dejaron de practicar y que de alguna manera incidirían en el juicio de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que realizó el juez para imponer la sanción correspondiente o la no concesión de los subrogados penales.

Ello, por la restricción objetiva y legal para optar por mecanismos alternativos a la prisión intramural en consideración a la prohibición que existe respecto de los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual de menores, así como por cuanto el proceso de individualización de pena realizado por el juez de instancia se encontraba ajustado a los parámetros legales.

Pero es que además, el Tribunal confrontó el proceder de la juzgadora de instancia, no encontrando irregularidad alguna en la actuación que convalidó el abogado recurrente, pues además de no haberse demostrado la trascendencia del yerro detectado, tampoco hubo una divergencia por parte del profesional respecto al proceso de individualización de la pena y/o negativa de la concesión de los subrogados penales. Textualmente señaló el Tribunal

[...] También considera el apelante que la actuación es nula porque la señora Juez A quo no realizó la audiencia del artículo 447 denominada de individualización de pena y sentencia. Siendo este hecho cierto, parece desconocer el letrado que tenía la carga de resaltar cuál es la trascendencia del yerro, en este caso el abogado defensor debió exponer los argumentos que de haberse realizado la audiencia de marras habría expuesto a favor de su cliente, relacionados con [...], los cuales además deberían tener la contundencia suficiente para enervar los fundamentos expuestos por la primera instancia para determinar la pena impuesta a su prohijado o para negar los subrogados penales. Lo importante frente a la omisión que se resalta es que el censor pudo haber manifestado su desacuerdo frente a la

pena o la negativa de los subrogados penales, sin embargo, optó por dejar de lado éstos, para deprecar la absolución de su patrocinado, lo que demuestra aún más la inocuidad del yerro...»

En ese contexto, en este caso en concreto, no tendría sentido retrotraer la actuación para darle la oportunidad a la defensa para manifestar las consideraciones que tenga con relación a la graduación de la sanción o la concesión de un mecanismo sustitutivo, cuando la declaración de justicia decretada por las instancia no variaría, pues se insiste, la pena impuesta es la mínima establecida por el legislador para la conducta punible por la que resultó condenado y legalmente RINCÓN GUERRERO no tendría derecho a ningún subrogado penal, máxime cuando ni siquiera en este sede le informó a la Sala como la falla detectada le impidió postular algún tipo de sustituto o la posibilidad de solicitar una sanción menor a la impuesta.

En conclusión, el cargo no supera la barrera de la trascendencia como tampoco se acredita que la defensa haya actuado de manera diligente y de tal forma atribuir la anomalía procesal exclusivamente a la actividad de los jueces de conocimiento, pues se insiste, el estudio de los subrogados penales se realizó dentro de los parámetros establecidos por el legislador en los artículos 38 y 63 del Código Penal, además que tampoco se impidió la posibilidad de solicitar una sanción menor, ya que la impuesta fue la mínima posible.

Aunado a lo anterior, en el hipotético caso de acogerse la pretensión del libelista de que se decrete la nulidad con la simple demostración de la irregularidad cometida sin acreditación alguna de su incidencia en el quebranto de los derechos del enjuiciado, se estaría privilegiando la forma frente a lo sustancial, incluso, con grave desmedro de uno de los fines que rigen el recurso de casación que propende por lo contrario, esto es, la efectividad del derecho material.

8. Luego, entonces, la censura formulada por el actor no tiene vocación alguna de

prosperar, dado que si bien es cierto de manera objetiva se constata que la irregularidad existió, igualmente es verdad que la misma no repercutió en las garantías que reclama como vulneradas, razones por las que la sentencia impugnada no será casada.

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

RESUELVE:

Primero: No Casar la sentencia impugnada por la defensa del procesado WILLIAN RINCÓN GUERRERO, conforme las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Por solicitud de la Fiscalía General de la Nación el 2 de octubre de 2013, el
Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Aguachica (Cesar), ordenó librar la correspondiente
orden de captura contra WILLIAM RINCÓN GUERRERO, la cual se materializó el
siguiente 10 del mismo mes y año.

2 C. 1, fs. 1-11.

3 C. 1, fl. 19.

4 C. 1, fs. 22-23.

5 Ídem, Fs. 72-73; 80-81; 85-87 98-99, respectivamente.

6 C. 1, fs. 226-249.

7 C. 2, fs. 401 y ss.

8 C. 1, f. 259.

9 C. Corte, fs. 13-37.

10 CSJ SP2364-2018, 20 Jun, Rad. 45098

11 Ley 906 de 2004, artículo 458. Son ellas: nulidad derivada de la prueba ilícita y
cláusula de exclusión (artículos 23 y 455 ib.); nulidad por incompetencia del juez
(art. 456 ib.); y, la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la
defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (art. 457 ib.).

12 Entre otras, CSJ. SP, 18 nov. 2008, rad. 30539 y SP, 18 mar. 2009, rad. 30710.

13 Solo es posible alegar las nulidades, expresamente previstas en la ley.

14 Aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales.

15 No puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

16 No es dable declarar la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad prevista por la ley. Como las formas no son un fin en sí mismo, a pesar que el acto procesal no se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, lo importante es que se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado.

17 Quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento y que la magnitud del defecto tenga incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

18 La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para subsanar el yerro detectado.

19 [Constitución Política](#) de Colombia, artículo 29.

20 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, y Carta Internacional de Derechos Humanos, artículo 10.

21 Ley 906 de 2004, artículo 6.

22 CSJ SP10400-2014, 5 ago. 2014, rad. 42495.

23 C. 1, fs. 1-11.

24 C.1, fl. 99.

25 Audiencia señalada para el 15 de septiembre de 2015, pero reprogramada para el siguiente 15 de diciembre C.1, fl. 116.

26 C. 1, fs.107-108.

27 C.1, FS. 131-1321

28 C.1, fs. 140-150.

29 En estos términos se pronunció la juez de conocimiento: «... Se tiene que estaba señalada la fecha de hoy para la reconstrucción de la audiencia de juicio oral, esta audiencia se determinó el 13 de abril de 2016, el juzgado estaba haciendo esta fecha de reconstrucción o había señalado esta fecha para audiencia de reconstrucción en atención a que como ya se había manifestado una sesión de audiencia la del 11 de septiembre de 2014 se había averiado el audio y pues al momento de proceder a sacar una nueva copia pues ya las Salas de audiencia habían sido cambiadas y esa fue la razón por la cual no se pudo reconstruir en un momento este audio, sin embargo, nos pusimos a la tarea de buscar el audio y se pudo

conseguir el audio de la fecha del 11 de septiembre de 2014 y por lo tanto el juzgado va dictar hoy el fallo correspondiente, ya que el audio ya se consiguió, entonces de inmediato vamos a dictar la lectura del fallo dentro de este asunto...».

30 C. 1, fs. 226-249.

31 C. 2, fs. 401 y ss.

32 C. 1, fs. 235-236.

33 La conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, previsto en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4º de la Ley 1236 de 2008, prevé una pena de prisión de 12 a 20 años, pero como la conducta es agravada conforme el numeral 5º del artículo 211 ibídem, dichos guarismos deben aumentarse de una tercera parte a la mitad, quedando en definitiva la pena de prisión de 16 a 30 años o lo que es lo mismo de 192 a 360 meses de prisión.

34 En la sesión de audiencia del juicio oral llevada a cabo el 1º de julio de 2014, Fiscalía y defensa incorporaron a la actuación como hechos que no serían objeto de controversia, el arraigo social y familiar y antecedentes penales del acusado WILLIAN RINCÓN GUERRERO, que fueron consignados en el informe de investigador de campo FPJ-11 de 10 de octubre de 2013, suscrito por el investigador del CTI Samir Elías Daza Bendeck. C.O. 1. Fs. 72 y ss.