

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP5278-2018

Radicación N° 51608

Aprobado acta No. 400.

Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

1. V I S T O S

Se decide el recurso extraordinario de casación que interpuso la Procuradora 167 Judicial II Penal, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Yopal, el 30 de agosto de 2017, mediante la cual se confirmó la decisión de absolver al acusado RICARDO BLANDÓN SALGADO por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado.

2. A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

Por el sentido de la decisión que se adoptará, se transcriben los hechos jurídicamente relevantes de la acusación:

El día 30 de Junio de 2014, siendo aproximadamente las 15:55 horas, la Patrulla de Vigilancia de la Policía Nacional, conformada por los patrulleros JORGE ARMANDO GUTIÉRREZ MOLANO Y EDWIN EDILSON SUÁREZ CLAVIJO, es alertada de un posible caso de violencia intrafamiliar que se estaba presentando en la Carrera 12B No 27 A barrio San Jorge II de la ciudad de Yopal, donde una ciudadana solicitaba la presencia de la Policía Nacional; al llegar al lugar se dirigen al inmueble ubicado en la Calle 12 B No. 27 A 51, lugar donde se estaban presentando los hechos, una vez allí encuentran a un niño y una niña llorando, al ingresar al inmueble al segundo piso, encuentran a un sujeto con camiseta blanca y jean (RICARDO BLANDON SALGADO) quien tenía a la fuerza a una señora de jean oscuro y camisa café (CARMEN NAVARRO ANGARITA), quien se encontraba llorando y al ver a los uniformados les dice que Ricardo Blandón Salgado no la quería soltar, al indagarle porque (sic) lloraba esta manifestó que quería irse de la casa y separarse, al preguntarle el motivo de la discusión expresó que hacía 15 minutos su compañero sentimental RICARDO BLANDON SALGADO con quien se encontraba viendo una película en compañía de un hijo en común y la menor N.E.N.A., lo sorprendió cuando éste tocaba los senos de su menor hija, ya que ella (Carmen Navarro) se había quedado dormida durante el transcurso de la película y al despertar lo vio cogiendo a la menor en los senos por debajo de la ropa, al ver esto le hizo el reclamo a Ricardo Blandón, la niña irrumpe en llanto y es cuando la señora Carmen Navarro Angarita expresa que se quiere ir de la casa y éste la obliga a que se quede sujetándola a la fuerza.

2. Procesales

El 1 de julio de 2014, en audiencia preliminar celebrada ante el Juzgado Segundo Penal

Municipal de Yopal, con función de control de garantías, se formuló imputación a RICARDO BLANDÓN SALGADO como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 C.P.), con una circunstancia específica de agravación (art. 211-21, ibídem).

El 8 de septiembre siguiente, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Yopal, con función de conocimiento, realizó audiencia durante la cual se formuló acusación al procesado por la conducta punible antes referida, agravada por las circunstancias previstas en los numerales 2 y 52 del C.P.

La audiencia preparatoria se realizó el 17 de octubre de 2014.

El juicio oral tuvo lugar en sesiones celebradas los días 20 de noviembre de 2014; 22 de mayo, 19 de junio y 20 de agosto de 2015; 7 y 20 de abril, 10 de agosto y 6 de octubre de 2016.

El 3 de noviembre de 2016, cuando se continuaría la vista oral, el juez de conocimiento se declaró impedido; sin embargo, tal manifestación fue denegada, el 12 de diciembre siguiente, por la Sala Única del Tribunal Superior de Yopal.

El juicio continuó el 1 y el 24 de marzo de 2017. En esta última fecha, el juzgado anunció que la decisión sería absolutoria y, acorde con esa manifestación, profirió sentencia el 8 de junio siguiente.

Ante el recurso de apelación promovido por las delegadas de la Fiscalía y Procuraduría, el Tribunal Superior de Yopal, en sentencia leída el 30 de agosto de 2017, confirmó la decisión absolutoria.

La representante del Ministerio Público interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación.

Con auto del 17 de agosto de 2018, se admitió la demanda y el 25 de septiembre siguiente se realizó la audiencia de sustentación oral.

3. E L R E C U R S O

1. Demanda de casación

La procuradora judicial alegó que la decisión de absolver a RICARDO BLANDÓN SALGADO violó -por la vía indirecta- la ley sustancial, por los errores de hecho que a continuación se describen:

3.1.1 Falso juicio de identidad -por cercenamiento-

Sostiene la recurrente que el Tribunal no realizó un verdadero ejercicio de apreciación de las pericias sexológica y psicológica porque, aun cuando aseguró que las tendría como pruebas directas -no de referencia como la primera instancia-, consideró que las mismas se fundaron en unas declaraciones de la víctima N.E.N.A. y de su madre, las que fueron contradictorias con las que, después, rindieron en el juicio oral.

De esa manera, continúa, la sentencia de segunda instancia desconoció que tales dictámenes acreditaban «otros hechos y conclusiones», como fueron las afectaciones psicológicas detectadas por los expertos, así también que la valoración psicológica de la menor efectuada 5 meses después de los hechos, precisamente, concluyó que su retractación obedeció a la ausencia de apoyo de la familia y el temor a ser separada de ésta.

Por lo anterior, considera la demandante, se dejaron de aplicar los artículos 380 del C.P.P.,

209 y 211-2 del C.P., y 19 de la Ley 1719 de 2014.

3.1.2 Falso juicio de identidad –por tergiversación–

A decir de la libelista, en ese vicio se incurrió cuando el Tribunal, para desestimar las pruebas incriminatorias, sostuvo que el presunto acto sexual tuvo lugar en presencia de la madre y del hermano de la víctima, cuando la experiencia enseña que esas conductas abusivas «ocurren en la intimidad y a solas las partes». De esa manera, asegura, se distorsionó la escena de los hechos descrita por María del Carmen Navarro, según la cual aquellos sucedieron cuando esta se encontraba dormida y su otro hijo jugaba por fuera de la habitación, por lo que es erróneo afirmar que el acontecimiento se desarrolló «a luz pública». Entonces, concluye, la regla de la experiencia invocada no es aplicable al caso.

De otra parte, la Procuradora sostiene que, contrario a lo afirmado en la sentencia, la denuncia presentada por la declarante antes referida sí fue incorporada al proceso, durante el contrainterrogatorio al que fue sometida (acta del juicio oral de jun. 19/2015), como también lo fue la entrevista de la víctima.

3.1.3 Falso raciocinio

Se estima que el Tribunal, en la apreciación de las pruebas de cargo, infringió las siguientes máximas de la experiencia:

- Que cuando «se vive una situación traumática, lo normal es que las personas expresen la verdad en su primera versión,...». Además, en el caso, se omitió analizar las posibles razones por las que la víctima y su madre se retractaron en el juicio.
- Que «resulta contra natura, que personas que no se conocen, que no conocen un hecho determinado terminen narrando una historia de idéntica forma, con el objeto de perjudicar a un tercero igualmente desconocido». Esa idea la desarrolla así la recurrente:

Rompe las reglas de la experiencia, imaginar que los policías que llegaron a la casa de la víctima inventen una historia de abuso sexual, en la que va inmerso el hecho de que la madre estaba quedándose dormida, historia que es igualmente consignada por la funcionaria que recibiera la denuncia, quien declara en juicio oral sobre lo que escuchó decir de la madre y su hija, lo que observó del comportamiento de estas, que el médico que realizara la valoración sexológica consignara en su base de opinión en la anamnesis idénticas circunstancias y que las sostuviera en juicio como parte de su dictamen, cuando no conocía detalles de la investigación..., que consigne en su condición de perito una situación de carácter mental en la menor, como lo es la ansiedad producto de la situación de violencia familiar vivida, que la perito en psicología forense conceptúe que es clara la presencia de una retractación,...

- Que «se protege a los seres que se ama, y uno no busca dañarse así (sic) mismo». Esta máxima se desconoció cuando confirió credibilidad al dicho de la denunciante según el cual «el origen del problema fue el hecho de haber recibido la llamada de una mujer», porque el mismo fue ratificado por el acusado.

Por último, la recurrente cuestiona la creación de una falsa regla de la experiencia, según la cual «si una persona está molesta por una investigación, o con la autoridad», como lo estaba la denunciante cuando una investigadora del C.T.I. se acercó a su vivienda para verificar la dirección de notificaciones por orden del respectivo fiscal, «es porque los hechos no ocurrieron».

3.2 Audiencia de sustentación

3.2.1 Recurrente

La Procuradora Tercera Delegada ante la Corte, se limitó a reiterar los argumentos y la petición de la demanda de casación.

3.2.2 No recurrentes

3.2.2.1 Fiscal 12 Delegada ante la Corte

La delegada de la Fiscalía coadyuvó la solicitud de casación de la sentencia absolutoria para que, en su lugar, se dicte una condenatoria, con base en los siguientes argumentos:

Sobre el primer cargo, destaca que el dictamen sexológico indicaba la compatibilidad de la ausencia de hallazgos físicos con el tipo de abuso descrito en las declaraciones -iniciales- de la menor y su madre, las que, agrega, se advertían contestes, a diferencia de las rendidas en el juicio. De otra parte, el informe pericial psicológico da cuenta de las alteraciones emocionales de N.E.N.A., así como de que ésta ya negaba el episodio abusivo y, al tiempo, minimizaba su importancia. Además, en el análisis de la retractación, detectó aspectos que pudieron determinarla, como fueron la dependencia económica respecto del agresor y las contradicciones de esta versión. Ninguno de aquellos aspectos se tuvo en cuenta en la sentencia, por lo que se incurrió en el cercenamiento probatorio denunciado.

Respecto del segundo cargo, afirma que si bien los actos abusivos ocurren en la intimidad, no puede pretenderse la universalidad de esa aseveración; además, el Tribunal, para sostenerla, tergiversó la denuncia y la entrevista de la menor, en cuanto a que el hecho ilícito ocurrió en circunstancias de «confort» para el agresor.

Y, en lo que hace al falso raciocinio, corrobora que en la apreciación de las declaraciones que rindieron en juicio la menor víctima y su madre, el Tribunal se alejó de las reglas de la sana crítica porque las tuvo, prácticamente, como «únicos elementos de convicción», asumiendo que peritos, funcionarios y demás testigos elaboraron una falsa historia sobre lo acontecido, con lo cual desdeñó la hipótesis de una retractación de la versión inculpatoria.

3.2.2.2 El defensor

Solicita denegar la pretensión de la demanda porque considera infundados los errores de hecho que en ella se plantearon.

Observa que el disenso de la casacionista gira en torno al tema de las declaraciones anteriores al juicio oral, en relación con las pruebas practicadas en éste. En efecto, las dos pruebas sobre las que recae la inconformidad: (i) en la entrevista del 1 de julio de 2014, la menor reconoció que, el día de los hechos que se investigan, fue ella quien tomó la mano a su padrastro y la puso en su hombro, lo que ratificó en el proceso; (ii) en la entrevista del 5 de diciembre de 2014 ante la psicóloga, la niña advirtió que su madre tergiversó aquella escena; y, por último, (iii) en la denuncia –y en la audiencia de imputación–, María del Carmen Navarro Angarita fue clara en advertir que ella no observó acto sexual alguno.

Además, en juicio, a pesar de que desapareció la primera declaración que rindió, la menor fue enfática en negar cualquier ataque sexual en su contra. En tal sentido, afirma que desde la sentencia «477 del 6 de marzo de 2008» ha habido variadas interpretaciones sobre las declaraciones producidas por fuera del juicio oral, citando al efecto algunos fallos de la Corte Constitucional (C-537 de 2006 y C-177 de 2014) y de la Suprema de Justicia («43866», 44950 de 2017, 50637 de 2018 y «40950»).

4. CONSIDERACIONES

4.1 Delimitación del problema

La demandante alega que la sentencia incurrió en sendos errores de hecho (2 de identidad y 1 de raciocinio) en la apreciación de varias pruebas, una de las cuales sería el testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, denunciante y madre de la menor N.E.N.A. –presunta víctima–.

En la sustentación de los tres cargos formulados, al amparo de la causal de casación consistente en la violación indirecta de la ley sustancial, la representante del Ministerio Público alude al contenido del precitado testimonio para predicar respecto del mismo o de otra prueba relacionada con aquél, errores de apreciación que habrían determinado el sentido absolutorio de la sentencia. Se recuerda:

- En un primer cargo de falso juicio de identidad -por cercenamiento-, se cuestionó que la incompatibilidad de las declaraciones previas de la denunciante y su menor hija, con las que ambas rindieron en el juicio oral; constituyera razón suficiente en la sentencia para desestimar las pruebas periciales -psicológica y médica- que se fundaron en las versiones inculpatorias iniciales.
- En el segundo error de identidad -por tergiversación-, se aduce que el Tribunal desconoció la declaración de María del Carmen Navarro Angarita, en la parte donde afirmó que los hechos investigados ocurrieron cuando ella se encontraba dormida y su otro hijo jugaba por fuera de la habitación. En la parte final, también se indicó que, contrario a lo afirmado en la sentencia, la denuncia sí fue incorporada al proceso.
- Y, por último, en un cargo por falso raciocinio, se reprocha que se haya conferido credibilidad al testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, con infracción de las máximas de la experiencia descritas en el resumen de la demanda. En general, se reprochó la ausencia de valoración de los motivos que tuvieron aquélla y su hija para retractarse de los señalamientos contra el acusado.

Conforme a ese recuento, es evidente que el estudio de los tres cargos formulados presupone el examen del contenido integral del testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, con el fin de verificar, primero, si el mismo fue cercenado y/o tergiversado, y, segundo, si en su apreciación se infringieron o supusieron máximas de la experiencia.

Sin embargo, al examinar la sentencia de segunda instancia y, en general, el desarrollo del

juicio oral, a partir de los reparos formulados por la agente del Ministerio Público, se observa que no existe registro fidedigno de la declaración rendida por María del Carmen Navarro Angarita en aquel escenario procesal, hecho éste que fue advertido por el juez de conocimiento y por las partes e intervinientes; y, sin embargo, esa diligencia probatoria no fue reconstruida.

En tales condiciones, como se explicará, no es procedente la resolución de las censuras propuestas sino la declaratoria -oficiosa- de nulidad -parcial- del proceso, con el objeto de que se reconstruya -o repita- la prueba en cuestión y así pueda ser valorada por los jueces de instancia en su integridad y en conjunto con los demás medios de conocimiento, para dictar la sentencia que corresponda.

4.2 Causal de casación

Según el artículo 184 del C.P.P., la Corte, en principio, «no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante»; sin embargo, la violación del debido proceso «por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes» (art. 181-2), activa su facultad de intervención oficiosa. Esta causal de casación remite, inevitablemente, al instituto de las nulidades que sanciona la violación de las garantías fundamentales que integran el proceso debido.

Los principios que orientan la medida de anulación de la actuación, aparecían contemplados en el artículo 310 del anterior estatuto procesal (Ley 600/00) y, aunque en el actual (Ley 906/04) no tienen consagración literal, por lo menos no todos; son igualmente aplicables porque se corresponden con la esencia de esa forma de ineficacia procesal, tal y como lo ha sostenido la Corte de manera uniforme³.

Conforme a esa principalística, un vicio de actividad tiene lugar cuando un acto procesal es irregular porque en su constitución se violaron las formas legales y, además, (i) afectó garantías de las partes o las bases fundamentales del proceso (trascendencia), (ii) no

cumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión (instrumentalidad de las formas); (iii) no fue coadyuvado por el peticionario de la nulidad y no se trata de falta de defensa técnica (protección), (iv) no fue ratificado por el perjudicado (convalidación), y (v) no puede ser reparado por otro mecanismo (subsidiariedad). Claro está, (vi) la irregularidad debe estar definida en la ley como causal de invalidez procesal (taxatividad).

4.3 Examen del caso

4.3.1 Datos procesales relevantes

En la sesión de juicio oral celebrada el 10 de agosto de 2016, se pudo establecer que no existía grabación o registro del testimonio que había rendido María del Carmen Navarro Angarita en la vista del 19 de junio de 2015. En aquélla oportunidad, ante la reiterada petición del defensor para que se le entregara copia del audio de la referida declaración, el juez de conocimiento verificó la inexistencia del mismo y, además, hizo comparecer a la sala de audiencia a Javier Riaño, funcionario del Centro de Servicios Judiciales de Yopal, para que diera una explicación sobre lo acontecido.

Véanse las manifestaciones que realizaron el juez y el referido funcionario, en presencia de las partes y de la representante del Ministerio Público, en la citada sesión:

[Juez]: ...hemos mandado a llamar a uno de los funcionarios de la oficina de servicios judiciales...queremos que nos aclare una situación respecto al por qué no se pudo condensar en un CD o no se pudo contener en el equipo o en el audio, la referencia de audio de las diligencias que se practicaran el 19 de junio del año 2015 a la señora María del Carmen Navarro. Así las cosas señor Javier [Riaño], por favor usted nos puede dar una explicación somera de cuál fue el tema, qué fue lo que acaeció allí. [Javier Riaño]:

“Revisamos el archivo que nos entregan, del back up, el back up lo hacen directamente, vienen desde Tunja a hacerlo, nos entregan los DVDs de cada sala, de cada mes, y revisados no encontramos el audio de ese día, puede ser que se fue la luz o pudo ser algún error en el

disco duro porque son equipos bastante antiguos y molestan mucho...”.⁴

A pesar de esa situación, en la misma diligencia, el juez consideró que no debía repetirse el testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, porque su contenido había quedado consignado, por escrito, en el acta de la respectiva sesión del juicio oral. En tal sentido, presentó los siguientes razonamientos:

...no necesariamente existe aquí una obligación de que la declaración esté consignada en un CD, ahí dice, la ley dice que en alguno, y es clara, y dice que con alguno de los medios con que se cuente, si en ese momento no se contó o no se grabó por alguna causa el audio, pues lógicamente aquí le estamos poniendo de presente el dicho de la señora, aquí también en el acta se refirió que se practicó el testimonio de la señora María del Carmen Navarro, están todas las preguntas que se formularon por la fiscalía, todas las vicisitudes de ese testimonio en el acta que ya se le puso de presente, entonces no entendería el despacho la insistencia al respecto,...⁵

En el acta del juicio oral del 19 de junio de 2015, en lo pertinente, se consignó, a más de las generalidades de ley de la declarante y de las respectivas amonestaciones, la siguiente información:

1. TESTIMONIO DE MARIA DEL CARMEN NAVARRO... el señor juez le pregunta el parentesco con el imputado. Era mi esposo. No padece de enfermedad psíquica o psicológica, para la época de los hechos vivía en el barrio San Jorge. Era una casa en el segundo piso, ella vivía en el segundo piso, vivía con sus dos hijos, Ricardo y la menor N.E.N.A. y el niño JOSE RAUL VARGAS NAVARRO de 8 años de edad, la menor tenía (sic) 12 años, vivía con Ricardo hacia (sic) más de tres años, él era normal, él se portaba bien en la casa permanecía en la casa, el comportamiento era normal, mantenía pendiente de ellos, de la niña que no faltar la comida, el colegio. Para el día 20 de junio de 2014. Ella puso ningún denuncia, llegaron los policías entraron a la casa y estaba hablando o discutiendo que el (sic) se iba con sus hijos, y

los policías le preguntaron que qué había pasado, ella le manifestó que él le había puesto la mano en el hombro y la policía insistió que debía colocar la denuncia o sino se iba para la cárcel ella y sus hijos para bienestar familiar. Discutía con él, no solo por esa mano en el hombro, si no por una llamada que hicieron, de una amiga que había tenido antes, y ella le había dicho que ella se iba por ese hecho que había tenido antes, y ella le había dicho que ella se iba por ese hecho, porque ella le manifestó que era ella o era la otra señora. Y esa era la discusión.

La fiscalía pone de presente la entrevista rendida por la testigo para acreditar credibilidad. Reconoce el documento la testigo. Su firma es la que ella impuso en el documento de fecha 14 de junio de 2014. La que hace lectura la fiscal. Manifestó a la señorita angélica que el (sic) le tenía (sic) la mano en el hombro, y no sabe como (sic) interpretan eso, y que ella rompió la simcard, por que (sic) el policía no hacia (sic) sino llamarla y que la condicionaron si no colocaba la denuncia me quitaban los niños, ello no le dijo a la policía, ella les manifestó que no la había tocado, afirma que ella nunca dijo que él le había tocado los senos, y que la menor fue la que le conto (sic), pero nunca hizo manifestación de que haya sido tocada en sus senos. La interpretación que ella dijo era que le había colocado la mano acá (la testigo señala la parte superior del hombro), manifestó que la discusión era por que (sic) había recibido una llamada el día anterior de una mujer y le había dicho que para cuernos tenía (sic) todo el tiempo. Afirma que ella dijo que Ricardo si la cogió, pero nunca dijo que le estaba cogiendo los senos. Ella trabaja con la señora Claudia Polanía, no conoció el contenido de la denuncia, ella firmó la denuncia, y le remitieron a medicina legal ella siempre ha dicho que Ricardo le colocó (sic) la mano en el hombro de la menor. Manifestó que el temor era por que (sic) le manifestaron que si no lo hacia (sic) ella se iba para la cárcel y que le (sic) bienestar familiar le quitaba sus hijos.

El despacho deja constancia que al interrogar la testigo al preguntarle sobre los hechos, la testigo manifiesta la toco (sic) aquí, ella se coloca la mano en el hombro. La niña ni ha tenido trato con el (sic).

El defensor hace el contrainterrogatorio.

La defensa manifestó que la fiscalía le puso de presente la denuncia y la interroga. Informo (sic) que la denuncia la redactó (sic) la señora Angélica con la policía. Los policías le dijeron delante de los niños, que si no denunciaban que le quitaban sus hijos. Afirmó que la investigadora estuvo en la casa con el señor Mauricio investigador y a insultarla y decirle que si no ponía la denuncia le quitaban sus hijos. La investigadora le manifestó que tenía (sic) que denunciar, y que la Dra. angélica (sic) la presionó para que denunciara. Y que el investigador se llama Mauricio.

La fiscalía hace redirecto. El documento lo redactó (sic) fue angélica. Y la Dra. Angélica le dijo que tenía poner (sic) esa denuncia o si no se iba para la cárcel y sus hijos para la cárcel. La señora Angélica cuando terminó (sic) la denuncia le dijo firme por favor.
(Negritas por fuera del texto original)

Conforme al resumen transcrito, en el juicio oral, María del Carmen Navarro Angarita rindió testimonio a solicitud de la Fiscalía, durante el cual, en lo fundamental, negó que su compañero RICARDO BLANDÓN SALGADO hubiese tocado los senos de la menor N.E.N.A., hija de aquella, y, aunque reconoció que instauró una denuncia, adujo que lo hizo bajo presión y no respondía por su contenido. También se hizo constar que: (i) en el interrogatorio directo, el órgano acusador «pone de presente la entrevista rendida por la testigo para acreditar credibilidad» y, enseguida, le dio lectura; y (ii) en el contrainterrogatorio, el defensor formuló preguntas sobre «la denuncia».

Al final del juicio –sesión del 1 de marzo de 2017-, en la fase de alegaciones, el debate planteado por las partes y por el Ministerio Público, giró en torno a la retractación de la menor N.E.N.A. y de su madre María del Carmen Navarro Angarita y, por tanto, a argumentar en favor de la credibilidad de una de las dos versiones entregadas por aquellas. Así, los delegados de la Fiscalía y de la Procuraduría sostuvieron que tal mérito lo tenían las

declaraciones –incriminatorias- anteriores al juicio oral, entre ellas la denuncia, y, por supuesto, las pruebas que de ellas derivaron, como lo fue un dictamen pericial psicológico; mientras que, el defensor, obviamente, pidió se asignara crédito a la versión exculpatoria de los testigos.

En la sentencia –absolutoria-, se hicieron las siguientes referencias al testimonio de María del Carmen Navarro Angarita:

– En primera instancia, se aludió, únicamente, a la parte según la cual la testigo indicó a la policía y a la investigadora del C.T.I., que «Ricardo le había puesto la mano en el hombro a su hija N.E.N.A.», y a aquella donde manifestó que la denuncia obedeció a la coacción de las autoridades policivas. A partir de esa única referencia al contenido de la prueba, el juzgador concluyó que «existía una clara incongruencia entre los hechos presuntamente denunciados...y los depuestos en su testimonio vertido en el juicio oral, en el cual y sin ahondar en disquisiciones de tipo retórico desmiente y/o desdibuja de manera fehaciente la tesis de certeza respecto de la ocurrencia de los hechos que fuera inicialmente edificada por el Ente Acusador con base en la denuncia instaurada,...».

En la sección final de la providencia, se ordenó compulsar copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que esta determine la eventual comisión de un delito teniendo en cuenta que la declarante en cuestión «pudo haber faltado a la verdad al haber formulado una denuncia penal teniendo como supuesto factico (sic) unos acontecimientos que posteriormente fueron desmentidos por ella misma e (sic) sus diferentes salidas procesales».

– Y, la decisión de segunda instancia trajo a colación los siguientes datos del testimonio:

(i) Que las pericias psicológica y médica se fundaron en «los dichos iniciales de la menor N.E.N.A. y su Madre [María del Carmen Navarro Angarita] como testigos presenciales de los hechos, que en desarrollo de juicio oral cambiaron totalmente sus exposiciones de sus

dichos (sic)».

(ii) Que la versión de la denunciante, en cuanto a que «los hechos tal como aparecen...fueron producto de un impulso inicial de celos dado que había escuchado al procesado dialogar con otra mujer», encuentra soporte en el testimonio del acusado y, hasta, en el de la investigadora María Angélica Vaquero.

(iii) Que «de conformidad a los hechos [al parecer, los denunciados], los mismos acaecieron el día 30 de junio del 2.014 en esta ciudad en horas de la tarde y en una habitación donde se encontraban presentes el procesado, la menor supuestamente agredida, su madre y otro colateral, circunstancia muy importante dado que la experiencia nos enseña que las afrentas contra la integridad sexual ocurren en la intimidad...».

(iv) Que la denuncia «no se anexo (sic) e incorpore (sic) a las sumarias».

4.3.2 Violación del debido proceso

La situación descrita desconoció la previsión de los artículos 9 y 146 del C.P.P. que, como correlato necesario del principio de oralidad, disponen la utilización de «los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado». Es más, la última de tales normas ordena que en tratándose de audiencias surtidas ante el juez de conocimiento, «deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible».

Esa ausencia de la grabación del testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, impidió conocer su contenido literal pleno. Recuérdese que si bien existe un resumen escrito de esa prueba, el mismo no refleja toda su extensión porque, a más de que no informa si el defensor agotó la fase del recontrainterrogatorio y cuáles serían los temas allí tratados, adolece de cualquier alusión al tenor de la denuncia y, al parecer, de una entrevista, presentadas por la declarante en cuestión. A estas declaraciones previas se dio lectura

durante el interrogatorio cruzado, sin que el acta exprese ni permita inferir si la finalidad de ese proceder fue el de facilitar la diligencia (refrescamiento de memoria y/o impugnación de credibilidad) o para ingresar aquéllas como pruebas (de referencia o en calidad de testimonio adjunto).

Ahora, en la sentencia se dio por sentada una incongruencia entre la declaración rendida en el juicio oral por la madre de la menor N.E.N.A. -también en el de esta última- y unas anteriores, que debieron ser incorporadas entonces, sin que nunca revelara el contenido específico de éstas, lo que resultaba imposible para el juez debido (i) a la ausencia del registro auditivo del correspondiente testimonio, (ii) a que en el resumen nada se dijo al respecto y, finalmente, (iii) a que dicho funcionario fue quien dirigió el juicio cuando se practicó el testimonio.

Claro está, se estableció que la versión procesal en la que se negó cualquier señalamiento al acusado como autor de un comportamiento sexual abusivo, contradecía otra; entonces, se sobreentiende que ésta fue de carácter incriminatorio, lo que se puede inferir, además, porque uno de los documentos que la contiene es la denuncia que dio origen a la presente actuación.

Sin embargo, la simple alusión al sentido general de una prueba, o de una parte de ella, respecto al objeto del proceso (incriminatoria o exculpatória), como la que se hizo en la sentencia en relación con las declaraciones anteriores de María del Carmen Navarro Angarita, es insuficiente para apreciar su específico contenido y así poder establecer su mérito exacto. Esa deficiencia provocó otros dos errores en la providencia: (i) sin el conocimiento preciso de los términos de la denuncia y, por tanto, sin una debida motivación mínima, se dispuso oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que investigara la eventual falsedad de la denuncia; y (ii) a pesar de que se dio por sentada una retractación de la testigo, en segunda instancia, se afirmó que aquella declaración previa no fue incorporada como prueba, lo que, entonces, hacía inexistente aquel fenómeno.

Proceder de esa manera configuró un error de actividad porque el fallo debe fundarse en la valoración de todos los medios de conocimiento incorporados. En efecto, el artículo 162 del C.P.P. señala que la apreciación probatoria es uno de los requisitos esenciales de la sentencia, que implica la «indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio». En igual sentido, el artículo 380 ibídem prescribe que «Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo».

Siendo así, ese requisito del acto procesal «sentencia» no fue cumplido en el presente evento, por lo menos no en lo que hace a la prueba testimonial mencionada, la que, valga recordar, fue solicitada por la Fiscalía para respaldar su pretensión condenatoria. Además, ese defecto fue el resultado de otra omisión judicial: la de enmendar actuaciones irregulares (arts. 106 y 139-47 del C.P.P.), la que fue más grave aun porque el defensor, en múltiples ocasiones durante el juicio oral, avisó al juez sobre la ausencia de la referida declaración, la insuficiencia del resumen consignado en el acta y la importancia de aquella para el ejercicio de la defensa, inclusive llegó a sugerir la repetición del testimonio (sesión del 10 de agosto de 20168). Sin embargo, el juez estimó que ninguna irregularidad existía.

Es decir, el juez de conocimiento, no obstante supo que faltaban contenidos probatorios incorporados en el juicio oral, omitió adelantar la debida reconstrucción. Esta clase de actuaciones, es sabido, no aparece regulada en la ley de enjuiciamiento penal, por lo que, por virtud del principio de integración normativa (art. 25), bien pudo seguir algunas de las pautas aplicables de las establecidas para ese trámite en el artículo 126 del Código General del Proceso, una de las cuales era la de ordenar a las partes que «aporten las grabaciones y documentos que posean», como lo prevé el numeral 2 de la citada norma extrapenal.

Sintetizando lo expuesto hasta ahora: la ausencia del registro literal del testimonio de María del Carmen Navarro Angarita y la preterición del trámite de su reconstrucción, determinó

que la sentencia no se soportara en la valoración integral de los medios de prueba aportados por las partes, específicamente por la acusadora, lo que hace irregular el acto procesal decisorio.

En adelante, entonces, se determinará si, a la luz de los demás principios de las nulidades, la corrección de la anomalía es procedente mediante el decreto de una medida de tal naturaleza.

La emisión de una sentencia de segunda instancia que no valoró prueba aportada por el órgano de persecución penal, es una irregularidad trascendente porque implicó la vulneración del debido proceso, en lo que hace a la forma legal de la sentencia como ya se explicó, y, también, de garantías fundamentales de las partes. Obsérvese:

(i) En primer lugar, se desconoció el derecho a la prueba de la Fiscalía, no solo porque se trata de un testimonio que fue decretado a solicitud de esta, sino porque el mismo se mostraba esencial para soportar su teoría del caso. En efecto, el dicho inicial de María del Carmen Navarro Angarita, consignado en la denuncia que presentó y, al parecer, en una entrevista, determinó el inicio de la presente actuación y, según se observa en el escrito de acusación, constituyó la fuente principal de información sobre los hechos investigados, como puede verificarse en el acápite 2.1 de esta decisión⁹. Al respecto, no puede olvidarse que sería la única testigo de los acontecimientos distinta a los presuntos agresor y víctima.

Es evidente que la exclusión de la pieza probatoria extraviada del fundamento de la sentencia, resultante de la omisión de reconstruirla; implicó que no se garantizara un derecho procesal fundamental de las partes, cuál es el de probar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persigan. Esa prerrogativa es de naturaleza sustancial porque es uno de los contenidos del núcleo del debido proceso (art. 29, inc. 4, Cons. Pol)¹⁰ y porque, en toda actuación judicial, se encuentra íntimamente vinculado con la efectividad del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem y 10 del

C.P.P.).

Además, en tratándose de la Fiscalía General de la Nación, la presentación de pruebas que sirvan de fundamento a la sentencia, no sólo garantiza un derecho procesal esencial en su condición de parte sino que constituye un imperativo constitucional y legal, en el cumplimiento de su función de órgano de persecución penal. Por ello, el artículo 250 superior, le asigna la obligación de «adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...», en cumplimiento de la cual le incumbe la «carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal» (art. 7 C.P.P.).

De esa manera, la falta de valoración de un medio de conocimiento que constituía uno de los soportes de la pretensión de condena, vulneró tanto la garantía del derecho a la prueba de la parte acusadora como el cumplimiento de los fines constitucionales de verdad, justicia y reparación, que aquélla persigue en los procesos penales.

(ii) En segundo lugar, durante el juicio, la situación irregular lesionó también el derecho de contradicción en cabeza de la defensa, porque su representante técnico solicitó en muchas ocasiones una copia del audio del testimonio advirtiendo, con vehemencia, sobre la importancia que el conocimiento de ese registro tenía para el adecuado ejercicio de su rol procesal, inclusive llegó a sugerir la repetición de aquél, sin que ninguna de tales peticiones se considerara procedente. Es más, el acusado formuló una queja disciplinaria en contra del juez y una de las razones en que la justificó fue, precisamente, la anomalía descrita. Obsérvense las respectivas manifestaciones defensivas:

- En la citada queja¹¹, RICARDO BLANDÓN SALGADO expresó:

...presento denuncia disciplinaria en contra del JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE YOPAL, CASANARE, y el Despacho de la Fiscalía por sustanciales violaciones a la GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO y DERECHO DE DEFENSA, así:

(...)

10. Decretada la prueba en plena audiencia de juicio público oral la prueba testimonial de MARIA ANGELICA BAQUERO FERNANDEZ, se procede por parte del Despacho, a borrar la prueba testimonial ya practicada a MARIA DEL CARMEN NAVARRO ANGARITA y/o por lo menos a no efectuar la entrega real y material del citado testimonio, procediendo incluso a intimidarme de violar la reserva sumarial, no entendiendo esta situación, por cuanto yo mismo soy el procesado y desde luego que debía tener acceso al citado audio, el cual como expongo fue borrado, para que no obre prueba favorable al suscrito.

(...).

15. En el petitorio de la presente denuncia, de carácter disciplinario y respetuosamente considero que igualmente se ha invadido la órbita de responsabilidad penal el Doctor, quien fungía como Juez Primero Penal del Circuito de Yopal, Casanaré (sic), al momento de recepcionar el testimonio de la menor NENA y de MARIA DEL CARMEN NAVARRO ANGARITA, el día 19 de Junio de 2015, Doctor FABIO RAFAEL CONTRERAS ALVARADO, servidor público, del cual solicito su ubicación para solicitar el testimonio en la presente temática disciplinaria, para que declare cuál fue el contenido de la declaración de la menor NENA y MARIA DEL CARMEN NAVARRO ANGARITA, e igualmente para que declare cuál fue el motivo por el cual las pruebas practicadas siguieron en poder de la Fiscalía, y no se expidió audio a mi apoderado judicial, ni al suscrito.

Por su parte, el defensor presentó varias solicitudes escritas y verbales. Aquéllas lo fueron el 4 de abril¹² y el 1 de agosto de 2016¹³, manifestando en la última de éstas lo siguiente:

...nuevamente presento recurso de insistencia, para que se materialice la entrega de los audios de recepción de testimonios de MARÍA DEL CARMEN NAVARRO ANGARITA Y SE (sic) MENOR HIJA NENA.

Dejo expresa constancia, respetado Juez Constitucional, que ante el despacho a su digno y merecido cargo, ya he presentado la citada petición en forma reiterada que se trata del amparo y protección de derechos fundamentales constitucionales de mi representado y adicional a ello la citada información debe expedirse con tiempo suficiente para la preparación de los alegatos conclusivos, en el entendido que todo lo anterior, constituye y/o ampara y protege derechos fundamentales constitucionales de mi poderdante, todos ellos de carácter tutelable.

Por lo anterior, la citada información representa un valor prioritario trascendente y axial para la citada audiencia y por ello reitero tan respetuosa y necesaria petición...

- Y, en la sesión de juicio oral celebrada el 10 de agosto de 2016, el titular de la defensa técnica insistió, varias veces, en su petición y la importancia de su atención. Algunas de esas intervenciones fueron:

... mi inquietud no es con la prueba de la menor..., es con relación al testimonio de, que practicó la fiscalía, a nombre de María del Carmen Navarro Angarita. Es cierto respetado Juez que usted me manda para el centro de servicios y llamo la atención con mucho respeto del representante del Ministerio Público, a nosotros el centro de servicios o la unidad judicial de abajo, ya nos dio el audio, pero ese audio no contiene ese testimonio, ahí cómo hago, o sea lo que quiero saber es saber si también se borró "la prueba de María del Carmen" y/o es posible que la Fiscalía o el despacho o alguien, nos suministre un audio donde nosotros podamos leer, yo lo llevo pidiendo los dos últimos meses, uno tiene que repasar, uno tiene que mirar doctor, pero hasta ahora la prueba de María del Carmen yo no la he podido volver a leer por una razón si usted mira su formalidad señor Juez allí aparece que sí, pero los audios no se han podido leer y si no que me deje mentir el señor procesado,...14

(...).

...lo que yo si le solicito al señor juez, con mucho respeto, y lo quiero dejar en audio, es que

si es tan gentil si usted interviene ante el Centro de Servicios para que nos entreguen la testificación o el testimonio, o como le digo señora procuradora, de lo que en su oportunidad vio, dijo la mamá, para ver si yo puedo preparar los alegatos de conclusión, o hacer algo,...15

(...).

..., yo le pido el favor, nuevamente, y señora Procuradora, que me entreguen, esto es un derecho señora Procuradora, esto es elemental,..., que por favor se dignen... entregarme la integridad del testimonio de la señora María del Carmen para poder preparar la defensa, pero yo me he desgastado, hemos tenido que acudir a tutelas, peticiones de aquí para allí,...yo pienso que, o si se borró que lo vuelvan a practicar porque entonces sería otro de los temas acá, si no es posible que la defensa señora Procuradora, si no es posible que usted misma que se estrena hoy en este proceso quisiera saber qué fue lo que dijo la señora para dar una opinión más de fondo, pues no, donde está ese audio, ... yo le pido de que, en forma previa, se me entregue el audio íntegro de la declaración de la señora María del Carmen...16

Así las cosas, es evidente que la ausencia de registro auditivo del testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, también vulneró el derecho de defensa porque impidió, por lo menos, la adecuada preparación de los alegatos finales, como expresamente lo advirtió el abogado. Ahora bien, a pesar que con la decisión absolutoria sobrevino la pérdida de interés en esa parte para seguir insistiendo en la recuperación de la prueba y/o en la corrección de la irregularidad, esa situación no desdibuja la violación que a sus prerrogativas fundamentales, se consumó durante el juicio oral.

La nulidad es procedente también según los otros principios que orientan la declaratoria de esa medida extrema:

- Por el principio de instrumentalidad de las formas, toda vez que la sentencia irregular no

permitió materializar el derecho a la prueba de la hipótesis acusatoria y, tampoco, la garantía de la defensa a la adecuada controversia. Además, la verdad declarada en el fallo prescindió de un medio probatorio que se vislumbra esencial para el logro de aquélla.

- Como quiera que el Juzgado de conocimiento, durante el juicio, debió reconstruir el contenido pleno de la pieza probatoria extraviada y así poder valorarla antes de anunciar el sentido de la decisión; el único mecanismo que, en el momento actual, permite retrotraer el proceso para cumplir con los actos omitidos, es la anulación desde la fase de alegaciones finales para que, previamente, se reconstruya o repita la prueba. En consecuencia, se cumple también con el principio de subsidiariedad.
- Se satisface el principio de taxatividad (art. 458 C.P.P.) porque la violación del derecho a la defensa y del debido proceso en aspectos sustanciales, es una causal genérica de nulidad contemplada en el artículo 457 ibídem.
- Por último, como quiera que la declaratoria de la invalidez -parcial- del proceso es oficiosa, los principios de protección y de convalidación no impiden esa determinación.

4.4 Conclusión

Conforme a las razones expuestas, se casará la sentencia dictada en el proceso seguido contra RICARDO BLANDÓN SALGADO y, en consecuencia, se decretará oficiosamente la nulidad del proceso a partir de la fase de alegaciones finales del juicio oral, inclusive, con el objeto de que, en el período de pruebas, se reconstruya -o repita-, a la mayor brevedad, el testimonio de María del Carmen Navarro Angarita, y así pueda ser valorada por los jueces de instancia en su integridad y en conjunto con los demás medios de conocimiento, para dictar la sentencia que corresponda.

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

5. RESUELVE

Primero: Casar la sentencia que absolvió a RICARDO BLANDÓN SALGADO por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado.

Segundo: En consecuencia, decretar oficiosamente la nulidad del proceso a partir de la fase de alegaciones finales del juicio oral, inclusive, con el objeto de que, en el período de pruebas, se reconstruya -o repita-, a la mayor brevedad, el testimonio de María del Carmen Navarro Angarita.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 «El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza».

2 «La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre».

3 SP, may. 9/2007, rad. 27022; SP, 29 oct. 2010, rad. 30300; AP1173-2014, 12 mar., rad. 43158; entre otros.

4 CD No 15, Archivo No 2, Minuto 00:16

5 Ibídem, Archivo No 1, Minuto 24:21

6 «El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes»

7 «Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, constituyen deberes especiales de los jueces, en relación con el proceso penal, los siguientes: (...) 4. Corregir los actos irregulares».

8 CD No 15, primer archivo, a partir del minuto 22:11.

9 En la acusación escrita se consignó que María del Carmen Navarro Angarita «al ver a los uniformados les dice que Ricardo Blandón Salgado no la quería

soltar, al indagarle porque (sic) lloraba esta manifestó que quería irse de la casa y separarse, al preguntarle el motivo de la discusión expresó que hacía 15 minutos su compañero sentimental RICARDO BLANDON SALGADO con quien se encontraba viendo una película en compañía de un hijo en común y la menor N.E.N.A., lo sorprendió cuando éste tocaba los senos de su menor hija, ya que ella (Carmen Navarro) se había quedado dormida durante el transcurso de la película y al despertar lo vio cogiendo a la menor en los senos por debajo de la ropa, al ver esto le hizo el reclamo a Ricardo Blandón, la niña irrumpe en llanto y es cuando la Señora Carmen Navarro Angarita expresa que se quiere ir de la casa y éste la obliga a que se quede sujetándola a la fuerza».

10 Aunque la literalidad del precepto refiere el derecho a presentar pruebas a favor del sindicato, lo cierto es que, por el principio de igualdad de armas (art. 8 C.P.P.), en materia penal, esa prerrogativa se extiende a la parte acusadora.

11 Folio 256 de la carpeta del Juzgado

12 Folio 98 ibídem

13 Folio 183 ibídem

14 CD No 13, a partir del minuto 10:54

15 CD No 15, primer archivo, a partir del minuto 4:31

16 Ibídem, a partir del minuto 22:11