

Proceso No 24468

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No.028

Bogotá D. C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006).

VISTOS

Adelantado a cabalidad el proceso penal por el sistema acusatorio, mediante sentencia del 3 de junio de 2005, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales absolvió a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser la víctima menor de doce años¹, aplicando en su favor el principio in dubio pro reo.

Al desatar la apelación interpuesta por la Fiscal Seccional Delegada, con fallo del 12 de julio de 2005, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales recovó íntegramente el fallo absolutorio, para en su lugar condenar a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser la víctima menor de doce años, a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y no le concedió prisión domiciliaria.

En esta oportunidad la Sala resuelve de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de VILLADA GARCÍA.

HECHOS

Fueron relatados de la siguiente manera por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales, en la sentencia de segunda instancia del 12 de julio de 2005:

“Franci Elena E. Mercado V. Denunció al aquí procesado; fue enterada de tocamientos sexuales que ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA ejecutó sobre su menor hija2 K... J... M... M...; se dio cuenta que ESLEY tocaba a su hija y que además enviaba boletas a otra menor, invitándola a desarrollar actos de carácter erótico sexual; dice la denunciante que la menor le informó que ESLEY le tocaba los genitales y le introducía los dedos en la vagina.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 15 de marzo de 2005 se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años (sancionado con prisión de 3 a 5 años en el artículo 209 del Código de Penal, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 20043).

El imputado no se allanó a los cargos; y verificada la legalidad de la actuación, el Juez de Control de Garantías estimó que a partir de la evidencia y los elementos materiales de prueba se infería razonablemente que ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA podía ser autor de la conducta punible, por lo cual le impuso medida de aseguramiento, no privativa de la libertad.

2. El 23 de marzo de 2005 la Fiscalía Veintitrés Seccional de Manizales allegó escrito de acusación, donde anunció los documentos y los datos personales de los testigos y

peritos “cuya declaración se solicita”, entre los cuales no se incluyó el testimonio de la niña afectada.

3. El asunto correspondió al Juzgado Séptimo Penal del circuito de Manizales, autoridad que convocó a audiencia de formulación de la acusación, llevada a cabo el 5 de abril de 2005, en los términos del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

La Fiscalía imputó a ELSEY ALFREDO VILLADA GARCÍA el delito de actos sexuales con menor de catorce años, previsto en el artículo 209 del Código Penal, Ley 599 de 1991, modificado por la Ley 890 de 2004; agravado de conformidad con el artículo 211 ibídem, por ser la víctima menor de doce años.

Se descubrieron las evidencias, materiales probatorios y medios de conocimiento que cada parte haría valer en la etapa del juicio oral. La Fiscalía no mencionó el testimonio de la niña K...J...

4. Sin embargo, en desarrollo del Juicio Oral, que se llevó a cabo siguiendo lo indicado en los artículos 366 y siguientes de la Ley 906 de 2004, la Fiscal Delegada solicitó al Juez decretar el testimonio de K...J..., víctima del delito; el Ministerio Público coadyuvó la petición; el defensor se opuso; y, finalmente, el Juez decretó el testimonio, y éste fue practicado con restricción al público.

Finalizado el debate, con sentencia del 3 de junio de 2005, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales absolvió a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA, por no llegar al convencimiento de su responsabilidad más allá de toda duda⁴.

Para el Juez, el único testimonio directo que se recaudó fue el de la menor afectada, quien por su inmadurez no resulta convincente; y el resto de testimonios son “de referencia o indirectos”, incluido el de la denunciante y madre de la niña, señora Franci Elena Mercado

Villareal, por lo cual su aporte es irrelevante.

5. La Fiscal Seccional que investigó los hechos interpuso el recurso de apelación; y al desatar la alzada, con fallo del 12 de julio de 2005, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales revocó íntegramente el fallo absolutorio, para en su lugar condenar a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA, en los términos indicado en la parte inicial de esta providencia.

El Ad-quem abordó tres problemas jurídicos: i) la validez del testimonio del menor víctima de abuso sexual. ii) la naturaleza de los indicios en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio; y iii) el concepto del llamado testigo de referencia.

Analizó críticamente el testimonio de la niña abusada y, con una visión integral de los aspectos apreciables, lo encontró creíble, coherente y respaldado con otros testimonios y con la entrevista de una psicóloga forense, cuyo conocimiento científico no puede descartarse de plano, como se hizo en primera instancia.

Con relación a los indicios, acepta que si bien el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio no incluyó “la prueba de indicios”, esta operación intelectual del juzgador persiste, puesto que no es factible construir una teoría de la prueba sólo sobre elementos materiales o evidencias físicas.

Encontró indiciario el patrón de conducta seguido por el procesado, quien, según lo demostrado en el juicio oral, espía a sus posibles víctimas en actitud “voyeurista”; envía cartas a otra menor donde le expresa que la desea, y le solicita que guarde cautela.

De igual manera, observó que el procesado tenía la “oportunidad” para cometer el abuso, dado que habitaba en la misma casa y era conocido de la madre de la menor. Además, el hallazgo de un eritema en la región vaginal de la niña, también fue tomado

como hecho indicador para este caso, aunque según la perito médica, el eritema puede originarse por diversas causas, como rozamientos, higiene exhaustiva y contacto con la ropa interior, entre otros.

A partir del concepto de “testigo de referencia”, el Tribunal Superior concluye que la madre de la niña abusada y otra mujer adulta que cuidaba de ella, sólo parcialmente responden a esa noción, en cuanto relatan lo que la víctima les dijo; pero que trascienden a la calidad de testigos directos, creíbles y coherentes, puesto que se refirieron también a hechos percibidos directamente por ellas, como los cambios de conducta de la niña después de los abusos, tema que fue corroborado por la psicóloga forense.

Con los anteriores argumentos el Tribunal Superior de Manizales revocó la absolución y condenó al procesado.

6. Inconforme con la determinación anterior, el defensor de ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo fondo resuelve la Sala en este proveído.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos postula el defensor de ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, con base en la causal tercera prevista en el artículo 183 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, según el cual el recurso extraordinario procede por:

“El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia” (Subraya del demandante)

Pretende que la Corte Suprema de Justicia case la sentencia impugnada y en su

lugar profiera la que debe reemplazarla.

PRIMER CARGO

“Validez probatoria del testimonio de la menor víctima del presunto abuso sexual”

Se refiere en general a los parámetros de legalidad para el decreto y práctica de las pruebas, y luego dice el libelista que el Tribunal Superior de Manizales incurrió en “pleno desconocimiento de las reglas de producción y apreciación” del testimonio de la menor K... J... M... M... (víctima del ilícito).

Afirma que estando en discusión la capacidad de la niña como testigo, por tener solo cinco años de edad, no se practicó un interrogatorio preliminar con el fin de cualificarla, como se sugiere en un manual confeccionado por la Defensoría Pública, pues era necesario demostrar que ella estaba en capacidad de percibir, recordar y relatar la información de la que supuestamente tenía conocimiento personal.

Agrega que la niña narró a la perito psicóloga unas formas, ocasiones y lugares donde supuestamente el acusado tocaba sus partes íntimas, otros episodios distintos refirió en la audiencia del juicio oral. Pese a lo cual, se le concedió credibilidad, desconociendo la regla de apreciación testimonial que obliga a estudiar la capacidad de recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración, por ser un requisito necesario según el artículo 4045 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Pone en tela de juicio el testimonio proveniente de las personas incapaces, por inmadurez psicológica, y concluye que por este medio se ha llegado a la condena de un inocente.

SEGUNDO CARGO

“La naturaleza de los indicios en el nuevo Código de Procedimiento Penal.”

En criterio del libelista, el Ad-quem definió el asunto con pleno desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba, pues “en el actual ordenamiento jurídico procesal penal, los indicios desaparecen como presupuestos para dictar sentencia condenatoria”, toda vez que, de conformidad con el artículo 3816 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, la condena sólo puede cimentarse “en pruebas debatidas en el juicio”, y no en indicios.

De otro lado, el artículo 382 ibídem, que enlista los medios de conocimiento, no contiene a los indicios.

Pero además, acota el demandante, el Tribunal Superior razona equivocadamente, porque los hechos que dio por demostrados, como mirar en el baño a otra mujer y enviar cartas a otra niña, nada permiten inferir en relación directa con la presunta víctima del ilícito endilgado.

TERCER CARGO

“El concepto del llamado testigo de referencia”

Señala el censor que las declaraciones de la señora Franci Mercado Villareal (madre de la menor afectada) y de su ocasional niñera, señora Ángela María Sánchez, no eran pertinentes, por no referirse a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva, ni a la responsabilidad del acusado.

Ángela María Sánchez, dice que el procesado la miraba cuando ella se bañaba, pero nada aporta con relación a los hechos contra la niña K...J...; por lo cual, el testimonio no es pertinente y no puede servir para apoyar la sentencia condenatoria.

Y la mamá de la niña, solo refiere cosas que su hija le contó, como los presuntos tocamientos; pero no debe perderse de vista que la narración de la niña merece las críticas derivadas de su inmadurez, en el sentido ya expresado en el primer cargo de esta demanda.

Ahora bien, exclama el casacionista, según el artículo 3757 del Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio, los medios de prueba también son pertinentes cuando sólo sirven para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva, la identidad del acusado, o su responsabilidad; pero en este caso, a tales medios no se les puede otorgar la categoría de plena prueba.

PRETENSIÓN

Como se anticipó, con base en los anteriores planteamientos, el defensor de ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA solicita a la Corte casar el fallo del Tribunal Superior de Manizales y proferir el que deba reemplazarlo.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

El 20 de febrero de 2006 en el recinto de audiencias de la Sala de Casación Penal se llevó a cabo la audiencia pública para la sustentación de la demanda de casación, prevista en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

Comparecieron el defensor, la Procuradora Segunda para al Casación Penal y un Fiscal adscrito a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia.

I. INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR

El defensor público que asistió a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA durante el juicio oral, en

complemento de lo anotado en la demanda de casación, presentó consideraciones sobre la validez del testimonio de la niña afectada con el ilícito y sobre los indicios en la Ley 906 de 2004. No hizo nuevos aportes respecto de los testigos de referencia, tema sobre el cual se remitió a lo expuesto en el libelo.

1. Sobre la producción del testimonio de la niña K... J...

Recuerda que la Fiscal Delegada no anunció el testimonio de la menor afectada en el escrito de acusación⁸, ni lo descubrió en la audiencia de formulación de la acusación⁹, no lo enunció en la audiencia preparatoria¹⁰, ni se trataba de un elemento material probatorio o evidencia física que la Fiscalía hubiese encontrado durante el juicio, por lo cual, dicho testimonio, que era la prueba más obvia y conocida desde un comienzo, no podía aducirse al proceso ni convertirse en prueba, según lo dispone el artículo 346¹¹ del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

Sin embargo, acota, ya en la audiencia del juicio oral, la Fiscalía dijo que había olvidado presentar el testimonio de la niña, y el Juez de primera instancia decretó su práctica, sorprendiendo a las partes, con lo cual vulneró el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de contradicción.

Asegura que por las anteriores falencias, el testimonio de la presunta víctima es una prueba ilegal, que no existe en términos jurídicos, por mandato del artículo 29 de la Constitución Política, razón por la cual no debe tenerse en cuenta como fundamento del fallo.

2. Sobre la apreciación del testimonio de la menor K... J...

Sin perjuicio de lo anterior -en forma subsidiaria- retoma la crítica a la apreciación de lo dicho por la niña K... J..., pues, según el defensor, por tener sólo cinco años de edad es incapaz de percibir y recordar en modo adecuado, no alcanza la madurez suficiente

para hacer un relato confiable, y por tanto comporta un grave riesgo para la suerte del proceso y del implicado, como lo sostienen algunos tratadistas extranjeros y nacionales a los que alude.

Para ahondar en su idea según la cual K... J... es sugestionable, recordó que en la entrevista dijo a la psicóloga que ALFREDO le había tocado “la cuca” (sic) y que en el testimonio, ya con la lección aprendida, dijo que ALFREDO “me toca la vagina con los dedos”, lo cual indica que la niña no tenía claridad sobre lo que estaba relatando, sino que le enseñaron lo que ella debía decir y lo dijo porque “aprendió la lección”.

Asegura que el Tribunal Superior entendió mal el informe de entrevista presentado por la psicóloga que conoció este caso, pues la niña dijo que ya no le gustaba que la bañaran en el patio de la casa porque le hacía frío, y no porque después de los hechos hubiese cambiado su comportamiento normal, ni desarrollado algunos temores que antes no tenía.

3. Sobre los indicios en la Ley 906 de 2004.

El libelista reprocha que el Tribunal superior hubiese cimentado la condena con base en indicios, puesto que en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, “no existen los indicios como medio de conocimiento”, dado que para obtener el grado de convencimiento más allá de la duda razonable sólo están autorizados los medios que enlista el artículo 382, a saber: testimonios, experticias, documentos, inspección, elementos materiales probatorios, evidencia física y medios técnicos.

Dice que las inferencias indiciarias son autorizadas por la Ley 906 de 2004 sólo para eventos concretos; pero esas inferencias no son controvertibles como medios de prueba, precisamente porque no tienen la entidad de pruebas. Entre aquellos eventos, por ejemplo, los artículos 282 (cuándo interrogar al indiciado), 287 (situaciones que

determinan la formulación de la imputación) y 308 (requisitos para la medida de aseguramiento).

Aduce que el Tribunal Superior vulneró el principio de “mismidad” al hacer inferencias inadecuadas sobre la conducta sexual del implicado, puesto que los testigos indirectos relataron acciones de ESLEY ALFREDO frente a terceras personas, y no frente a la niña supuestamente abusada, pues él observó bañarse a una mujer distinta y envió una carta a otra diferente, comportamientos que no se relacionan con el hecho concreto investigado.

Solicita, entonces, casar la sentencia impugnada y proferir sentencia absolutoria a favor de ELSEY ALFREDO VILLADA GARCÍA.

II. INTERVENCIÓN DEL FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Con relación a las críticas sobre el testimonio de la niña K... J... separa su análisis en dos tópicos específicos: la producción del testimonio y su valoración.

Recuerda que en tratándose de testimonios de los menores, éstos pueden recaudarse por fuera de la audiencia pública y con asistencia de su representante, como ocurrió en el presente caso, donde el Juez autorizó recaudar la declaración con restricción de audiencia, debido a la necesidad de proteger a la menor afectada.

Aunque el manual de la Defensoría Pública sugiera que debe existir un interrogatorio previo de los testigos en la audiencia preparatoria, la ausencia de esa práctica no vulnera el debido proceso, porque no existe una norma que así lo exija.

Concluye que en el presente caso no se vulneró el debido proceso ni el derecho a la defensa, toda vez que se cumplieron los parámetros para recaudar el testimonio de la menor, por fuera de la audiencia pública y con asistencia de su progenitora; y porque la

defensa tuvo la oportunidad de controvertir dicha prueba.

2. El Fiscal Delegado tampoco encuentra objeción alguna sobre la apreciación del testimonio de K... J..., pues si el defensor dudaba de su capacidad para declarar, ha debido objetar la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, como lo indican los artículos 395 (oposiciones durante el interrogatorio) y 402 (conocimiento personal) de la Ley 906 de 2004.

Para el Fiscal, era necesario que a través del contrainterrogatorio la defensa estableciera la causal de impugnación del testimonio, pero no lo hizo, siendo suya la carga de la prueba sobre la incapacidad de K... J...; por lo cual, sin el trámite de la objeción, aceptó lo relativo a la capacidad de la niña para declarar y no es factible especular lo contrario de manera tardía.

Adicionalmente, el Fiscal Delegado encuentra que el testimonio de K... J... no puede descartarse y merece credibilidad, puesto que: i) Los menores de 12 años fueron habilitados por la ley procesal penal para declarar, siempre que lo hagan sin juramento y asistidos por su representante, como en este caso ocurrió. ii) La niña afectada hizo una narración evocando vivencias, y nada indica que estuviese en incapacidad. iii) No se practicó una experticia que determinara alguna afectación de las facultades de la niña, que le impidiera hacer la narración. Lo que ocurre es que habló con expresiones adecuadas a su edad; y no se le puede exigir que hablara de otro modo. iv) K... J... fue entrevistada por una perito en psicología. En el informe de esta profesional no se describe ninguna anomalía. v) Cuando era oportuno, la declaración de la niña no fue impugnada respecto a su capacidad como testigo. vi) La imprecisión sobre el lugar de los hechos (en la cama o en el baño) resulta intrascendente frente a la demostración de la existencia de la conducta punible. vii) La defensa tuvo oportunidad de controvertir el testimonio, y sus contenidos fueron analizados por el Tribunal Superior con los parámetros de la sana crítica.

3. Está de acuerdo con el libelista en cuanto que en la Ley 906 de 2004 “desapareció la prueba de indicios” que traía la Ley 600 de 2000. No obstante, dice, el Tribunal Superior no fundamentó el fallo con prueba de indicios, sino que se apoyó en inferencias indiciarias construidas con base en hechos indicadores, como que el implicado observó bañarse a la niñera, y envió una carta con requerimientos amorosos a otra menor.

En síntesis, en cuanto a las inferencias indiciarias, encuentra correcto el proceder del Tribunal Superior, puesto que el recurso intelectual del indicio, como herramienta de inferencia lógica no se excluye en el Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio.

4. Para el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en el presente asunto, los testigos de referencia –la mamá de la niña y la persona que a veces la cuidaba- tampoco pueden descartarse, dado que cumplieron el objeto que la ley señala a ese tipo de prueba indirecta. Es decir, corroborar la existencia de algunos hechos relevantes de la conducta punible y servir de base para deducir la credibilidad derivada de otro medio de prueba¹².

Por lo anterior, solicita a la Sala no casar la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales.

III. INTERVENCIÓN DE LA PROCURADORA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

1. Centra su concepto en el testimonio de la niña K... J..., el cual encuentra viciado en su producción, porque no fue anunciado por la Fiscalía en ninguno de los momentos previstos legalmente para ello; y sin embargo, cuando la Fiscal Seccional se percató que había olvidado la prueba más importante, ya en el juicio oral, solicitó al Juez su decreto, y el funcionario judicial accedió a ello, generando así la ilicitud, que conlleva necesariamente la exclusión de esa prueba en los términos previstos en el inciso final del artículo 29 de la [Constitución Política](#).

Cuando el defensor interpuso el recurso de apelación contra el decreto del testimonio de la niña, el Tribunal le negó ese medio de impugnación, descartando su procedencia respecto de autos a través de los cuales se decreta la práctica pruebas; de tal suerte, se sorprendió a la defensa con la declaración de K... J..., prueba que no fue anunciada ni descubierta como lo exige el Código de Procedimiento Penal, resultando vulnerados el debido proceso y los derechos de contradicción y a la defensa.

Con tal reflexión solicita a la Sala excluir jurídicamente la declaración de K... J... del acopio probatorio.

2. Aborda luego el tema de los indicios, acotando que si bien no se consagraron como medio de prueba, las operaciones indiciarias son válidas como ejercicios de pensamiento.

Sostiene que aplicada la regla de exclusión sobre el testimonio de la víctima afectada, pierden entidad las inferencias indiciarias edificadas a partir de lo dicho por la mamá de la menor, de la persona que la cuidaba y de una vecina, que se refieren a una carta que el implicado envió a otra menor y a que él fue sorprendido observando a la niñera mientras se bañaba.

La Procuradora Delegada observa que subsiste el informe rendido por la psicóloga que entrevistó a K... J..., que si bien es idónea para inferir que las maniobras de tocamiento sí existieron, se trata de una prueba de referencia, que igual que las anteriores es ineficaz; y la experticia sobre el hallazgo de un eritema en la región genital de la niña, no es conclusiva, puesto que según lo indicado por la perito médica, es factible que un eritema de esa naturaleza se presente por diversas causas, como higiene, calidad de la ropa interior, rascado, alergias, etc.

Concluye que aplicada la regla de exclusión sobre el testimonio de K... J..., los restantes medios de prueba no tienen la entidad jurídica necesaria para establecer qué fue lo que realmente ocurrió, mas allá de la duda razonable, por lo cual solicita a la Corte emitir el fallo

de sustitución, absolviendo a ELSEY ALFREDO DÁVILA GARCÍA.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente asunto, la Sala de Casación Penal no encuentra vulneración alguna de las garantías fundamentales de que son titulares los intervinientes, que la Corte debiera proteger, así fuere oficiosamente, en los términos del artículo 6° de la Constitución Política¹³ y del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004¹⁴.

De otra parte, después de analizar en detalle los argumentos del defensor y de ahondar en los problemas jurídicos que plantea en la demanda, la Sala de Casación Penal advierte que no tiene la razón en sus planteamientos principales, por lo cual, desde ya se anuncia que el fallo del Tribunal Superior de Manizales no será casado.

Dado que los cargos hacen cuestionamientos relacionados con algunos de los problemas jurídicos más centrales del sistema acusatorio colombiano, antes de ofrecer la respuesta a los diversos tópicos del libelo, la Sala de Casación Penal estima conveniente presentar un marco conceptual y normativo, con el fin de realizar el ejercicio comparativo y de adecuación con lo ocurrido en el presente caso.

Así, pues, se abordarán paulatinamente, según cada cargo lo requiera, las siguientes temáticas inherentes al procedimiento penal colombiano a partir la expedición del Acto Legislativo No. 03 de 2002, y del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004: La tendencia acusatoria del sistema colombiano; la tendencia adversarial en la legislación interna; la iniciativa en materia probatoria; los alcances de la prohibición general de que el Juez decrete pruebas de oficio y sus excepciones; las pruebas de referencia; y los indicios en dicha normatividad.

I SOBRE EL PRIMER CARGO: “LEGALIDAD Y APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA NIÑA K...J...”

El casacionista reprocha desde dos ópticas el testimonio de la menor afectada con el delito: en primer lugar, pone en tela de juicio la legalidad de esa prueba, porque fue decretada por el Juez contrariando las normas que reglamentan la oportunidad y la forma de aducir los medios de prueba; y de otra parte, ataca la apreciación de ese testimonio, el cual descarta de plano en su credibilidad, por tratarse de una niña de cinco años, que no ha alcanzado la madurez necesaria para declarar en un juicio.

1. SISTEMA ACUSATORIO Y PRINCIPIO ADVERSARIAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

No cabe duda que fue intención del constituyente introducir un cambio sustancial en el régimen constitucional y legal colombiano, para adoptar en forma abierta y declarada, aunque no absoluta, el principio acusatorio, que en cierta medida recoge algunas características de los sistemas acusatorios vigentes en el mundo.

1.1 En la exposición de motivos del Acto Legislativo No. 03 de 2002, publicada en la Gaceta del Congreso No. 134 del mismo año, se expresó:

“Por las deficiencias que genera el sistema actual, y con el ánimo de lograr los cambios expuestos, resulta trascendental abandonar el sistema mixto que impera en nuestro ordenamiento procesal penal, y adoptar un sistema de tendencia acusatoria.

La premisa anterior se sustenta en que, mientras el centro de gravedad del sistema inquisitivo es la investigación, el centro de gravedad del sistema acusatorio es el juicio público, oral, contradictorio y concentrado.

...

Esto permitirá que el proceso penal se conciba como la contienda entre dos sujetos procesales –defensa y acusador– ubicadas en un mismo plano de igualdad, al final

del cual, como resultado del debate oral y dinámico, el tercero imparcial que es el juez, tomará una decisión.

....

El juicio concebido como la base del sistema acusatorio, y como el momento prioritario del debate probatorio, será donde se han de ordenar y practicar las pruebas, de tal forma que se garantice la inmediación de las pruebas con el juez, y se asegure así su imparcialidad.

...

Esto gracias a que el juicio permitirá que la decisión del juez acerca de la culpabilidad del imputado, será el producto de un debate entre dos partes iguales –acusador y defensa–, y gracias a que las pruebas que fundamenten la sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, serán practicadas en juicio ante el juez...”.

Por supuesto, en el trámite de la reforma constitucional se perfilaron algunas características que permiten verificar la evolución desde el sistema acusatorio “puro” inicialmente propuesto, hasta el sistema con tendencia acusatoria, no “típico ni puro”, sino específico para Colombia; y con un principio adversarial igualmente modulado.

Y se afirma que el principio adversarial no es absoluto, entre otras razones, porque en Colombia se reconoce el derecho de intervención a las víctimas y al Ministerio Público; y porque el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar pro activamente como garante de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material.

1.2 El Acto Legislativo No. 03 de 2002 modificó el artículo 250 de la Constitución

Política, asignando a la Fiscalía General de la Nación las nuevas funciones compatibles con el sistema acusatorio, ninguna de las cuales tiene naturaleza judicial, pues todas se reservan al Juez de Control de Garantías y al Juez de conocimiento.

En especial, se asigna a la Fiscalía la función de presentar escrito de acusación ante el Juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, concentrado y con todas las garantías.

1.3 El artículo 532 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, prevé la necesidad de realizar ajustes en las plantas de personal de la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y las entidades que cumplen funciones de Policía Judicial, “con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el Acto Legislativo 03 de 2002”.

1.4 Con independencia de que el sistema adoptado en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, tenga características que lo singularizan frente a sistemas acusatorios de otras latitudes, lo cierto es que el Acto Legislativo No. 03 de 2002 introdujo el principio acusatorio, caracterizado por diversos aspectos que coinciden, con algunas variaciones, con los sistemas acusatorios de que habla el derecho comparado, entre ellas:

1.4.1 El Reconocimiento de la “igualdad de armas” entre la Fiscalía y la defensa, de modo que puedan actuar en el mismo plano como adversarios que someten su teoría del caso y sus pruebas a conocimiento del juez, encargado de resolver el asunto en justicia.

Con la intención de garantizar la defensa en términos adecuados se reconoció al defensor iniciativa probatoria y se ordenó la implementación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública, aparejada con el fortalecimiento general de la Defensoría del Pueblo.

1.4.2 La separación entre actos de investigación- acusación y actos de juzgamiento, los cuales son exclusivos y excluyentes, pues, por principio general, el Fiscal no puede decidir con autoridad judicial sobre cuestiones que afecten los derechos fundamentales de los intervinientes, ni el Juez puede inmiscuirse en la investigación decretando pruebas de oficio. Este último aserto será desarrollado en un capítulo propio.

2. ALGUNOS ASPECTOS PROBATORIOS EN LA LEY 906 DE 2004

El Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, contiene parámetros de índole probatoria que evidencian las características peculiares del sistema con tendencia acusatoria y del principio adversarial atenuado que se adoptó en Colombia:

Dicho Código asignó la iniciativa probatoria primordialmente a la Fiscalía¹⁵ y a la defensa¹⁶; a las víctimas reconoció el derecho de aportar pruebas en lo relacionado con sus intereses de verdad, justicia y reparación¹⁷; y por excepción, al Ministerio Público¹⁸.

2.1 La Fiscalía General de la Nación es titular y responsable de la acción penal, tiene la carga de demostrar probatoriamente la responsabilidad penal del implicado. No obstante, al mismo tiempo, la Fiscalía rige su actuación por el principio de objetividad¹⁹, que la obliga a aplicar un criterio objetivo y transparente, al punto que está en el deber de solicitar la preclusión de la investigación cuando no hubiere mérito para acusar; y adicionalmente, tiene el deber de descubrir todas las pruebas, incluyendo las de descargo y los elementos favorables al acusado, si los conociere²⁰.

De conformidad con el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, la audiencia preparatoria constituye la oportunidad legal para que la Fiscalía y la defensa soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión. Por excepción, el Ministerio Público puede solicitar la práctica de alguna prueba de cuya existencia tenga conocimiento, cuando no hubiere sido pedida por las partes y pudiere tener esencial influencia en los

resultados del juicio.

Se observa, entonces, que desde la perspectiva probatoria la Fiscalía tiene un compromiso directo con la verdad y con la justicia material, cometidos que debe buscar con criterio objetivo y transparente. Sin embargo, como se verá, ese compromiso con la verdad y la justicia material, desde la óptica probatoria, no es exclusivo de la Fiscalía, porque en el mismo sentido tienen facultades el Ministerio Público, la defensa y las víctimas.

2.2 La defensa tiene iniciativa probatoria en virtud del mandato constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, en cuanto dispone que “Quien sea sindicado tiene derecho...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”. En desarrollo de ese precepto, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, establece que durante la audiencia preparatoria la defensa puede solicitar al Juez las pruebas que requiera para sustentar su pretensión (artículo 357), aunque no está obligada a presentar pruebas de descargo o contra prueba (artículo 125).

2.3 El Acto Legislativo No. 03 de 2002 reconoció un estatus de rango constitucional a las víctimas, como parte activa dentro del proceso penal, con intereses directos de verdad, justicia y reparación; y asignó a la Fiscalía General de la Nación, en el artículo 250 de la Carta, la misión de velar por la protección de las víctimas y de su asistencia especializada, cuando llegare a requerirse.

En la exposición de motivos del Acto Legislativo No. 03 de 2002, publicado en la Gaceta del Congreso No. 134 de 2002, se indica que el tratamiento constitucional de las víctimas tiene las siguientes bases ideológicas:

“Bases ideológicas: Reglas de Mallorca (40, 41, 42 y 43); Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder; Recomendación 85 (11), adoptada por

el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la Posición de la Víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal; Decisión marco del Consejo de Europa, de marzo 15 de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal; Declaración sobre Justicia y Asistencia para las Víctimas de la Sociedad Internacional de Victimología.”

A tono con la tendencia internacional y la incorporación de las víctimas como sujetos especiales de garantía constitucional, el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en el artículo 11-d establece que las víctimas tienen derecho “a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas”.

2.4 Y la iniciativa probatoria del Ministerio Público tiene fundamento en el numeral 7° del artículo 277 de la Constitución Política, que asigna al Procurador General de la Nación y a sus agentes la función de “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”

De ahí que en el sistema acusatorio colombiano el Ministerio Público puede excepcionalmente, según el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, solicitar la práctica de alguna prueba relevante, que no hubiesen solicitado las partes.

2.5 Como lo establece el artículo 374 ibídem, “toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria”, salvo que sea alguna de aquellas que excepcionalmente puede solicitar el Ministerio público.

En cumplimiento de su deber funcional y en acatamiento del principio de lealtad, la Fiscalía debe anunciar desde el escrito de acusación todas las pruebas que pretenda hacer valer en el juicio oral (artículo 337, numeral 5); además, la Fiscalía tiene la obligación de descubrir todas las pruebas en la audiencia de formulación de la acusación (artículo 344); y debe enunciar nuevamente la totalidad de las pruebas en

la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 3).

2.6 El artículo 346 del Código de Procedimiento Penal prevé las sanciones por el incumplimiento del deber de revelar la información durante el trámite de descubrimiento. Pues los elementos probatorios y la evidencia física que deban descubrirse y no sean descubiertos “no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse en el juicio”, y el Juez está obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte que lo omitió.

2.7 Por mandato del artículo 357 ibídem, al Juez de conocimiento compete decretar las pruebas solicitadas por los intervinientes en la audiencia preparatoria, con arreglo a los parámetros de licitud, legalidad, pertinencia y admisibilidad.

En términos generales, la audiencia del juicio oral no es un escenario apropiado para solicitar pruebas, sino para practicar las que se hubiesen autorizado desde la audiencia preparatoria.

2.8 Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el Juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto.

En tal evento, dice la norma, “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio”, el Juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse.

Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el

juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes “encuentre” o se entere sobre la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible.

No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe.

2.9 Por excepción el Juez puede interrogar a los testigos, para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado, o que conteste de manera clara o precisa, y para el cabal entendimiento del caso (artículo 397).

3. POR PROHIBICIÓN LEGAL, EL JUEZ NO PUEDE DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

Para garantizar el cumplimiento del principio de imparcialidad, previsto en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, ningún precepto de ese Código confiere a los jueces iniciativa en materia probatoria, en el sentido de decretar oficiosamente la práctica de los medios de conocimiento que estimen convenientes. Y esta exclusión aplica a los jueces de control de garantías y a los jueces de conocimiento.

Por el contrario, como una manifestación concreta de los principios acusatorio y adversarial introducidos a la legislación nacional, el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, estipula que “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.”

Gravita en torno del principio de imparcialidad, muy caro a los sistemas con tendencia acusatoria, que el Juez no tenga facultades probatorias autónomas, puesto que, si tuviese atribución para decretar pruebas de oficio, se daría al traste con uno de los pilares fundamentales de ese régimen de enjuiciamiento, consistente en la definitiva separación entre actos de investigación y actos de juzgamiento, que es emblemático de las

democracias contemporáneas, con el fin de evitar que el Juez predisponga el rumbo del proceso, y por ende anticipe su convicción o pierda la ecuanimidad, como podría suceder si dirige o reorienta el destino final del asunto a través de su injerencia en el tema probatorio.

El tratadista argentino Eduardo M. Jauchen, quien destaca que en el sistema de enjuiciamiento con tendencia acusatoria está vedado al Juez inmiscuirse en la materia probatoria decretando pruebas de oficio, acude a pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como referente altamente calificado en ese tópico:

“Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver el caso “De Cubber” se pronunció en el sentido de que las funciones investigadoras del órgano juzgador en cuanto a los hechos y datos que puedan servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en su ánimo, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que requiere el ejercicio de tal actividad.

Siguiendo estos lineamientos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en el caso “Piersack” que desde el punto de vista objetivo el juez o tribunal debe ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que resulta menester que no exista siquiera apariencia de parcialidad, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.” (JAUCHEN Eduardo M. Derechos del Imputado. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005. Pág. 219)

En el marco constitucional Colombiano, sin embargo, la prohibición de que el Juez

decrete pruebas de oficio no puede considerarse absoluta, como se analiza en el siguiente acápite.

4. POSIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE QUE EL JUEZ DECRETE PRUEBAS DE OFICIO

Como viene de verse, en términos generales, el Juez no tiene iniciativa en materia probatoria y por ende no puede decretar pruebas de oficio. No obstante, a la luz de la [Constitución Política](#) la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, no puede ser absoluta.

4.1 Reside legítimamente en la comunidad el interés público consistente en que se investiguen los delitos, se reconstruya la verdad para conocerla, se sancione a los responsables y se indemnice a las víctimas, cuando a ello hubiere lugar. Similar interés se reconoce a la comunidad sobre la preclusión de las investigaciones y la absolución de los inocentes, si fuere el caso.

En cuanto tiene que ver con actos de investigación, la Constitución Política confió primordialmente la salvaguarda de ese interés público a la Fiscalía General de la Nación, ejerciendo el conjunto de atribuciones referidas en los artículos 250 a 253 de la Carta. Es, por tanto, imperativo que los Fiscales Delegados se desempeñen con responsabilidad máxima por la senda del principio de objetividad²¹.

Aún así, según lo indicado en el acápite anterior, en términos constitucionales el interés público inherente al sistema de justicia penal no es del resorte exclusivo de la Fiscalía, sino que el Ministerio Público también tiene sus propias responsabilidades; y, por supuesto, el Juez ocupa un papel protagónico.

4.2 La Sala de Casación Penal en anterior oportunidad hizo referencia a la fuerza vinculante del Preámbulo y de los valores y principios que informan la parte dogmática de la Constitución Política.

En la Sentencia de 12 de junio de 2005 (radicación 14464) –cuando el sistema acusatorio ya había empezado a regir- esta corporación verificó que el Juez cumplía una función jurídico política, en los siguientes términos:

“El Juez encarna al promotor de todos los cometidos que el Estado social, democrático y de derecho aspira cumplir en desarrollo de la función judicial a través de la Rama Judicial del Poder Público.

Cuando el Juez vela por el cumplimiento de los fines constitucionales del proceso penal, entre ellos alcanzar el valor de la justicia material dentro de un marco jurídico (no por fuera de la legalidad), entonces la actividad jurisdiccional se proyecta más allá del caso particular hacia el alcance de los fines superiores del Estado.

Así, el Juez no es solo un instrumento funcional destinado a administrar normas jurídicas, ni a repartir en términos de justicia formal lo que a cada quien corresponde, pues de su labor de jurisperito trasciende y debe trascender hacia la búsqueda y alcance de los valores superiores que caracterizan el Estado de principio a fin.

Esos valores fundantes de la organización estatal se resumen en el Preámbulo de la Carta, desde cuya óptica, a los Jueces como autoridad pública también corresponde velar porque se asegure a los habitantes del territorio nacional la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo.

De ahí que no son legítimas las pretensiones de relegar al Juez al plano de un mero espectador, a quien no corresponde más que declarar la verdad que a bien tengan construir los intervinientes en desarrollo del proceso penal; pues, contrario a tal postura, el Juez debe luchar por alcanzar la verdad histórica objetiva, aquella desde la cual pueda realizarse la idea de justicia material, y no solamente la justicia formal.”

4.3 Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C- 591 de 2005 (junio 19) en un aparte destinado a destacar los rasgos que caracterizan el sistema acusatorio colombiano, descartó que se tratara de un proceso adversarial típico o puro, y puso de relieve que el Juez, más allá de ser un árbitro, desempeña un papel activo hacia el logro de la verdad y la aplicación de la justicia material:

“Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”

En la misma sentencia, la Corte Constitucional reiteró su doctrina en el sentido que los nuevos parámetros que el Acto Legislativo No. 03 introdujo a la Carta “deben interpretarse y aplicarse en forma tal que guarden armonía con los principios generales y los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional”, máxime que las modificaciones sólo afectaron la parte orgánica y no la parte dogmática. “De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción.”

El Preámbulo de la [Constitución Política](#) es piedra angular de la parte dogmática y tiene fuerza jurídica vinculante, como se ha difundido prolíficamente en la jurisprudencia y en la doctrina.

4.4 Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables.

Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.

En el texto denominado “Reflexiones Sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal – Los Grandes Desafíos del Juez Penal Colombiano”, publicado por el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se extractan cuatro fines constitucionales básicos del proceso penal, a saber:

“a) lograr una aproximación razonable al conocimiento de la verdad; b) respetar los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el proceso; c) resguardar los intereses sociales en juego; d) flexibilizar, cuando es del caso, las normas de derecho sustancial²².”

4.5 Es así que, en términos generales, el Juez penal está en la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, en cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, pues se trata de un mandato legal que tiene razón de ser en el sistema acusatorio implementado en Colombia.

Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el Juez arribe a la convicción

de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la “norma de normas”, como lo estipula el artículo 4° constitucional.

Sólo después de un ejercicio de esa naturaleza el Juez, excepcionalmente, puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

5. EL CASO CONCRETO

5.1 En el presente asunto, el 19 de mayo de 2005 se llevó a cabo la audiencia de juicio oral en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales. Con relación al testimonio de la niña afectada, en esa vista pública ocurrió lo siguiente:

-. Antes de iniciar la práctica de las pruebas descubiertas con antelación (en la audiencia preparatoria), la Fiscal Delegada solicitó al Juez decretara el testimonio de la niña K...J..., víctima del delito, advirtiéndole que dicha prueba no fue enunciada ni descubierta en ninguna de las oportunidades que el régimen procesal penal confiere para ello (escrito de acusación, audiencia de formulación de la acusación, y audiencia preparatoria), porque “la Fiscalía omitió...por lo obvio quizás” el testimonio de la menor afectada, aunque es el más importante medio de conocimiento con el cual se pretende contribuir al esclarecimiento de los hechos.

Para fundamentar su solicitud, la Fiscal del caso invocó los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; a acceder a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial; y además, hizo referencia a la supremacía de los

derechos de los niños en el Bloque de Constitucionalidad y en el artículo 44 de la Carta.

-. De aquella solicitud el Juez concedió traslado a los intervinientes.

-. El defensor se opuso rotundamente al decreto y práctica del testimonio de la menor K...J..., toda vez que se trata de una prueba no anunciada ni descubierta, que asalta sorpresivamente a la defensa y conspira contra los intereses del acusado; por lo cual, sobre esa prueba debe recaer la sanción prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, consistente en que no podrá ser aducido al proceso ni convertirse en prueba del mismo; máxime que no se trata de una prueba que hubiere sido “encontrada” en el juicio por la Fiscalía, ni se trata de una prueba surgida o derivada de otras que ya se hubieren practicado.

-. El Delegado del Ministerio Público entendió que se trató de una lamentable omisión, de un “yerro de principiante” en que incurrió la Fiscal Seccional; y coadyuvó la solicitud de la Fiscalía, resaltando igualmente los derechos de las víctimas y la relevancia del testimonio de la menor afectada.

-. El Juez de conocimiento admitió la prueba solicitada y decretó el testimonio de la niña K...J... Para ello mezcló tangencialmente y sin argumentos estructurados tres tipos de enunciados: i) aludió a los derechos de las víctimas a colaborar con la administración de justicia, y mencionó la necesidad del testimonio de la menor en este caso; ii) aseguró que de -conformidad con el artículo 344 de la Ley 906 de 2004- es factible decretar una prueba importante que aparece en el juicio; y iii) exclamó que a él como Juez le parece que es inconstitucional el artículo 361 ibídem, en cuanto prohíbe decretar pruebas de oficio, por lo cual “bien podría yo decretarla de oficio”.

-. El testimonio de la niña fue practicado, con restricción de audiencia, en salvaguarda de sus intereses superiores.

5.2 El marco normativo y conceptual anterior enseña abiertamente irregular el desempeño de la Fiscalía Seccional en cuanto al específico tema del testimonio de la niña K...J... La Fiscal investigadora no expuso ninguna razón, al menos atendible tendiente a justificar por qué omitió enunciar y descubrir dicha prueba, a sabiendas de que era importante y la iba a hacer valer; pues nada dijo al respecto en el escrito de acusación, ni en la audiencia de formulación de la acusación, ni en la audiencia preparatoria.

El descubrimiento de la prueba en el sistema acusatorio está vinculado indisolublemente al debido proceso y al derecho a la defensa; y no puede admitirse la vulneración de estas garantías constitucionales aduciendo simplemente el olvido, la negligencia o la impericia del Fiscal delegado.

Tampoco se trataba de una prueba que se hubiere encontrado durante el juicio oral, ni surgió derivada de otra, toda vez que desde un comienzo se sabía que el testimonio de la niña K...J... era muy importante para sustentar las pretensiones de la Fiscalía. Entonces, tampoco cabía invocar el último párrafo del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, porque, se insiste, ese medio de conocimiento no apareció ni se encontró en desarrollo del juicio oral. En estos aspectos asiste razón al casacionista y a la Procuradora Segunda Delegada Para la Casación Penal.

5.3 Sin embargo, el agente del Ministerio Público que intervino en el Juicio oral coadyuvó la solicitud de la Fiscalía, y destacó con sus propios argumentos la necesidad del testimonio de la víctima del abuso sexual.

Esa postura del Ministerio Público es legítima en términos constitucionales y legales, según lo visto, pues el numeral 7° del artículo 277 de la Constitución Política asigna al Procurador General de la Nación y a sus agentes la función de “intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa

del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”

Y en desarrollo de ese precepto superior el inciso final del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, dispuso que el Ministerio Público podrá excepcionalmente solicitar la práctica de alguna prueba relevante, que no hubiesen solicitado las partes.

De ese modo, el ingreso del testimonio de K...J... al caudal probatorio se tornó jurídicamente viable; y siendo, sin duda alguna, pertinente, el Juez podía decretarlo, igual que si hubiese sido una solicitud original del Ministerio Público.

5.4 Aunque el Juez finalmente acertó al decretar el testimonio de K...J..., amén de la pertinencia de la prueba, su postura frente a la problemática jurídica que comportaba la solicitud extemporánea de la Fiscalía fue ambigua.

En particular, se muestra muy desafortunada la afirmación escueta del Juez en el sentido que él cree que es inconstitucional el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, y que si él quisiera bien pudiera decretar pruebas de oficio.

No se compadecen aquellas simples frases tan livianas para descartar la aplicación de una norma legal vigente y que como tal obliga en términos generales.

Si el funcionario judicial tenía razones para aplicar preferencialmente la Constitución Política, bien hubiera podido hacerlo, como antes se explicó, por motivos Superiores de verdad y de justicia. Pero en éste último caso ha debido plasmar en su providencia con argumentos razonables aquellos motivos, de modo que no pareciera infundada la desatención de un mandato legal vigente, que prohíbe a los Jueces decretar pruebas de oficio en el procedimiento penal con tendencia acusatoria.

En síntesis, como el delegado del Ministerio Público ofreciendo pluralidad de razones legales y constitucionales coadyuvó la solicitud del testimonio de la niña J...K..., y esta

prueba era pertinente, su decreto y práctica por el Juez era posible y por tanto la prueba no quedó viciada de ilegalidad. Además, no se transgredió el derecho a la defensa porque el abogado de ESLEY ALFREDO ÁVILA GARCÍA tuvo la oportunidad de intervenir en la práctica del testimonio, se verificaron las pautas del interrogatorio cruzado (artículo 391 de la Ley 906 de 2004), y la controversia se efectuó sin restricción alguna.

Por lo antes expuesto, no se aplicará la regla de exclusión sobre el testimonio de la menor K..J...; y en este sentido el cargo no prospera.

5.5 Tampoco asiste razón al casacionista en cuanto sostiene que el Tribunal Superior vulneró las reglas de apreciación del testimonio de la menor K...J..., víctima del abuso sexual, porque, según el libelista, el Ad-quem no tuvo en cuenta que se trataba de una niña de cinco años de edad, que no tenía la madurez necesaria para que su declaración no resultara fantasiosa y o inverosímil.

En este aspecto, el libelo propone una serie de teorías, con base en literatura científica inclusive, pero no profundiza en la fundamentación del cargo, en el sentido lógico jurídico que exige el recurso extraordinario.

En sede de casación, el tema de la apreciación probatoria, en lo que tiene que ver con la credibilidad del testigo, no alcanza una postulación adecuada sólo con las opiniones del censor, por muy elaboradas que sean. Es necesaria la demostración de que el Juzgador incurrió en falso raciocinio, por distanciarse de los parámetros de la lógica, de los postulados de las ciencias o de las reglas de la experiencia, dado que, como más adelante se verificará, es inapropiado afirmar que en el sistema acusatorio adoptado en Colombia, la sana crítica como método de valoración probatoria fue del todo desplazado por un supuesto nuevo método, denominado técnico jurídico.

Por tanto, si la pretensión del libelista consistía en demostrar que el Ad-quem erró en la apreciación del testimonio de K... J... y por efecto del error produjo una decisión

desfasada o arbitraria, el camino a seguir en búsqueda de la casación era el del error de hecho por falso raciocinio, que exige demostrar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocido por el fallador.

A continuación tenía que indicar la trascendencia del error, de modo que sin su influjo el fallo hubiera sido distinto, y concomitantemente indicar cuál era el aporte científico correcto, o cuál el raciocinio lógico, o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto debatido.

5.6 El fallo del Tribunal Superior de Manizales contiene una motivación coherente y con respaldo científico bien analizado, en torno de la credibilidad del testimonio de K...J..., pese a su condición de menor de edad.

Al soporte argumental de la sentencia el libelista pretende anteponer otras formas científicas de entender el asunto, con la esperanza de que la Corte acepte que lo dicho por la defensa es lo correcto. Tal manera de postular el cargo no compagina con la lógica casacional, toda vez que por esa vía no se demuestran los supuestos yerros del Ad-quem, sino que se promocionan las ideas que interesan a la defensa y que ya fueron sopesadas en los alegatos de instancia.

Es suficiente lo anterior para concluir que el cargo no prospera.

5.7 Con todo, no sobra recordar que la Sala de Casación Penal, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar ex ante el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez; y sobre todo si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual:

En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre

este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.

...

De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

...

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente

significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o pueden emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad.

Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados.

Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente.

Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. los niños pequeños

pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...”²³.

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

La Corte Constitucional, en la referida sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en este tipo de delitos adujo:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima.

Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que

reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor”.

Las anteriores referencias contribuyen a ratificar la improsperidad del cargo, aunque son sólo algunas de las razones que la Sala de Casación Penal expuso en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicación 23706), para ahondar en el mismo sentido de la línea jurisprudencial, que rechaza por infundada la tendencia a desechar el testimonio de un menor alegando sin mejor fundamento científico la supuesta inmadurez, y en especial cuando el declarante es un menor que ha sido víctima de delitos sexuales.

II. SOBRE EL SEGUNDO CARGO: “LA NATURALEZA DE LOS INDICIOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL”

Protesta el libelista porque el Tribunal Superior de Manizales estructuró la sentencia condenatoria con apoyo en indicios, desconociendo las reglas de apreciación de la prueba, pues “en el actual ordenamiento jurídico procesal penal, los indicios desaparecen como presupuestos para dictar sentencia condenatoria”.

Y además, acota el demandante, el Tribunal Superior reflexionó equivocadamente, porque de los hechos que dio por demostrados, como mirar en el baño a otra mujer y enviar cartas a otra niña, nada podía inferirse en relación directa con la presunta víctima del ilícito en este específico caso.

Igual que en el tema anterior, a continuación se presenta un marco de referencia jurídico conceptual y luego se estudiará la censura.

1. LOS INDICIOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, LEY 906 DE 2004

Se recuerda que el Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, no incluía a los indicios como un medio de prueba autónomo, pues su artículo 248 estipulaba acertadamente que “Los indicios se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica.”

En el Código de Procedimiento Penal, adoptado con la Ley 600 de 2000, quizá por confusión conceptual y precaria técnica legislativa, su artículo 233 incluye al indicio como un medio de prueba autónomo, sin serlo en realidad. Esta inclusión mereció pluralidad de críticas desde la doctrina y la jurisprudencia, que no tardaron en recordar la naturaleza lógico jurídica del indicio como una operación mental, a través de la cual de un hecho probado se infiere la existencia de otro hecho, con la guía de los parámetros de la sana crítica, vale decir, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los aportes científicos.

En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas.

En el texto que lleva por título “Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas”, autoría de los doctores Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, que analiza varios aspectos del sistema con tendencia acusatoria, se hace claridad en cuanto a la naturaleza del indicio y la posibilidad práctica de acudir a ese tipo de reflexiones sobre los medios de prueba en el procedimiento penal para el sistema acusatorio, adoptado con la Ley 906 de 2004:

“La idea de que las pruebas son medios aparece consagrada en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que afirma que la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, los elementos materiales probatorios, o, cualquier otro medio técnico, que

no viole el ordenamiento jurídico son medios de conocimiento.

...

Si las premisas anteriores son verdad, como la experiencia ha indicado que lo son, la prueba es percepción...Ahora bien, la percepción, definida de la manera más sencilla, se entiende como un proceso cognoscitivo sensorial y su resultado es un conocimiento sensorial, más o menos empírico, fundamento del conocimiento racional, conceptual y esencial. Por esto es por lo que el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba..."²⁴

El denominado "método técnico científico" en cuanto a la producción probatoria, auspiciado en la academia especialmente por el segundo de los autores mencionados, tiende a que el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen. Así mismo, el método técnico científico, en lo relativo a la apreciación de los medios de prueba, persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del Juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera cómo se trasmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experticia).

El anterior es el sentido en el cual podría admitirse que el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, trató de perfeccionar o dar más realce a la metodología técnico científica para producir y apreciar las pruebas, estableciendo "reglas" relativas a los distintos medios de conocimiento. Y se dice que trató de poner en relieve el aporte científico en la materia probatoria, porque no se trata de un aporte ex novo, pues es innegable que los regímenes procedimentales anteriores ya contenían parámetros de

arraigo científico para la producción y apreciación de las pruebas, con el fin de evitar que la sana crítica se confundiera con arbitrariedad, o que fuera reemplazada con la convicción subjetiva íntima desligada de cualquier regla de discernimiento.

En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el Juez se convierte en el sujeto que percibe lo indicado por las pruebas.

Con base en esa percepción el Juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el Juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni, por supuesto, de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004.

De ahí, también el equívoco de quienes piensan, como al parecer el libelista en la presente casación, que no es factible aplicar inferencias indiciarias, por haberse adoptado un método técnico científico en materia probatoria.

No sobra recordar que en el Auto del 24 de noviembre de 2005 (radicación 24323), la Sala de Casación Penal se refirió al tema de la sana crítica en la Ley 906 de 2004:

“El sistema de valoración probatoria sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, *vr.gr.*, de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, mas allá de toda duda”.”

Como se constata, son atinados los aportes conceptuales que hicieron la Procuradora Segunda Delegada para al Casación Penal y el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, sobre la comprensión del indicio en la Ley 906 de 2004.

2. EL CASO CONCRETO

2.1 Dicho lo anterior no es difícil concluir que carece de razón al casacionista cuando de entrada descalifica al Tribunal Superior, por haber acudido a inferencias indiciarias en la sustentación de la sentencia condenatoria. Por consiguiente, en cuanto a ese preciso tópico el cargo no prospera.

2.2 Desde otro punto de vista, y a modo subsidiario, el censor denuncia un supuesto equívoco del Tribunal Superior, porque a partir de los hechos consistentes en mirar en el baño a otra mujer y enviar cartas a otra niña, dedujo que ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA tenía un patrón de conducta proclive al erotismo con niñas de poca edad, cuando en realidad de tales circunstancias nada podía inferirse en relación directa con la presunta víctima del ilícito investigado.

Quizá, a la sombra del prejuicio según el cual las inferencias indiciarias son incompatibles con el nuevo sistema procedimental penal colombiano, el censor creyó agotar su labor enunciando apenas la tesis de su cargo, es decir, que las deducciones del Ad-quem son erradas. Así las cosas, no existe propiamente una censura condigna al recurso extraordinario.

La jurisprudencia de la Sala ha explicado repetidas veces la manera como debe encararse el indicio para su censura en casación, en diversos pronunciamientos, autos y sentencias, de los cuales se estima oportuno recordar que es preciso orientar la censura hacia cualquiera de los momentos o elementos de construcción indiciaria; es decir, los medios de conocimiento que soportan el hecho indicador, la operación mental para inferir el dato indicado, o la estimación individual o conjunta de su poder

suasorio.

Es indispensable que el libelista señale en cuál de esos pasos reside el error, cuál es la naturaleza de ese error (de hecho o de derecho) y cómo incide en el sentido del fallo.

Era imprescindible, en la confección de la demanda, analizar por separado y con lógica casacional todos y cada uno de los hechos indicadores asumidos por los Jueces de instancia y verificar que la inferencia lógica o la persuasión que derivaron de ellos estaban en franco desfase con la verdad probada, o que las deducciones en sana crítica podían ofrecer conclusiones equívocas o discordantes, en lugar de converger hacia la responsabilidad penal.

2.3 En ese orden de ideas, es evidente que el defensor confeccionó la demanda de manera libre, como si la casación fuese otra instancia, de suerte que no postula ni desarrolla en rigor el cargo por ninguna de las especies de error, de derecho ni de hecho, independientemente de que no hubiese citado el nombre concreto asignado a cada uno de ellos por la jurisprudencia o la doctrina; sino que, se explaya en tratar de convencer a la Corte de que su visión de los acontecimientos es la acertada, de donde se concluye que el problema subyace en la credibilidad, la fuerza de convicción o el poder de persuasión que el Tribunal Superior otorgó al acopio probatorio en su conjunto, pero en este tema prevalece el criterio de la Corporación, al punto que el fallo viene amparado con la doble presunción de legalidad y acierto.

Por lo anterior, el cargo no prospera, aunque sobre el tema indiciario, como fue manejado por el Tribunal Superior de Manizales, se regresará en el capítulo que sigue.

III. SOBRE EL TERCER CARGO: “EL CONCEPTO DEL LLAMADO TESTIGO DE REFERENCIA”

Según el libelista, los testimonios de la señora Franci Elena Mercado Villareal (madre de la menor afectada) y de la señora Ángela María Suárez (su ocasional niñera), no eran

pertinentes y no podían servir para fundamentar la sentencia condenatoria, por no referirse a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva investigada; sino a comportamientos de ELSEY ALFREDO VILLADA GARCÍA con una niña y una mujer diferentes, y a algunas cosas de las que se enteraron, porque K... J..., la menor víctima del ilícito, les contó.

Recuerda que Ángela María Sánchez dice que el acusado la miraba cuando ella se bañaba, pero nada aporta con relación a los hechos contra la niña K...J...; y que la mamá de la niña, solo refiere cosas que su hija le contó, como los presuntos tocamientos, lo cual no tiene credibilidad por provenir de una niña que no ha alcanzado la madurez suficiente.

El planteamiento del casacionista implica que la Corte haga una revisión previa acerca de algunos tópicos inherentes a las pruebas de referencia, sus alcances y limitaciones.

1. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PRUEBAS DE REFERENCIA

El Código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, contempla un régimen especial para las pruebas de referencia, cuya regulación, si bien no es precisa y puede llamar a confusiones, tiende a acompañar sus propósitos con los parámetros internacionales de justicia.

1.1 En Colombia, el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004 consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 (conocimiento personal) que el “testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

Ello es así, por cuanto forma parte del principio de inmediación²⁵ en materia probatoria que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre

el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

En virtud de aquel principio, en el juicio oral únicamente se estimarán los contenidos probatorios que se hubiesen producido e incorporado en forma pública, oral y ante el juez de conocimiento, con excepción de los eventos en que se admite la prueba anticipada y la prueba de referencia²⁶.

1.2 Sin embargo, no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, caso en el cual, acreditada en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al testigo de referencia, que también suele llamarse testigo de oídas o testigo indirecto, y es una especie del género de pruebas de referencia admisibles en la legislación.²⁷

Acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia. Similar tipo de condicionamientos, *mutatis mutandi*, se predica en general de todas las pruebas de referencia.

En el anterior sentido el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del principio de inmediación.

1.3 Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción²⁸.

Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.

1.4 La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al Juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.

1.5 De otro lado, la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004.

Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la prueba de referencia, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento²⁹, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.

1.6 Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

1.7 Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros.

Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada ex ante, sino en la posibilidad de

controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.

1.8 Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico -tele video conferencia³⁰-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó.

1.9 Un caso especial lo constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonios de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

El numeral 1° del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o

privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.”

1.10 En síntesis, las pruebas de referencia -el testimonio de oídas o indirecto entre ellas-, sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento.

1.11 No está por demás recordar que la legislación procesal penal colombiana otorga a la prueba de referencia un tratamiento que en términos generales acompasa con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias de alguna manera informan el estado de la cuestión en el concierto de las naciones.

A manera de ejemplo del estudio del tema en el derecho comparado, se trae la Sentencia del 31 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid³¹

:

“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad.

...

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990 caso Isgro, de 19 de febrero 1991 caso Asch, de 26 abril 1991, entre otras).

...

El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta c. Franci Elena, 19 diciembre Isgro c. Italia, 19 febrero 1991 Asch c. Austria, 26 abril 1919 en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)".

2. EL CASO CONCRETO

En el juicio oral se recaudaron, entre otros, los testimonios de Franci Elena Mercado (mamá de la menor K..J...), de Gloria Esperanza Quintero Pérez (progenitora de otra niña de 12 años de edad a quien el implicado, de 35 años de edad, le enviaba cartas diciéndole que la deseaba), y de Ángela María Sánchez Castillo (niñera ocasional, a quien el implicado observó una vez mientras se bañaba).

2.1 Franci Elena Mercado relató que su niña K...J... le contó que ESLEY ALFREDO le tocaba la vagina; y que la menor tuvo un cambio de comportamiento, pues inicialmente se bañaba en un lavadero que queda en el patio de la casa, y posteriormente ya no quería hacerlo, porque le daba miedo y pena que la miraran desnuda. Ese cambio de actitud es asociado por la declarante con lo que la menor le contó, es decir, los tocamientos íntimos que le hizo ESLEY ALFREDO.

En el mismo sentido declaró Ángela María Sánchez Castro, quien vivía en la misma casa y ocasionalmente se ocupaba de cuidar a K...J..., y agregó que en una ocasión la niña le dijo que no la bañara en el patio porque le daba pena y que además le dolía la vagina. También declaró que un día encontró a ESLEY ALFREDO agachado observándola mientras ella (Ángela María) se estaba bañando.

Por su parte, Gloria Esperanza Quintero Pérez, mamá de una niña de 12 años de edad que tiene el mismo nombre, narró la manera como se percató de que ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA, aprovechando la vecindad, estaba “enamorando” a su hija, entre otras cosas, enviándole cartas insinuantes y poniéndole citas.

Las cartas, contenidas en recortes de papel manuscrito se erigieron en evidencia documental, y sobre su autoría y contenido la Fiscalía y la defensa hicieron estipulación probatoria; y por ende no fueron objeto de controversia.

La niña K...J... rindió su testimonio, verificadas las condiciones logísticas y de trato que la Constitución y la ley exigen; y como era de esperarse en su desarrollo se suscitaron no pocas dificultades, pues ella, de sólo 5 años de edad, no tenía la fluidez de dicción ideal en un testigo, pero dijo claramente que ALFREDO “me tocó la vagina con los dedos...me tocó la vagina duro, un poquito duro, un poquito me dolió”, que eso ocurrió en la casa, en cama de él o en el baño, y que sobre ello le contó a su mamá, a Ángela y a la abuelita.

2.2 Ninguna irregularidad se observa en cuanto a la admisión y la práctica de los

testimonios de las señoras Franci Elena Mercado, Gloria Esperanza Quintero Pérez y Ángela María Sánchez Castro en el juicio oral, por ser evidente que el Juez no podía saber desde un principio que ellas, además de declarar lo que percibieron directamente, también iban a relatar contenidos de oídas o referidos. Por ello se dijo con antelación que la dificultad esencial que plantean las pruebas de referencia no radica en la legalidad de su práctica, sino en la valoración de las mismas.

De ahí que, contrario a lo pretendido por el casacionista, los testimonios de las mencionadas señoras sí eran pertinentes y admisibles como medios de prueba dentro del juicio oral, por varias razones esenciales:

i) Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de conocimiento personal contenida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

ii) Si hubiese existido controversia sobre el fundamento del conocimiento personal de las testigos, la defensa podía objetar las declaraciones mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo, como lo indica el mismo precepto.

iii) Por mandato del artículo 375 ibídem, los medios de prueba, entre ellos los testigos, deben referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva. Los testimonios que el libelista cuestiona se refirieron a hechos que ponían en evidencia la tendencia sexual de VILLADA GARCÍA, aspecto íntimamente relacionado con la conducta punible.

iv) Los testimonios de las mencionadas señoras también eran pertinentes, en cuanto servían para hacer más probable la verificación de los hechos delictivos atribuidos a ESLEY ALFREDO VILLADA GARCÍA (artículo 375 ibídem).

v) De otro lado, el contenido de oídas del relato de ellas estaba dirigido a probar aspectos sustanciales del objeto del debate (la responsabilidad penal del implicado), como lo estipula el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Lo mismo se predica del testimonio de Liliana Pulgarín, psicóloga forense, quien realizó una entrevista a K...J...; y confirma lo que la niña le contó sobre los tocamientos de sus partes íntimas, en un relato que para ella, desde el punto de vista de su profesión es creíble.

Por manera que, no se verifica la irregularidad que el censor esboza. Y, entre otras cosas, de presentarse realmente la irregularidad, es decir, si el Juez hubiere admitido pruebas por fuera de las previsiones legales de admisibilidad y pertinencia, ese yerro menguaría la legalidad de la prueba, y sería atacable en casación por error de derecho por falso juicio de legalidad.

2.3 Tampoco se observa algún error de apreciación en que hubiese incurrido el Tribunal Superior, ni sobre los testimonios de Franci Elena Mercado, Gloria Esperanza Quintero Pérez y Ángela María Sánchez Castro; ni sobre los otros medios de prueba.

Como la niña k...J... rindió su propio testimonio, donde expresó que ALFREDO le tocaba sus genitales, el Tribunal Superior sopesó con significativo apoyo científico y en justa medida el influjo de esa declaración para verificar la autoría del delito, y por ello no acudió, ni tenía que hacerlo, a los apartes de los testimonios de dichas señoras, en cuanto pudieron convertirse en testigos de referencia respecto de lo que oyeron decir a K...J...sobre lo que le ocurrió.

2.4 Se demostró sin discusión por parte de la defensa, que ESLEY ALFREDO VILLADA GÓMEZ, hombre de 35 años de edad, dirigió escritos a una niña de doce años (distinta de K...J...) donde, entre otras cosas, le decía: “eres una reina...me gustas mucho...te deseo..quiero darte un beso y una caricia”, y le pedía una respuesta y le ponía citas “pero

que no se dé cuenta la abuela”. También se demostró que en una ocasión fue sorprendido por Ángela María Sánchez Castillo observándola mientras ella se bañaba.

Entonces, hizo bien el Tribunal Superior en tomar esos hechos como indicadores para, a través de inferencias racionales, deducir por la vía del indicio que el implicado tenía un patrón de conducta sexual inclinado hacia el erotismo con las niñas, inferencia lógica y fundada, que además servía para apoyar la credibilidad del testimonio vertido por la niña K...J..., víctima de los tocamientos íntimos por parte de aquél.

Así las cosas el tercer cargo tampoco sale avante.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo motivo de impugnación extraordinaria.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aclaración de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aclaración de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aclaración de voto

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Artículos 209 y 211 del Código Penal, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004.

2 En tratándose de una menor víctima de abuso sexual, se omite el nombre por expresa prohibición del artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989.

3 Ley 890 de 2004, Artículo 11. Aumentó las penas de los delitos “en la tercera parte el mínimo y en la mitad el máximo”.

4 Artículos 372 (fines de las pruebas) y 381 (conocimiento para condenar) del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

5 Artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004: Apreciación técnica científica del testimonio.

6 Artículo 381 ibídem: Conocimiento para condenar.

7 Artículo 375 ibídem: Pertinencia de los elementos materiales probatorios, la evidencia física y los medios de prueba.

8 Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 337, numeral 5°.

9 Artículo 344 ibídem.

10 Artículo 356, numeral 3° ibídem.

11 Artículo 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento.

12 Artículos 375, 381 y 437 ibídem.

13 El artículo 6 Superior establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger, entre otras cosas, los derechos y libertades de las personas.

14 El artículo 180 del Código de Procedimiento Penal señala que la casación tiene por finalidades la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos, y la unificación de la jurisprudencia.

15 Artículo 114

16 Artículos 124 y 125.

17 Artículo 11, letra d.

18 Artículos 112 y 357.

19 Artículo 115, Ley 906 de 2004.

20 Artículo 337 ibídem.

21 Artículo 115, Ley 906 de 2004.

22 Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Reflexiones

sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano. Conferencia: Aproximación al Proceso Penal Colombiano. BARBOSA CASTILLO Gerardo. Bogotá, 2005, pg. 76.

23 “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”.
Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

24 OSORIO ISAZA Luis Camilo. MORALES MARÍN Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, pág.22.

25 Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 16.

26 Artículos 15, 378 y 379 ibídem.

27 Artículos 437 y Ss. Ibídem.

28 Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

29 Artículo 382 ibídem.

30 Artículo 146, numeral 5. Ibídem

31Fuente:Internet.

<http://www.sc.ehu.es/dpwlonaal/legislacion/Jurisprudencia/Tribunal%20del%20Jurado/Jurisprudencia%20-%20Jurado%20-%20ad%20quem%20-%2083.htm>)