



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP4760-2020

Radicación N° 52671

Aprobado acta No. 253

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020).

1. V I S T O S

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ contra la sentencia de segunda instancia proferida el 26 de febrero de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó la decisión de condenar al acusado como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* en concurso homogéneo y sucesivo.

2. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos.

Por la naturaleza de la decisión que se adoptará, se transcriben los antecedentes fácticos de la sentencia de segunda instancia: «... la niña V.G.M. desde antes de cumplir los 8 años de edad, fue objeto de tocamiento y actos impúdicos por parte de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, esposo de su tía María Ulfa Salinas, los cuales tuvieron lugar en la calle 38C Bis # 68D-16 barrio La Alquería en esta ciudad capital».

2.2 Procesales.

El 3 de noviembre de 2010, el Juzgado 41 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, instaló la audiencia de formulación de imputación solicitada por la Fiscalía; sin embargo, decidió que no podía llevarse a cabo hasta que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminara el estado de salud mental de CARLOS HERNÁN RODRIGUEZ.

La diligencia se realizó el 6 de julio de 2012 ante el Juzgado 67 Penal Municipal de Bogotá, luego de que el delegado de la Fiscalía informara al Juez que la evaluación psiquiátrica forense determinó que el indiciado padecía un trastorno mental denominado «*síndrome de tipo demencial*» que le genera disminución en sus capacidades de comprensión y de autodeterminación.

Por considerar, entonces, que no había una «*enajenación completa*», el Juez de Garantías autorizó la realización del acto durante la cual el fiscal imputó a CARLOS HERNÁN RODRIGUEZ la autoría de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, en concurso homogéneo y sucesivo (arts. 209 y 211.2 C.P.), al final de la cual declaró la legalidad «condicionada» del acto en el sentido de que la oportunidad de allanamiento a cargos se extendería hasta el momento en que aquél recuperara la salud.

El conocimiento del juicio correspondió al Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá, que el 8 de octubre de 2012 intentó iniciar la audiencia de formulación de acusación, pero la aplazó por solicitud del defensor -público-, quien anunció que plantearía la inimputabilidad de su representado con base en el examen médico que realizarían los peritos de la Defensoría del Pueblo.

Después, el 27 de septiembre de 2013 el Juzgado declaró instalada la referida audiencia, pero la suspendió a petición del fiscal, coadyuvada por el defensor -público-, para que antes se practicara una valoración médico-legal al procesado que permitiera establecer su capacidad mental o «*inimputabilidad*».

El 19 de septiembre de 2014, se realizó la diligencia en la que formuló acusación contra CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ por el mismo delito imputado, aunque adicionándosele la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5 del artículo 211 del C.P.

La audiencia preparatoria se realizó el 20 de octubre de 2015.

Y, el juicio oral en varias sesiones los días 12 de mayo de 2016; 19 de enero y 18 de agosto de 2017.

En la última fecha, el Juzgado anunció que la decisión sería condenatoria por el concurso de delitos de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* -sólo por la segunda causal del artículo 211- y, luego, el 10 de octubre de 2017 dictó la respectiva sentencia.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, se impusieron a CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ la pena principal de prisión por 14 años (sin suspensión condicional ni sustitución por domiciliaria) y las accesorias de (i) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por aquel mismo término y (ii) prohibición de acercarse a la víctima por 9 años. Por último, se ordenó que, una vez la decisión estuviese ejecutoriada, se ordenara la captura del acusado.

Por virtud del recurso de apelación que interpuso el defensor -público-; la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo aprobado el 19 de febrero de 2018 y leído el día 26 siguiente, confirmó la decisión condenatoria y modificó una de sus consecuencias: la segunda de las penas

accesorias «*se cumplirá simultáneamente con la pena principal*».

Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor - público- interpuso el recurso extraordinario de casación, que fue sustentado por uno que, después, designó el acusado.

Con auto del 8 de abril de 2019 se admitió la demanda de casación y el 6 de mayo del mismo año se realizó la audiencia de sustentación oral.

3. EL RECURSO

3.1 Demanda de casación.

El demandante alega que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa (art. 181, causal segunda), aunque después lo denominó como «*violación directa a la ley sustancial*» (ibidem, causal primera).

Ello, por cuanto durante el juicio la Fiscalía renunció a la declaración del perito psiquiatra Rafael Martínez Aparicio, con la que pudo haberse demostrado la eventual inimputabilidad del acusado por padecer un trastorno mental en la época del delito. Así, como también el defensor

de entonces manifestó que no tenía más pruebas, se dictó sentencia sin que se estableciera si aquél era o no imputable.

Afirma que la superación del mandato de investigación integral no es óbice para que la Fiscalía General de la Nación «*deba fundar su teoría del caso en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar beneficio para el procesado ...*», inclusive su absolución, por virtud de los principios de objetividad y de lealtad procesal. Ese deber es más perentorio cuando la representación del acusado es ejercida por la Defensoría Pública que carece de recursos económicos suficientes para adelantar una investigación adecuada y obtener dictámenes de peritos que soporten la teoría defensiva.

En suma, la Fiscalía obró de manera desleal porque desde la audiencia de imputación contaba con un informe pericial que podía fundamentar una alegación de inimputabilidad; pero, de manera sorpresiva, en el juicio oral desistió de su incorporación a través del respectivo experto. Por ello, solicita la nulidad del proceso desde el acto de formulación de acusación para que se restablezca la posibilidad de allegar esa prueba.

3.2 Audiencia de sustentación.

3.2.1 Recurrente.

El defensor manifestó que la situación de inimputabilidad del acusado era conocida por las partes desde la audiencia inicial de imputación. Después, leyó algunos fragmentos del informe suscrito por el psiquiatra de Medicina Legal Rafael Martínez Aparicio, para resaltar que, como resultado de una «isquemia cerebral», el examinado sufría de un trastorno mental denominado síndrome de tipo demencial *«que disminuye su razonabilidad; por ende, su capacidad para comprender la ilicitud y su capacidad de autodeterminación»*.

3.2.2 No recurrentes.

- El **Fiscal 5 delegado ante la Corte** considera que le asiste razón al planteamiento de la demanda, pero precisa la solución es un fallo de reenvío -no de reemplazo- y que la nulidad debe operar desde el juicio oral -no desde la acusación-.

Luego de recordar las incidencias que generó el conocimiento de la afectación de las facultades mentales del acusado en cada una de las audiencias del proceso, manifiesta que resultaba imperioso que se allegaran los medios de prueba que permitieran establecer lo relativo a la inimputabilidad, dada la trascendencia de esta determinación frente al juicio de culpabilidad. Como no fue así, efectivamente, se configuró una vulneración de los derechos fundamentales del procesado que genera la anulación del

proceso a partir del juicio para que se incorpore la prueba pertinente.

- El **Procurador 2 delegado ante la Corte**, por su parte, solicitó desestimar la pretensión de casar la sentencia de segunda instancia.

Desde la audiencia de formulación de imputación, la Fiscalía comunicó al defensor la existencia de un examen psiquiátrico que establecía una disminución de las capacidades cognitiva y volitiva; sin embargo, este no se interesó por incorporarlo como prueba a tal punto que en la audiencia preparatoria solicitó un dictamen psicológico, a más de que ni siquiera planteó una teoría del caso con base en la eventual inimputabilidad del procesado, pues siempre se enfocó a demostrar su inocencia.

La realidad procesal descarta, entonces, una actuación de mala fe o desleal del órgano acusador y, lo que es más importante, enseña que no obra prueba de la ausencia de comprensión del delito o de la autodeterminación por parte de su autor; es más, ni siquiera el dictamen psiquiátrico dado a conocer por la Fiscalía así lo afirma, pues solo predica una disminución de esas facultades.

4. CONSIDERACIONES

El demandante formuló un cargo por violación al debido proceso, específicamente a la defensa técnica; sin embargo, sus argumentos evidencian otras situaciones que comprometen también las garantías propias de la defensa material, razón por la cual se considera indispensable el abordaje de los siguientes temas para, luego, examinar el caso juzgado: (i) capacidad para ser parte y capacidad para cometer el delito con culpabilidad; (ii) garantías de acceso efectivo a la comunicación procesal; (iii) derechos de «personas con y/o en situación de discapacidad» en el proceso penal; y, (iv) deberes específicos de partes, intervinientes y jueces en tales actuaciones.

4.1 Capacidad para ser parte y capacidad para cometer el delito con culpabilidad.

4.1.1 La capacidad para ser parte en una actuación judicial o, en otras palabras, para integrar la relación jurídico-procesal es una faceta de la capacidad jurídica general de las personas, tal y como lo explicaba el reconocido procesalista colombiano Hernando Devis Echandía (q.e.p.d.)¹:

Ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídica procesal; por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad de ser sujeto de esa relación, como demandante, demandado, interviniente, sindicado, parte civil o ministerio público.

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Edit. ABC, 14^a ed, Bogotá, 1996, p. 373.

La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general, ...

Así, será «imputado» o «acusado» quien tiene la aptitud legal para ser sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal penal que, en el proceso ordinario o común, es toda persona natural mayor de 18 años. Por ende, carecen absolutamente de esa capacidad las personas jurídicas y los menores de 14 años (arts. 139 y 142 L. 1098/2006). Por su parte, los adolescentes comprendidos en el rango etario de los 14 a los 18 años pueden ser juzgados, pero a través de un procedimiento especial regulado en el Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 139 y s.s.).

Las personas con algún tipo de discapacidad, inclusive siendo esta mental o intelectual, *«tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida»*, como lo dispone el artículo 12 de la Ley 1346/2009 en concordancia con el 21.2 de la Ley Estatutaria 1618/2013 -en las que se profundizará más adelante-.

Entonces, quienes se encuentren en situación de discapacidad también pueden ser parte en el proceso penal ordinario en la condición de sujetos pasivos de la acción y, por ende, ejercer todos los derechos que le son propios. Es por ello que, el primero de los *«Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas*

*con discapacidad*² proscribire las doctrinas de «no apto para ser juzgado» e «incapaz de defenderse» respecto de aquéllas (1.2.e). Claro está, a estos individuos deberá facilitárseles el «**apoyo**» que requieran para el ejercicio pleno de la capacidad jurídico-procesal.

Sobre la plenitud de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas y la protección especial (apoyos) que demanda su garantía efectiva, explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-182/2016 que:

... las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y de especial protección constitucional y ha reiterado que la discapacidad debe ser afrontada desde una perspectiva holística en donde **se le deben brindar a estas personas las herramientas y apoyos necesarios** para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades para desenvolverse, y así superar dicha condición. Lo anterior, implica abandonar la visión de la discapacidad como una enfermedad.

15. **El modelo social de la discapacidad** se desprende del marco internacional de derechos humanos. Así, en lo atinente a los instrumentos internacionales de carácter vinculante para Colombia, el más importante de ellos en esta materia es la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD) adoptada en el año 2006, ...

Por esta razón, la Convención dispone que las personas con discapacidad tienen “*capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*” y que **el Estado debe asegurar a estas personas el acceso al apoyo requerido** para su ejercicio.

² Elaborados bajo la dirección de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, con la participación de el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad. Además, han sido refrendados por la Comisión Internacional de Juristas, la Alianza Internacional de la Discapacidad y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

16. Así mismo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité DPD) ha establecido que “[l]a capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”. (...).
[Negritas fuera del texto original]

En sintonía con el paradigma «social» de la discapacidad, el Congreso de la República expidió la Ley 1996/2019 *«Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad»*, reafirmando en el artículo 6 que:

Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La legislación colombiana sólo prevé un caso en que la discapacidad psíquica o mental excluye a las personas que la presentan de ser *«juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales»*: cuando se trate de adolescentes -entre los 14 y los 18 años-, según lo prevé el artículo 142, inc. 2, del Código de la Infancia y la Adolescencia. Esa restricción se inspira, obviamente, en una finalidad de protección especial reforzada por dos condiciones de vulnerabilidad (discapacidad y adolescencia) y no en alguna forma de discriminación negativa.

4.1.2 Por su parte, la capacidad para realizar el delito con culpabilidad se denomina imputabilidad, la que puede definirse, entonces, como la aptitud psicológica, mental y sociocultural para comprender la antijuridicidad o ilicitud de una conducta y para determinarse con fundamento en esa comprensión.

Siendo así, quien al momento de ejecutar el injusto (coetaneidad) presente inmadurez psicológica, trastorno mental o diversidad sociocultural³ -o estados similares- (causa), que haya eliminado esa capacidad cognitiva y/o la volitiva (consecuencia), es inimputable (art. 33 C.P.).

Si el inimputable no actuó amparado por una causal de inculpabilidad, como el error de prohibición invencible verbigracia, será declarado responsable, pero la consecuencia jurídica consistirá en una medida de seguridad con fines de «*protección, curación, tutela y rehabilitación*» (art. 5 ibidem), salvo que la inimputabilidad se haya originado en un trastorno mental transitorio sin base patológica o cuando esta haya desaparecido antes de la sentencia (art. 75 ibidem), casos en que no procederá sanción alguna.

Así las cosas, una situación de discapacidad física o psicológica del procesado no conlleva necesariamente su inimputabilidad, porque para que esa condición derive en

³ La sentencia C-370/2002 declaró exequible la expresión «*diversidad sociocultural*» bajo los siguientes dos entendidos: «*i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable*».

este fenómeno jurídico se requerirá que: (i) haya existido al tiempo de la conducta antijurídica realizada, (ii) provenga de un trastorno mental o de inmadurez psicológica, y (iii) haya anulado la facultad de discernir la ilicitud de aquel comportamiento y/o de autodeterminarse.

4.1.3 Para finalizar, esa diferenciación entre la capacidad jurídica -una de cuyas modalidades es la de ser sujeto procesal- y la capacidad para obrar con culpabilidad no constituye una novedad jurisprudencial; ya en la sentencia SP, mar. 11/2009, rad. 26789, por ejemplo, se había precisado que:

..., no es aceptable ... asimilar el concepto jurídico penal de imputabilidad en sede de la categoría dogmática de culpabilidad con el de capacidad que se maneja en materia civil [*capacidad jurídica general*], toda vez que, como se ha dicho, aquél hace referencia a las facultades y condiciones psíquicas del ser humano para acceder al conocimiento del sentido prohibitivo de la norma penal y para comportarse conforme al mismo, mientras que éste consiste en la aptitud que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, de suerte que, dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, puede haber individuos capaces que a la vez sean inimputables para cometer ciertos delitos, e imputables que al mismo tiempo sean incapaces para celebrar negocios jurídicos.

4.2 Garantías de acceso efectivo a la comunicación procesal.

En Colombia, el procedimiento para investigar y juzgar a los mayores de 18 años es uno solo, con independencia de que estos tengan o no algún tipo de discapacidad, inclusive mental, o de que sean imputables o, eventualmente,

inimputables. Es decir, se establecen reglas procesales idénticas para todos los destinatarios sin tener en cuenta que pueden llegar a convertirse en barreras de acceso a garantías fundamentales frente a grupos poblacionales que se encuentran en condiciones físicas o psicológicas desiguales.

En ese orden, se contemplan los mismos derechos para toda clase de indiciados, imputados o acusados, lo que es acorde con el bloque de constitucionalidad -Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, p. ej-, pero también se prevén los mismos modos de garantizarlos bajo una concepción igualitarista -formal- que en algunos casos especiales puede generar el efecto adverso de una discriminación prohibida por instrumentos normativos de ese mismo conjunto -Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-, como se verá.

En particular, se reconocen las garantías propias de la defensa material a un modelo de «procesado» que cuenta con capacidad para comunicarse oralmente o por signos -que puedan ser interpretados- y para tomar decisiones libres, conscientes, voluntarias e informadas, dejando de lado a las personas en situaciones de discapacidad mental o sensorial que pueden presentar dificultades para ejercer esos atributos y, por tanto, requerir de ayudas especiales no contempladas en la ley procesal.

El derecho a «ser oído» por el juez competente⁴; a conocer los hechos típicos atribuidos⁵; a designar un defensor de confianza y tener comunicación privada con este⁶; a aceptar la imputación y renunciar al juicio oral, por la vía del allanamiento o de un preacuerdo⁷; y, a intercambiar opiniones con la víctima para buscar soluciones de justicia restaurativa⁸, entre otras; son todas facultades del procesado que presuponen la garantía de los medios necesarios para entender y darse a entender frente a los jueces y demás partes e intervinientes o, en otras palabras, el acceso efectivo a la información y a la comunicación en el proceso.

Es decir, la posibilidad de ser emisor y receptor válido en la actuación procesal es una condición necesaria del ejercicio del derecho a la defensa material e incide, de manera sustancial, en la efectividad de la técnica.

Es esa la razón por la que, a más de que la actuación siempre será pública para las partes y los intervinientes (arts. 18 y 149), el Estado tiene la obligación de proveer gratuitamente al procesado –y a la víctima también (art. 144)- un traductor «*en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial*» o un intérprete «*en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente*»⁹. Sobre este último evento, en la

⁴ Artículos 8.1 de la C.A.D.H.; 14.1 del P.I.D.C.P.; y 8.e del C.P.P.

⁵ Artículos 8.2.b de la C.A.D.H.; 14.3.a del P.I.D.C.P.; y 8.h, 288, 337.2 del C.P.P.

⁶ Artículos 8.2.d. de la C.A.D.H.; 14.2.b del P.I.D.C.P.; y 8.e.g del C.P.P.

⁷ Artículos 8.1, 131, 293 y 348-354 del C.P.P.

⁸ Artículos 518, 522, 104 y 523 del C.P.P.

⁹ Artículos 8.2.a de la C.A.D.H.; 14.3.f del P.I.D.C.P.; y 8.f del C.P.P.

sentencia de casación SP, mar. 11/2009, rad. 26789, se estableció que al procesado con discapacidad auditiva debía garantizarse un trato igualitario y, en este contexto, la **«efectiva comunicación con la administración de justicia y los otros sujetos procesales»**. Así se explicó:

... las personas con limitaciones auditivas que sean sometidas a un proceso penal no sólo tienen el derecho a que se les trate como cualquier otro individuo en el respeto a sus derechos fundamentales (como, específicamente, el de brindarles una asistencia jurídica letrada y que sus casos puedan ser conocidos por autoridades superiores), sino que deberá garantizárseles durante el desarrollo del proceso, en razón de la especial protección que suscita la existencia de tales incapacidades, que expertos calificados evalúen el alcance de sus condiciones tanto físicas como mentales, así como establecer una efectiva comunicación con la administración de justicia y los otros sujetos procesales, que por lo general se realizará mediante la participación en las respectivas diligencias de intérpretes idóneos, ya sean adscritos a entidades oficiales o a asociaciones que tengan convenios con el Estado, sin perjuicio de que el procesado sea asistido en tal sentido por quienes él mismo disponga.

Por igual motivo, el uso de un lenguaje comprensible es condición de validez de los actos de imputación, como lo prevén los artículos 8.h, 288 y 337.2 -también el 14.3.a P.I.D.C.P.-, de manera que la ambigüedad o alternatividad de sus términos puede dar lugar, inclusive, a su anulación¹⁰. En igual sentido, de antaño se ha considerado que la ambivalencia de la motivación de las providencias judiciales, especialmente de las sentencias, ha sido considerada por la jurisprudencia penal como una forma de violación del debido proceso capaz de invalidarlo¹¹.

¹⁰ Así se indicó en la SP2042-2019, jun. 5, rad. 51007, reiterada en la SP5400-2019, dic. 10, rad. 50748, y en la SP3329-2020, sep. 9, rad. 52901.

¹¹ Entre otras, las sentencias SP9906-2017, jul. 11, rad. 48174; SP17720-2016, dic. 5, rad. 41622; SP136-2016, ene. 20, rad. 35787; SP9235-2014, jul.

En la sentencia de casación SP606-2017, ene. 25, rad. 44950, se recordó que la Corte Constitucional ha manifestado, en diversas ocasiones, que las barreras comunicativas constituyen una forma inadmisibles de discriminación (C-458/2005) *«y, especialmente, a lo errado que resulta asimilar una forma de comunicación diferente a la incapacidad para desempeñarse adecuadamente en los diferentes ámbitos sociales (C-401 de 1999 y C-065 de 2003, entre otras), ...»*.

En similar sentido, algunas de las consideraciones plasmadas en la sentencia C-425/2008, que declaró la inexecutable de la opción consistente en realizar la audiencia de formulación de imputación con la sola presencia del defensor cuando el *«capturado»* se encontrara en estado de inconsciencia o en estado de salud que le impida ejercer su defensa material (art. 289, pár. 1), reafirman la tesis de que uno de los requisitos de validez de ese acto procesal es la presencia física del imputado en condiciones de entender, comunicarse y adoptar decisiones libres y voluntarias.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional manifestó con claridad que la hipótesis prohibida por el referido párrafo normativo afectaba los derechos del procesado derivados de la defensa material o, en otras palabras, *«le perturba el ejercicio de la autodefensa en dichas diligencias*

16, rad. 41800; SP, feb. 9 de 2009, rad. 30942; y SP, abr. 3 de 2008, rad. 27237; y SP. 22 may. 2003, rad. 29756.

...», puntualizando que las únicas formas válidas de esta limitación eran las figuras de la declaratoria de persona ausente (art. 127) y la contumacia (art. 291). Sobre la necesidad de garantizar la defensa material en la audiencia de imputación explicó:

... la diligencia de formulación de imputación, que reemplazó la indagatoria del proceso anterior, adquiere una relevancia fundamental para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa en el curso del proceso penal, pues **el imputado puede ejercitar su defensa material al manifestar todo lo que considere conveniente en su descargo, como quiera que habrá hechos que conoce el imputado y no su abogado**. No olvidemos que el artículo 290 de la Ley 906 de 2004 dispone que “con la formulación de la imputación la defensa podrá presentar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código”. De esta forma, entonces, **el imputado puede rechazar o aceptar las imputaciones y abstenerse de emitir manifestaciones**, con lo que es lógico deducir que, a pesar de que no pueden solicitarse o controvertir pruebas, la presencia física del imputado en esa diligencia es fundamental para el ejercicio del derecho a la defensa material y, en especial, para **aportar importantes elementos de juicio fácticos a la defensa técnica a cargo de su apoderado**. (Negritas fuera del texto original).

4.3 Derechos de «personas con y/o en situación de discapacidad» en el proceso penal.

4.3.1 El artículo 13 de la Constitución Política, en desarrollo del principio de igualdad real o material, define como sujetos de especial protección a *«aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta»*. Por su parte, el artículo 47 ibidem prevé que la «integración social» de los individuos con discapacidad física, sensorial o psíquica es un imperativo de la acción estatal.

La Ley 1346/2009 aprobó la «*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*»¹² adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006; por tanto, integra el bloque de constitucionalidad, según lo previsto en el artículo 93, inc. 1, superior. Y, en concordancia con aquélla, por medio de la Ley Estatutaria 1618/2013 «se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad»¹³, entendiendo por estas las que «*tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras ..., puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*» (art. 2).

Las barreras que impiden el ejercicio pleno de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad y que, en consecuencia, constituyen formas inadmisibles de discriminación, se clasifican como actitudinales, comunicativas y físicas, las que se definen así (ibidem):

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en

¹² La sentencia C-293/2010 declaró exequibles la Convención y su Ley aprobatoria.

¹³ La sentencia C-765/2012 efectuó la revisión previa de constitucionalidad.

general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Uno de los derechos que debe asegurarse, especialmente, a individuos con alguna discapacidad es el de acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones, en cuya garantía deben hacerse **«ajustes de procedimiento ... para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares»** (art. 13 L. 1346/2009 en concordancia con el 21 L.E. 1618/2013).

Esos «ajustes de procedimiento» en actuaciones judiciales constituyen una especie del género **«ajustes razonables»** a que están obligadas todas las autoridades públicas por virtud de la «Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», mandato que fue desarrollado por la precitada Ley 1996/2019. Por tales ajustes, se entienden las **«modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos**

y libertades fundamentales» (art. 2 L. 1346/2009 y 3.6 L. 1996/2009).

Uno de esos «ajustes razonables» son los **apoyos** debidos a las personas discapacitadas, es decir, los *«tipos de asistencia que se prestan ... para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales»* (art. 3.4 L. 1996/2009). Todo ello con la finalidad de garantizar el acceso, entre otros, a la «información», a las «comunicaciones» y a los «servicios públicos» (art. 14 L. 1618/2013), incluido el esencial de administración de justicia.

4.3.2 En ese contexto de garantías fundamentales debidas a personas con alguna discapacidad y que son reconocidas con fuerza constitucional, resulta indispensable que el Congreso de la República, sin más demora, estructure reformas al proceso penal, inclusive la creación de uno especial de ser necesario, que sean suficientes y pertinentes para garantizar el acceso efectivo de los procesados que se encuentren en esa situación especial, especialmente por razones mentales y/o sensoriales, más aún cuando la misma pueda tener relación con una causal de inimputabilidad (art. 4.1.a,b L. 1618/2013).

En ese propósito de lograr la efectividad de las garantías procesales a las personas con discapacidad, en condiciones

de igualdad, también se hace necesaria la concurrencia activa del Ministerio de Justicia y del Derecho, por ser el competente para formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar a política pública en materia de acceso a la justicia y lucha contra la criminalidad, entre otras.

Ora bien, todas las entidades públicas son responsables de la **inclusión real y efectiva** de esa población (art. 5 ibidem); por tanto, los Jueces, la Fiscalía General de la Nación, la Policía Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y demás agencias estatales relacionadas con la investigación y juzgamiento penal, también están obligadas a adoptar las medidas que sean necesarias en el marco de sus específicas funciones.

Recuérdese que la legislación penal ordena a los «servidores judiciales» hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en la actuación y *«proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta»* (art. 4 procesal). Y, en el ámbito sustantivo (art. 7), impone a los «funcionarios judiciales» tener *«especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentran en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política»*.

Así las cosas, los jueces -de garantía y de conocimiento- deberán interpretar las normas penales, procesales y sustantivas, en el sentido que garanticen el acceso efectivo a

la justicia y la inclusión efectiva de las personas en situación de discapacidad, adoptando los ajustes razonables al procedimiento y suministrando los apoyos indispensables, todo ello, obviamente, en el marco de la legalidad vigente. Vale citar en este momento, la importante reflexión expresada por un Magistrado de la Corte Constitucional al aclarar su voto frente a la sentencia (inhibitoria) C-330/2013:

..., no resulta aceptable que se plantee –como supone el demandante– como regla general que es imposible la participación de las personas con discapacidad mental en el curso del proceso penal. Por el contrario, su participación debe ser garantizada y, cuando sea posible la expresión de la voluntad mediante apoyos adecuados, y tomando en consideración la situación específica de cada persona, no existe una razón para que se considere imposible el acogimiento a algunas de las figuras del Código Penal que suponen el ejercicio de la autonomía. Estos aspectos deberán ser estudiados en cada caso concreto, y manteniendo presente, que la Convención Internacional sobre Derechos de Personas con Discapacidad es vinculante en el orden interno y propicia la autonomía, la igualdad de derechos, la libertad y la participación de las personas con discapacidad.

4.4 Deberes específicos de partes, intervinientes y jueces en procesos contra personas con discapacidad.

4.4.1 Fiscalía General de la Nación.

4.4.1.1 Ya desde la sentencia de casación SP, abr. 23/2008, rad. 29118, se había aclarado que *«la adscripción de la Fiscalía a la rama judicial, encomendándosele como función constitucional la de administrar justicia, así como los imperativos legales de que debe actuar con objetividad y*

lealtad, determinan que si bien, instrumentalmente en ese órgano radica la obligación de acusar, ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados.».

Además, como se explicó en el numeral anterior, esa misma condición de «servidor judicial» (art. 138.2 C.P.P.) le asigna a los fiscales delegados obligaciones especiales frente a indiciados y procesados en situación de discapacidad, que buscan garantizarles el acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad.

4.4.1.2 La principal función de la Fiscalía General de la Nación es la de *«investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito»* (art. 114.1), de ahí que desde el programa metodológico de la investigación deba plantear una *«hipótesis delictiva»* y, acorde con ello, adelantar actos de averiguación conducentes al *«esclarecimiento de los hechos»* y a *«la individualización de los autores y partícipes del delito»*, entre otros fines (art. 207).

En cumplimiento de esas actividades de «individualización» es probable que obtenga datos sobre el estado de salud del indiciado, algunos de los cuales podrían tener incidencia en la validez de actos procesales y/o en la determinación de su imputabilidad, como podrían serlo situaciones de discapacidad mental o sensorial. En este evento, la agencia acusadora deberá, entonces, recabar los elementos probatorios (historia clínica u otros documentos)

y/o practicar los exámenes médico-legales (psicológicos o psiquiátricos) que le permitan verificar el estado de las capacidades cognitivas y comunicativas del investigado, **antes** de solicitar la audiencia de imputación, especialmente cuando no tiene la premura de una captura en flagrancia o de prescripción de la acción penal.

Sólo de esa manera podrá el fiscal del caso establecer el momento en que puede promover el inicio formal de un proceso con todas las garantías, especialmente la del acceso a la comunicación del indiciado, ya sea a través de la asistencia de un intérprete y/o de otros mecanismos de apoyo que requiera para ejercer sus derechos. Así también, optará por el aplazamiento de la diligencia de imputación cuando su destinatario se encuentra en «estado de inconsciencia» o «estado de salud que le impida ejercer su defensa material», con la consecuencia de «interrupción de la prescripción» si se reúnen las condiciones establecidas en la precitada sentencia C-425/2008.

4.4.1.3 De otra parte, como se había anunciado, la claridad sobre el estado de las facultades mentales e intelectuales del procesado permite definir mejor la «hipótesis delictiva» o, en su momento, la «teoría del caso» que la agencia acusadora sostendrá en el proceso, debido a la eventual relación que pudiera tener una situación de discapacidad en esos planos con la inimputabilidad del autor de la conducta punible. Esta información le permitiría (i) establecer con precisión los hechos jurídicamente relevantes, pues quizás sólo lo sean los referidos a la tipicidad y antijuridicidad; (ii)

racionalizar la actividad probatoria del juicio (pertinencia); y, (iii) ajustar los términos de su pretensión punitiva (medida de seguridad: procedencia, clase y duración).

De igual manera, si la Fiscalía constata la base fáctica de una causal de inimputabilidad con posterioridad a la audiencia inicial de formulación de cargos, en ejercicio de sus facultades como titular de la acción penal, podrá realizar los ajustes que sean necesarios en el acto de acusación.

En todo caso, siempre que existan dudas sobre la imputabilidad del acusado, al ser una condición de la culpabilidad y esta, a su vez, un elemento de la conducta sancionable con «pena» (art. 9, inc. 1, C.P.), le corresponde a la Fiscalía descubrir, solicitar e incorporar las pruebas que sean necesarias para dilucidar tal aspecto, pues solo así podrá cumplir con la carga de demostrar todos los presupuestos fácticos de la responsabilidad «*más allá de toda duda*» (art. 7 del C.P.P.)

Ahora bien, es cierto que, en principio, la parte más interesada en desvirtuar la capacidad del acusado para cometer el delito con culpabilidad sería la defensa dada la magnitud del rédito que puede implicar a su representado: o la aplicación de consecuencias jurídicas menos lesivas que las penas o, inclusive, la exoneración de cualquier medida en los 2 eventos contemplados en el artículo 75 del C.P. Cuando sea esa la estrategia, el defensor «*entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al*

acusado» en la audiencia de formulación de acusación, tal y como lo ordena el artículo 344, inc. 2, del C.P.P.

Dicho precepto, es evidente, busca garantizar el principio de igualdad de armas a la Fiscalía y, en tal virtud, impone una oportunidad especial -anticipada- de descubrimiento probatorio a la defensa, puesto que, por regla general, este tiene lugar es en la audiencia preparatoria (art. 356.2). Este sentido literal y teleológico de la norma legal y las explicaciones precedentes, permiten concluir que aquella no asigna a la defensa una especie de «*carga procesal*» exclusiva consistente en «*alegar y probar la existencia de ese trastorno o anomalía síquica*» que pueda dar lugar a la inimputabilidad, como se dio a entender en la precitada sentencia de abril 23 de 2008 (rad. 29118) en el siguiente párrafo:

Ahora bien, está claro que la Ley 906 de 2004, ha hecho recaer en la parte defensiva la obligación, a manera de carga procesal, de alegar y probar la existencia de ese trastorno o anomalía síquica que tuvo especial incidencia en la realización del delito, incluso demandando, por vía excepcional, que desde la misma formulación de acusación se plantee esa como teoría del caso a desarrollar en el juicio oral, acorde con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 344, en cuanto demanda esa manifestación expresa de la defensa, aportando allí mismo los exámenes periciales practicados al acusado.

4.4.1.4 En resumen, a la Fiscalía General de la Nación le compete investigar sobre las facultades mentales generales y las comunicativas en particular del indiciado, si tiene alguna noticia de que estas se encuentren afectadas, preferentemente antes de la audiencia de formulación de imputación con el propósito de (i) brindar el tratamiento especial que demande la discapacidad del sujeto y procurar

los mecanismos de apoyo necesarios para el ejercicio de la defensa material, evitando así irregularidades procesales; y, (ii) adecuar el juicio de imputación y su actividad probatoria, si determina que la situación de discapacidad tiene relación con una causal de inimputabilidad.

4.4.2 El defensor.

4.4.2.1 El defensor técnico, especialmente cuando es elegido por el mismo imputado o acusado, representa una ayuda para este en el ejercicio de derechos y facultades procesales, que cobra mayor importancia cuando se encuentra en una situación de discapacidad mental, intelectual o sensorial, dada la desventaja que esta podría implicar en el uso de algunos mecanismos de defensa material. En consecuencia, el defensor experto debe procurar con gran celo que se brinden las salvaguardias que correspondan a su representado para que pueda ejercer todos sus derechos y facultades procesales.

4.4.2.2 En el caso de los defensores públicos, esa responsabilidad adquiere una dimensión especial porque tienen la condición de servidores públicos o particulares que prestan una función pública (art. 8 L. 941/2005) y, en tal virtud, deben garantizar «*una defensa integral, ininterrumpida, técnica y competente*» (art. 4 ibidem). Por si fuera poco, el Sistema Nacional de Defensoría Pública tiene como finalidad «*proveer el **acceso** de las personas a la Administración de Justicia en materia penal, **en condiciones***

de igualdad y en los términos del debido proceso con respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales.» (art. 1 ibidem).

4.4.2.3 En este contexto, los jueces deben extremar la vigilancia de una defensa técnica idónea o competente para que el ejercicio de esta contribuya, en la máxima medida posible, a la efectivización de la igualdad material de las personas discapacitadas en el escenario de la justicia penal. Una de las manifestaciones más trascendentes de esa idoneidad profesional es la averiguación de la eventual relación entre la discapacidad y la inimputabilidad del acusado, para así hacer valer en juicio las pruebas que sean pertinentes, previo el imprescindible descubrimiento desde la audiencia de formulación de acusación.

No puede olvidarse que la defensa técnica es un derecho procesal fundamental del imputado/acusado y, al tiempo, una garantía del debido proceso, de ahí que su falta de efectividad o idoneidad puede configurar una causal de nulidad (art. 457), como se ha explicado en reiterada jurisprudencia. Así, p. ej., en la sentencia de casación SP490-2016, ene. 27, rad. 45790, se advirtió que:

En relación a la importancia y características de la defensa técnica en materia penal, la Corte Constitucional ha advertido que “... *hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses*”, agregando que de esta última se exige “... *en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las*

*decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho*¹⁴.

En la misma línea, esta Corporación ha reiterado que la defensa técnica “*constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial,...*” y que se caracteriza por ser intangible, real o material y permanente. “*La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones*”¹⁵.

4.4.2.4 En síntesis, la representación de un procesado con alguna discapacidad, demanda del defensor técnico una especial gestión encaminada a exigir y lograr que aquél pueda ejercer, en igualdad de condiciones, las atribuciones propias de la defensa material. Y, en los eventos en que aquella condición pueda configurar una causal de inimputabilidad, deberá agotar todos los mecanismos legales a su alcance para probar esa situación.

4.4.3 Ministerio Público.

4.4.3.1 Los delegados y agentes del Procurador General de la Nación, en su condición de jefe del Ministerio Público, deben intervenir en el proceso penal cuando sea necesario para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o

¹⁴ Sentencia C-069 de 2009.

¹⁵ Fallo de casación del 19 de octubre de 2006, rad. 22432, reiterado en el fallo del 11 de julio de 2007, rad. 26827.

de los derechos y garantías fundamentales (art. 277.7 Cons. Pol. y 109 C.P.P.). En esta última hipótesis, sin duda alguna, se pueden ubicar las actuaciones seguidas contra personas que pertenecen a grupos poblacionales vulnerables, como son los que se encuentran en alguna situación de discapacidad por las barreras del entorno para garantizarles un acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad.

4.4.3.2 Esa función constitucional -y legal- no se cumple con la sola presencia física de tales delegados en las audiencias, sino con la verificación de la efectiva protección de los derechos de esas personas con discapacidad para así evitar cualquier forma de discriminación odiosa en el escenario judicial. En tal sentido, especialmente, deberán participar en las audiencias y diligencias que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; formular las peticiones que sean necesarias a los jueces, a los fiscales y a la policía judicial; y oponerse a la realización de diligencias que no garantice las prerrogativas establecidas en favor de los procesados en general.

Además, en caso de que vislumbren una causal de inimputabilidad deben ejercer la facultad probatoria excepcional prevista en el artículo 357, inc. 4, del C.P.P., si hay lugar a ello, toda vez que como garante de los derechos tiene la función de *«procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia»* (art. 111.1.c) y, como representante de la sociedad, la de *«solicitar condena ... de los acusados»* cuando sea procedente (art. 111.2.a), ninguna de las cuales se cumplirá

satisfactoriamente si se produce esta última decisión declarando imputables a quienes no lo sean o, por lo menos, cuando ello no fue probado «*más allá de toda duda*».

4.4.3.3 En fin, la intervención del Ministerio Público en procesos contra personas con algún tipo de discapacidad se vislumbra necesaria para la defensa de sus derechos y garantías fundamentales, así como también el ejercicio de sus facultades probatorias excepcionales para aclarar una eventual inimputabilidad si las partes se desentienden de este tema.

4.4.4 Funcionarios judiciales.

4.4.4.1 El poder de decisión de los Jueces en el ámbito de la salvaguardia de los derechos de quienes intervienen en el proceso (art. 138.2 y 139.6) y, especialmente, de aquéllos que se encuentren en «*circunstancias de debilidad manifiesta*» por razones físicas o mentales (art. 4), les confiere una enorme responsabilidad en el aseguramiento de tales cometidos frente a procesados en alguna situación de discapacidad.

4.4.4.2 En la audiencia de formulación de imputación, el Juez de Control de Garantías debe asegurarse que la persona pueda entender los hechos que se le atribuyen (art. 8.h) y, luego, que tenga la opción de decidir de manera «*libre, consciente, voluntaria y debidamente informada*» (art. 8.1) si se allana a esos cargos.

En tal sentido, si advierte que el indiciado presenta alguna discapacidad mental, intelectual o sensorial, previo a viabilizar la imputación, deberá interrogar al fiscal del caso sobre las actividades investigativas pertinentes y las gestiones realizadas para garantizar el tratamiento igualitario de aquél; además, podrá solicitar información al mismo indiciado, a sus familiares y/o acompañantes, y a su defensor. Todas esas labores tendrán por finalidad que el Juez pueda determinar (i) si el discapacitado requiere de un «apoyo» para entender y expresarse y, en caso de que así sea, (ii) cuál sería el necesario para garantizarle los mismos derechos que a cualquier otro indiciado.

Estos medios de ayuda pueden ir desde la provisión de un intérprete gratuito -que también podrá ser el designado por el indiciado o sus familiares-, la concesión de mayor tiempo al defensor para que pueda darle las explicaciones necesarias antes de iniciar la audiencia y en su transcurso, y/o gestionar otra clase de apoyos técnicos que permitan cualquier forma de comunicación. Entre estos últimos, pueden citarse los que, a título ejemplificativo, señala la Ley 1996/2019 (art. 3.8): «... *la lengua de señas colombiana, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso*».

De igual forma, resultan ilustrativos los medios de apoyo propuestos en los «*Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad*» (numeral 3.2.e):

- (i) Sistemas y dispositivos de audición asistida;
- (ii) Subtitulado abierto, codificado y en tiempo real; y dispositivos y decodificadores de subtitulado;
- (iii) Productos de telecomunicación basados en voz, texto y vídeo;
- (iv) Videotexto;
- (v) Transcripción en tiempo real asistida por ordenador;
- (vi) Programas informáticos de lectura de pantalla, programas de ampliación y lectores ópticos;
- (vii) Dispositivos de descripción de vídeo y de segundo programa de audio, que captan señales de audio para programas de televisión;

En cualquier caso, la procedencia de la audiencia de imputación estará condicionada al agotamiento de las diligencias tendientes a garantizar al indiciado con alguna discapacidad las posibilidades de comunicación y de adopción de decisiones libres, conscientes y voluntarias.

4.4.4.3 Por su parte, el Juez de Conocimiento en el caso de juzgamiento de personas con discapacidad deberá corroborar el cumplimiento de las garantías derivadas del derecho de defensa material y adoptar las medidas correctivas que sean necesarias para subsanar el proceso, especialmente en la audiencia de formulación de acusación

que es la sede propicia para los debates sobre la legalidad de aquél. De igual forma, en este escenario velará por el uso de los medios de comunicación de la acusación que resulten comprensibles para el acusado.

En todas las etapas del proceso, el funcionario judicial no solo controlará que la eventual manifestación de culpabilidad del procesado sea libre, consciente, voluntaria y debidamente informada, sino que este haya tenido la posibilidad efectiva de tomar esa decisión. En igual sentido, habrá de garantizar otras formas que materialicen el derecho a «ser oído» como, por ejemplo, rindiendo testimonio en su propio juicio a través de las formas que su lenguaje se lo permita.

4.4.4.4 En fin, los jueces penales deben garantizar a los procesados con algún tipo de discapacidad los mismos derechos que le asisten a cualquier otro atendiendo su especial situación, especialmente el ejercicio de todas las facultades inherentes a la defensa material.

4.5 Examen del caso juzgado.

4.5.1 Validez de la audiencia de formulación de imputación.

4.5.1.1 El 3 de noviembre de 2010, el Juez 41 Penal Municipal de Bogotá se abstuvo de dar curso a la audiencia

de imputación solicitada por una delegada de la Fiscalía, hasta tanto se contara con un examen médico-legal que acreditara el estado de salud mental de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, pues el defensor -público- informó que este tenía dificultades en la comprensión y en la comunicación, las que fueron percibidas por el funcionario judicial y por la misma peticionaria que ningún desacuerdo mostró con la decisión judicial.

4.5.1.2 Ya el 6 de julio de 2012, es decir, 20 meses después, el Juzgado 67 homólogo de Control de Garantías instaló la audiencia en mención, al inicio de la cual, cuando se presentaban las partes e intervinientes, el defensor -público- que en esta oportunidad representaba al indiciado manifestó que este sufrió una «*trombosis*» que afectaba sus «*facultades volitivas y demás*», según le fue comunicado por la esposa e hija de aquél.

En ese instante, el delegado de la Fiscalía, ante el requerimiento del funcionario judicial, dio a conocer que una valoración realizada el 12 de enero de 2011 por un médico psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, estableció que CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ padecía un trastorno mental denominado «*síndrome de tipo demencial*» que afectaba el curso y velocidad del pensamiento, y disminuía sus capacidades de comprensión y autodeterminación; además, en el documento se hizo constar que el examinado presentaba «*secuelas relacionadas con la audición*».

En la parte pertinente, el informe médico expresó:

(...). b) Se trata de una persona con deterioro cerebral debido al evento cerebrovascular, hipertensión arterial, cardiopatía con reemplazo de válvula de aórtica con secuelas relacionadas con la audición y con afectación del curso, velocidad del pensamiento, quien al examen mental se le encuentra compromiso de funciones cerebrales cognitivas, sintomatología que es correlacionable con la presencia de un “síndrome de tipo demencial” ocasionado por “isquemia cerebral”. La afectación “isquemia cerebral” de la cual padece le ocasiona “síndrome de tipo demencial”, lo cual es considerable como trastorno mental que le disminuyera su razonabilidad; por ende, la capacidad para comprender la ilicitud y su capacidad de autodeterminarse.

Luego de escuchar estas conclusiones, el Juez de Garantías interrogó a María Ulfa Salinas, en su condición de esposa de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, en los siguientes términos:

Juez: *¿la persona puede hablar, él puede hablar?*

María U. Salinas: *escaso de palabra ... porque no entiende.*

Juez: *pero, ¿cuándo uno le habla, él entiende lo que se le está hablando?*

María U. Salinas: *no señor, para nada, es decir, pocas veces porque por un oído no escucha muy bien y más o menos por el otro, pero no él no, en la casa ... nosotros, ni yo hablo con él ni él habla conmigo porque él mantiene encerrado en el cuarto ..., poco hablamos porque él no me entiende nada y si me tengo que hablar algo me toca que gritarlo ..., casi no puede hablar porque lo de la trombosis le dañó las cuerdas bucales y la memoria.*

En esas condiciones, a solicitud del Juez, fue la señora María Ulfa Salinas quien comunicó a los presentes en la

audiencia el nombre y número de identificación de su compañero sentimental.

Cuando al fiscal le correspondió intervenir para formular imputación, inicialmente advirtió que *«existe un vacío legal frente a estos casos que se presentan respecto de los inimputables»*. Luego de identificar al indiciado, manifestó: **«no se si él me comprende, voy a hacer la explicación de la formulación de imputación para cumplir con la misma»**; y, una vez cumplió con este acto, en relación con la posibilidad de allanamiento a cargos, indicó: *«... no se si sería viable o si él podría responder a esa pregunta ... no se cuál sería la posición de más garantía frente a este señor que inicialmente si no se tiene concretamente en este momento determinado la inimputabilidad, **si comprendió o no comprendió los hechos**»*.

Por su parte, la delegada del Ministerio Público que asistió a la diligencia, conceptuó (minuto 23:30):

... de acuerdo a la situación especial del ciudadano CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ **no tenemos pleno convencimiento de que el señor haya siquiera escuchado, entendido, la comunicación** que le ha realizado la Fiscalía. En ese orden de ideas, **menos podría dar una respuesta libre, consciente, voluntaria, frente a aceptación o no aceptación de cargos**. Aunado a ello, esa manifestación no tendría consecuencia o relevancia alguna frente a una rebaja o no rebaja de pena, por cuanto dada la prohibición de la Ley 1098 aquí no operaría. En ese orden de ideas, considera esta delegada del Ministerio Público que no se le estarían vulnerando en un momento dado las garantías del ciudadano frente a unas posibles rebajas por cuanto no las hay, en ese orden de ideas más bien podríamos estar garantizándole más el debido proceso, garantizándole más sus derechos si se abstiene de formularle la pregunta frente a aceptación o no de cargos. (Negritas fuera del texto original)

Luego de esas intervenciones, el Juez de Garantías admitió que (minuto 45:34) «... *no hay un parámetro para poder decir efectivamente (si) el señor CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ en este momento está comprendiendo la comunicación de cargos y puede dar precisamente su manifestación o definitivamente no comprendió absolutamente nada, mire que ni siquiera el perito nos lo dice en este momento ...*».

Hasta aquí es claro que ni el Juez encargado de controlar las garantías fundamentales, ni el fiscal que comunicó la imputación, ni la delegada del Ministerio Público que vigilaba el cumplimiento del orden jurídico y de los derechos, ni tampoco el defensor que representaba los intereses de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, tenían la más mínima certeza de que este entendía el lenguaje verbal a través del cual se desarrolló la comunicación propia del acto de imputación. Antes, por el contrario, tenían información de variadas fuentes (médica y la aportada por la cónyuge) que les permitía suponer fundadamente que esa interacción no fue posible, como lo llegaron a exteriorizar basados también en sus propias percepciones directas.

El control judicial de las garantías del procesado reveló que varias de estas no se cumplían debido a la barrera comunicativa que existía entre aquél y los demás partícipes de la audiencia, la que de ninguna manera se intentó remover, sencillamente, porque tal propósito nunca se planteó por ninguno de los servidores públicos -o particular

que cumplía una función pública: el defensor- que representaban distintas agencias estatales en el procesamiento penal del ciudadano CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ.

Al respecto, resultan paradigmáticos los planteamientos del Juez en la verificación de algunas de esas garantías fundamentales, en particular las consagradas en los literales g, h y l del artículo 8 del C.P.P. Así fue el análisis que aquél realizó:

El literal g: «tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer ante las autoridades».

También se sostiene esa comunicación **indistintamente de que por circunstancias particulares no se pueda generar** debido a su estado de salud [del imputado], pues es una circunstancia que no impide la garantía de que pueda tener la comunicación privada.

Así mismo, «conocer los cargos que le sean imputados expresados en términos que le sean comprensibles con indicación expresa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y los hechos que la fundamentan».

Adviértase que ese desarrollo de acuerdo al artículo 289 cuando la persona por su estado de salud **no los puede comprender**, por eso la comunicación se hace en presencia del señor defensor para que él pueda comprender; eso teniendo la posibilidad de que cuando se recupere ese estado de salud **pueda manifestar de manera consciente** su decisión precisamente de si acepta o no dichos cargos.

(...).

El literal l «renunciar a los derechos contemplados en los literales b y k, siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente y voluntaria».

Adviértase que este punto de renuncia a esos derechos no se podrá verificar sino **hasta el momento que se recobre ese estado de salud** o se acredite por lo menos con un elemento material probatorio por parte de la Fiscalía de que la persona está en condiciones de hacer esa manifestación o completamente de que no existen las condiciones para esa manifestación conforme al artículo 289 ...

Desde este momento, ya el Juez anunciaba la legalidad de la audiencia de imputación, aun cuando el procesado, por su estado de salud, no pudiera (i) «*tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades*»; (ii) conocer y comprender los cargos que se le imputaban con sus circunstancias de tiempo, modo y lugar; y, (iii) decidir, con voluntad libre y consciente, la renuncia a sus derechos a no autoincriminarse y al juicio oral.

No obstante, el funcionario se dirige al imputado intentando entablar una comunicación sin que, como era previsible, lograra su cometido, luego de lo cual reconoce, finalmente, que no puede determinar si este último comprendió los cargos y el requerimiento de una postura frente a estos. Así la situación, adopta la siguiente decisión: «*se entenderá que la comunicación frente a los cargos se ha surtido con el señor defensor*» y que, conforme a lo prescrito por el artículo 289, «*quedará suspendida esa posibilidad de aceptación de cargos hasta tanto se recupere esa circunstancia de salud si a ello hubiere lugar ...*». Así transcurrió este segmento de la audiencia:

En ese orden de ideas se advertirá, pues, precisamente, al señor CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ ... como garantía en esta audiencia, primero, si tiene usted la posibilidad de hacer manifestación en este momento de acuerdo a su estado de salud, si comprendió los cargos que le comunicó el delegado fiscal; de no hacer usted dicha manifestación se entenderá que la comunicación se surtió con el defensor y se aplicarán las reglas del artículo 289, es decir, que su estado de salud no le permite hacer manifestación frente a la comprensión de cargos y frente a la aceptación de cargos.

En ese orden de ideas señor CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, se deja constancia también en esta audiencia de que el señor no hace manifestación alguna, tan solo hace movimientos corporales, pero que guarda absoluto silencio **sin poder determinar el suscrito juez si entendió o no entendió**, de tal manera que se entiende ese parámetro de que su salud o su estado de salud de acuerdo a lo que manifestó el delegado fiscal y lo que hace manifestación el señor defensor, puede generar esa no comprensión o puede generar precisamente que pueda haber comprendido, pero que guarde silencio frente a su manifestación. En ese entendido, pues, **se entenderá que la comunicación frente a los cargos se ha surtido con el señor defensor.**

Como último recurso comunicativo y para intentar garantizar también la posibilidad de entrevista privada del imputado con su defensor, el director de la audiencia concedió un espacio para tal fin, una vez concluido el cual el titular de la defensa técnica manifestó (minuto 1:22:13):

Señor juez, debo manifestar lo que he observado al indagarle [al imputado] si entendió algo de lo que usted, de lo que el señor fiscal y de lo que yo he manifestado: **la persona extiende la mano derecha y empieza a describir signos sobre la palma de la mano derecha, mano izquierda, con su índice derecho. Desconozco doctor esa circunstancia**, debo comunicarla a usted, ...

Obsérvese en la constancia del defensor que su representado, al parecer, intenta comunicarse a través de

«signos» que realiza con sus manos, inferencia que también podría hacerse, con alguna probabilidad, de la anotación que hizo el Juez después de interrogarlo: *«el señor no hace manifestación alguna, **tan solo hace movimientos corporales**»*. A más de ello, debe recordarse que el informe médico-legal ni el relato de María Ulfa Salinas dieron cuenta de una anulación de las posibilidades de comprensión y de escucha por parte de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, sólo de una disminución de las mismas; claro está, sin que ninguna de esas fuentes de conocimiento estableciera en qué magnitud.

4.5.1.3 Del anterior recuento, puede colegirse sin mayor dificultad que el Juez 67 de Control de Garantías de Bogotá, advertido de una situación de discapacidad mental y sensorial de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, de la que también pudo percatarse directamente, dio curso a la audiencia de formulación de imputación sin realizar la más mínima diligencia tendiente a establecer y, menos, procurar el tipo de apoyo que requería implementar para eliminar o minimizar las evidentes barreras comunicativas con el imputado.

Es más, el funcionario ni siquiera indagó por formas sencillas de comunicación distintas a la verbal que quizás le fueran accesibles al procesado como, por ejemplo, la escrita o intentar determinar si un «intérprete» podía comprender y traducir los signos corporales que empleaba; tampoco verificó si el uso de un dispositivo amplificador del sonido (parlante) podía remediar la limitación auditiva que aquel

padeecía. En fin, se reitera, ningún esfuerzo por determinar el mecanismo de apoyo que podía remover la barrera que el entorno le imponía al imputado para comunicarse y así poder adoptar sus propias decisiones.

Al final, **aprobó el acto de imputación entendiéndolo surtido con el defensor**, presuponiendo así que su destinatario natural no lo había entendido, con base en la hipótesis del párrafo 1 del artículo 289 del C.P.P. y, en consecuencia, extendió la oportunidad de allanamiento a cargos hasta cuando este recobrar su estado de salud.

Sin embargo, como se recordará, la sentencia C-425/2008 declaró inexecutable el citado párrafo en la parte que permitía realizar la audiencia de formulación de imputación «*con la sola presencia del defensor*» en los eventos de estado de inconciencia del capturado o de estado de salud que le impida ejercer su defensa material; de manera que, en lugar de admitir la posibilidad del allanamiento a la imputación hasta que esas situaciones excepcionales se superaran, como lo preveía la norma legal, estableció que lo procedente era aplazar la diligencia bajo el entendido de que se interrumpía el término de prescripción de la acción para proteger los derechos de la comunidad y, en especial, de las víctimas.

O sea que, el fundamento normativo invocado por el Juez para viabilizar y, luego, aprobar la imputación formulada a CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, fue erróneo

porque desconoció los términos del estudio de constitucionalidad contenidos en la sentencia C-425/2008. En ese orden, lo que imponía la alegada aplicación analógica del parágrafo 1 del artículo 289 del C.P. desde el 30 de abril de 2008, fecha del pronunciamiento de exequibilidad, era el aplazamiento de la audiencia y el consabido efecto en el cálculo del fenómeno extintivo de la persecución estatal.

Pero, además, ni el delegado de la Fiscalía, ni la agente del Ministerio Público ni el defensor, cumplieron eficazmente las funciones que les correspondía en el marco de una diligencia procesal adelantada contra una persona en situación de discapacidad. Véase:

1) El fiscal del caso, por lo menos, desde el 3 de noviembre de 2010 fue advertido por el Juez 41 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, de la eventual afectación mental que padecía CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ.

No obstante, más de 20 meses después promovió la realización de la audiencia de formulación de imputación (6 de julio de 2012), lapso en el cual si bien logró la práctica de un examen médico-legal del indiciado, ninguna otra actividad investigativa desplegó tendiente a establecer el grado de limitación de las capacidades cognitivas, volitivas y sensoriales que esa valoración le permitió conocer, así como los mecanismos de apoyo que requería el ciudadano para acceder a la comunicación y poder ejercer su defensa técnica. De esa manera, a más de cumplir con las obligaciones

propias de su rol de servidor público judicial, prevendría irregularidades en la esencial audiencia de imputación y en el restante procedimiento.

Por si fuera poco, ya iniciada la referida diligencia, en vista de las dificultades insoslayables que se presentaban, el fiscal del caso bien pudo retirar o desistir de la solicitud de su celebración, con el objeto de adelantar las diligencias investigativas que permitieran superar las barreras comunicativas que impedían la garantía plena de los derechos del indiciado.

2) La delegada del Ministerio Público, por su parte, desatendió la defensa del orden jurídico al permitir la aplicación indebida del parágrafo 1 del artículo 289 del C.P.P., así como la vigilancia de los derechos y garantías fundamentales del procesado en situación de discapacidad, pues ninguna gestión adelantó para buscar la protección especial de su acceso a la justicia penal en condiciones de igualdad.

3) Y el defensor adscrito al Sistema Nacional de Defensoría Pública, aunque fue el primero en advertir de la eventual discapacidad de su representado en la audiencia de imputación, no se opuso a que esta se llevara a cabo ni exigió las garantías o apoyos que pudiera requerir la comunicación de aquél; tampoco objetó la aprobación jurisdiccional del acto de imputación en las condiciones desventajosas en que se desarrolló para su representado.

De esa manera, junto a la violación de la defensa material concurrió una a la defensa técnica en la medida que esta no fue idónea para buscar la garantía de aquélla ni para evitar y/o impugnar las irregularidades que rodearon la formulación de imputación, olvidando en todo ello que su propia actividad -como función pública- constituía un mecanismo de acceso a la justicia de una persona en situación de discapacidad.

4.5.1.4 En conclusión, la aprobación judicial del acto de formulación de imputación, mediante la falta de aplicación de varios literales del artículo 8 y la aplicación indebida del párrafo 1 del artículo 289, ambos del C.P.P.; vulneró la garantía fundamental de la defensa técnica y, por contera, el acceso a la justicia de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, persona en situación de discapacidad, en condiciones de igualdad.

Siendo que la violación de garantías fundamentales es una causa legal de ineficacia procesal (art. 457), que fue trascendente por generar indefensión material y técnica del procesado y que, por esta misma razón, no es saneable por virtud de los principios de instrumentalidad de las formas, de convalidación ni de protección; se decretará la nulidad del proceso a partir de la audiencia de formulación de imputación.

Esa medida extrema de anulación tiene por objeto que se rehaga el proceso desde el acto de imputación con respeto por las garantías desconocidas, especialmente la de acceso a la comunicación y, por esa vía, a las facultades derivadas del derecho a la defensa material; obviamente, también la de contar con una defensa técnica efectiva que atienda las necesidades particulares de un procesado con discapacidad.

El efecto de la decisión adoptada irradia las subsiguientes etapas procesales no solo porque quedan cobijadas en su ámbito natural de acción sino porque, como se explicará en los siguientes numerales, las barreras comunicativas que impidieron el ejercicio de la defensa material permanecieron siempre y la defensa técnica omitió las gestiones probatorias tendientes a esclarecer si el procesado era imputable o no.

4.5.2 Limitaciones al acceso a la comunicación en las demás fases del proceso.

Al instalar las distintas audiencias, ante el requerimiento del juez de conocimiento para que hiciera su presentación, la mayoría de las veces CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ alcanzaba a expresar su nombre y número de identificación, eso sí: (i) con dificultad en la pronunciación, (ii) tardando varios segundos o minutos para responder y (iii) después que su defensor le repitiera en plurales ocasiones el dato que se le preguntaba. Además, en las audiencias con registro de video, se puede observar (iv) que esa escasa

expresión verbal la precedía y/o acompañaba de un remedo de escritura con su mano sobre el escritorio.

En ese contexto, otras particularidades fueron:

- El 27 de septiembre de 2013, cuando se intentó celebrar la diligencia oral de acusación sin éxito, el Juez permitió que el procesado fuera presentado por su hija -Erica Rodríguez-, pues aquél no respondía a su pregunta.

- En la audiencia de formulación de acusación, CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ no supo responder por la dirección de su residencia, dato que tuvo que ser suministrado por una mujer que no fue identificada en el registro de la audiencia.

- En la audiencia preparatoria, tardó 35 segundos para contestar a la pregunta sobre su nombre y documento de identidad y después es interrogado por su dirección, pero no se escucha respuesta alguna en el registro del audio.

En el curso de la diligencia, el Juez se vuelve a dirigir al acusado para explicarle los derechos que le asistían y, especialmente, las consecuencias de su aceptación de los cargos; luego de lo cual, formula la respectiva pregunta siendo respondida con un «no».

- Al inicio del juicio oral (sesión del 12 de mayo de 2016), manifestó su nombre después de 1 minuto y 14 segundos de

que se le requiriera. Además, según el acta de la diligencia, guardó silencio cuando se le indicó la posibilidad de allanamiento a cargos.

- En la sesión del 18 de agosto de 2017, el Juez tuvo que pedirle al defensor que repitiera el nombre de su representado porque este no lo expresó con claridad.

Es de advertir que en ninguna de las dos ocasiones que interrogó al acusado sobre su culpabilidad (audiencia preparatoria y juicio oral); el Juez de Conocimiento, a pesar de las evidentes dificultades de comprensión y comunicación a lo largo del proceso, jamás se detuvo a corroborar si este entendía sus explicaciones y posteriores preguntas.

En consecuencia, en estas audiencias subsiguientes a la de imputación tampoco se aseguraron las garantías fundamentales de la defensa material que presuponían el acceso efectivo a la comunicación procesal de una persona con discapacidad mental y sensorial.

4.5.3 Violación del derecho a la defensa técnica en la etapa de juicio.

4.5.3.1 Audiencia de formulación de acusación.

La situación de discapacidad mental y sensorial del procesado detectada desde la audiencia de imputación alertó

a las partes sobre la eventual relación de aquélla con una causal de inimputabilidad -trastorno mental-; razón que las llevó a solicitar sendos aplazamientos de la audiencia de formulación de acusación en las dos primeras fechas que programó el Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá, con función de conocimiento, así:

El 8 de octubre de 2012, recién instalada la diligencia, el defensor adujo que plantearía la inimputabilidad de su representado; por lo que, requería el examen médico que practicarían los peritos de la Defensoría del Pueblo.

Y, después, el 27 de septiembre de 2013 fue el delegado de la Fiscalía quien, coadyuvado por el defensor público, solicitó la postergación para realizar una valoración médico-legal al procesado que permitiera corroborar su capacidad mental o «*inimputabilidad*».

El 19 de septiembre de 2014, casi dos años después de la primera solicitud de suspensión, finalmente, se realizó la audiencia de formulación de acusación, sin que en esta oportunidad ni el fiscal ni el defensor público descubrieran los exámenes periciales para cuya realización habían pospuesto en dos ocasiones la referida diligencia.

No obstante, el delegado acusador sí reveló que solicitaría la declaración del perito Rafael Martínez Aparicio y el informe del «*análisis psiquiátrico*» realizado a CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ. Por su parte, el defensor no anunció

la pretensión de demostrar inimputabilidad; en lugar de ello, manifestó que no tenía elementos probatorios por descubrir en esa ocasión.

4.5.3.2 Audiencia preparatoria.

Al inicio de esta diligencia, el defensor anunció que presentaría la «entrevista» psicológica -a la que también denominó «valoración»- que realizaría el psicólogo que designara la Defensoría del Pueblo, así como la declaración de este profesional en juicio. Después, al sustentar la pertinencia de esos medios cognoscitivos, manifestó que demostrarían *«aspectos relacionados en la parte psicológica, aspecto psicomotriz, aspectos comportamentales del señor CARLOS HERNÁN ...»*. Esa «prueba pericial» fue decretada por el Juez bajo la condición de que presentara el respectivo informe base con 5 días de antelación al inicio del juicio.

En la misma línea defensiva, al parecer, también descubrió, enunció y solicitó como pruebas: (i) la resolución nro. 030133 del 16 de julio de 2008, mediante la cual el Instituto del Seguro Social reconoció la pensión de invalidez a CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ; (ii) copia del expediente administrativo de ese trámite pensional; y, (iii) copias de las historias clínicas de los hospitales Nuestra Señora de La Paz y Santa Clara correspondientes al procesado. En esos documentos, advirtió, *«reposa la información correspondiente*

a los aspectos importantes relacionados a la incapacidad que se le determinó, por qué razón, igualmente los aspectos sociales y psicológicos ...».

Estas pruebas documentales fueron inadmitidas por argumentación insuficiente de pertinencia y en lo que hace a los documentos médicos, adicionalmente, por no indicar el testigo de acreditación con quien los incorporaría.

De otra parte, el representante técnico solicitó los testimonios de Norberto Navarrete (médico de emergencias), Angélica Luna (internista) y Yolanda Rodríguez Vargas (terapista ocupacional), profesionales adscritos a la Clínica Universitaria San Rafael, quienes darían cuenta de los «*aspectos psicológicos y físicos*» por los cuales CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ fue internado y recibió tratamiento en ese centro médico. El Juzgado sólo decreto el primero de los referidos testimonios, por considerar que los demás eran repetitivos.

Es de advertir que ninguna de las decisiones de inadmisión de pruebas fue recurrida por el defensor.

Por último, en lo que hace a la Fiscalía, su delegado solicitó la declaración del Dr. Rafael Martínez Aparicio, psiquiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como el informe de la valoración psiquiátrica que rindió, con el siguiente argumento de pertinencia: «*si para la fecha de los hechos, el señor CARLOS*

HERNÁN RODRÍGUEZ tenía la capacidad de comprender su ilicitud y se podría determinar como tal ... acerca del estado mental, sus rasgos de personalidad, su coherencia en la narración de los hechos ...». Esta prueba pericial fue decretada para ser incorporada durante el juicio oral.

4.5.3.3 Juicio oral.

Sea del caso advertir, en primer lugar, que el defensor se abstuvo de presentar teoría del caso y su alegación final se dirigió a acreditar, exclusivamente, la inocencia del procesado -jamás su inimputabilidad-.

En la sesión del 18 de agosto de 2017, la Fiscalía manifestó que desistía de las 4 declaraciones que le restaban, una de las cuales era la del psiquiatra Rafael Martínez Aparicio, porque las personas citadas no habían comparecido y había transcurrido mucho tiempo desde que inició el juicio oral. A la renuncia del perito se opuso el defensor aduciendo que *«dio un dictamen que es importante su señoría que se escuchara ...*». Pero, la Fiscalía reiteró sus motivos agregando que, como parte del proceso, era autónoma para disponer de sus pruebas y las que faltaban no afectaban su teoría del caso.

En esas condiciones, el Juez admitió la solicitud de la Fiscalía y dio paso a la oportunidad probatoria de la defensa.

El defensor presentó a su testigo María Ulfa Salinas y una vez finalizó esta declaración que reiteró las deficiencias cognitivas y sensoriales del acusado, manifestó que no tenía más pruebas, renunciando así, entre otras, al testimonio del médico Norberto Navarrete. Además, nunca descubrió el informe pericial de la «valoración psicológica» en la oportunidad legal ni se refirió en juicio a la declaración del respectivo perito de la Defensoría del Pueblo, aunque el incumplimiento de aquel requisito ya era suficiente para el rechazo de ese medio probatorio (art. 346 C.P.P.).

4.5.3.4 El anterior recuento procesal evidencia que la situación de discapacidad mental del acusado propia de un trastorno mental denominado «síndrome demencial», pudo haber eliminado o disminuido su facultad de comprensión de la ilicitud de los actos sexuales abusivos que se le atribuyen y/o de determinar con autonomía su comportamiento. Por lo menos, la última hipótesis era muy probable conforme al informe psiquiátrico con que contaba la Fiscalía desde el 12 de enero de 2011 y que fue conocido por el defensor desde la audiencia de imputación celebrada el 6 de julio de 2012.

Con ese conocimiento y las limitaciones cognitivas que evidenciaba el acusado en cada audiencia del proceso, el defensor se planteó demostrar la inimputabilidad de aquél tanto así que anunció que gestionaría la práctica de los exámenes periciales pertinentes y, por este motivo, en una ocasión logró la postergación de la formulación de acusación y en otra coadyuvó una petición similar de la Fiscalía. Sin embargo, el día en que, finalmente, esa diligencia se realizó

no cumplió con el deber legal de descubrir los respectivos elementos materiales probatorios.

En la audiencia preparatoria, a pesar del propósito manifiesto de la defensa y de que conocía la existencia de un informe pericial psiquiátrico suscrito por el Dr. Rafael Martínez Aparicio que acreditaría algunos presupuestos de una eventual inimputabilidad, tampoco intentó pedir la declaración de este experto como una prueba propia conformándose con que lo hiciera su contraparte acusadora.

De otra parte, a pesar que solicitó la admisión del acto administrativo que reconoció una pensión de invalidez a su representado y de unas historias clínicas que darían cuenta de algunos «*aspectos psicológicos*» de este, no pudo sustentar la pertinencia de esos medios cognoscitivos -ni indicó el testigo con que los incorporaría-, aunque quizás sí lo fueran frente a antecedentes médicos relacionados con una situación de inimputabilidad; pero, su argumentación fue tan insuficiente a ese propósito que ni siquiera mencionó que esta fuera su pretensión.

No obstante, el defensor logró que el Juez decretara la incorporación de lo que sería una pericia psicológica que versaría sobre «*aspectos relacionados en la parte psicológica, aspecto psicomotriz, aspectos comportamentales ...*». Es de advertir, que el peticionario nunca determinó con precisión la naturaleza de esa prueba porque se refería indistintamente a una «entrevista» y a una «valoración», y, de la otra, que incumplió con el deber de descubrirla antes de la audiencia

de juicio, y ya en esta nunca insistió en su incorporación ni en la prórroga de los términos. De cualquier manera, el tema de la prueba era bastante genérico y no se centraba, de manera inequívoca, en establecer los supuestos fácticos de una inimputabilidad.

Fue solo cuando el fiscal del caso manifestó su desinterés en la práctica de las pruebas que le restaban, que el defensor corrió a oponerse a la renuncia de la declaración del Dr. Rafael Martínez Aparicio, única prueba que enseñaría el trastorno mental que padecía aquél y su repercusión en las capacidades de comprensión y/o autodeterminación. Sin embargo, fue demasiado tarde porque ya le había precluido su oportunidad para deprecar la práctica de pruebas y ni siquiera supo dar un fundamento adecuado de su oposición limitándose a indicar que el dictamen desistido era «importante» sin que, por ende, justificara esta opinión.

Además, no obstante logró el decreto del testimonio de Norberto Navarrete en la audiencia preparatoria, quien iba a declarar sobre los antecedentes médicos del acusado cuando estuvo hospitalizado en la Clínica Universitaria San Rafael por «*aspectos psicológicos y físicos*» jamás determinados; una vez finalizó el testimonio de María Ulfa Salinas, el defensor manifestó que no tenía más pruebas, con lo cual renunció al único medio cognoscitivo que le quedaba para intentar demostrar la preexistencia médica de alguna afectación en la salud mental de su representado.

4.5.3.5 Así las cosas, la desatención de la defensa técnica durante la etapa de juzgamiento impidió que al proceso se allegara prueba que permitiera esclarecer si CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ reunía los presupuestos legales para ser declarado inimputable y, en caso de caberle responsabilidad, ser condenado como tal.

En ese resultado, bien pudo incidir el constante cambio de defensores públicos que asistieron al procesado: fue uno el que solicitó el aplazamiento de la audiencia de acusación el 8 de octubre de 2012 para que se practicaran exámenes periciales sobre la inimputabilidad; otro el que coadyuvó una petición similar formulada por la Fiscalía el 27 de septiembre de 2013; otro el que ejerció la defensa técnica el día en que, finalmente, se realizó el acto de acusación, sin descubrir elementos probatorios que había ofrecido y ni siquiera anunciar que lo demostraría con el dictamen médico-legal existente; y, otro fue el que estuvo en las audiencias preparatoria y de juicio oral, cuyas actuaciones y omisiones ya fueron aludidas.

La falta de una defensa técnica efectiva o real permitió, entonces, que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda, declarara que CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ no padecía un trastorno mental y, por esta y otras razones, tenía la capacidad de culpabilidad, cuando sobre estos aspectos existían dudas manifiestas desde la audiencia de formulación de imputación. En efecto, aquella concluyó que el acusado «... *no padece trastorno mental, así como tampoco padece inmadurez psicológica, ... que le*

impidan comprender sus actos o determinarse según esa comprensión al momento de la comisión de los hechos. Se trata, entonces, de un sujeto imputable» (pág. 12).

Así las cosas, el Juez de Conocimiento omitió el control de una defensa técnica idónea y, en su lugar, adoptó una decisión judicial que agravó la situación del procesado, cuya situación de discapacidad lo hacía merecedor de un trato especial que garantizara su real acceso a la justicia.

A ese resultado, obviamente, contribuyó la Fiscalía General de la Nación, puesto que los distintos delegados que intervinieron en el proceso conocieron desde un inicio el trastorno mental que presentaba CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, tanto así que quien asistió a la audiencia de formulación de acusación descubrió el respectivo informe psiquiátrico emitido por un profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal y, luego, en la audiencia preparatoria solicitó la declaración de este como perito.

Sin embargo, en el juicio oral, luego de transcurridas 3 sesiones, el fiscal desistió de la práctica de esa prueba pericial, olvidando que como parte acusadora debía demostrar todos los elementos del delito, uno de los cuales es la capacidad de culpabilidad, más allá de toda duda razonable, y que en todo caso su actuación está regida por los principios de objetividad y lealtad procesal; pero, además, que como servidor público judicial estaba obligado a contribuir en la protección especial de las personas con

alguna discapacidad, una de cuyas formas es procurando decisiones justas para estas.

Por último, debe advertirse que la intervención del Ministerio Público en la etapa de juzgamiento, en defensa del orden jurídico y de las garantías fundamentales de partes e intervinientes, quizás, habría evitado la violación de los derechos procesales de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, especialmente a la defensa material y técnica, asegurándole de paso el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, como lo reclamaba su situación de discapacidad.

4.5.4 Conclusión.

4.5.4.1 Como lo solicitó el defensor, coadyuvado por el delegado de la Fiscalía, se casará la sentencia de segunda instancia que confirmó la decisión de condenar a CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ por un concurso de delitos de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*.

En consecuencia, se decretará la nulidad del proceso, pero no a partir del momento en que lo solicitó el demandante ni su coadyuvante sino desde la audiencia de formulación de imputación, pues desde esta se presentaron las irregularidades sustanciales que motivan la invalidación, sin olvidar que en las fases procesales posteriores se consumó también una violación del derecho a la defensa técnica.

4.5.4.2 La anterior determinación obliga a la Fiscalía General de la Nación a que cuando ejerza, nuevamente, la acción penal por los hechos que habrían victimizado a la niña V.G.M., lo haga con plena observancia de los derechos y garantías fundamentales de CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, especialmente los que deriven de su situación de discapacidad mental y auditiva. Y, a los jueces penales que lleguen a conocer del proceso, a extremar la vigilancia sobre la idoneidad del abogado que cumpla el rol de defensor técnico para salvaguardar el acceso a la justicia de aquel ciudadano en condiciones de igualdad.

4.5.4.3 Por último, conforme a lo expuesto en el numeral 4.3.2, se oficiará al Congreso de la República para instarlo a que promueva reformas al proceso penal que sean suficientes y pertinentes para garantizar el acceso efectivo de los indiciados, imputados y acusados que se encuentren en situación de discapacidad, especialmente por razones mentales, intelectuales y sensoriales. Y, de igual manera, se oficiará al Ministro de Justicia y del Derecho para que, en el marco de sus competencias, contribuya en el logro de ese mismo cometido estatal.

Así también, se oficiará al Fiscal General de la Nación (num. 4.4.1.4), al Defensor del Pueblo – Sistema Nacional de Defensoría Pública (num. 4.4.2.4) y al jefe del Ministerio Público (num. 4.4.3.3), para que tengan en cuenta las directrices expuestas para el procesamiento de personas con discapacidad, desde los roles que cumple cada una de esas instituciones en el ámbito penal.

Con ese mismo propósito, se prevendrá a los Jueces Penales del país con función de control de garantías y de conocimiento, según lo expuesto en los numerales 4.4.4.1 y 4.4.4.2, respectivamente.

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 ley,

5. RESUELVE

Primero: **Casar** la sentencia de segunda instancia proferida contra CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ, en el sentido de **decretar la nulidad** del proceso a partir de la audiencia de formulación de imputación.

Segundo: **Oficiar** al Congreso de la República, al Ministro de Justicia y del Derecho, al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al jefe del Ministerio Público, en el sentido indicado en el numeral 4.5.4.2.

Tercero: **Prevenir** a los Jueces Penales del país, con función de control de garantías y de conocimiento, según lo expuesto en los numerales 4.4.4.1 y 4.4.4.2.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Casación Penal@2020



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO

IMPEDIDO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

~~**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**~~


FABIO OSPITIA GARZÓN

EXCUSA JUSTIFICADA

EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

Sala Casación Penal@2020