

Proceso No 31103

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 94.

Bogotá, D.C., veintisiete de marzo de dos mil nueve.

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Medellín, el 22 de septiembre de 2008, en el cual se revocó la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado 28 Penal del Circuito de esa ciudad, el 3 de julio de 2008, y, en su lugar, absolvió al procesado JULIO CÉSAR PALACIO de los cargos que por varios delitos de acceso carnal violento, en concurso heterogéneo con otros tantos de incesto, habían sido formulados en su contra.

H E C H O S

En la vereda La Palma, zona rural del corregimiento San Cristóbal de la ciudad de Medellín, residían los esposos JULIO CÉSAR PALACIO y Luz Mery Muñoz, conjuntamente con sus menores hijos Y, J. y E. 1

Dentro de ese entorno, para mediados del año 2006, JULIO CÉSAR PALACIO, aprovechando que su esposa no se hallaba en la vivienda, dadas sus ocupaciones laborales, comenzó

a realizar vejámenes físicos y sexuales en contra de Y..., que incluyeron golpes, amenazas con arma de fuego y acceso carnal por vía anal. Ello se prolongó hasta el mes de octubre de ese año, cuando la víctima, pese a la incredulidad de su madre, dio noticia de lo ocurrido a una tía suya, quien puso en conocimiento de las autoridades esos hechos.

## ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada la denuncia, el 27 de septiembre de 2007, el Juez 18 Penal Municipal con funciones de Control de garantías, aceptó la solicitud de la Fiscalía y, en consecuencia, emitió orden de captura contra JULIO CÉSAR PALACIO.

Capturada la persona, el 11 de octubre de 2007, ante el Juzgado 24 Penal Municipal de Medellín con Funciones de Control de Garantías, se realizaron las diligencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento.

La fiscalía formuló acusación, en audiencia celebrada el 4 de diciembre de 2007, por los delitos de acceso carnal violento, agravado de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 211 del C.P., en concurso homogéneo sucesivo, e incesto, también bajo la figura del concurso homogéneo sucesivo.

El 31 de enero de 2008, se realizó la audiencia preparatoria.

La audiencia de juicio oral tuvo lugar en varias sesiones, realizadas los días 12 de marzo, 8 y 9 de abril, y 14 de mayo de 2008. El fallo de primer grado fue proferido formalmente el 3 de julio de 2008.

La sentencia advierte a JULIO CÉSAR PALACIO, responsable, como autor, de dos delitos de acceso carnal violento, en concurso homogéneo, y otras dos conductas punibles de incesto, también en concurso homogéneo, razón por la cual decreta en su contra pena

de 200 meses y 20 días de prisión. Accesoriamente, se dispuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual, y se niegan al condenado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria. No hubo condena en perjuicios civiles, en seguimiento de lo dispuesto por el artículo 197 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que reclama la ejecutoria del fallo para dar paso al incidente de reparación integral.

Terminada la lectura del fallo, interpuso recurso de apelación la defensa del acusado, concediéndose éste en el efecto suspensivo.

Recabada la actuación en el Tribunal Superior de Medellín, la Sala Penal correspondiente convocó para el día 8 de septiembre de 2008, a fin de adelantar la audiencia de argumentación del recurso.

Por último, el 22 de septiembre de 2008, se expidió el fallo de segunda instancia, que revocó el de primera y en su lugar absolvió, en seguimiento del principio *In Dubio Pro Reo*, al acusado, de los cargos por los cuales solicitó la fiscalía sentencia de condena.

## EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Después de relacionar los hechos, los argumentos presentados por las partes y las pruebas recopiladas, la decisión alude al anuncio del sentido del fallo condenatorio que la precede, para después proceder al correspondiente análisis motivacional.

Al efecto, parte por otorgar completa credibilidad a los dichos de la víctima, en cuanto describe el mancillamiento sexual reiterado de que lo hizo objeto su progenitor, para lo cual se basa no solo en la forma como el menor rindió su dicción en curso de la audiencia de juicio oral, sino en la ratificación que a ello ofrecen las declaraciones profesionales del médico legista, dos psicólogas y una trabajadora social, todos uniformes en referir los traumas que esa serie de vejámenes causaron en Yeison Felipe.

A renglón seguido, recaba el A quo en la prueba de laboratorio practicada al menor -VDRL, y FTA absorbido-, inconcusa en determinar su contagio de sífilis. Y se pregunta ¿quién lo contagió?, para responderse que no pudo ser persona distinta al procesado, como así directamente lo informó la víctima, de cuya declaración hace un amplio examen de credibilidad, a partir del cual significa la veracidad de lo expuesto por ella, entre otras razones por que lo relatado se aviene con los hechos demostrados en el proceso y particularmente con la determinación de que esa enfermedad necesariamente se adquiere por contacto sexual.

Además, anota el funcionario de primer grado, esa atestación del menor, en punto de la enfermedad y su transmisor, ha sido confirmada a través de lo testimoniado por sus tías Margarita y Mónica Marcela Muñoz, y su abuela, Amantina Marín, quienes exponen que, en efecto, el acusado padeció de sífilis e incluso la contagió a la cónyuge.

Acerca de lo allegado por la defensa -historia clínica donde se dice que se practicó prueba de serología al procesado y no se detectó la existencia de enfermedades venéreas- para desvirtuar que el contagio de la víctima proviniera de su padre, el juzgador advirtió que no es concluyente, dado que, como lo dijeron los expertos, esa prueba no permite verificar adecuadamente si existió o no la enfermedad, al tanto que los declarantes presentados por la Fiscalía, demuestran la afirmación del menor.

En suma, concluye el fallador de primera instancia que el cúmulo probatorio allegado al plenario permite en su conjunto advertir la existencia de los delitos y la responsabilidad que cabe en ellos al acusado, en los términos demandados por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para proferir sentencia de condena.

## LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Después de resumir los antecedentes fácticos y procesales, así como el motivo de inconformidad manifestado por el apelante, defensor del procesado, entrando de lleno en

la motivación de la decisión, comienza el Ad quem por resumir lo que a su entender arroja la prueba practicada, deteniéndose en lo referido por los especialistas de laboratorio acerca de los resultados equívocos que puede arrojar la prueba serológica, cuando el paciente viene siendo tratado con medicamentos. De allí extracta que en el caso examinado “la prueba del proceso no permite afirmar que PALACIO estuvo contagiado de sífilis, que tuvo un tratamiento oportuno y por ende la prueba de laboratorio salió negativa. Tampoco puede afirmarse lo contrario; que nunca hubo tal enfermedad, por ende no existió ningún tratamiento y por tal razón el resultado de la prueba fue negativo”.

A renglón seguido, señala el Tribunal que era de cargo de la Fiscalía haber practicado al procesado la prueba confirmatoria de la supuesta enfermedad, “en aras de la pretensión de desvirtuar cualquier duda”. En consecuencia, como esa duda no fue salvada, debe concluirse que sigue persistiendo a favor del acusado.

Y concluye, sobre el tema “en suma, al examen actual al padre, dado que los hechos se denuncian apenas quince días después de un último y presunto acto de barbarie del progenitor, ha debido necesariamente mostrar el contagio”.

Critica la decisión de segunda instancia, que la Fiscalía en un argumento “si se quiere indolente y paradójico”, señalara la obligación para la defensa de “desvirtuar la presunción de inocencia”, pasando por alto que es al ente acusador a quien corresponde la carga de la prueba, tornándose imperativo para el ente estatal pedir la prueba confirmatoria de laboratorio, ya que a la parte defensiva no se le obliga a “presentar prueba de descargo”.

Y vuelve a interrogarse el Tribunal “si el joven Y... fue accedido carnalmente y está contagiado de sífilis –dicho por los especialistas y el mismo Y... en el juicio oral- por qué su padre JULIO CESAR APLACIO, presunto agresor, en el análisis actual de laboratorio

sale negativo?.

Asevera además la sentencia de segundo grado, que en el menor se detectaron médicamente algunos signos externos de maltrato físico, pero no de abuso sexual, a pesar de que este tipo de agresiones violentas suelen dejar “señales anatómicas anormales”.

En consecuencia, culmina el Tribunal, como existen dudas razonables que obligan atender al principio de presunción de inocencia, se hace menester revocar el fallo condenatorio de primera instancia, y a ello se procede.

## LA DEMANDA

La recurrente formula dos cargos, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de Medellín.

### 1. Primer cargo.

Acudiendo a la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa a la sentencia de violar indirectamente una norma sustancial, dado el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundamentado la sentencia.

En concreto, advierte la casacionista que el fallo del Tribunal se fundó, para absolver al procesado, únicamente en que se dejó de practicar una prueba especializada que permitiría conocer si éste padecía de sífilis y, en consecuencia, fue la persona que a través del acceso carnal violento atribuido, contagió a la víctima.

Entiende la demandante que incurrió la segunda instancia en el presunto yerro del falso

juicio de identidad. Para el efecto, destaca cómo expresamente en la sentencia se advierte que un paciente contagiado de sífilis, si se somete a un tratamiento con antibióticos puede arrojar resultado negativo en la prueba de serología, precisamente la practicada al procesado.

Empero, ya después dice el Tribunal "...la prueba del proceso no permite afirmar que PALACIO estuvo contagiado de sífilis (...) tampoco puede afirmarse lo contrario...".-

Con ello, en sentir de la impugnante, obvió el juez colegiado tomar en cuenta amplia y suficiente prueba testimonial, recabada en el juicio oral, que refiere al acusado efectivamente padeciendo la enfermedad venérea en cita.

En concreto, remite la casacionista a lo declarado por la víctima, quien dijo haber sido contagiada por el procesado a consecuencia del sucesivo vejamen sexual; junto con lo expresado en el mismo sentido por sus tías y su abuela materna.

Advierte la demandante que si el Tribunal hubiese considerado esos testimonios coincidentes -los cuales dejó de lado sin siquiera señalar la razón para desestimarlos-, no habría afirmado que la duda no fue desvirtuada en el juicio o que era fundamental allegar la prueba confirmatoria de FTA absorbido.

A renglón seguido, resume la impugnante lo expresado por especialistas en torno de la prueba de serología y sus resultados apenas parciales o engañosos -si el paciente está siendo sometido a tratamiento con antibióticos-, menesterosos de confirmación a través de la prueba de FTA absorbido.

No comparte la impugnante lo afirmado por el Tribunal en el sentido que debía la Fiscalía realizar con el procesado la prueba de laboratorio echada de menos, pues, afirma ella, el ente investigador probó por vía testimonial que el acusado contagió de sífilis a la víctima y, en consecuencia, era del resorte de la defensa desvirtuar la veracidad de los

testigos.

Lejos de ello, sostiene la casacionista, la parte defensiva apenas presentó unos exámenes serológicos realizados en fecha distante a la de la denuncia, los cuales son insuficientes para demostrar la inexistencia de la enfermedad en cabeza del procesado, dado su efecto apenas parcial.

Yerra el juez de segundo grado, afirma la impugnante, cuando señala que la prueba practicada al acusado, realizada 15 días después del último hecho, debía mostrar el contagio de sífilis, como quiera que ya antes el mismo fallador había aceptado que ese examen serológico no es concluyente.

También se equivoca el Tribunal, manifiesta la casacionista, cuando establece que no se hallaron signos físicos de violencia en la víctima, al examen médico, olvidando que, como se demostró en el juicio, el medio efectivo para doblegar la voluntad del menor, lo fue las amenazas de muerte proferidas por el victimario. Además, conforme lo explicado por el médico, las relaciones anales no necesariamente dejan huellas físicas o estas desaparecen con el tiempo, asunto que pudo ocurrir aquí, dado que el afectado formuló la denuncia penal 15 días después de los hechos, pero los mismos venían presentándose desde que ésta contaba con 8 años de edad.

## 2. Segundo Cargo.

Sin mayores preámbulos lo hace consistir la demandante en el falso juicio de existencia que deriva de la omisión del Tribunal, en cuanto dejó de considerar pruebas trascendentes, particularmente la declaración de la víctima y lo atestado por sus tías y su abuela materna.

De haber tomado en cuenta esas declaraciones la segunda instancia, razona la demandante, el fallo habría sido condenatorio, ante la inexistencia de cualquier duda de

responsabilidad.

Acorde con lo anotado solicita la casacionista se case el fallo de segundo grado y, en consecuencia, se dicte sentencia de reemplazo en la cual se declare penalmente responsable al procesado, de las conductas punibles por las cuales fue acusado.

#### Audiencia de sustentación oral

En primer lugar, la Fiscal delegada ante esta Corporación solicita casar la sentencia en los términos solicitados en la demanda, pues, en su sentir el Tribunal incurrió en los yerros por falso juicio de existencia e identidad allí destacados.

Al efecto, destaca la funcionaria trascendente que en el fallo atacado se hubiese omitido tomar en cuenta el testimonio de la víctima, menor de edad, el cual reviste especial importancia si se toma en consideración que en este tipo de delitos por lo general la prueba asoma indiciaria.

Así mismo, agrega, el argumento del Tribunal se verifica sofístico, pues, parte de que no se demostró la enfermedad venérea que afecta al procesado, pasando por alto que lo atribuido a él remite a los vejámenes ejecutados sobre el cuerpo de su hijo y respecto de este tópico declaró amplia y suficientemente el menor.

En este orden de ideas, prosigue la recurrente, la prueba de confirmación -examen de laboratorio- exigida por el juez colegiado no lleva a la determinación concreta de si el acusado abusó o no del menor y tampoco puede conducir a significar, a pesar de que la víctima relata las agresiones físicas y sexuales ejecutadas por aquel, que ello no está probado, como se asevera en la sentencia controvertida. Mucho menos, si los testigos confirman el tópico.

Incurrió el Tribunal, añade la Fiscal Delegada, en un yerro por falso juicio de identidad,

ya que, si bien al menor se le advierte imbuido de odio y rencor hacia su padre, igual ocurre respecto de su madre, no empece lo cual, se señala que ese odio funda la acusación vertida en contra del acusado, pasando por alto la forma circunstanciada en que la víctima relató lo sucedido.

En otro orden de ideas, destaca la funcionaria el error en el cual incurre el fallo de segundo grado cuando funda la absolución en el hecho que al menor no se le detectaron fisuras o desgarros en el esfínter anal, con lo que se desconoce la esencia del vejamen, en tanto, la existencia o no de esos signos depende de circunstancias referidas a la forma del esfínter o su posibilidad de distensión, como sucede con el himen en las mujeres.

Retoma la Fiscal Delegada el tema de la inexistencia de prueba de laboratorio confirmatoria de que el procesado tuviese sífilis, para advertir que no es lo mismo la prueba de la agravante por el contagio, que aquella referida a la materialización de la agresión sexual y, entonces, si se dijera que no se aportó el elemento de juicio en cuestión, ello conduce a eliminar la agravante pero no a determinar inexistente o no probado el delito.

A su vez, releva la funcionaria que el Tribunal dejó de considerar la declaración de las tías de la víctima, en punto del contagio de la enfermedad venérea, por considerarla prueba de referencia, pero nada hizo para determinar su admisibilidad a la luz de lo expresado jurisprudencialmente por la Corte.

Finalmente, destaca la recurrente que los yerros despejados representan vulneración de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004; y 211-3, 237 y 31 de la Ley 599 de 2000.

A su turno, el defensor designado para la diligencia solicita que se mantenga la decisión atacada, dado que, en primer lugar, la demanda desconoce, como lo indicó la Sala en el auto admisorio, los mínimos fundamentos de técnica, lo que la convierte en un simple alegato de instancia. A tono con ello, pide que se tengan en cuenta los lineamientos

establecidos anteriormente por la Corte sobre el particular.

Critica, a renglón seguido, la exposición de la Fiscalía, pues, no es cierto que el Tribunal omitiese tomar en cuenta lo dicho por el menor respecto de los maltratos proferidos por su padre, sino que advirtió no probado el abuso sexual, dado que el ente investigador obvió allegar la prueba de laboratorio requerida para el efecto, sin que sea posible invertir la carga de la prueba a efectos de que la defensa presente el elemento suasorio faltante.

Estima el profesional del derecho que la única prueba de cargos verificada en contra del procesado remite al testimonio de la víctima, ya que los demás testimoniantes lo son de referencia y no se hallan dentro de los presupuestos exceptivos que facultan tomar en cuenta sus dichos. Por lo demás, añade, la Fiscalía pretende suplir con prueba de referencia lo que debió probarse con prueba científica.

En este sentido, manifiesta el defensor que el yerro no radica, como indica la Fiscalía, en que se dejó de lado la prueba principal, dado que precisamente ese medio es el examen de laboratorio y correspondía allegarlo a la Fiscalía.

Asegura el representante del acusado, que no hubo ningún tipo de yerro enmarcable dentro del falso juicio de identidad, en tanto, el Tribunal sí tomó en cuenta lo dicho por la víctima (incluso dijo haber verificado el vídeo de la audiencia de forma detallada), concluyendo de ello que la acusación podía estar fincada en la animadversión profesada hacia el padre.

Termina deprecando la defensa que se mantenga la decisión tomada por el Ad quem, como quiera que persiste la duda y ella debe absolverse a favor del procesado.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se señaló en el auto que admitió la demanda, ésta no constituye precisamente un

modelo de fundamentación, en punto de la demostración técnica de las violaciones advertidas y sus efectos.

Empero, es lo cierto que a pesar de no enlistarlos técnicamente, los argumentos que nutren el escrito impugnatorio permiten verificar de entrada la existencia de yerros trascendentes en el análisis probatorio efectuado por la segunda instancia, al punto de determinar necesario, como desde ya lo anuncia la Sala, casar la sentencia para dejar con plenos efectos la decisión condenatoria de primer grado.

Aquí, para responder al cuestionamiento planteado por la defensa en la audiencia de argumentación oral, es necesario puntualizar que precisamente la línea jurisprudencial adoptada por la Sala en los últimos tiempos, pasa por hacer valer lo sustancial frente a lo simplemente formal, y en consecuencia, si sucede, como atrás se dijo, que a pesar de no referirse técnicamente el tipo de yerro, lo propuesto contiene argumentación clara y suficiente para fundamentar el cargo, se hace posible la superación de los defectos para conocer de fondo el asunto, entre otras razones, porque en términos de justicia y legalidad, mal puede la Corte preferir lo adjetivo si de entrada se está mostrando la ostensible incorrección o ilegalidad de la decisión atacada.

Apenas como paradigma de lo que sobre el particular viene sosteniendo pacíficamente la Sala, basta transcribir los siguientes apartados jurisprudenciales<sup>2</sup>:

“Si bien es cierto, como lo señala el Ministerio Público, el cargo afianzado en el ejercicio aritmético realizado por los juzgadores de instancia, para determinar la pena que le correspondía a SAMIR SANTAMARÍA al actuar como cómplice en el delito de homicidio no es demostrativo de la metodología inherente al cargo propuesto, también es cierto que su proposición, desarrollo y demostración, corresponde a los supuestos básicos que el cargo imponía, se indicó acertadamente la causal: violación directa de la ley sustancial, la sustentación ofrecida en la demanda concreta el yerro demandado, los

fundamentos que permitían su estructuración y su trascendencia en relación con la orientación del fallo, correspondiendo con claridad a los presupuestos teóricos y técnicos de la violación directa de la ley sustancial.

Frente a situaciones similares, ha señalado la Corte que sin obedecer la demanda al esquema requerido para desarrollar la adecuada técnica casacional y sin llegar la Sala al extremo de sacrificar las reglas elementales que la estructuran al resolver de fondo el cargo, la sentencia se examinará con el rigor que corresponda para comprobar si el juzgador incurrió en error trascendente.<sup>3</sup>

Precisamente por ocasión de los defectos atrás citados, la Corte no abordará independientemente los dos cargos propuestos en la demanda, pues, el segundo parece ser una conclusión del primero, carente de independencia y autonomía demostrativa.

Ahora, por su importancia respecto de los aspectos centrales que competen a la discusión planteada por la Fiscalía, la Corte estima necesario puntualizar primero de manera general, para después hacer la adecuación al asunto debatido, lo concerniente a los conceptos de prueba de referencia, libertad probatoria y carga de la prueba.

## 1. PRUEBA DE REFERENCIA

Mucho se ha dicho acerca de un tema que a pesar de ello parece no haberse agotado, dada la controversia que viene generando. Empero, ya la Corte ha fijado pautas precisas que, en su desarrollo general, sirven para dilucidar el caso concreto.

En amplio estudio del tema, se dijo<sup>4</sup>:

“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 convicción<sup>5</sup>.

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 conocimiento<sup>6</sup>, 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.

De igual manera, respecto del testimonio indirecto, la Corte señaló, en la misma providencia citada:

“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. (...)

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<sup>7</sup>.

## 2. LIBERTAD PROBATORIA

No se discute ahora que en Colombia prima desde antaño, por contraposición a la llamada “tarifa legal”, el principio de libertad probatoria, por cuya consecuencia, como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios interesantes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite dada la consagración del sistema de libertad probatoria por contraposición al de tarifa legal, omitir su examen o dotarlos de una especie de “capitis diminutio” sólo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

Al efecto, cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio.

Desde luego, no desconoce la Sala que en ciertos eventos resulta más contundente o efectivo determinado medio, dada su capacidad suasoria. Pero, se repite, de allí no se sigue que ese sea el único recurso legal para demostrar el hecho, o que, allegados otros medios pertinentes y conducentes, ellos no sean suficientes por sí mismos para producir el efecto de convicción buscado por la parte.

En todos los casos, como por lo demás perentoriamente lo exige la ley, es

obligatorio verificar el alcance demostrativo de cada medio en particular y luego articularlo con el conjunto de pruebas, para de esta forma, en seguimiento de los postulados que signan la sana crítica, llegar a la decisión que resuelve el conflicto.

Y, desde luego, si el funcionario estima que determinado medio presentado por la parte para sustentar su teoría del caso, no es suficiente o carece de credibilidad, así tiene que señalarlo en la motivación, refiriéndose en concreto a esa prueba, so pena de incurrir en el falso juicio de existencia por omisión que faculta la controversia en el escenario de la casación.

Respecto del tópico de la Libertad probatoria hoy imperante en nuestro sistema penal, esto dijo la Corte<sup>8</sup>:

“3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el reparo del censor está sustentado en el argumento consistente en que en el trámite no obra prueba científica que determine, en su criterio, en grado de certeza, que el cadáver hallado correspondía al de Robert de Jesús.

Frente al reproche planteado por el casacionista, en primer término vale recordar que de acuerdo con sistema de apreciación de la prueba que rige nuestro sistema procesal, resulta claro y evidente que impera el principio de libertad probatoria que consagra el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, postulado que debe examinarse desde una doble perspectiva, a saber: que a los sujetos procesales o intervinientes para probar sus hechos o pretensiones no se les debe exigir un determinado medio de prueba, sino que gozan de su entera discrecionalidad, sólo limitado por la [Constitución Política](#) y la ley.

Y, de la misma manera, la libertad probatoria también está referida respecto al funcionario judicial, en tanto en que puede formar su convencimiento con cualquier medio de convicción, sólo limitado por la Constitución y la ley y, por supuesto, por las reglas que informan la sana crítica.

En tales condiciones, la Corte advierte que dentro de la libertad probatoria a que se ha hecho referencia, el sentenciador de segundo grado formó su convencimiento en que el cadáver hallado en la fosa común se trataba de Robert de Jesús Berrío con base en el testimonio que rindió su padre, quien fue la persona que lo halló y lo reconoció, luego de una intensa búsqueda.

Por manera que no le asiste la razón al casacionista cuando informa que en este evento no se puede predicar, en grado de certeza, la identidad del citado cadáver, situación que lo lleva a manifestar que existe confusión frente a tal aspecto, en la medida en que el sentenciador de segundo grado encontró eficacia demostrativa de tal asunto con base en el testimonio del padre y del hermano de la víctima.”

## 1. DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No cabe duda de que en un sistema democrático de derecho como el que nos rige, la carga de la prueba, en tratándose del proceso penal, corresponde al Estado, representado por la Fiscalía General de la Nación.

Por lo demás, un sistema acusatorio como el que actualmente se consagra en la Ley 906 de 2004, necesariamente se halla imbuido del Principio Acusatorio, bajo cuya férula corresponde a la fiscalía formular la acusación cuando estima que posee los elementos suasorios suficientes para demostrar en juicio la responsabilidad del procesado.

Es claro, de igual manera, que a pesar de su connotación adversarial, a la defensa se le permite desarrollar su particular teoría del caso a través de un comportamiento pasivo o inercial cuya legitimidad reposa, precisamente, en el hecho de que la carga de demostrar la responsabilidad penal compete a la Fiscalía, al tanto que el acusado se halla

prevalido, como imperativo constitucional que además reproduce normas internacionales, del principio de presunción de inocencia, acompañado de su correlato in dubio pro reo.

Ello no significa, empero, que toda la actividad probatoria deba ser adelantada por la Fiscalía, a la manera de entender que junto con la prueba de cargos, se halla obligada a recoger todo cuanto elemento probatorio pueda ir a favor de cualesquiera posturas de su contraparte, o mejor, de la específica teoría del caso de la parte defensiva.

Incluso dentro de los parámetros de la Ley 600 de 2000, que, se recuerda, contempla dentro del sistema mixto acogido allí, una verdadera actividad judicial del Fiscal durante la fase de la instrucción, al punto de obligarlo, dentro del presupuesto de investigación integral, a allegar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado (art. 20), existen limitaciones a esa carga probatoria, demandando del procesado o su defensor, en los casos en los cuales el ente investigador ha allegado pruebas de cargos suficientes, adelantar su propia tarea demostrativa para desvirtuarlas, en seguimiento del principio de Carga Dinámica de la Prueba, de esta manera delimitado por la Sala9:

“A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígame

defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión.

Desde luego la Corte, conociendo el origen y aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba<sup>10</sup>, reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

Porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador.”

No sobra recalcar que el concepto de carga dinámica de la prueba opera de manera asaz

restringida, dado que el sistema penal consagra límites precisos para su aplicación, en atención a esa obligación estatal de derruir la presunción de inocencia erigida como imperativo constitucional a favor del procesado. Ha sido esa la razón para que el instituto haya tenido desarrollo en áreas eminentemente privadas del derecho, como las que competen a la rama comercial o administrativa y solo en eventos puntualísimos, como se dijo, pueda tener operancia en el campo probatorio penal.

Ahora, en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, en tanto, se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio de libertad probatoria, la soporten.

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió –como carga que le compete para desvirtuar la acusación–, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final.

Obvia surge la diferencia con la sistemática procesal anterior, donde incluso se permitía al juez practicar pruebas de oficio, pues, ese principio adversarial o de partes, que además demanda del fallador absoluta imparcialidad, se desnaturaliza completamente cuando de una de las partes se demanda presentar pruebas que sustenten la teoría del caso de la contraparte.

Por manera que, debe decirse, en la sistemática acusatoria no es posible, cuando menos no en la generalidad de los casos, adoptar un comportamiento pasivo cuando sucede que la Fiscalía ha presentado pertinente y conducente prueba de cargos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, relevando el papel que ahora debe cumplir la defensa, señaló<sup>11</sup>:

“En efecto, a diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991, y que aún rige en buena parte del país, en el que la Fiscalía ejercía -a un tiempo- función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial.

Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa<sup>12</sup>. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso.

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la

recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia.

Ahora bien, como el cambio de metodología de la investigación penal implica que, en el nuevo sistema, la Fiscalía no está obligada a recaudar material probatorio que pudiera ser favorable a la defensa, sino que su tarea se limita a encontrar las pruebas de cargo que desvirtuarían la presunción de inocencia del acusado (aunque, de encontrar pruebas exculpatorias, está en la obligación de entregarlas a la defensa), se hace indispensable que la defensa tenga acceso al conocimiento del acervo que se hará valer en su contra.”

De todo lo anterior se sigue que si la Fiscalía ha presentado la que considera suficiente prueba de cargos y la defensa busca controvertir sus efectos, no es dable, sólo por virtud de la potestad pasiva que asiste a esta última parte, exigir del ente investigador una más exhaustiva actividad que permita contradecir o confirmar la teoría del caso que en contrario puedan esgrimir el procesado y su representación legal.

Así mismo, esa lógica jurídica de la posición probatoria de las partes implica que si la defensa presentó una prueba de descargos insuficiente o que no tiene la fuerza necesaria para desvirtuar la de cargos, ello no conduce a determinar la existencia de duda probatoria, ni mucho menos a exigir que para completar lo que quedó faltando a la contraparte, la Fiscalía deba allegar el medio correspondiente.

## EL CASO CONCRETO

La fiscalía en su impugnación extraordinaria, aunque por sendas diferentes a las técnicamente establecidas, hizo ver cómo el Tribunal en el fallo atacado:

- a) Exigió, dentro de un concepto evidente de tarifa probatoria, que para demostrar la credibilidad del testigo de cargos, la víctima, se allegara una prueba de laboratorio, particularmente, la de FTA absorbido, en la cual se precisara que el procesado estaba contagiado de sífilis y por ello transmitió la enfermedad al menor.
- b) Trasladó a la Fiscalía la obligación de sustentar la teoría del caso de la defensa, cuando definió que esa prueba especial era de cargo del ente investigador.
- c) Incurrió en grave equívoco argumental cuando, a pesar de reconocer previamente que la falta de esa prueba especializada dejaba en el limbo la existencia o no de enfermedad venérea en cabeza del acusado, después concluyó enfáticamente que estaba demostrada la inexistencia del mal.
- d) Pese a allegarse prueba testimonial directa y plural en la cual se señala al acusado padeciendo de sífilis, ninguna consideración le mereció, aunque fuese para desvirtuar sus efectos.

Para la Sala esos yerros referenciados por la demandante asoman no solo objetivos e incontrastables, sino suficientes, dada su trascendencia, para remover la doble condición de acierto y legalidad de que llega a esta instancia revestido el fallo y en su lugar hacer efectiva la decisión condenatoria proferida por el A quo, ella sí fruto de un amplio, ponderado y suficiente análisis de las pruebas legal, regular y oportunamente aportadas.

De esta manera, para seguir los criterios de la Fiscalía, la Sala, teniendo como norte las precisiones realizadas al comienzo en torno del concepto de prueba de referencia y los principios de libertad probatoria y carga de la prueba, examinará cada tópico de los resultados.

- a) Aunque la fiscalía lo enfoca como error de hecho por falso juicio de identidad, para la Corte es claro que el Tribunal incurrió en el llamado falso juicio de convicción, cuando,

respecto de la demostración de la enfermedad venérea que afectaba al procesado y fue transmitida por él a su hijo al accederlo carnalmente por vía violenta, punto focal de la credibilidad a otorgar a la víctima, demandó de determinado y específico medio de prueba, esto es, examen de laboratorio FDA absorbido, cuando la ley no exige para ello de un medio en concreto, desde luego, en seguimiento del principio de libertad probatoria vigente en nuestro ordenamiento penal.

Acerca del yerro en cuestión, es necesario precisar que por lo general al mismo se llega cuando el fallador otorga mérito probatorio a un elemento que directamente por la ley ha sido limitado en esos efectos, como sucede, por ejemplo, con los informes de policía, o en la Ley 906 de 2004, con el valor demediado que se da a la prueba de referencia, en cuanto, como lo consagra el artículo 381, inciso segundo, la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia.

Es ella la que se denomina tarifa legal negativa, por contraposición a la tarifa legal positiva, en cuyo caso el legislador determinaría que un específico hecho debe ser probado con un concreto medio de prueba o da un valor superior a este frente a los otros.

Así sucede, por ejemplo, con la referida a formalidades *ad substantiam actus* de determinados contratos, vale decir, los de compraventa de inmuebles, naves o aeronaves.

Los documentos, así mismo, para reputarse como tales obligan, cuando menos, de la presentación de un ejemplar del mismo, en original y copia auténtica como postula el artículo 259 de la Ley 600 de 2000, o se reconocen en inspección judicial.

Algo similar estatuye la Ley 906 de 2004, en cuanto advierte que el documento se presente en original o copia autenticada, significando, además, que los documentos anónimos, esto es, los que no pueden ser autenticados o identificados “no podrán

admitirse como medio probatorio”.

No existe, sin embargo, en nuestro sistema penal, sustancial o procedimental, esa tarifa legal positiva reclamada por el Tribunal, a partir de la cual pueda legítimamente decirse que la demostración de la alegada enfermedad venérea del acusado, reclama de un específico examen de laboratorio, o que éste debe preferirse, con mayor valor suasorio, frente a otras formas de probar el tema.

En consecuencia, es mayúsculo el yerro del Tribunal, que prohíja la defensa en el alegato de no recurrente, cuando advierte, sin siquiera aludir al acervo testimonial presentado para el efecto por la Fiscalía –declaración de la víctima y de sus allegados-, que el hecho debatido, credibilidad del menor a través de la demostración de la presencia de sífilis en el organismo del procesado, ha dejado de probarse porque no se allegó la prueba FTA absorbido, y esa ausencia de prueba “deviene en la existencia de una duda razonable que conduce al privilegio de la presunción de inocencia”.

Lo anotado guarda una relación directa con el concepto de prueba de referencia, pues, parece que los intervinientes en la audiencia de sustentación, Fiscalía y defensa, dan por hecho que lo revelado por las tías y la abuela de la víctima constituye prueba de referencia, o cuando menos ella no es admisible, sin preocuparse por allegar algún tipo de argumento que soporte su tesis.

En este sentido, no es verdad, como lo afirma la Fiscal presente en la audiencia de argumentación, que el Tribunal hubiese excluido lo declarado por los testigos en cita, por estimar prueba de referencia sus dichos.

Basta verificar detalladamente todo el contenido del fallo de segundo grado, para observar objetivo que el Ad quem nunca hizo algún tipo de precisión al respecto y simplemente ignoró la prueba.

Cosa diferente ocurrió con el A quo, dado que el fallo de primer grado sí hace relación explícita de esas declaraciones e incluso señala que no son de referencia por corresponder a lo que confió la víctima a sus parientes, utilizando las deponencias de éstos como factor de corroboración de credibilidad.

Bien poco hizo la defensa por contrarrestar esa manifestación del A quo, dado que en la audiencia de sustentación del recurso de casación, en su calidad de no recurrente se limitó a señalar como única prueba de cargos la declaración del menor, advirtiéndole que los testimonios de sus parientes son prueba de referencia no admisibles, sin establecer por qué no pueden ser tomadas en cuenta.

Ahora, respecto de la admisibilidad y valor suasorio de lo expresado por las tías y la abuela del menor afectado, ha de partir por significarse cómo su testimonio fue solicitado y aceptado en la audiencia preparatoria, por estimarse válido, conducente y pertinente.

En función de ello, durante el interrogatorio se les cuestionó acerca de varios tópicos, en particular, las agresiones frecuentes del padre del menor hacia éste, lo manifestado por la víctima en torno del vejamen sexual y lo conocido acerca del contagio de la enfermedad venérea.

Es claro para la Sala que el cuestionamiento en cita tenía una doble función: verificar el conocimiento directo que tenían los testigos sobre tópicos puntuales claramente relacionados con los hechos, y corroborar la credibilidad de la víctima en lo que refiere al mancillamiento sexual y consecuente contagio de sífilis.

De esta forma, si está claro que las atestaciones fueron oportunamente pedidas y legalmente decretadas; que además las declarantes narran hechos percibidos directamente por ellas, vale decir, lo confiado por la víctima respecto de las circunstancias de la agresión sexual y su ejecutor, así como lo referido por ésta y su

madre en torno del contagio venéreo; y que las declaraciones han sido utilizadas, de forma indirecta y no directa, cabe aclarar, para determinar la credibilidad de lo dicho por el menor, ninguna crítica cabe hacer a su validez, ni mucho menos puede significarse que a partir de ellas no es factible hacer el análisis conjunto de los medios que conducen a determinar la responsabilidad penal del procesado.

Junto con lo anotado, si la defensa reconoce, porque además surge objetivo en el proceso, que existe prueba directa de responsabilidad penal, esto es, la incriminación que en contra del acusado hace la víctima, es necesario concluir que no aplica aquí la tarifa legal negativa consagrada en el artículo 381 de la ley 906 de 2004, dado que el fallo de primera instancia no se basó exclusivamente en prueba de referencia.

b) Directa consecuencia del yerro anterior, se advierte la exigencia planteada por el Tribunal, para que fuese la Fiscalía la obligada a presentar el examen FTA absorbido, considerado necesario en la definición del caso.

De manera expresa, el fallo de segundo grado estima “indolente y paradójico”, que la Fiscalía reclame en cabeza de la defensa el deber de presentar el examen en cuestión, aseverándose, en cita de un Módulo confeccionada para los Defensores Públicos, que la carga de la prueba se halla en manos de la Fiscalía, en razón de lo cual debe demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, por fuera de toda duda, para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Es evidente que lo dicho obedece a la realidad de la sistemática acusatoria que nos rige, pero no opera para el caso concreto, simplemente porque los hechos informan algo diametralmente diferente, esto es, que la Fiscalía hizo llegar prueba de cargo pertinente y conducente, a través de la cual buscó demostrar, por vía testimonial, dentro de las facultades otorgadas por el principio de libertad probatoria, que el procesado sí accedió carnalmente a su hijo.

Entonces, si lo buscado por la defensa, dentro del rol que le asigna el principio adversarial, es controvertir el efecto demostrativo de las pruebas, bien puede criticar su naturaleza y efectos intrínsecos, o presentar prueba de descargos que la controviertan.

Y, si ocurre que los elementos de juicio allegados por la defensa no resultan contundentes o suficientes para desvirtuar la prueba aducida por la Fiscalía, lo adecuado no es, como postuló el Tribunal, advertir la necesidad de una supuesta prueba tarifada, ni mucho menos señalar que su práctica correspondía a la Fiscalía y, en consecuencia, la omisión se hace pesar en su contra, sino proceder a analizar detalladamente la prueba de cargos, para delimitar su valor intrínseco y su articulación con las otras pruebas, a efectos de definir si alcanza los estándares necesarios para emitir el fallo de condena.

Porque, además, en esa forma simplista utilizada por el Tribunal para llegar a la decisión final, pasó por alto que el objeto central del proceso no era demostrar si el procesado estaba o no contagiado de sífilis, sino verificar su responsabilidad en los vejámenes sexuales relatados por la víctima, su hijo.

Entonces, si de lo que se trata es de verificar la credibilidad de una prueba directa de cargos, la declaración del menor señalando a su padre como el agresor sexual, lo referido a la existencia o no de una enfermedad sexual contagiada por el victimario a la víctima, es apenas uno de los eslabones de la cadena incriminatoria, motivo por el cual, sea o no que se demuestre el tópico o existan dudas sobre el mismo, ello no puede conducir automáticamente a la absolució en seguimiento del principio de presunción de inocencia, por la potísima razón que existen otros varios eslabones y ha de precisarse su valor y trascendencia frente a esa definición de responsabilidad penal, desde luego, a partir de un análisis individual y de conjunto.

c) Claro, el Tribunal trata de soslayar ese imperativo probatorio reseñado en el acápite anterior, a través del fácil expediente de significar, como verdad apodíctica, que

necesariamente el examen practicado al procesado “ha debido mostrar el contagio”, si se tratase del agresor sexual, de lo cual se sigue, en su razonamiento, que debe descartarse su responsabilidad penal.

Con ello reitera el error propio de la exigencia de que la fiscalía presente prueba tarifada para desvirtuar su propia teoría del caso, o cuando menos, para ratificar un hecho que se entendió suficientemente demostrado con el acervo testimonial.

Esto por cuanto, la lucubración especulativa de que necesariamente la prueba de FTA absorbido debería mostrar la existencia de sífilis en el procesado, si éste fuese el agresor sexual, pasa por alto que al respecto hizo llegar la Fiscalía suficientes elementos de prueba, de corte testimonial, correspondiendo entonces analizar su efecto suasorio y no, como se hace, dolerse de que ese efecto no se logre a través de otros medios.

Así puede construir con cierta lógica el Tribunal su decisión absolutoria, bajo el amparo argumental, por cierto jamás precisado científicamente, de que, si el menor fue contagiado por su padre, o a la inversa, necesariamente 15 días después una prueba confirmatoria, FTA absorbido, debería mostrar en el adulto el mal, y si no lo hace, ello es muestra de inocencia.

Resulta, empero, que la decisión no puede estar cimentada en pruebas dejadas de practicar o en lucubraciones acerca de cómo ese único elemento podría ser suficiente para condenar o absolver –se reitera, en postura propia de un sistema tarifado de prueba-, sino en el análisis concreto y efectivo de la prueba de cargos y su confrontación con la de descargos.

No existe, eso sí, el contrasentido lógico que cree advertir la Fiscal demandante, referido supuestamente a que el Tribunal en primer lugar señala que la prueba serológica impide determinar si el acusado estuvo o no contagiado de sífilis, pero después afirma que esa prueba “ha debido mostrar necesariamente el contagio”.

Si se mira bien el contexto de lo sostenido por el Tribunal, está claro que cuando hace la manifestación remitida a que “al examen actual al padre, dado que los hechos se denuncian apenas quince días después de un último y presunto acto de barbarie del progenitor, ha debido necesariamente mostrar el contagio”, no se está remitiendo a esa prueba inicial de descarte que logró practicarse al procesado –cuyos efectos, como ya ampliamente se ha dicho, son meramente aproximativos y arrojan resultados equívocos o negativos si, por ejemplo, el paciente está siendo tratado con medicamentos-, sino a la confirmatoria –FTA absorbido-, que echa de menos y a renglón seguido utiliza para significar no desvirtuada la presunción de inocencia, porque la Fiscalía obvió practicarla.

Para mejor comprensión, así se torne farragoso, se estima necesario retomar todo el párrafo utilizado por el fallador Ad quem, para expresar su punto de vista:

“Los especialistas en el juicio oral precisaron que existen dos tipos de prueba, una presuntiva, y otra confirmatoria, siendo la de serología una de carácter presuntivo. En el caso del señor PALACIO nunca se llevó a cabo la prueba confirmatoria. La fiscalía omitió (se adujo en la audiencia ante esta instancia que ello correspondía a la defensa) pedir la práctica de la prueba. Sin lugar a duda que en aras de la pretensión de desvirtuar cualquier duda, razón final de la prueba en el proceso penal, ha debido el ente investigador solicitarla en el momento oportuno, es decir, en la audiencia preparatoria. La omisión que se resalta no puede conducir a nada diferente a que se considere que la duda no ha podido ser desvirtuada en el juicio. Es que si nos detenemos en las manifestaciones de los distintos especialistas llevados al juicio como testigos lo que se concluye es que la enfermedad que hoy padece el menor YEISON FELIPE es de transmisión sexual y tanto le pudo haber sido transmitida por su padre o no, o ha debido serlo del menor al padre, en suma, al examen actual al padre, dado que los hechos se denuncian apenas quince días después de un último y presunto acto de barbarie del progenitor, ha debido necesariamente mostrar el contagio. Sin embargo, la fiscalía con un argumento si se

quiere indolente y paradójico consideró que era la defensa a la que correspondía desvirtuar la presunción de inocencia...”.

Claramente se observa que lo afirmado por el Ad quem, dista bastante de lo entendido por la recurrente, pues, se refiere a que la prueba estimada fundamental, dado su presunto resultado, no fue allegada por la Fiscalía, y no al efecto advertido en la efectivamente practicada.

d) Acierta la demandante cuando destaca como propia del falso juicio de existencia por omisión, la violación objetiva y protuberante en que incurre el Tribunal al momento de emitir la sentencia absolutoria controvertida.

En efecto, ni siquiera en el apartado destinado a resumir los elementos de juicio allegados al plenario, el Ad quem se refirió a lo declarado por las señoras Amantina Marín, abuela de la víctima, y Mónica Marcela y Margarita María Muñoz Marín, sus tías.

Y era necesario que hiciera referencia, con el correspondiente análisis, a esas declaraciones, precisamente porque el grueso de la fundamentación de la decisión absolutoria estriba en la inexistencia de prueba que verifique la enfermedad venérea padecida por el procesado y transmitida a su hijo a través del acceso carnal violento que se le atribuye, lo que, en sentir del Ad quem, pone en entredicho la veracidad de lo expresado por la víctima al respecto.

Entonces, si se halla claro que los deponentes en cita fueron presentados por la Fiscalía, dentro de su teoría del caso, para verificar la credibilidad de la víctima y demostrar –además de otros hechos trascendentes– que el procesado sí padecía del mal, era fundamental que, de un lado, el Tribunal advirtiera por qué no se daba credibilidad a los declarantes o cómo ello es insuficiente para probar ese aspecto puntual, y del otro, especificara la incidencia de ello en la credibilidad otorgada al menor afectado.

Cuando se lee la sentencia de primer grado, pareciera que respecto de la enfermedad venérea padecida o no por el acusado, sólo se hubiese recabado la prueba serológica, que arrojó resultado negativo, pues, ni siquiera se hace un estudio detenido de lo que al respecto dijo la víctima, en tanto, la evaluación de su efecto incriminatorio exclusivamente se dirige a lamentar la inexistencia de la prueba de confirmación, FTA absorbido, bajo el supuesto de que la credibilidad del menor depende exclusivamente de ello.

Es claro, dada la pertinencia y conducencia de la prueba testimonial obviada, que el Tribunal faltó a su deber de examinar las pruebas trascendentes para la decisión.

#### TRASCENDENCIA DE LOS YERROS

Cuando se ha determinado que el Tribunal erró al exigir la demostración de la credibilidad del afectado a través de prueba específica; que de igual manera, pasó por alto la esencia del sistema adversarial, al demandar de la Fiscalía la presentación de la prueba de descargos; así mismo, que faltó a su deber de motivación adecuada; y por último, que omitió considerar en la solución del caso prueba pertinente y conducente allegada legal, regular y oportunamente; de entrada se verifica objetiva la trascendencia de las violaciones, como quiera que cobran todo su valor las consideraciones probatorias efectuadas por el A quo, en las cuales se partió de lo declarado por la víctima, contrastado intrínseca y extrínsecamente con todas las pruebas de cargos y luego verificada su trascendencia respecto de los elementos de juicio de descargos presentados por la defensa.

Así, la corte prohíja el juicioso examen del A quo y lo retoma para advertir, en primer lugar, cómo la declaración de la víctima, en tratándose de delitos sexuales, cobra vital importancia, dado el entorno privado que por lo general encierran los hechos, la que se superlativiza en los casos de menores, pues, ya ampliamente se ha descrito el criterio

de veracidad bajo el cual narran este tipo de eventos para ellos traumáticos.

Con plena vigencia para lo que se estudia, esto anotó la Sala en ocasión anterior<sup>13</sup>

“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.

La exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la sicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales\* .

...

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.

Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca

condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente.

Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición -por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica.

2. En las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial que impida su discriminación. Precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional, en que:

“Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.

En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor.

De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del

funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.

3. Con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, como así lo indicó la Corte Constitucional en reciente fallo, que bien está traer a colación en lo pertinente:

“Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

De lo anterior se concluye, que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el

comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión”.\*

4. Si como lo enseña la lógica lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el ámbito probatorio ello se traduce en que de hallarse contradicciones en lo esencial poco importa el hecho de que exista uniformidad en tópicos secundarios, caso en el cual la conclusión que devine necesaria es la de negar crédito a la prueba; pero lo que no se puede aceptar es la proposición inversa que implícitamente surge de la apreciación del Tribunal, esto es, que ante contradicciones irrelevantes y coincidencia plena en lo principal, se llegue a esa misma conclusión, como aquí erradamente ocurrió.

5. Es altamente improbable que frente al dicho de una misma persona y con más razón frente a lo expuesto por otra, no haya contradicciones, pues lo que en verdad se debe sopesar, como atrás se señaló, es la entidad de tales inconsistencias con relación al aspecto medular que en ellas se relata.

6. 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”.

Se aclara al defensor, conforme lo anotado por él en curso de la audiencia de sustentación, que la cita de la Corte Constitucional se hace no porque sea obligatoria -aspecto que controvierte el profesional del derecho por corresponder a un fallo de tutela con efectos inter partes-, sino porque sus conceptos se comparten.

Ahora, en el asunto examinado esos criterios generales de interpretación de la declaración del menor víctima de abuso sexual, se ven amplia y rotundamente corroborados con el análisis del caso concreto, pues, no solo la declaración efectuada en curso de la audiencia de juicio oral aparece veraz y circunstanciada, en todo concordante con su comportamiento previo y las actuaciones realizadas ante la Fiscalía y los distintos profesionales que conocieron su caso, sino que reciben ratificación adecuada tanto de estos profesionales, como de sus familiares más cercanos.

Refirió, entonces, el menor, que su padre además de agresiones físicas y verbales, lo sometía desde años atrás a vejámenes sexuales -en concreto, penetración anal antecedida de amenazas-, de lo cual dio cuenta a su madre, pero esta guardó silencio.

Por virtud de ello, como quiera que para el año 2006 se repitieron las acometidas sexuales, acudió ante su tía a noticiarle lo sucedido, gracias a lo cual pudo instaurarse la denuncia penal.

Después, por obra de los exámenes ordenados una vez se denunció el hecho, supo que le había sido contagiada una enfermedad de transmisión sexual, sífilis, atribuyendo el

contagio a su padre, ya que a excepción de este nunca había tenido relaciones sexuales con otra persona.

Como lo señaló el funcionario de primera instancia, a la audiencia del juicio oral concurrieron las psicólogas María Consuelo Zapata y Carolina Galindo Palacio, así como la trabajadora social María Liliana Cardona, coincidiendo todas ellas en diagnosticar que el comportamiento y actitudes detectados en el menor, corresponden a quien ha sido víctima de abuso sexual. También detallan las profesionales, que el menor relató directamente ante ellas la forma como se presentaron los vejámenes, culpando de los mismos a su padre, tal cual reiteró en su atestación ante el juez de la causa.

De la misma manera, en lo que al aspecto fáctico de lo relatado por el menor corresponde, bajo juramento su tía Margarita Muñoz Marín, confirma que, en efecto, su sobrino la llamó al trabajo, el 27 de octubre de 2006, para darle a conocer el mancillamiento padecido a manos de su progenitor.

Así mismo, refiere la atestante que en ocasión anterior su hermana, madre del afectado y a la vez esposa del procesado, le pidió ayuda, dado que había sido contagiada con sífilis, transmitida por su cónyuge.

Esas confidencias también las hizo el menor a su tía Mónica Marcela Muñoz, quien así lo relata bajo la gravedad del juramento.

De igual manera, la señora Amantina Muñoz, abuela de la víctima por el tronco materno, advierte haber conocido directamente los maltratos físicos y verbales que padecía su nieto a manos del padre.

Confirma la señora Muñoz, que en verdad su hija sí padeció de sífilis.

En contrario, la defensa adelantó su tarea a través del contrainterrogatorio de los

testigos de cargos, acompañando también prueba documental en la que se advierte que durante gran tiempo de su vida laboral al procesado no se le detectó ninguna enfermedad venérea, junto con un examen serológico que arrojó resultados negativos para sífilis.

Mirados al tamiz de la sana crítica ambos grupos probatorios, para la Corte surge claro, de un lado, que el testimonio del menor aparece intrínsecamente veraz, y del otro, que sus dichos han sido ampliamente corroborados a través de los testigos expertos y legos.

En contrario solo existe la simple posibilidad de que el procesado no estuviese contagiado de sífilis, no demostrada sino apenas presunta, dado que el examen serológico arrojó resultados negativos.

Sin embargo, gracias a los profesionales de la salud que acudieron a la audiencia del juicio oral, pudo definirse que el examen serológico en cuestión no es concluyente y arroja falsos negativos cuando la persona viene siendo tratada con antibióticos, razón por la cual la única forma de determinar por vía científica si existió o no el mal, es por intermedio de la prueba confirmatoria FTA absorbido.

Ahora, como soporte accesorio de su decisión absolutoria, el Tribunal adujo que no se verificaron, en el examen físico practicado a la víctima, huellas de violencia propias de la penetración anal denunciada.

Empero, a lo anotado debe responderse conforme lo aclarado por el perito médico que acudió a la audiencia del juicio oral, en cuanto certifica que aspectos tales como la reiteración, la manera en que se ejecuta el hecho, la forma y tonalidad del esfínter, y el tiempo discurrido desde que se materializó el vejamen, inciden para que no se adviertan evidentes huellas físicas del mismo.

Por lo demás, si se conoce que el mancillamiento ocurrió quince días antes de

practicarse el examen y se tiene claro que la violencia consistió en amenazas proferidas al amparo del arma de fuego acostumbrada tener consigo por el acusado, perfectamente puede entenderse que no se hallasen esos signos externos de violencia, sin que ello sea incompatible con los hechos y la absoluta credibilidad otorgada a la víctima.

Así las cosas, si la prueba de cargos asoma contundente una vez examinada individualmente y en su conjunto, dada la veracidad del menor y los elementos de juicio externos que la corroboran, y en contrario, no se aportó prueba suficiente para derrumbar la capacidad incriminatoria de que se halla revestida la misma, apenas puede concluirse que lejos de existir algún tipo de duda, como lo postula el Tribunal en el fallo demandado, se han cubierto en suficiencia los elementos de juicio necesarios para establecer demostrada no solo la materialidad de los varios delitos concursados por los cuales se acusó al procesado, sino la responsabilidad de este en ellos, a tono con lo dispuesto por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Pese a lo anotado, debe significar la Corte su discrepancia con la verificación que hicieron la Fiscalía y el A quo, de la causal de agravación dispuesta en el numeral 3° del artículo 211 del C.P.

Al efecto es necesario precisar que si bien, lo allegado probatoriamente por la fiscalía en su conjunto suple ampliamente las exigencias que para condenar estatuye el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, como quiera que se ha conocido por fuera de toda duda que el procesado accedió carnalmente a su menor hijo por vía violenta, como con absoluta credibilidad lo anotó éste en su testimonio, no ocurre igual con la determinación judicial de que efectivamente el acusado estaba contagiado de sífilis y ello le fue transmitido al afectado con ocasión del vejamen en cuestión.

Desde luego que al menor se le ha dado absoluta credibilidad y su testimonio, sumado al de la abuela y tías maternas, no ofrece fisuras, asumiendo la Sala que uno y otras dicen la

verdad, conforme lo argumentado en precedencia.

Pero, aunque esos testimonios representan una probabilidad enorme de que, en efecto, el mal padecido por la víctima haya sido inoculado por su padre, queda para la Corte un resquicio de duda, aunque mínimo, suficiente para estimar que no se cubre a cabalidad la exigencia probatoria consignada en el artículo 381 arriba citado y, en consecuencia, debe asumirse no probada la agravante.

Frente a ese elemento testimonial válido, se alza la prueba serológica, apenas presuntiva, tomada al procesado, en la cual se obtuvo resultado negativo para sífilis.

No soslaya la Corte que el elemento de juicio en cuestión, conforme lo precisaron los profesionales presentes en la audiencia de juicio oral, puede arrojar falsos negativos si la persona está siendo tratada con antibióticos y por ello se hace necesario recurrir a la prueba confirmatoria de FTA absorbido.

Sin embargo, ante la imprecisión temporal que surge de lo declarado por los familiares del menor y éste mismo, en tanto, no se conoce en concreto cuál fue la enfermedad venérea padecida en el pasado por el acusado, ni cómo fue tratada ella o cuáles fueron sus alcances, ese resultado parcial negativo cobra bastante importancia, pues, cuando menos permite albergar la posibilidad, así fuese mínima, de que el contagio no se presentase por consecuencia del vejamen denunciado, pasibles como son de plantear otras hipótesis.

Ello significa que, atinente a la agravante, no existe conocimiento más allá de toda duda y, en consecuencia, ha de eliminarse ella de los cargos por los cuales se condena al procesado.

En suma, demostrado que el procesado fue quien por varias ocasiones accedió carnalmente, de manera violenta, a su hijo de sangre, no cabe más que pregonar

demostrada su responsabilidad dolosa en los delitos que se le atribuyen, razón suficiente para que, verificada la justeza de lo alegado en casación por la fiscalía, se revoque el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal de Medellín.

Recobra, en consecuencia, plena vigencia el fallo de primera instancia, aunque se reformará el mismo para eliminar la causal de agravación despejada respecto del delito de acceso carnal violento, debiendo la Corte proceder a la correspondiente redosificación de la sanción.

De esta manera, para respetar los criterios tomados en cuenta por el A quo, se parte de una pena que oscila, acorde con lo dispuesto 205 del C.P. y verificado el incremento establecido en la Ley 890 de 2004, entre 128 y 270 meses de prisión.

Como quiera que no existen circunstancias de mayor punibilidad despejadas, la sanción se inscribe en el primer cuarto de movilidad, tal cual dispuso el Juez de primer grado y, respetando su criterio, se impone el mínimo de pena, esto es, 128 meses de prisión, en lo que toca con uno de los delitos de acceso carnal violento.

No existe modificación en lo que atiende al delito de incesto, que se determinó en 16 meses por el A quo, luego de realizar las correspondientes operaciones aritméticas y argumentaciones de gravedad.

Ahora bien, el Juez 28 Penal del Circuito, tomó la pena más grave, desde luego la fijada para un delito de acceso carnal violento, y sobre ella incrementó 30 meses más por razón del concurso de conductas punibles.

Realizando una regla de tres simple, se tiene que respecto de esa pena base fijada por el A quo, 170 meses y 20 días, los 30 meses agregados en atención al concurso, representan el 17.65 %.

Entonces, el 17.65 % de la pena base establecida por la Corte, 128 meses, equivale a 22 meses y 15 días de prisión. De allí se sigue que la pena final a cumplir por el procesado por virtud del concurso de delitos a él atribuido asciende a ciento cincuenta (150) meses y quince (15) días de prisión.

A igual lapso se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Siguen incólumes las apreciaciones del A quo en torno de los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, dado que a pesar de la rebaja en la pena, tampoco se cumplen los presupuestos objetivos que para facultar su estudio consagran los artículos 63 y 38, respectivamente, del C.P.

En consecuencia, se revoca la libertad otorgada al procesado en virtud del fallo absolutorio de segundo grado y, de inmediato, se ordena la captura de JULIO CÉSAR PALACIO.

A 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

1. CASAR la sentencia absolutoria de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de septiembre de 2008, en razón de la prosperidad de los cargos formulados en la demanda presentada por la Fiscalía.
2. En consecuencia, CONFIRMAR la condena dictada el 3 de julio de 2008, por el Juzgado 28 Penal del Circuito de Medellín con funciones de conocimiento, contra el procesado JULIO CÉSAR PALACIO, por su autoría en varios delitos de acceso carnal violento y otros tantos de incesto, ocurridos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da

cuenta el proceso, con la siguiente MODIFICACIÓN: La pena a cumplir por el procesado se rebaja a CIENTO CINCUENTA (150) MESES Y QUINCE (15) DÍAS DE PRISIÓN. En igual lapso se fija la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

3. Revocar la libertad provisional de que goza JULIO CÉSAR PALACIO. Expídase de inmediato orden de captura.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Cita medica

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Se omite el nombre de los menores, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1098 de 2006, debido a la publicidad de la presente sentencia.

2 Sentencia del 11 de diciembre de 2003, radicado 17045.

3 Sentencia abril 4 de 2003.

4 Sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24.468

5 Cfr. Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

6 Artículo 382 ibídem.

8 Sentencia del 24 de octubre de 2007, radicado 21.577

9 Sentencia del 9 de abril de 2008, radicado 23754

10 El principio de la carga dinámica de la prueba, que trae como consecuencia la inversión de la carga de la prueba a la parte que tenga mayor facilidad para comprobar o no un hecho, a nivel interno, por tradición, sólo se ha aplicado en el campo del proceso civil y del administrativo. También se ha empleado por la Corte Constitucional, en asuntos relacionados con el principio de buena fe en el caso de desplazados, ya que si se presume ésta en la actuación de los particulares, se invierte la carga de la prueba, y por ende son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene calidad de desplazado (T-321 de 2001).

11 Sentencia C-1194 de 2005

12 Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico, tomando asiento en la doctrina adoptada en el caso Brady Vs Maryland, y en aplicación de los rudimentos del sistema acusatorio norteamericano y del principio del fair trial, prescribe que el ente acusador está en la obligación de transmitir a la defensa cualquier evidencie exculpatória de que tenga conocimiento, aún sin que medie solicitud expresa al respecto. Sobre dicho particular, el Tribunal citado asegura, tras citar fallos

pertinentes al caso, que: “De la jurisprudencia citada se colige que el ministerio fiscal tiene la obligación legal de revelar a un imputado de delito cualquier tipo de evidencia exculpatória que tenga en su poder o cualquier vicio de falsedad que pueda afectar su prueba.<sup>12[15]</sup> Esta obligación ha sido recogida en el Inciso (b) de la Regla 95 de las de Procedimiento Criminal, ante, al disponerse que “[e]l Ministerio Fiscal revelará toda aquella evidencia exculpatória del acusado que tenga en su poder.” (...) Es importante recalcar que esta obligación no depende de que exista o no una previa solicitud por parte de la defensa o que se trate de una solicitud específica o general. Si el ministerio fiscal tiene en su poder prueba exculpatória, o evidencia relevante a la inocencia o castigo del acusado, tendrá que entregarla a la defensa pues, al no hacerlo, incurre en una violación al debido proceso de ley;<sup>12[16]</sup> ello independientemente de la buena o mala fe que haya tenido el ministerio público al así actuar. *Brady v. Maryland*, ante; *Giles v. Maryland*, 386 U.S. 66 (1967); *Moore v. Illinois*, 408 U.S. 786 (1972); *U.S. v. Agurs*, ante. Ciertamente, no es la intención del fiscal lo que cuenta para determinar si se ha ofendido el debido proceso de ley, sino la posibilidad de daño al acusado. *Pueblo v. Hernández García*, ante, a las págs. 508-09 (citando a *Giglio v. United States*, ante. (...))

Dicho de otra forma, el ministerio fiscal tiene el deber de revelar cualquier indicio de falso testimonio y de descubrir evidencia exculpatória cuando tal falsedad o carácter exculpatório es, o debió ser, conocida por éste. Véase: Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. II, ante, a la pág. 32. Ello, naturalmente, sin necesidad de una previa solicitud por parte de la defensa y sin importar si las Reglas de Procedimiento Criminal proveen o no para tal descubrimiento en la etapa específica de los procedimientos en que se encuentren. El no hacerlo podría acarrear la revocación de la convicción y la celebración de un nuevo juicio. Ello dependerá de la relevancia y materialidad de la evidencia suprimida; esto es, si la supresión de la evidencia de que se trata socava la confianza en el resultado del juicio. Esto deberá ser analizado a base de un estándar de “probabilidad razonable”.<sup>12[17]</sup> *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 434 (1995); *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 678 (1985)” 2003 DTS

157 PUEBLO V. ARZUAGA RIVERA 2003TSPR157, en el Tribunal Supremo de Puerto Rico el Pueblo de Puerto Rico Recurrido v. Víctor Arzuaga Rivera, Félix de Jesús Mendoza.

13 Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23.706