REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA
Radicado N° 2016-00088-P-MC.
Aprobado mediante acta No. 168

Barranquilla, Veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016).

1. OBJETO.

Resolvería la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa técnica de DUSTYN ERICK RODRÍGUEZ ROSADO en contra de la sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Sexto (6º) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento a través de la cual fue condenado a la pena principal de doscientos dieciséis (216) meses de prisión y a la accesoria de rigor y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria al hallarlo penalmente responsable del delito acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, de no ser porque se vislumbra una causal de nulidad que conlleva a invalidar lo actuado a partir de la sesión de juicio oral del once (11) de febrero de la presente anualidad inclusive.

2. ANTECEDENTES.

2.1. De acuerdo a lo obrante en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación[1], El 25 de noviembre de 2013, LUIS MANUEL SOTOMAYOR BERNAL, hermano biológico de la menor L.M.S.B interpuso denuncia en contra del procesado ante la Unidad de Caivas de esta ciudad señalando que éste, quien es hijo de su padrastro, se llevó de su casa a su hermana menor de 13 años para tener vida marital siendo víctima de abusos sexuales.

2.2. El treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014) ante el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante se llevaron a cabo las audiencias de legalización de la captura de DUSTYN ERICK ROSADO RODRÍGUEZ, formulación de imputación en su contra por la presunta comisión

[1] Folio 3 a 13 C.O. 1ª Instancia.

del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años con circunstancias de agravación en concurso homogéneo sucesivo, los cuales no aceptó, y finalmente la de imposición de medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, a la cual accedió el administrador de justicia[2].

2.3. Posteriormente, la Fiscalía 27 Seccional adscrita a la Unidad de Caivas de Barranquilla presentó el escrito de acusación y repartido el asunto, le correspondió al Juzgado Sexto (6º) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad donde el veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015) se celebró la audiencia de verbalización del mismo[3], el veintidós (22) de mayo de ese mismo año se desarrolló la audiencia preparatoria[4], seguidamente el juicio oral durante varias sesiones entre los días seis (6) de agosto de dos mil quince (2015)[5] y once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)[6], finalizando la actuación el veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016) cuando el Juez de primera instancia dictó la sentencia condenatoria que fue recurrida por la Defensa técnica del procesado.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

3.1 El debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, a través de del cual se busca garantizar la protección de los individuos dentro de la actuación judicial, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se realice una correcta aplicación de la justicia.

De acuerdo a las garantías reconocidas en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y replicadas en la Constitución Nacional, toda persona tiene el derecho a ser oído en su propio juicio cuando se encuentre sometida a un proceso penal. Al respecto la Declaración Universal De los Derechos Humanos establece:

"..Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal..."[7].

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado un

[2] Folio 2 C.O. del Juzgado.
[3] Folio 21 a 23 C.O. del Juzgado.
[4] Folio 30 C.O. del Juzgado.
[5] Folio 46 C.O. del Juzgado.
[6] Folio 121 C.O. del Juzgado.
[7] Declaración Universal de los Derechos Humanos, Articulo 10.

extenso concepto del derecho a la defensa material y la posibilidad que tiene el procesado de ser escuchado en su propio juicio, sosteniendo que:

"… Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones incriminatorias por contradictorias o por falsas; ***oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretendan utilizar en su contra..."***[8]

3.2. De acuerdo a lo manifestado por el recurrente en el caso objeto de estudio, la decisión apelada debe nulitarse en la medida en que en la sesión del juicio oral del once (11) de febrero de la presente anualidad, a su ahijado le fue negado su derecho a renunciar al silencio y denegada la oportunidad de rendir testimonio.

Pues bien, a efectos de dilucidar la censura al proveído de primera instancia es menester indicar que:

En el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, se consagra el principio de taxatividad respecto de las causales por las cuales podrá decretarse la nulidad solo en los siguientes casos:

1. Nulidad derivada de la prueba ilícita.
2. Nulidad por incompetencia del Juez.
3. Nulidad por violación a garantías constitucionales: derecho de defensa o debido proceso en aspectos sustanciales

La jurisprudencia ha decantado en el marco del sistema penal con tendencia acusatoria los requisitos que debe llenar quien pretenda alegar la nulidad de una causa penal, los que se circunscriben a unos principios, a saber:

i) *Principio de taxatividad*, para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley; *principio de protección*, el sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica;

[8] Informe No. 50 de 2000, caso Reinaldo Figueredo Planchart.

ii) Principio de convalidación, la irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada expresa o tácitamente por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales;

iii) Principio de trascendencia, quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso, p*rincipio de residualidad*, compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad;

iv) Principio de instrumentalidad de las formas, no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa;

v) Principio de acreditación, quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya.

Significa lo expuesto que no puede alegarse una nulidad por causal diferente a las señaladas, además el sujeto que le invoca debe argumentar que la situación irregular que alega se adecua a una o a varias de ellas.

En el caso sub examine el recurrente invoca la nulidad de lo actuado señalando que el Juez Sexto (6º) Penal del Circuito de Barranquilla con Funciones de Conocimiento no accedió a la solicitud del procesado de romper el silencio argumentando que tal petición no fue efectuada en la audiencia preparatoria y no resultaba conveniente ya que acarreaba la entrada a nuevos elementos probatorios[9].

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia establece que:

"……El testimonio que proviene de la persona sometida a juicio tiene entonces características especiales en razón de las cuales admite tratamiento jurídico diferenciado; por esas connotaciones y los alcances de los que está revestido se hace necesario darle un rito acorde para su decreto, sin que ello afecte derechos y garantías de las demás partes e intervinientes, pues más que innecesario es indispensable que el juez se informe a través del acusado de cómo ocurrieron los hechos y cuáles fueron las razones de su obrar, por lo que su utilidad para el proceso es evidente, a más que el titular de derecho a la defensa material es de carácter personalísimo y exclusivamente le corresponde al procesado.

[9] Audiencia de juicio oral del 11 de febrero de 2016. Record 5:40 a 16:17

(…) Las diferencias advertidas desde la óptica de las garantías ponen de presente que la única parte que se afecta por no atender su petición de ser oído cuando ésta es formulada en el juicio oral es el mismo procesado, sin que de ello se sigan consecuencias negativas para los derechos de las demás partes e intervinientes, que no pueden afirmarse sorprendidas con la declaración de la persona vinculada al proceso, cuya identidad es conocida desde la audiencia de formulación de imputación y desde este momento procesal se advierte la posibilidad que declare en el juicio oral sobre hechos concretados en esa audiencia preliminar.

(….) Dicho de otra forma, esa declaración, conforme se sigue de lo previsto en el artículo 394 ibídem y del ordenamiento jurídico constitucional en sentido amplio, incluyendo la legislación internacional, conllevan a una interpretación sistemática y teleológica sobre el derecho del procesado a ser oído en su propia causa, emergiendo que no necesariamente hace parte del debido proceso probatorio que el testimonio del incriminado deba haberse descubierto y solicitado en la audiencia preparatoria, sustentando su pertinencia, conducencia y utilidad para obtener del funcionario de conocimiento un pronunciamiento favorable a tal solicitud probatoria[10]…"

Así pues, revisados los audios que reposan en el expediente, la Sala constata que en la sesión del juicio oral del once (11) de febrero de la presente anualidad, el Defensor del procesado, antes de finalizar el debate probatorio, solicitó se le permitiera romper el silencio al procesado, toda vez que, se hacía necesario para reforzar su teoría del caso encaminada a probar la existencia de un error de tipo invencible en la conducta que le reprocha el Ente acusador a su apadrinado.

Sin embargo, tal solicitud no fue admitida por el Juez de Primera Instancia, debido a que dicho testimonio no fue decretado en la audiencia preparatoria, y la entrada de este elemento podría tomar por sorpresa a la Fiscalía, ya que no se sabe con qué información podría llegar el testigo para complementar su palabra.

Así las cosas, el veintiocho (28) de abril de este año, después de clausurado el debate probatorio y alegatos de conclusión, el Juez Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento leyó la sentencia condenatoria correspondiente al punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años, con circunstancia de agravación punitiva en concurso homogéneo sucesivo.

Al respecto, es pertinente acotar que el hecho que el testimonio del acusado no haya sido descubierto en la audiencia preparatoria no tiene la capacidad de sorprender a la Fiscalía, toda vez que la identidad del enjuiciado es

[10] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, AP6357, radicación 41.198, M.P Eugenio Fernández Carlier.

conocida por todos los sujetos procesales desde el inicio del proceso, y es por ello que, siempre se tendrá como posibilidad su declaración en el juicio oral.

En este contexto, se precisa que escuchar al procesado se establece como una herramienta para esclarecer la verdad, es por ello, que esta oportunidad puede solicitarse y practicarse en cualquier momento hasta que no se haya cerrado el debate probatorio, incluso sino fue decretado en la audiencia preparatoria.

En esta lógica, si no es aprobada la declaración del encausado en el juicio oral por no haberse solicitado en la etapa preparatoria, se está limitando el derecho a la defensa material de éste, toda vez que dicho elemento aportaría información trascendental para el esclarecimiento de la verdad, sin representar un perjuicio para el Ente Acusador, debido a que por ser un testimonio puede simultáneamente controvertirse, alegarse o refutarse dando un equilibrio a todas las partes que concurren en el proceso.

Finalmente es necesario precisar que el testimonio del acusado es un medio de defensa que no puede negarse dentro de un proceso penal, toda vez que reúne todas las garantías y condiciones sustanciales para el desarrollo de un buen juicio.

En ese orden de ideas, fluye con claridad una violación al debido proceso, toda vez, que el Juez Sexto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, negó el testimonio del acusado, por lo que esta Corporación decretará la nulidad de lo actuado a partir de la sesión del juicio oral del once (11) de febrero del año en curso a fin de que el Fallador de Primera Instancia reanude el juicio oral y le permita al enjuiciado rendir la declaración que le fue denegada.

Por lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla, “administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley”

RESUELVE

Primero.- **Decretar** la nulidad de lo actuado lo actuado a partir de la sesión de juicio oral del once (11) de febrero de la presente anualidad inclusive dentro del proceso seguido a DUSTYN ERICK ROSADO RODRÍGUEZ en el Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla. En consecuencia,

Segundo.- **Ordenar** al J Juzgado Sexto (6) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, reanude el juicio oral y le permita al

enjuiciado rendir la declaración que le fue denegada, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notificada en estrados, Cúmplase y devuélvase.

Los Magistrados,

JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

MARIA JUDITH DURAN CALDERON

JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

La Secretaria,

JOSEFA JIMÉNEZ DE GONZÁLEZ