



Bogotá, D.C., 24 de Agosto 2009.

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Magistrado Ponente: Dr. **JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB**
Ciudad

E. _____ S. _____ D.

REFERENCIA: Oficio No. 2175 de cinco de agosto 2009, atinente al expediente D-7806. Ley 906 de 2004, artículo 454 demandado en forma parcial.

Muy distinguidos. Señores Magistrados:

Cordial y respetuoso saludo. En relación con la solicitud contenida en el Oficio de la referencia, al tenor de lo señalado en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, gustosamente, procedemos a emitir el concepto solicitado sobre el asunto en cuestión.

I. EL PROBLEMA DEBATIDO

Mediante escrito fechado el dos de junio 2009, corregido el ocho de julio 2009 —después de que por parte del Señor Magistrado Ponente se dispusiera que el accionante corrigiera la demanda correspondiente—, una profesional del Derecho demanda la declaratoria de inconstitucionalidad parcial del artículo 454 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento



Penal —destinado a regular el llamado “principio de la concentración”, ubicado como artículo único del Título V, Libro III, intitulado como “SUSPENSIONES DE LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL”—, más concretamente el último inciso que reza: “...Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”. La accionante pretende que este aparte del texto se lleva de calle diversas disposiciones constitucionales entre las cuales cita el “Preámbulo” y los artículos 1º, 29 inciso 4º y 228 de la de la Carta Magna.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LOS CARGOS

Sin duda. Honorables Magistrados, una vez leídos los dos insuficientes escritos confeccionados por la accionante, se concluye que la demanda presentada no es el verdadero ejercicio de un mecanismo desplegado por un ciudadano en virtud del cual se busca “...*participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”, para el caso a través de la interposición de “...acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (Cfr. art. 40 numeral 6 de la Ley de Leyes), como es el querer del constituyente, porque por ninguna parte emergen las verdaderas “razones” por las cuales el texto cuestionado se estima “violado” como —de forma perentoria— lo exige el artículo 2º numeral 3 del Decreto 2067 de cuatro de septiembre 1991, que regula el “régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”.

A. El supuesto ataque al Preámbulo. En efecto, se afirma que el valor Justicia “se ve afectado” porque el artículo 454 del Código de



Procedimiento Penal obliga a repetir el juicio oral "...por el simple hecho que (sic) el juez del conocimiento no pueda continuar al frente del despacho judicial" (el error de construcción de la frase en el original), puesto que "...tal circunstancia desequilibra no solo las relaciones entre procesado y Estado, representado por el Ente investigador, sino, igualmente desequilibra las relaciones entre la víctima y quien resulte vencido en el juicio oral", pues esta última espera que con la culminación del juicio se logre "verdad, justicia y reparación" (página 2 de la demanda, folio 2 del expediente). Es más, la inconstitucionalidad se hace fincar en que los testigos "rehúsan volver a comparecer al juicio oral".

Por supuesto, que la repetición del juicio oral sea improcedente cuando se deba cambiar a la persona del juez, porque desequilibra las relaciones entre el procesado y el Estado o entre la "víctima" —y todo indica que la accionante quiere impresionar con el discurso tejido en torno a ella, convertido ahora en la pandemia del Derecho penal como si hubieran desaparecido otros protagonistas del mismo!— y quien resulte vencido en el juicio oral, no deja de ser una afirmación sin ningún sustento máxime que, para aludir otra vez a tal interviniente, ello no pone en peligro la verdad, la justicia y la reparación. Sucede todo lo contrario: la repetición del juicio está encaminada a garantizar los derechos del imputado, la sociedad y la propia víctima.

Así mismo, que los testigos rehúsen concurrir otra vez al juicio oral cuando este deba ser repetido —afirmación no susceptible de comprobación empírica— tampoco es un argumento para afirmar la contrariedad a la



Carta Magna del inciso final del artículo 454, máxime que la propia ley procesal penal dispone de férreos mecanismos para hacerlos conducir a la audiencia (cfr., por ejemplo, lo dispuesto por el art. 384).

En fin, por ninguna parte —tampoco en el escrito de corrección— se demuestra que con el aparte demandado se haya puesto a tambalear el Preámbulo de la Constitución cuando prevé el valor Justicia.

B. El pretenso desconocimiento del principio de dignidad humana.

También, se arguye una supuesta limitación o contrariedad al postulado de la dignidad humana (cfr. página 3, escrito de corrección o folio 25 del expediente), porque con el cambio de juez se mantiene “...*indefinidamente a un procesado vinculado a una actuación, cuantas veces se cambie del (sic) funcionario judicial que dio inicio la (sic) actuación en el juicio oral*” (idem).

Esta afirmación, Honorables Magistrados, aparte de estar contenida en un texto mal redactado, comporta una aserción que tampoco se compadece con la realidad —no existe ningún estudio empírico que así lo indique ni, para acabar de ajustar, se emite una sola prueba en pro de esa tesis—, porque nadie ha demostrado que con la repetición del juicio oral en casos excepcionales y en la circunstancia ya indicada se mantenga al procesado vinculado de manera indefinida a la actuación —¡como Prometeo atado a la roca!— o, como se dice en la página cuatro del escrito de corrección (folio 26), se prolongue el juicio oral “...*en el tiempo más allá de lo razonablemente determinado*”. Sin que, además, ninguna pertinencia se

observe en la cita que se hace de un texto atribuido al catedrático de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el Profesor Ángel Sánchez de la Torre.

C. La presunta violación al postulado del debido proceso. Así mismo, en sus dos escritos, la accionante pretende que el inciso en cuestión vulnera el postulado constitucional del debido proceso, para lo cual se vale de afirmaciones como las siguientes: afecta la “pronta y cumplida administración de justicia”: “...sería tanto como castigar al procesado para que se vea incurso en un proceso extenso, indefinido y engorroso”; “...pone en riesgo el proceso penal en sí”; genera “impunidad e injusticia”, cuando no “ausencia de estado”; “implica dilación del proceso penal en el tiempo”. Además, dice, “rompe con la libertad probatoria dentro del proceso” pues “dejaría sin efecto jurídico las pruebas anticipadas y las que deban practicarse por autoridad extranjera” [folios 3, 4, 24]; hasta concluir que “...Es una garantía para el ciudadano y más cuando ha sido procesado, que su proceso se defina en forma rápida y eficaz y el cambio de juez lo convertiría nuevamente (sic) en objeto del proceso ya que se tendrá que repetir el juicio cuando él al obtener el sentido del fallo y su libertad entiende que se terminó toda actuación (sic) y no se encuentra pendiente alguno con la justicia (sic)” [folio 28].

Por supuesto, se trata de meras aseveraciones indefinidas sin contenido alguno que se quedan en el vacío cuando no, como en la última, de atestaciones que riñen con la estructura del proceso penal vigente. De otra forma expresado: la petente no logra demostrar ---por supuesto, valiéndose



de medios empíricos— que el inciso genere impunidad, dilate el proceso y, por consiguiente, afecte el debido proceso.

D. El alegado desconocimiento del art. 228 constitucional. Para acabar de ajustar, se asevera que en virtud del mecanismo cuestionado no se da primacía al derecho sustancial sobre el formal como lo dispensa el artículo 228 de la Carta, pues “...*este deber se incumple no sólo cuando el Estado deja de investigar una violación, sino, también cuando, existiendo un proceso judicial vigente, el mismo no se adelanta oportunamente o en tiempo razonable, produciéndose en algunos casos, decisiones judiciales inocuas, inanes*”. En otras palabras: ¡de nuevo la vaguedad del discurso evita que una argumentación seria y ponderada concrete un ataque cierto contra la norma demandada, por su posible vulneración de la Carta!

III. EL INCISO DEMANDANDO ES CONSTITUCIONAL

De esta manera, una vez sopesados los planteamientos de la demandante de cara a todo el entramado constitucional, sin lugar a hesitación alguna, debe concluirse que el aparte final del artículo 454 del Código de Procedimiento es constitucional y, por ende, no desconoce el programa penal de la Constitución en el ámbito del derecho procesal penal. En efecto:

En primer lugar, no cabe duda en el sentido de que la ley procesal penal con base en las huellas de la Constitución, plasma una estructura procesal que —a grandes rasgos— se compadece con un sistema de partes o también llamado *adversarial* (*adversary system*) que hunde sus raíces en el

antiguo proceso germánico. en cuya virtud “la Fiscalía por un lado y, por otro, el acusado y su defensor llevan el procedimiento como partes enfrentadas aunque con iguales derechos; mientras el Tribunal participa como espectador de la discusión procesal y finalmente decide, absolviendo o condenando, sobre la imputación de culpabilidad” [véase DE DIEGO DÍEZ, LUIS ALFREDO: *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 23; el mismo, *La conformidad del acusado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 13].

Por ello, con razón, en la sentencia C-396 de 23 de mayo 2007 la propia Corte Constitucional afirma que el esquema asumido es de tendencia acusatoria —que no acusatorio—: “...ya se recordó en esta providencia que la Corte Constitucional ha dicho, en reiteradas oportunidades [Sentencia C-591 de 2005. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias C-873 de 2003, C-1260 de 2005 y C-454 de 2006, entre otras], que el proceso acusatorio en nuestra legislación no es típicamente adversarial, ni un sistema acusatorio puro, por lo que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito...”.

En segundo lugar, ese patrón procesal está inspirado —entre otros— en el principio de inmediación en cuya virtud, como dice el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”.

salvo algunas circunstancias excepcionales que allí se mencionan: es más, el art. 379, que alude a este apotegma en materia de pruebas, advierte: **“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”**, esto es, a la hora de emitir la sentencia sólo podrá valorar los instrumentos de cognición cuya práctica él haya presenciado.

Desde luego, este axioma es de rango constitucional como quiera que se infiere del art. 250 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 03 de 2002. Sobre ello, en la sentencia C-591 de 28 junio 2005, la Corte constitucional expresa lo siguiente:

“En efecto, el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad *“que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”* [Gerd Pfeiffer, *Libro homenaje a Bemmman*, Munich, 1997, citado por O. J. Guerrero, *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005]. De tal suerte que, **la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia**. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin [Claes Roxin, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, p. 395], **el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral**, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales [En palabras de Lorenzo Bojosa Vadell “Las exigencias del principio de contradicción y el de inmediación exigen distinguir entre actos sumariales y actos de prueba y conlleva la necesidad de dar valor probatorio únicamente a la prueba practicada en la fase de juicio oral, con la estricta excepción de las **pruebas anticipadas** y preconstituídas, siempre que se hayan llevado a cabo las debidas garantías, principalmente el cumplimiento del deber de información e ilustración de sus derechos al imputado con el fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y esta sea obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales”, en “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, dic. 2004, p. 58]”.

En tercer lugar, ese modelo procesal también se edifica en el *principio de concentración* vertido en el texto de los artículos 17 y 454 en virtud del cual se busca que el juez “concentre su atención en un solo asunto” y, en el menor lapso de tiempo, se libre el debate, con lo cual terminan engarzados



este axioma y el de inmediación. De esta manera, se pretende que sea la persona física del mismo juzgador la que intervenga en el juicio oral sin que se pueda pretextar —como se hace en el libelo que contiene la demanda, transido de una concepción carente de todo humanismo y que aboga por una justicia burocratizada en manos de máquinas— que, con base en las meras ayudas audiovisuales, se puede suplir a cabalidad su ausencia, como si no fuera evidente que en un Estado Social y Democrático de Derecho es de vital trascendencia que el juzgador esté en contacto directo con las partes y presencie la práctica de los medios de prueba que debe valorar, como lo exige el art. 379 citado.

Por ello, bueno es recordarlo, los arts. 404 y 420 del Código de Procedimiento Penal, disponen lo siguiente: “*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” (art. 404) y “*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” (420). Ello, por supuesto, sólo se logra si la persona que aprecia el medio de prueba es el

mismo que presenció su práctica y no, como pretende la petente, a través de ayudas audiovisuales.

En cuarto lugar, y eso parece olvidarlo la demandante, los dos principios acabados de mencionar son normas rectoras de la ley procesal penal colombiana y, como todas las contenidas en el Título Preliminar, **“son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código”**; es más, en materia de hermenéutica, ellas deben ser **“...utilizadas como fundamento de interpretación”**. Por eso, para asegurar y preservar en su integridad estos apogemas, el legislador dispone —animado de un discurso garantista— que la audiencia debe repetirse si durante el transcurso del juicio oral se debe cambiar la persona al juez.

Así mismo, en quinto lugar, no debe perderse de vista que el inciso demandado contiene una garantía de transparencia para todas las partes que intervienen en el juicio oral, al preservar a toda costa la persona del juzgador: el procesado, el defensor, la víctima y el agente del Ministerio Público. En otras palabras: acorde con el Programa Penal de la Constitución se busca que, en virtud de este modelo procesal, no sólo las partes se comporten acorde con los dictados del principio de la lealtad [“...todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe” (art. 12)] sino que el propio Estado asegure, con limpieza, las reglas de juego que inspiran el juzgamiento en el marco de ese modelo, para el caso mediante la presencia física del mismo juez hasta el final del juicio oral.

También, en sexto lugar, la observancia sin excepción alguna de lo señalado por el inciso cuestionado es trascendental para que no se afecte —



de manera grave— el papel que debe cumplir el juez y, por consiguiente, no se desconozcan las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa que son de rango constitucional y legal: esto, para no olvidar que con esta previsión legal se busca preservar la estructura procesal penal adoptada. Así, por lo demás, lo reconoce la propia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela de veintinueve de abril 2008, dentro de la acción invocada por el Fiscal Ismael Cubillos León contra los Juzgados 19 Penal Municipal y 42 Penal del Circuito —en un caso en el cual fue cambiado el Juez que había conocido del juicio oral al iniciarse una de las audiencias del incidente de reparación—, que fue confirmada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-1041 de 23 octubre 2008 en la cual se dijo: *“Ahora, si bien de una lectura literal del artículo 454 de la Ley 494 de 2004 (sic), no se sigue que deba repetirse el juicio si el sentenciador es diferente de que presenció la práctica probatoria, sí es una consecuencia lógica que se deriva del conjunto de normas que guían el proceso penal, y porque además, de otra manera se incurriría en una vulneración grave del principio de inmediación”*.

Sin embargo, al sostener la tesis contraria, en proveído con fecha anterior y que cita la demandante como sustento —vinculada a un Juzgado Penal del Circuito de la Ciudad de Cali ciudad donde, y no es coincidencia, se adelantó por el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado la audiencia que originó el pronunciamiento—, fechado el 30 de enero de 2008 y con número de radicado 27192, se había admitido que cuando *“es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del*



principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran”, es factible abstenerse de repetir del juicio oral. Para el caso, se trataba de un evento en el cual una Juez instaló una audiencia y presenció la práctica de un medio de prueba que —dijo ese organismo— no fue tenido en cuenta en la sentencia por parte del juez que, finalmente, continuó la misma y emitió el fallo condenatorio.

Por supuesto, con interpretaciones como esas —desmentidas por una Sala de tutela de dicho organismo que, con posterioridad a este pronunciamiento, dijo todo lo contrario, según acaba de verse— no sólo se desconoce de forma ilegal la prohibición perentoria contenida en el art. 454 sino que, y ello es más grave, se abren las puertas para que las audiencias en el sistema oral no sean repetidas cuando, como advierte esa corporación, se presenten múltiples situaciones: “...es evidente que en el desarrollo del juicio oral es posible el surgimiento de excepcionales circunstancias, vicisitudes, bien sea de orden personal, laboral, etc., que ocasionan el cambio del juez que instaló la audiencia y que le impiden cumplir con la **permanencia** requerida por el nuevo sistema a lo largo del debate y el cabal cumplimiento de los principios de **inmediación** y **concentración** que regulan esa fase del proceso” (cfr. radicado 27192). ¡La excepción, pues, se torna casi normal general!

En fin, en séptimo lugar, la previsión contenida en el inciso final del art. 454 es consecuencia de que con el sistema adoptado se impone el silencio del juez desde el punto de vista probatorio, lo cual representa una ineludible garantía para el imputado, pues como también ha dicho la Corte



Constitucional "...v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado" (sentencia C-396 de 2007, ya citada).

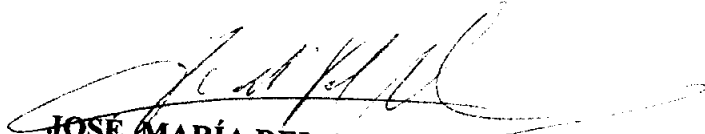
IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, si se analizan con detenimiento las razones anteriores, se debe concluir que el último inciso del artículo 454 demandado, es exequible, porque el mismo no pugna con el sistema de principios y de garantías plasmado en la Carta Fundamental reproducido por la legislación procesal penal —que, no se olvide, erige un patrón procesal de tendencia acusatoria que debe ser preservado a toda costa—. La señora demandante, pues, no ha logrado demostrar que la disposición atacada pugne materialmente con uno sólo de los dictados que inspiran la Carta Fundamental o tenga un vicio de procedimiento en su formación (art. 241 numeral 4º).



Agradeciéndole a los H. Magistrados que hayan pensado en nuestra Casa de Estudios para estos efectos, nos es grato suscribirnos de Ustedes.

Atentamente.



JOSÉ MARÍA DEL CASTILLO ABELLA.
Decano (a) Escuela de Derecho.



FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director Departamento de Derecho Penal.