

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 263.

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013).

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de FEDIN BAYONA JÁCOME, contra la sentencia de segundo grado proferida el 11 de abril de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, confirmatoria del fallo dictado el 15 de diciembre de 2011 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ocaña, que condenó al procesado a la pena principal de 144 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al declararlo autor penalmente responsable de la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Al sentenciado se le negaron los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

HECHOS

Los acontecimientos que originaron la investigación penal fueron relatados por las instancias en los respectivos fallos, como se transcribe a continuación:

“El 9 de diciembre de 2010, el señor padre de la víctima sorprendió en flagrancia a FEDIN BAYONA JÁCOME, cuando éste accedía carnalmente por la boca, introduciéndole el pene a su hija, la niña de tres años, hechos que se desarrollaron en la finca que queda en el parque eco turístico del municipio de Ábrego departamento [de] norte de Santander.”

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en la denuncia formulada Jesús Emel Vargas Vargas, padre de la víctima D.V.V.1, la Fiscalía Seccional de Ocaña solicitó del Juez Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de la misma ciudad, la expedición de una orden de captura contra FEDIN BAYONA JÁCOME.

Ante el Juez Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ocaña, el 19 de mayo de 2011 se legalizó la captura de FEDIN BAYONA JÁCOME, a quien se le formuló imputación por el delito acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión. El imputado no aceptó los cargos.

La Fiscalía, presentó el escrito de acusación por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, el 24 de mayo de 2011.

Le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ocaña, celebrar la audiencia de formulación de acusación, el 11 de julio de 2011.

El 4 de agosto de 2011, se realizó la audiencia preparatoria en la que se descubrieron elementos materiales probatorios, evidencia física e informes legalmente obtenidos. La Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en la audiencia de juicio oral y público.

El 18 de agosto de 2011 comenzó el juicio oral, mismo que culminó el siguiente 25 de noviembre. En esta última fecha se anunció que el sentido del fallo sería de carácter condenatorio. La lectura de la sentencia se llevó a cabo el 15 de diciembre de 2011, de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Cúcuta mediante la que es objeto del recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Cinco cargos postula el demandante contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, con fundamento en las causales segunda y tercera de casación, previstas en artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Primer Cargo.

Acusa la sentencia de segunda instancia, por “VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO (artículo 457 del C. de P.P.), POR INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD POR PARTE DEL FISCAL DELEGADO QUE FORMULÓ LA IMPUTACIÓN Y DESPUÉS LA ACUSACIÓN.”

Señala que a la víctima se le tomaron cuatro muestras de la cavidad bucal, con el fin de corroborar o descartar la existencia de fluidos seminales, por lo que sólo a partir del resultado podía habersele formulado la imputación, “...lo cual, desde luego, no implica que en esa audiencia el fiscal se hallara obligado a revelar el contenido y los resultados de la pericia, pero sí debía tenerlos en su poder para que la decisión de formular la imputación pueda calificarse como el resultado de una inferencia razonable y de una actuación imparcial, transparente y objetiva, inspirada solamente en la búsqueda de la verdad y la realización de los fines de la justicia, aún bajo la hipótesis de que el hecho no haya

dejado rastro o huella alguna y que su materialidad pueda demostrarse por otros medios...”

Sin embargo, el fiscal no se interesó por esa evidencia y por ello no la allegó a la investigación ni la introdujo al juicio oral, a pesar de su “conducencia para el esclarecimiento de los hechos.” Esa omisión –agrega– vulneró los derechos del procesado.

Considera que el fiscal no hizo valer como prueba los resultados de ese análisis, porque se hubiese desvirtuado su teoría del caso.

“No podía presentarlo para fundamentar la solicitud de medida de aseguramiento porque habría quedado expuesto a que se le negaran (sic). Y menos aún podía presentarlo en el juicio porque su acusación habría quedado en vilo ante la fuerza persuasiva de sus resultados, con lo que vulneró el principio de contradicción consagrado en el artículo 15, inciso segundo, del C. de P. P. puesto que tenía noticia de su existencia. En síntesis el aporte del dictamen podía dar al traste con su caso; de modo que le resultó más conveniente olvidarse, desentenderse de él.”

Admite el demandante que “Aún hoy, la defensa no conoce el dictamen sobre las referidas muestras, pero ello no le impide sostener que sus conclusiones habrían favorecido de manera muy significativa la posición del procesado, toda vez que habrían demostrado la total ausencia de rastros de fluidos corporales o seminales.”

Al tiempo argumenta que en curso de la audiencia preparatoria reclamó el resultado de esos análisis y el fiscal se limitó a responder que no sabía nada al respecto.

Censura que la fiscalía no interrogara al indiciado conforme lo permite el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal. Asimismo, critica que al formular la imputación se hubiese valido de un informe elaborado por la Comisaria de Familia de Ábrego, quien es

abogada de profesión, pero no es psicóloga y carecía de competencia para hacer ese tipo de entrevistas. “Significa ello que la formulación de imputación y la medida de aseguramiento se basaron en prueba ilegal o, cuando menos, manifiestamente ineficaz.”

Solicita que se decrete “...la nulidad del proceso a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación, para que a partir de allí se rehaga la actuación o, subsidiariamente, a partir de la audiencia de formulación de acusación, como en efecto así me permito solicitar a la H. Corte.”

Segundo Cargo.

“VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA (artículo 457 del C. de P. P.), POR LA INADMISIÓN EN JUICIO ORAL DE UNA PRUEBA DOCUMENTAL PRESENTADA POR UN TESTIGO DE LA DEFENSA.”

Explica el demandante que durante la audiencia del juicio oral el Juez no admitió como prueba un acta de conciliación extrajudicial celebrada ante el Inspector del Trabajo de Ocaña, entre el padre de la víctima y Santos Bayona Jácome (hermano del acusado), en la que consta que éste último se obligó a cancelar una suma considerable de dinero para saldar un conflicto laboral.

Está seguro de que debió admitirse ese documento, porque así lo permite el artículo 228-7° del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso por remisión.

Señala que ese documento acreditaba la existencia de un conflicto laboral entre Jesús Emel Vargas Vargas y la “familia del acusado”, del que se infiere el interés del padre de la menor y compromete seriamente su credibilidad.

Su pertinencia, entonces, radica en que sirve para cuestionar la credibilidad del testimonio

de Vargas Vargas.

Además, fue presentado oportunamente porque lo iba a introducir el testigo Santos Bayona Jácome, durante el interrogatorio que absolvió en el juicio. Empero, al no admitirse se vulneraron los derechos de contradicción y defensa.

Afirma que el A quo lo indujo a no impugnar la decisión de rechazar la prueba documental, al decir que "...para acreditar la existencia del conflicto laboral, "queda el testimonio" del propio SANTOS BAYONA JÁCOME, razón por la cual la defensa fue inducida a no impugnar la decisión. No obstante, después, en su fallo, el Juez se refiere a ese conflicto como "hipótesis que no pasan de ser especulaciones sin prueba alguna", cuando en su momento no permitió la aducción del documento que precisamente corrobora el dicho de este testigo en relación con la existencia de un conflicto entre el padre de la menor y la familia del acusado, originado con anterioridad al hecho denunciado."

La trascendencia del yerro -añade- radica en que el documento demuestra inequívocamente que había un conflicto laboral con el padre de la menor y que éste tenía la intención de causarle daño a un integrante de la familia Bayona Jácome, aparte de que pone en entredicho su credibilidad, porque en curso del juicio negó la existencia de la pugna.

Con fundamento en esas premisas, pide "...invalidar la actuación a partir de la clausura de la fase probatoria del juicio oral, de modo que se permita la aducción del documento que se halla en poder del testigo SANTOS BAYONA JÁCOME, a fin de que se le valore junto con todo el acervo probatorio practicado."

Tercer cargo.

En esta censura propone la "VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO (artículo 457 del C. de P.

P.), POR MOTIVACIÓN DEFICIENTE DE LOS FALLOS DE INSTANCIA. Ninguno de los fallos proferidos, que han de considerarse como una unidad inescindible en cuanto no se contradigan entere sí, honra la garantía fundamental de la motivación suficiente, lo que a su vez condiciona o dificulta en grado sumo el cabal ejercicio del derecho a la impugnación.”

Insiste en que no se valoró el testimonio de Santos Bayona Jácome, excepto porque se hizo referencia a él para decir “que por obvias razones trata de demeritar el testimonio del padre de la menor”, a pesar de que se trataba de un testimonio válidamente admitido en el juicio oral y “...el juzgador ha debido indicar o exponer razonada y detalladamente los motivos que lo llevaron a desestimarlos.”

Advierte que la falta de motivación del fallo no fue subsanada por el Tribunal.

También alude a que se desestimó parcialmente el testimonio de Jesús María Álvarez Vergel y lo mismo ocurrió con el del procesado FEDÍN BAYONA JÁCOME, desechado “...en todo lo que no lo perjudicara.” Al igual que no se dijo por qué dejaban de valorarse el informe técnico y el testimonio rendidos por Astrid López Álvarez.

No se tuvieron en cuenta las reseñas de las psicólogas que entrevistaron a la menor, en relación con las que señaló el A quo “No discute el Despacho las falencias que presentan las entrevistas y las valoraciones psicológicas realizadas por las psicólogas de la Comisaría de Familia de Ábrego y del Instituto Colombiano de Bienestar, por eso no son fundamento de esta sentencia.” No obstante, el Tribunal sí se refirió a lo que denominó “valoración psicológica”, sin especificar a cuál se refería y sin mencionar “...ninguna razón que dé sustento al mérito que le atribuye.” Entonces, considera anómalo que el Ad quem la hubiese tenido en cuenta, cuando había sido desatendida en el fallo de primer grado.

Igualmente, argumenta que no se desvirtuaron los serios cuestionamientos que se

plantearon acerca de la validez y eficacia de la declaración de la menor y la credibilidad del testimonio de su padre.

Critica apartes de la motivación de la sentencia de segunda instancia, por considerarlos anfibológicos y contradictorios, puesto que le restan importancia a la conclusión del informe técnico sexológico, para dársela a una constancia que dejó el médico en el sentido de que la víctima le relató haber sido accedida oralmente “Pero no explica el Tribunal cómo y de qué manera el resultado de una pericia médico-legal ha de ceder su fuerza probatoria frente a una constancia de naturaleza semejante, que no tiene valor ni aún como prueba de referencia.”

No se sometieron a “crítica alguna” los testimonios de la niña y de su padre; aunque a continuación transcribe un párrafo en el que el Tribunal se refirió a la valoración del testimonio de la víctima. Al mismo tiempo argumenta la ausencia de respuesta a la tesis de la defensa, en el sentido de que la niña fue manipulada por Jesús Emel Vargas.

También asegura que el Juez Colegiado no se refirió de “manera puntual, razonada y detallada” a cada una de las alegaciones de la defensa y reproduce un aparte de la decisión impugnada en la que el Tribunal señala que el A quo valoró todas las pruebas introducidas en el juicio oral.

Por último reprocha que no se le hubiesen contestado al representante del Ministerio Público los argumentos que expuso para sustentar la apelación.

“En conclusión, resulta evidente que el fallo del Tribunal tiene una estructura meramente enunciativa y un tono diletante, lo que demuestra, lamentablemente, que el registro de la audiencia del juicio oral no fue examinado ni por el ponente ni por los demás integrantes de la Sala al momento de resolver la apelación, pues no contiene referencia concretas y precisas sobre las vicisitudes del juicio o sobre el contenido, el alcance específico y el mérito de los medios probatorios como tampoco sobre los motivos

de inconformidad planteados por la Defensa y por el Representante del ministerio Público en los respectivos recursos de apelación.”

Reclama de la Sala que decrete la nulidad de las sentencias de instancia y que ordene la remisión de la actuación al Juzgado para que profiera nuevamente el fallo.

Cargo Cuarto.

Propone un error de derecho consistente en falso juicio de legalidad, por desconocimiento de los artículos 193-13° y 194, del Código de la Infancia y la Adolescencia, puesto que se violaron las reglas de producción de la prueba testimonial, concretamente respecto de la víctima.

Menciona que entre las exigencias que consagra el artículo 193, se cuenta que en las diligencias en que intervengan niños, niñas o adolescentes, la autoridad judicial debe asegurar que ellos estén libres de presiones o intimidaciones. Al paso que el artículo 194 exige verificar que el niño, niña o adolescente “...se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad.”

Se refiere a la prohibición de preguntas sugestivas que consagran los artículos 391 y 392 del Código de Procedimiento Penal, y a la facultad que tiene el juez de excluir las preguntas impertinentes.

Explica el defensor que la funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que participó en la recepción del testimonio de la víctima, no es una profesional especializada y tampoco es perito forense. Asimismo, censura que durante el interrogatorio y contrainterrogatorio la psicóloga no trató de adaptar las preguntas a un lenguaje comprensible para la menor; no utilizó los protocolos establecidos; no agotó la fase previa verdad-mentira; no intentó un relato espontáneo; considera que presionó e

intimidó a la menor; le formuló preguntas cerradas y sugestivas, sin que el juez presentara ninguna objeción.

Expone el demandante que la niña no supo diferenciar entre el día y la noche, puesto que durante el interrogatorio contestó que era de noche y por esa razón fue duramente reprendida por la psicóloga que la intimidó para que dijera sólo la verdad.

Del mismo modo, la funcionaria del I.C.B.F. le preguntó a la menor si conocía a FEDÍN, y antes de que respondiera la interrogó acerca de sus partes íntimas y si el procesado se las había tocado, respuesta que –supone el actor– se había ensayado durante ocho meses.

Afirma que la pregunta sobre sus partes íntimas no fue adaptada a un lenguaje inteligible, porque “...es obvio que a la menor le resultaba incomprensible [saber] qué son las partes íntimas...”

“En resumen, se tiene que en la recepción del testimonio de la menor se quebrantaron irremediablemente las normas establecidas: se permitió, aunque inadvertidamente, que viera al acusado antes de declarar; no se dispuso del tiempo necesario sino que la diligencia se adelantó con total precipitud, la menor fue presionada hasta arrancarle las respuestas que de ella se esperaban, no actuó una profesional especializada sino una funcionaria censurada por su mala praxis (cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, febrero 11 de 2011), no se adecuó el interrogatorio a un lenguaje comprensible, se intimidó a la menor advirtiéndole que debía decir “la verdad, solo la verdad” y se le regañó por algunas de sus respuestas, las preguntas se formularon anti técnicamente y fueron cerradas y sugestivas, todo lo cual puede verificarse en el registro de la audiencia.”

Ese testimonio no ha debido valorarse y, al ser excluido, la sentencia tendría que haber sido absolutoria, porque esa prueba fue el fundamento de la condena. Entonces,

“...si el testimonio de la menor deviene insubsistente, decae igualmente la fuerza suasoria de los dichos de su padre...”

Con fundamento en esas premisas, solicita de la Corte “...casar la sentencia recurrida, excluir la declaración para todo efecto jurídico y, en sede de instancia, proceder a dictar la decisión que corresponda con base en las pruebas restantes.”

Cargo quinto.

También invocando la causal que consagra el artículo 181-3° del Código de Procedimiento Penal, argumenta que al proferir la sentencia de segunda instancia se incurrió en “FALSO RACIOCINIO EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LA MENOR. En la apreciación del testimonio de la menor la sentencia del Tribunal transgrede los principios de la sana crítica en cuanto se aparta de los postulados de la lógica y las leyes de la ciencia.”

Está seguro de que al valorar el testimonio de la menor no se tuvieron en cuenta las reglas previstas en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma que el fallador constató los problemas de percepción y de memoria de la menor, la sanidad de los sentidos y el desarrollo de su personalidad,

“Sin embargo, al momento del fallo da un viraje radical y le atribuye a la menor condiciones de sanidad, formación y madurez de las que ostensiblemente carece. Emergió aquí una franca contravención del principio de no contradicción, pues no puede considerarse que una persona se halla en deficientes condiciones de sanidad, madurez y formación para decidir con base en el supuesto exactamente contrario. Y el Tribunal no corrigió este falso raciocinio, que contradice la lógica más elemental. Un raciocinio consecuente habría consistido en restar toda eficacia al testimonio de la menor, reconociendo, como ya se había constatado al momento de recibirle declaración, que sus

condiciones personales no permitían aceptarlo como prueba de la materialidad del hecho denunciado.”

Reprocha que el Tribunal no aplicara ninguno de los criterios aceptados por la ciencia para evaluar la credibilidad del testimonio de la menor, los que –asegura– según “...el experto español y reconocido tratadista en psicología forense B. VÁSQUEZ...” son: “...una estructura lógica del relato, cantidad de detalles, descripción del contexto, descripción de detalles, aspectos del estado mental del menor, aspectos temporales” y “si hay ausencia de algunos de estos criterios, la declaración debe considerarse de baja calidad”, todos los cuales –estima el demandante– se echan de menos en el testimonio de la niña D.V.V.

Concluye que a pesar de “...la falta de estructura lógica en las palabras de la menor, a la ausencia total de detalles, a la falta de descripción del contexto y a la omisión de toda referencia temporal, que son los criterios que la ciencia impone se apliquen en la valoración de la credibilidad del testimonio de los menores...”, el Tribunal “...le reconoció eficacia, contundencia, claridad y, en fin, credibilidad plena al testimonio de la menor...”, al punto que esa prueba –agrega– fue la que sirvió de fundamento a la condena. Por eso cree que es ahí donde radica la trascendencia del yerro, puesto que de no haberse incurrido en ese error la decisión habría sido absolutoria.

CONSIDERACIONES

Antes de examinar el cargo planteado por el defensor de FEDIN BAYONA JÁCOME, contra la sentencia objeto de impugnación, es necesario destacar cómo con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afecten las garantías de las partes, en seguimiento

del precepto consagrado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal:

“Finalidad. El recurso pretende la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”

Precisamente, para habilitar el efectivo cumplimiento de tan caros propósitos, el artículo 184, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, le confiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, la facultad de superar los defectos que contenga la demanda, con el fin de que pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

No obstante, es posible inadmitir la demanda cuando, conforme lo expresa el inciso segundo de la norma citada, “el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

En atención a esos criterios, ha señalado la Corte²:

“De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la

sentencia demandada;

2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;

3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas³.

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia⁴.

c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley

sustancial –manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia–; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad –práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley–, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción⁵, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad –distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio–, del falso juicio de existencia –declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una alegada de manera válida al proceso– y del falso raciocinio –fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica–.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.”

Establecidas las premisas básicas de evaluación, se abordará en detalle la demanda de casación, de conformidad con los cargos formulados por el demandante.

Como quiera que la demanda incluye tres cargos por nulidad, la Sala hará unas precisiones comunes a esta clase de reproche.

Si bien la jurisprudencia de la Corte ha señalado que la nulidad, como causal de casación, no exige en su redacción formas específicas para su proposición y desarrollo, la demanda no puede confundirse con un alegato de libre confección, pues al igual que en las otras causales, debe ajustarse a determinados parámetros lógicos de modo que se comprendan, con claridad y precisión, las irregularidades sustanciales alegadas y la manera como quebrantan la estructura del proceso o afectan las garantías debidas a

cualquiera de las partes.

En efecto, por dirigirse a cuestionar una sentencia es imprescindible que el libelo contenga un discurso ordenado, claro, lógico y racional a través del cual con suficiencia se planteen los errores de juicio o de procedimiento en que pudo incurrir el fallador y se resalte su trascendencia.

Los motivos que generan esta causal son específicos, como lo señala el principio de taxatividad consagrado en el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, y se refieren a la nulidad derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión; la nulidad por incompetencia del juez; y, la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (Ley 906 de 2004, artículos 23 y 455, 456 y 457, respectivamente).

Cuando se denuncia la vulneración del debido proceso, le corresponde al demandante determinar en cuál de los específicos momentos que conforman la actuación se presentó el irremediable defecto, indicando si fue en la formulación de la imputación, en la formulación de la acusación, en el juicio oral, en alguna de las demás audiencias o en los fallos de instancia.

También le corresponde al censor demostrar que la irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo, incide de tal manera que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias y por eso debe indicar con precisión el momento procesal al cual deben retrotraerse las actuaciones una vez excluidas las que se demostraron viciadas.

Si la nulidad se predica por la vulneración del derecho de defensa por ausencia de esta garantía, por desconocimiento del principio de imparcialidad o por haber sido deficiente la materia probatoria, para la correcta formulación de la censura corresponde al demandante ocuparse de cada uno de esos asuntos demostrando la trascendencia directa que el error

in procedendo refleja en el fallo y que de no haberse presentado la irregularidad denunciada, el desarrollo de la actuación habría podido ser otro y distinto lo resuelto, y de esa forma acreditar que el defecto sustancial planteado únicamente se puede enmendar con la declaratoria de nulidad.

Cuando el recurrente denuncia que el fallo se dictó desconociendo el principio de imparcialidad de los funcionarios judiciales, debe tenerse en cuenta que este postulado se integra, en general, al debido proceso en lo que concierne al juez natural.

En síntesis, cuando el cargo se formula por una causal de nulidad, se debe señalar específicamente si con el fallo impugnado se quebrantó el debido proceso o el derecho de defensa, pues se trata de vulneraciones que afectan dos ámbitos suficientemente delimitados y delimitables, conforme lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia. Ello, en razón de que la afectación del debido proceso constituye un vicio de estructura (falta de competencia, pretermisión de las formas propias del juicio, etcétera), mientras que el quebranto del derecho a la defensa, comporta un vicio de garantía, características distintivas que imposibilitan su invocación conjunta, con fundamento en los mismos supuestos de hecho procesales y con apoyo en las mismas razones críticas⁶.

Le correspondía al recurrente demostrar que las irregularidades cometidas en el desarrollo del proceso e inadvertidas en el fallo, lo viciaban al punto que para remediar el agravio no existía alternativa diferente que invalidar las diligencias.

Además, el actor tenía el deber de probar que no contribuyó a la producción del acto tachado de irregular, salvo que se trate de la ausencia de defensa técnica –principio de protección–, ni que por una actuación posterior de su parte hubiese dado lugar a la ratificación de dicha irregularidad –principio de convalidación–.

Omitió el demandante determinar la trascendencia de los vicios que reprocha, porque no explicó cuál es el perjuicio que por las pretendidas anomalías sufrió el procesado y cómo se afectaron sus garantías o las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento, pues, como lo ha reiterado esta Sala, para que opere la nulidad se requiere la producción de un daño y el defensor tiene la carga de enseñar de qué forma se beneficiaría el procesado con la invalidación del proceso.

Debe destacarse igualmente que el actor, al postular los cargos uno y dos con fundamento en la causal segunda, partió de falsas premisas, porque deliberadamente ocultó que estuvo de acuerdo con el descubrimiento probatorio que hizo la Fiscalía y no impugnó la credibilidad del testigo Jesús Emel Vargas Vargas, a pesar de contar con una supuesta declaración anterior.

Primer Cargo. Nulidad.

El demandante solicita que se decrete la nulidad por afectación del debido proceso, al estimar que la Fiscalía desconoció el principio de objetividad, debido a que el descubrimiento probatorio no fue completo, pues omitió allegar el resultado del análisis de cuatro muestras tomadas de la cavidad bucal de la víctima, para corroborar o descartar la presencia de fluidos seminales y en su sentir sólo a partir de esos resultados podía haberse formulado la imputación o presentado el escrito de acusación.

Con todo, este específico tema ya había sido resuelto en curso de la audiencia preparatoria y lo que el defensor pretende ahora es revivir ese debate, mismo que él en su condición de apoderado de confianza del acusado dio por terminado al manifestar su conformidad con lo que decidió el A quo.

En efecto, en esa oportunidad el defensor manifestó que el Fiscal no había descubierto la totalidad de los elementos probatorios, porque exceptuó el resultado del análisis de las muestras tomadas a la menor. Al ser requerido por el Juez de conocimiento, el

representante del ente acusador manifestó que no sabía nada acerca de ese informe, porque no se le había entregado y ni siquiera aparecía el oficio con el que se hubiera solicitado el análisis por parte del médico que lo ordenó al final del examen sexológico.

El Juez individual explicó que no había motivos para dudar de lo que decía el Fiscal. Sin embargo, dispuso que se compulsaran copias para investigar la posible destrucción, supresión u ocultamiento de documento público; declaró que el descubrimiento probatorio estaba completo; y, le preguntó al defensor si tenía alguna objeción al respecto y éste contestó: “No su señoría.”

En esas condiciones, es clara la falta de legitimación en la causa o interés jurídico, porque para recurrir ordinario o extraordinariamente se exige que la providencia censurada, o la parte pertinente, hubiese causado un agravio, un perjuicio real en el sentido que se reclama, porque de lo contrario, esto es, si la decisión judicial no generó daño alguno, la parte está deslegitimada para exigir la revisión, como ocurrió en este caso, porque el defensor se mostró de acuerdo con lo resuelto por el A quo.

A pesar de ello, es necesario recordarle al recurrente cómo de manera pacífica y reiterada ha considerado la Sala, al examinar las normas que regulan la obligación del descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, que el deber de lealtad emana de la necesaria posibilidad ofrecida a la defensa, para que conozca qué fue lo recaudado por la Fiscalía, favorable al acusado, y así pueda adelantar su particular estrategia en el juicio.

Pero, esa obligación de descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes legalmente obtenidos no entraña, dentro de un proceso de partes regido también por el principio de adversarialidad, que la Fiscalía pida, ni mucho menos practique, las pruebas que puedan favorecer al acusado.

Si la defensa considera que, en efecto, esos elementos de juicio recogidos por la Fiscalía

son favorables, la técnica probatoria indica que simplemente los solicita en el momento correspondiente de la audiencia preparatoria.

De ninguna manera puede predicarse, como trata de insinuarlo la defensa en su escrito de casación, que a la Fiscalía le corresponde no solo descubrir el medio, sino que además, en contra de su particular teoría del caso, incluso de sus convicciones, debe pedir la práctica de la prueba y después, en reemplazo de la defensa, practicarla en la audiencia de juicio oral, deslegitimando su rol.

Nada impediría que la defensa introdujera en la audiencia de juicio oral, advirtiéndolo necesario o adecuado, algún elemento material probatorio o evidencia física que le permitió conocer la Fiscalía, precisamente porque entiende cuál es el aspecto trascendente que debería demostrar.

Sin embargo, los confusos argumentos del demandante en casación no permiten ni siquiera establecer qué se demostraría con el supuesto informe de laboratorio que echa de menos, porque admite que no sabe cuál fue el resultado de tales análisis, especialmente desconoce a quién favorecerían y acepta que si la ejecución de la conducta punible no dejó ninguna huella, su materialidad podría demostrarse con otros medios, lo que descarta la hipótesis de que los resultados desvirtuaban la teoría del caso de la Fiscalía.

De esa forma, se excluye que la omisión denunciada hubiese representado una efectiva mengua en la posibilidad defensiva, o que dicho proceder del Fiscal desquiciara la estructura del proceso.

Esas circunstancias que la defensa dice ignorar, encuentran explicación a partir del testimonio del médico Anderson José Álvarez Meza, a quien la Fiscalía interrogó en el juicio oral por el estudio de las muestras que tomó de la víctima, respondiendo que hizo la solicitud de análisis por intermedio de la IPS Hospital Regional Noroccidental que se

comprometió a remitirlas al Instituto de Medicina Legal, sin que tuviera conocimiento de la suerte que habían corrido.

Ahora si de verdad la defensa entendía que el resultado de tal evaluación representaba un elemento favorable al acusado, lo menos que debió hacer fue solicitar en la audiencia de formulación de acusación, que el correspondiente escrito fuese ampliado o complementado con ese elemento, conforme lo permiten los artículos 334, 337 y 339 del Código de Procedimiento Penal.

Es que, el deber de lealtad no solo opera para la Fiscalía, sino respecto de todos los intervinientes en el proceso penal. Por ello, si la ley establece para la defensa la posibilidad de exigir oportunamente de la Fiscalía el descubrimiento probatorio, cuando conoce que tiene en su poder algún elemento de juicio interesante a su teoría del caso, y además se faculta para que lo solicite como prueba a introducir en la audiencia de juicio oral, independientemente del querer de la Fiscalía, deja en entredicho esa lealtad el profesional del derecho que en lugar de hacer uso de los mecanismos legales, se muestra conforme -como en este caso que le informó al Juez no tener ninguna objeción con la decisión de declarar completo el descubrimiento probatorio- para luego desconocer su beneplácito, como ahora lo hace, con el fin de obtener una imposible nulidad.

En lo que hace referencia a la crítica que expone contra la Fiscalía, por no haber interrogado al indiciado conforme lo permite el artículo 282 del Código de Procedimiento Penal, el demandante no indica por qué razón dicha entidad estaba obligada a examinar en esos términos a FEDIN BAYONA JÁCOME ni de qué forma esa práctica lo hubiese beneficiado.

Por último, si el demandante considera que la Fiscalía no debió utilizar, para fundamentar la formulación de imputación y sustentar la imposición de la medida de

aseguramiento, el informe de la Comisaria de Familia de Ábrego, por considerarlo ilegal, ha debido postular un error de derecho por falso juicio de legalidad.

La consecuencia irrefutable de los defectos de argumentación y carencia de trascendencia de lo criticado, es la inadmisión del cargo.

Segundo Cargo. Nulidad

Reprocha que durante la audiencia del juicio oral, se inadmitiera como prueba un acta de conciliación extrajudicial celebrada ante el Inspector del Trabajo de Ocaña, entre el padre de la víctima y Santos Bayona Jácome, en la que consta que éste último se obligó a cancelar una suma considerable de dinero; pues, de esa forma acreditaba la existencia de un conflicto laboral entre Jesús Emel Vargas Vargas y la “familia del acusado” y, además, cuestionaba la credibilidad del testimonio de Vargas Vargas.

Es evidente que el defensor pretende trasladar a esta sede el debate que debió sostener en curso del juicio oral.

En primer lugar, el documento al que se refiere no fue objeto de descubrimiento durante la audiencia preparatoria. Mucho menos formó parte de las solicitudes probatorias.

Aunque entre las pruebas que pidió para sustentar su pretensión absolutoria se contaba el testimonio de Santos Bayona Jácome, no explicó que por intermedio de esa persona tuviera la intención de introducir la mencionada acta de conciliación extrajudicial.

Con todo, durante la audiencia preparatoria tanto el delegado de la Fiscalía como el defensor, pidieron que se les admitiera el testimonio de Jesús Emel Vargas Vargas y así lo dispuso el Juzgado.

Durante la sesión del juicio oral que se celebró el día 18 de agosto de 2011, Jesús Emel Vargas Vargas fue el primer testigo que interrogó directamente el Fiscal; asimismo, fue contrainterrogado por el defensor; y, en curso de la audiencia correspondiente 13 de septiembre de 2011, fue el quinto testigo directamente interrogado por el defensor, sin que hasta entonces, pusiera en entredicho la credibilidad de esta persona y específicamente lo hiciera en relación con la existencia de algún conflicto laboral que eventualmente tuviese el señor Vargas Vargas con Santos Bayona Jácome y mucho menos con toda la familia Bayona Jácome.

En síntesis, el defensor no impugnó la credibilidad de Jesús Emel Vargas Vargas acerca de un supuesto conflicto laboral con la familia Bayona Jácome, ni como testigo ajeno ni como testigo propio.

En efecto, en curso del contrainterrogatorio el apoderado especial del procesado le preguntó a Jesús Emel Vargas si había tenido problemas de tipo económico, político o laboral con algún integrante de la familia Bayona Jácome y el testigo le respondió que no.

Ya en desarrollo del interrogatorio directo le reiteró la pregunta, es decir, si había tenido problemas de tipo económico, político o laboral con algún integrante de la familia Bayona Jácome y el testigo le respondió que no. De inmediato el defensor le preguntó si había presentado alguna reclamación de tipo laboral contra Santos Bayona ante el Inspector de Trabajo de Ocaña y respondió que no. Y, por último, durante el redirecto el abogado lo requirió para que informara si Santos Bayona le había dado dinero en la Inspección de Policía y el testigo contestó que no.

Por su parte, al rendir el testimonio Santos Bayona Jácome informó que Jesús Emel Vargas quiso seguir trabajando en su finca después de los hechos, empero le dijo que debía irse. Además, que lo hizo requerir por intermedio del inspector del trabajo de Ocaña. De inmediato el defensor solicitó que se tuviera como prueba el acta de conciliación

celebrada el 24 de mayo de 2011 entre Santos Bayona Jácome y Jesús Emel Vargas, pero el delegado de la Fiscalía, el Ministerio Público y la representante de la víctima se opusieron argumentando que ese documento no fue descubierto en la audiencia preparatoria. El defensor replicó que se requería para impugnar la credibilidad del testigo Vargas Vargas, porque había declarado que no tuvo problemas laborales con Santos Bayona y agregó: “Es una prueba sobreviniente que si su señoría la considera necesaria la puede incluir, su señoría.”

El Juez A quo consideró que no era prueba sobreviniente y negó la incorporación del documento.

La defensa no está obligada a presentar prueba de descargo ni contraprueba (artículo 125-8 L. 906/04), salvo la que pretenda hacer valer en el juicio oral, en cuyo caso deberá sujetarse a las reglas del descubrimiento íntegro y oportuno de las mismas.

El acta de conciliación extrajudicial a la que hace referencia el recurrente, según informó durante la audiencia del juicio oral, data del 24 de mayo de 2011 y eso significa que tenía conocimiento de su existencia desde antes del 4 de agosto del mismo año, fecha de la audiencia preparatoria en la que debió descubrirla y hacerla valer como prueba en el juicio.

No demostró el defensor que se encontrara dentro de alguna de las excepciones legales que facultan al Juez para autorizar un descubrimiento posterior, conforme lo prevén los artículos 3447 y 3468 del Código de Procedimiento Penal, bien porque el elemento material probatorio o la evidencia física de mucha significación fueron encontrados durante el juicio; ya porque no se descubrieron por causas no imputables a la parte afectada.

El defensor, pretendiendo la introducción extemporánea de un documento, simplemente dejó al criterio del Juez su admisibilidad: “Es una prueba sobreviniente que si su

señoría la considera necesaria la puede incluir, su señoría...”

Sin embargo, el Juez consideró que no se trataba de una prueba sobreviniente y que si lo que se pretendía con ese documento era impugnar la credibilidad del testigo Vargas Vargas, el testimonio de Santos Bayona serviría para valorar ese aspecto: “El interrogatorio, pues, sirve para que posteriormente se valore la credibilidad o no.”

La intención del demandante en casación se extiende específicamente a demostrar que entre Jesús Emel Vargas y la familia Bayona Jácome existió un conflicto laboral, lo que no es cierto, porque el trabajador lo negó. Pese a ello, de haberse presentado el problema, es palmario que no fue con la familia Bayona, sino con el empleador que era Santos Bayona Jácome, lo que por demás demuestra la impertinencia de la prueba que inoportunamente quería el defensor introducir al juicio, porque ninguna relación tienen las diferencias laborales suscitadas entre Santos Bayona y Jesús Emel Vargas, con el hecho de que este último hubiese sorprendido a Fedín Bayona Jácome accediendo a su hija. Mucho menos podría deducirse de esa situación que la intención del testigo y padre de la víctima fuera perjudicar al procesado por el solo hecho de tener un conflicto con el hermano.

Lo más significativo, es que el supuesto inconveniente se ocasionó con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. Fue propiciado por Santos Bayona cuando dio por terminada la relación laboral con Jesús Emel Vargas, ya que aquél expresamente admitió en curso del juicio oral que no le permitió al trabajador que siguiera desempeñando su labor, luego de denunciar penalmente a Fedín Bayona, y lo requirió para que le restituyera la casa que ocupaba dentro de la finca.

Si el despido de Vargas Vargas fue consecuencia de la denuncia penal por los hechos que se le atribuyeron a FEDÍN BAYONA JÁCOME, no podía ese tal conflicto laboral al mismo tiempo ser la causa de la denuncia.

También argumentó el actor que el A quo lo indujo a no impugnar la decisión de rechazar la prueba documental, lo que no es cierto, porque ninguna consideración en ese sentido presentó el Juez. Incluso tal afirmación queda desvirtuada por la forma como el abogado pidió que se admitiera el documento en el juicio: “Es una prueba sobreviniente que si su señoría la considera necesaria la puede incluir, su señoría...”

Con todo, verificados los registros de la audiencia el Juez señaló que consideraría el testimonio, como era su deber, pero de ninguna manera se comprometió, como pretende hacerlo creer el defensor, a ratificar lo que dijo el testigo.

Finalmente, el principio de integración (art. 25 del C.P.P.), establece que “En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil”; y, conforme viene de analizarse, el tema del descubrimiento, las solicitudes probatorias, oportunidad, admisión, decreto y práctica, están expresamente reglamentadas en la Ley 906 de 2004, lo que permite predicar que resulta absolutamente improcedente aplicar en este caso el artículo 228-79 del Código de Procedimiento Civil.

La censura será inadmitida.

Tercer cargo.

Abandonando por completo el deber de concretar en qué consistió la supuesta falla relativa a la motivación de las sentencias, plantea lo que parece ser una serie de errores de hecho consistentes en falsos juicios de existencia por omisión e identidad por cercenamiento, al señalar que no se valoró el testimonio de Santos Bayona Jácome, tampoco el informe técnico rendido por Astrid López Álvarez y el testimonio de esta docente; asimismo, alega que se desestimaron parcialmente los testimonios de Jesús María Álvarez Vergel y del procesado FEDÍN BAYONA JÁCOME; aspectos que debió censurar al amparo de la causal tercera de casación por violación indirecta de la ley sustancial.

En síntesis, el libelista omitió precisar en qué consistió la supuesta falta de motivación.

Cuando en casación se aspira desquiciar el fallo por la trasgresión del debido proceso como consecuencia de vicios en la construcción de los fundamentos de la sentencia, al recurrente le corresponde precisar qué aspectos de la apelación, o cuáles inescindiblemente vinculados a ésta, no resolvió el superior jerárquico, y si tales defectos derivaron de alguno de los siguientes dislates que la jurisprudencia¹⁰ ha revelado como formas de falta de motivación:

1. Ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando el fallador no expone las razones de orden probatorio ni los fundamentos lógicos y jurídicos en los cuales sustenta su decisión;
2. La motivación incompleta o deficiente, que se configura al omitir el juzgador el análisis de alguno de aquellos dos aspectos, o porque los motivos aducidos no permiten identificar las razones en las que se sustenta el fallo, o porque se dejan de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto;
3. Motivación ambivalente o dilógica, que se presenta cuando el juez incurre en contradicciones en la parte motiva que impiden desentrañar el verdadero sentido de la sentencia o las razones expuestas en ella son contrarias a la determinación finalmente adoptada en la resolutive; y
4. Motivación falsa o sofística, la cual tiene lugar cuando a través de una valoración incompleta o deformada de la prueba se construye una realidad diferente al fáctum; el juez se aparta abiertamente de la verdad probada, para llegar a conclusiones manifiestamente equívocas.

Pues, las tres primeras constituyen errores in procedendo y son enjuiciables a través

de la causal segunda de casación -nulidad-, en tanto que la última, como vicio de juicio o in iudicando, es atacable por vía de la causal tercera-violación indirecta de la ley sustancial-.

Al evaluar un cargo en el que se alegue cualquiera de las tres primeras modalidades señaladas, es preciso tener en cuenta que no es lo mismo la existencia de defectos de motivación, por ausencia absoluta de las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión, por insuficiente argumentación, o por el ofrecimiento de razones anfibológicas o contradictorias, a que la sustentación plasmada por el fallador no satisfaga las expectativas del sujeto procesal que la censura de arbitraria, como ocurre precisamente en este asunto.

Cuando se fundamenta el reproche por este motivo, no es válida la afirmación de una simple inconformidad con la valoración hecha en la sentencia o del descontento con los argumentos que suministra el fallador, porque se estimen equivocados o se aspira a que sean presentados de una determinada manera, sino que debe encaminarse a demostrar con precisión la carencia absoluta o parcial de contenido o el ambivalente razonamiento que le impide a los sujetos procesales explicarse cómo llegó el juez a la conclusión que finalmente expresa en la parte resolutive de la providencia.

Ningún aporte realizó el demandante frente a este reparo conformándose con exteriorizar que el fallo carece de argumentación suficiente.

Y si se dijera que su inconformidad radica en que la motivación fue incompleta o deficiente, porque se dejaron de examinar los alegatos de la defensa en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto, puesto que argumenta que no se desvirtuaron los serios cuestionamientos que planteó acerca de la validez y eficacia de la declaración de la menor y la credibilidad del testimonio de su padre, omite explicarle a la Corte, al menos, cuáles fueron esos juiciosos interrogantes que no absolvió

la segunda instancia.

Además, el hecho de que el Tribunal no se refiriera a todas y cada una de las consideraciones hechas por el A quo, no constituye ninguna irregularidad, mucho menos porque al confirmar el fallo de primer grado ambas decisiones se convierten en una unidad inescindible sin que se requiera que el Juez Colegiado reitere los argumentos del Juez individual.

Tampoco constituye ningún vicio el hecho de que la segunda instancia analizara el concepto de la psicóloga, a pesar de que en primera instancia se le restó importancia.

Por lo demás, sí se valoraron en el fallo los testimonios de Santos Bayona Jácome, de la víctima y de su padre Jesús Emel Vargas, conforme con las motivaciones que se transcriben:

“En cuanto a la responsabilidad del acusado, el Despacho otorga entero crédito al testimonio de la menor, la forma en que entregó su versión en la audiencia del juicio oral, en un vocabulario apropiado para su edad, fue clara en señalar que el acusado le tocó sus partes íntimas, y le metió el miembro en su boca. Es cierto que no fue fluida en su relato, que los profesionales que la asistieron hicieron esfuerzos para que contestara a las preguntas, pero es que se trata de una niña de escasos cinco años de edad, criada en un medio de privaciones, se encontraba en presencia de personas extrañas, luego su comportamiento no podía ser el mismo que el observado en las entrevistas y valoraciones psicológicas que se le practicaron, pero con todo ello su relato sobre los hechos fue claro y contundente y no es posible que una niña de esa edad y condiciones se pueda preparar para que mienta en una audiencia de esta clase.

Pero además de ello tenemos para corroborar su dicho, el testimonio de su padre el que también merece credibilidad para el Despacho, pues se limita a contar lo que observa cuando entró al cuarto donde se encontraba su hija con el acusado, sin querer

hacer más gravosa la situación de este. Se ha tratado de anular el valor probatorio de este testimonio, señalando contradicciones en sus diferentes versiones, pero lo cierto es que el núcleo central de su testimonio se ha mantenido invariable en todas sus intervenciones sin que pierda credibilidad porque en una entrevista habló de estar buscando a su hija y en otra de buscar al acusado para hablar sobre una cerca, lo importante de su testimonio es lo que observó cuando entró al cuarto donde se encontraban y en esto ha sido reiterativo. Tampoco resta credibilidad a su testimonio, el argumento de que el motivo de la acusación que hace al procesado, es su deseo de permanecer en una casa de la finca donde ocurrieron los hechos o lograr una indemnización laboral, estas hipótesis no pasan de ser especulaciones sin prueba alguna y como lo señalé al emitir el sentido del fallo, es impensable que un humilde campesino, analfabeta, que sólo se ha dedicado a labores del campo, tenga capacidad de fraguar una confabulación de estas proporciones para obtener provecho económico, en primer lugar en qué momento la planeó, acordó con su pequeña hija que se introdujera al cuarto del acusado para él sorprenderlos o aprovechó la situación para sobre la marcha idear la terrible acusación? También involucró a las funcionarias públicas que inicialmente intervinieron en la investigación y luego a las funcionarias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o estas fueron engañadas por el campesino analfabeta y sin preparación intelectual alguna? Preguntas que necesariamente deben obtener una respuesta negativa, pues no cabe en mente alguna que esto pueda ocurrir.”

No menciona el demandante que apartes del testimonio de Jesús María Álvarez Vergel se cercenaron; y, pasa por alto, no se sabe con qué intención, que el procesado FEDÍN BAYONA JÁCOME no ofreció su testimonio, por lo que es imposible afirmar que no fue valorado o que su contenido se fragmentó.

En cuanto a las motivaciones de la sentencia que califica de anfibológicas y contradictorias, porque –en su sentir– el Tribunal consideró que el dictamen médico legal sexológico debía ceder ante una constancia dejada por el facultativo, es

claro que no fue esa la valoración que hizo el Ad quem, porque éste apenas aludió al relato de la niña frente al legista, en orden a corroborar que lo mismo había testificado, sin contradicciones, en el juicio oral:

“Al respecto, hay que aclarar que si bien, tal como lo asevera el defensor, el informe técnico “Dictamen Sexológico” de fecha 10 de diciembre de 2010, concluye entre otras que “AL MOMENTO DEL EXAMEN NO PRESENTA HUELLAS EXTERNAS RECIENTES O AMNTIGUAS (sic) DE TRAUMA EXTRAGENITAL Y PARAGENITAL QUE AMERITEN UNA INCAPACIDAD MEDICO LEGAL”, lo cierto es que en el juicio se estableció que en el mismo se consignó de forma expresa la manifestación de la menor respecto que el acusado, se lo introdujo en su boca; aclarando la Sala que si bien la menor en juicio oral hizo tal afirmación, de la interpretación consecutiva de sus dichos, acorde con la valoración psicológica a ella practicada, se puede concluir lo mismo, esto es, que fue víctima de una penetración or vía oral, normativamente un aspecto propio de la conducta endilgada al procesado, prevista en el artículo 212 del Código Penal.

Es decir, así como cualquier (sic) de las pruebas realizadas en juicio oral, las afirmaciones de la menor deben ser ponderadas bajo los parámetros de la sana crítica; en tal contexto, las circunstancias que rodearon la declaración de D.V.V., así como el cotejo con el testimonio de su señor padre Jesús Emel Vargas Vargas –testigo de especial atención como quiera que se trata de la persona que percibió los hechos directamente–, adquieren alta relevancia por cuanto se mostraron coherentes entre sí al especificar la forma como el procesado la accedió oralmente el día 9 de diciembre de 2010, es decir, la menor víctima señaló esas circunstancias de manera clara, espontánea, precisa y segura.”

Asertos que permiten concluir, además, que contrario a lo afirmado por el demandante, los testimonios de la niña y de su padre también fueron valorados por el Tribunal.

Asimismo, se le respondió acerca de la alegada manipulación a la que -asegura- fue sometida la víctima por Jesús Emel Vargas:

“...es impensable que un humilde campesino, analfabeta, que sólo se ha dedicado a labores del campo, tenga capacidad de fraguar una confabulación de estas proporciones para obtener provecho económico, en primer lugar en qué momento la planeó, acordó con su pequeña hija que se introdujera al cuarto del acusado para él sorprenderlos o aprovechó la situación para sobre la marcha idear la terrible acusación? (...).”

No ilustra el recurrente a la Sala acerca de los argumentos defensivos que -afirma- dejó de apreciar el Juez Colegiado de “manera puntual, razonada y detallada”. Pues, precisamente luego de referirse en toda la motivación del fallo de segundo grado a los cuestionamientos presentados en la apelación, concluyó el Tribunal:

“Por tal motivo, no comparte la Sala las alegaciones de la defensa, quien manifiesta que no hay claridad sobre la responsabilidad de su representado, puesto que el A-quo no valoró el material probatorio aportado al juicio oral, pues se tiene que el juzgador de instancia, contrario a lo aducido por la defensa, abordó apropiadamente los elementos probatorios allegados a la audiencia de juicio oral, examinando el conjunto probatorio dentro del correspondiente contexto, para proferir acertadamente una sentencia condenatoria, pues las declaraciones de la víctima y los testigos, indudablemente conducen a señalar que la menor fue objeto de vejamen sexual, advertido por la presencia de su señor padre -Jesús Emel Vargas Vargas- en el lugar de los hechos en el preciso instante de la realización de los mismos por parte de FEDÍN BAYONA JÁCOME.”

Finalmente, debe aclarársele al demandante que carece de legitimidad para reclamar en nombre del representante del Ministerio Público, porque carece de la legitimación de quien se dice afectado con la decisión; circunstancia que, por supuesto, no lo habilita para

reclamar la protección de los derechos que, desde su muy particular perspectiva, se le vulneraron al delegado de la Procuraduría.

Esta censura tampoco prospera.

Cargo Cuarto. Falso juicio de legalidad.

A juicio del demandante, se violaron indirectamente los artículos 193-13 y 194, del Código de la Infancia y la Adolescencia, porque se desconocieron las reglas que conciernen a la recepción del testimonio de la víctima, puesto que en las diligencias en que intervienen niños, niñas o adolescentes, la autoridad judicial debe asegurar que ellos estén libres de presiones o intimidaciones; el niño, niña o adolescente debe estar acompañado de un profesional especializado; y, no se le deben formular preguntas sugestivas.

Ha señalado la jurisprudencia de la Sala que cuando se propone un error de derecho por falso juicio de legalidad, el demandante tiene la obligación de identificar el medio probatorio que tacha de ilegal, indicando las disposiciones cuyo quebranto determina tal ilegalidad y demostrar la efectiva ocurrencia de lo denunciado; o, comprobar la legalidad de la prueba desechada por el juzgador. En ambos, le incumbe el deber de acreditar la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo, esto es, demostrar que con la marginación de la prueba que se dice ilegal, las restantes evidencias conducen a una decisión sustancialmente diversa de la atacada, o que con la incorporación del medio de prueba que el actor estima legal, las conclusiones serían distintas a las que contiene la sentencia impugnada.

Las normas que considera vulneradas de manera mediata el actor, prescriben (art. 193): “Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en

cuenta los siguientes criterios específicos: (...) 13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones.”; y, (art. 194): “En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente.”

Verificados por la Sala los audios correspondientes al testimonio de D.V.V., en curso del juicio oral, se pudo constatar que se recibió únicamente en presencia del Juez, del Defensor de Familia y de una funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; previamente, se ordenó que las partes e intervinientes pasaran a otro recinto; la niña no estuvo ni siquiera accidentalmente frente al acusado; la funcionaria del I.C.B.F. fue interrogada por el juez con el fin de acreditar especialmente el cargo que desempeñaba en la entidad oficial; a la víctima no se le formularon preguntas capciosas o sugestivas ni se le sometió a presiones o intimidaciones.

Lo primero que advirtió el señor Juez fue: “Vamos a recibir el testimonio de la menor, los sujetos procesales pasan al cuarto contiguo. Se recibe el interrogatorio escrito del señor Fiscal.”

Explicó el A quo que la diligencia se registraría en una grabadora, con el fin de llevarles el audio a las partes e intervinientes, para garantizar la confrontación y permitir el interrogatorio complementario.

Al inicio de la diligencia, fue identificada la psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así: “Buenas tardes, mi nombre es Beatriz Rochels Navarro, psicóloga de la Universidad Nacional. Trabajo como profesional especializado en el Instituto de Bienestar Familiar en el Llano, aquí en Ocaña.”

No se aprecia en ninguno de los apartes de los registros correspondientes al testimonio de D.V.V., que ella hubiese sido presionada o intimidada. La psicóloga, por el contrario, se dirigió a la niña de manera amable, adecuando las preguntas a un lenguaje que ella pudiera entender dada su corta edad, se valió del señalamiento de objetos o partes del cuerpo humano; no hubo por parte de la profesional especializada recriminaciones; tampoco le impedía responder ni le formulaba interrogantes antes de que terminara de absolver el anterior.

Las demás exigencias que asegura haber obviado la psicóloga, es decir, no haber utilizado los protocolos establecidos; no haber agotado la fase previa verdad-mentira; y, no haber intentado un relato espontáneo, no están consagradas en las normas que cita como para predicar a partir de su ausencia la incursión en el falso juicio de legalidad.

Ni siquiera explica el demandante cuáles son esos protocolos a los que alude, en dónde están insertos, si son universalmente admitidos y qué disposición impone su acatamiento en nuestro medio.

La censura no pasa de los simples enunciados. Son tan desacertados los argumentos del demandante, que no enseña, como era su deber, en qué términos fue duramente reprendida la niña por parte de la psicóloga; cuáles fueron las expresiones que utilizó esa profesional para intimidarla; cómo le formuló la pregunta sobre sus partes íntimas que afirma no haberse adaptado a un lenguaje inteligible; de qué forma se le presionó hasta arrancarle las respuestas que se esperaban; en qué consistieron los regaños por

algunas de las respuestas; ni reproduce las preguntas que se formularon anti técnicamente.

Este cargo será igualmente inadmitido.

Cargo quinto. Falso raciocinio.

Considera que se incurrió en falso raciocinio al valorar el testimonio de la niña D.V.V., por transgresión de "...los postulados de la lógica y las leyes de la ciencia." Afirma que el Juez A quo constató los problemas de percepción y de memoria de la menor, la sanidad de los sentidos y el desarrollo de su personalidad y a pesar de ello, contraviniendo el principio de no contradicción, resolvió el caso con fundamento en un supuesto opuesto, sin que el Tribunal corrigiera ese falso raciocinio. Alude al desconocimiento de "...los criterios aceptados por la ciencia..." para evaluar la credibilidad de la niña, los que -asegura- consisten en "...una estructura lógica del relato, cantidad de detalles, descripción del contexto, descripción de detalles, aspectos del estado mental del menor, aspectos temporales", y que, no obstante tal carencia, el Tribunal le dio credibilidad al testimonio de la menor.

El falso raciocinio difiere de los falsos juicios de identidad y de existencia en que el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla le asigna un poder persuasivo que contraviene los postulados de la sana crítica, y en tales eventos el demandante corre con la carga de demostrar cuál ley científica, cuál principio de la lógica o cuál máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar cuál era el aporte científico correcto, cuál el raciocinio lógico o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto.

No sobra destacar que, adicionalmente, como es sabido, bien se trate de errores de hecho o de derecho, tras demostrar objetivamente el dislate, es perentorio acreditar su

trascendencia o, lo que es lo mismo, que de no haberse incurrido en él, la declaración de justicia hecha en la sentencia habría sido distinta y favorable a la parte que alega el respectivo dislate.

Ahora bien, en lo que concierne al tema de los principios de la lógica y las leyes de la ciencia, presupuestos del quinto cargo presentado por el defensor de FEDÍN BAYONA JÁCOME, para la Sala es claro que los razonamientos de las instancias en los que se soporta la decisión condenatoria, no pueden controvertirse a partir de la simple negación de su validez o proponiendo axiomas que omite confrontar adecuadamente con los hechos demostrados para explicar cómo operan en los casos que plantea, y sin siquiera señalar cuáles serían los apogemas que debieron acogerse en la valoración de los medios de persuasión; a lo cual se suma que los denominados por el defensor como principios lógicos y leyes de la ciencia, no pasan de ser afirmaciones ficticias, fundadas en su concepción de cómo debieron interpretarse las evidencias que no favorecen a su defendido.

En otras palabras, cuando el demandante afirma que las instancias desconocieron el principio lógico de no contradicción, porque a pesar de haber constatado los problemas de percepción y de memoria de la menor, la sanidad de sus sentidos y el desarrollo de su personalidad, resolvieron condenar en lugar de absolver; o que "...estructura lógica del relato, cantidad de detalles, descripción del contexto, descripción de detalles, aspectos del estado mental del menor, aspectos temporales" son leyes científicas que permiten evaluar la credibilidad del testigo cuando se trata de niños, niñas o adolescentes, no está relacionando, así lo diga, principios lógicos o leyes científicas, sino tratando de introducir presuntas fórmulas con el ánimo de controvertir la decisión del Tribunal, que le atribuyó a su asistido la coautoría y la responsabilidad en el homicidio.

Pues, en el primero de los casos, si bien enuncia uno que ha sido reconocido universalmente como principio de la lógica, omite desarrollar el tema, porque parte de

una falsa premisa, si se tiene en cuenta que no es cierto que el Juez hubiese advertido y así lo relacionara en el fallo, la existencia de problemas de percepción y de memoria en la menor, defectos en sus sentidos o que se refiriera al deficiente desarrollo de su personalidad. Todo lo contrario. El Juez exaltó las condiciones en las que la niña entregó su versión de los hechos en curso del juicio oral:

“En cuanto a la responsabilidad del acusado, el Despacho otorga entero crédito al testimonio de la menor, la forma en que entregó su versión en la audiencia del juicio oral, en un vocabulario apropiado para su edad, fue clara en señalar que el acusado le tocó sus partes íntimas, y le metió el miembro en su boca. Es cierto que no fue fluida en su relato, que los profesionales que la asistieron hicieron esfuerzos para que contestara a las preguntas, pero es que se trata de una niña de escasos cinco años de edad, criada en un medio de privaciones, se encontraba en presencia de personas extrañas, luego su comportamiento no podía ser el mismo que el observado en las entrevistas y valoraciones psicológicas que se le practicaron, pero con todo ello su relato sobre los hechos fue claro y contundente y no es posible que una niña de esa edad y condiciones se pueda preparar para que mienta en una audiencia de esta clase.”

Y, en el segundo, omite decir en dónde se hallan insertas las que asegura son normas científicas o cómo operan para el caso concreto, tornándose sus afirmaciones en meras peticiones de principio, carentes de soporte fáctico, jurídico o probatorio. No obstante que trata de suplir tal defecto, argumentando que son mencionadas por “...el experto español y reconocido tratadista en psicología forense B. VÁSQUEZ...”.

Si de verdad esos postulados tuviesen vocación de representar leyes de la ciencia, cuando menos habría de explicar en dónde residen sus características de generalidad y universalidad, a partir de las cuales deducir que, en efecto, en todos o en casi todos los casos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, el testimonio de la víctima, independientemente de la edad que ésta tenga, tiene que enseñar una “...estructura

lógica..., cantidad de detalles, descripción del contexto, descripción de detalles, aspectos del estado mental del menor, aspectos temporales”.

En síntesis, el actor trata de anteponer su criterio a los juicios valorativos de la segunda instancia, partiendo de simples conjeturas como que no existe ninguna evidencia que demuestre la autoría y responsabilidad del procesado, en el acceso carnal abusivo del cual fue víctima la menor D.V.V.

El libelista no propone ningún planteamiento que desvirtúe los de la segunda instancia, pues, no aborda críticamente las motivaciones del fallo; se limita a mencionar los supuestos falsos raciocinios, pero nada dice en relación con los verdaderos fundamentos de la sentencia, los que en conjunto confluyeron para formar el convencimiento de los jueces, necesario en la estructuración del correspondiente juicio de reproche.

Tampoco aporta ningún elemento que permita enervar el testimonio del padre de la víctima, que presenció lo que la niña luego narró, no sólo ante la Comisaria de Familia, las psicólogas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el médico legista, sino en el juicio oral.

En su real contenido argumental, las manifestaciones del demandante apenas constituyen las aseveraciones que pretende contraponer a las inferencias de la segunda instancia, es decir, que el Tribunal dedujo la autoría y la responsabilidad en el delito, no sólo del testimonio de la menor, sino del de su padre, así como de la presencia del procesado en el lugar, el día y a la hora de los hechos y las manifestaciones de quienes declararon acerca de la actitud de Jesús Emel Vargas Vargas luego de que descubrió a FEDÍN BAYONA JÁCOME accediendo a su hija y los reclamos que por ese grave hecho presentó frente a su empleador y hermano del acusado Santos Bayona Jácome.

En suma, pudo el Tribunal colegir que el sentenciado fue autor del atentado contra la

libertad, integridad y formación sexuales de la infante; aspecto contra el que el impugnante argumenta que no corresponde a la realidad, recurriendo al fácil pretexto de introducir apreciaciones personales que denomina principios lógicos y leyes científicas.

Por lo demás, en punto de la trascendencia, si en gracia de discusión se dijera que las afirmaciones escuetamente planteadas constituyen reglas de la sana crítica, bien poco hizo el defensor para delimitar el alcance de los presuntos yerros, pues obvió referirse a la totalidad de elementos de convicción allegados al expediente y a la forma en que esa presunta violación incide sobre el análisis probatorio conjunto, al extremo de imponer la absolución de su asistido.

En síntesis, la trascendencia en los falsos juicios (identidad, existencia y raciocinio), implica que el demandante haga un análisis objetivo de todo el conjunto probatorio con inclusión de las pruebas en relación con las que predica el error, para demostrar que si no se hubiesen valorado como lo hizo el Ad quem, la decisión habría sido distinta.

Resulta claro -se reitera- el interés del defensor por extender a esta sede el debate sobre la inocencia de FEDÍN BAYONA JÁCOME, mismo que zanjó el Tribunal al asumir la valoración de todos los medios de convicción para confirmar el fallo de primera instancia, conforme se expuso en precedencia.

Así las cosas, la demanda presentada por el defensor de FEDÍN BAYONA JÁCOME, se inadmite porque no satisface los requisitos formales ni materiales establecidos en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal; la Sala de Casación Penal no advierte la vulneración de ninguna garantía fundamental de las partes o intervinientes; y, no se precisa emitir un nuevo fallo de fondo; tampoco resulta necesario superar los defectos del libelo en atención a los fines de la casación, la fundamentación de los cargos, la posición del impugnante dentro del proceso, ni por la índole de la controversia planteada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de FEDÍN BAYONA JÁCOME.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO A. CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La Corte, en estricto acatamiento del artículo 47, numeral 8°, de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) se abstiene de divulgar el nombre de la menor afectada.

2 Auto del 2 de noviembre de 2006, Radicado 26.089

3 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

4 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.530.

5 ib. radicación 24.530

6 Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de abril de 2003. Rdo. 16.485.

7 Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

8 Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

9 La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: (...) 7. Los testigos podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días, sin necesidad de auto que lo ordene.

10 Cfr. Sentencia de 12 de diciembre de 2005, Radicación N° 24011.