

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá del 7 de noviembre de 2006

Jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá del 23 de marzo de 2007

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA PENAL

Bogotá D. C., siete (7) de noviembre de dos mil seis (2006).

Radicación : 11001600001520050170502
Procedencia : Juzgado 7 Penal del Circuito
Procesado : ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ
Delito : Acceso carnal violento
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Aprobado Acta No. :
Decisión : Nulidad del juicio
Mag. Ponente : Dr. JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2006 por el Juzgado 7 Penal del Circuito, sentencia por medio de la cual declaró a éste último penalmente responsable del delito de acceso carnal violento cometido en contra de NERYETH ROJAS CEBALLOS.

II. SINTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

1. La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en contra de ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ como autor del delito de acceso carnal violento cometido en contra de NERYETH ROJAS CEBALLOS.

En él informó que en las horas de la madrugada del 5 de junio de 2005, NERYETH se encontraba reunida, en el apartamento de su novio JORGE PULECIO GALARZA, con éste, con FREDY ALEXANDER HERRERA y con ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ. Que en un momento su novio y FREDY ALEXANDER salieron del apartamento en búsqueda de licor y que esa circunstancia fue aprovechada por CORTÉS CRUZ, quien primero intentó besar a aquella a la fuerza, luego la sometió con violencia y la accedió carnalmente. La Fiscalía informó que NERYETH ROJAS CEBALLOS pidió auxilio, que su llamado fue atendido por su vecina ANDREA VÁSQUEZ CALDERÓN, la que acudió y se percató de la intempestiva huida de CORTÉS CRUZ.

2. El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 7 Penal de Circuito, despacho en el cual se dio cumplimiento a la audiencia de formulación de la acusación y a la audiencia preparatoria. El trámite del juicio fue el siguiente:

a. La Fiscalía solicitó que se declarara penalmente responsable y se condenara al acusado como autor del delito de acceso carnal violento. A pesar de que en el escrito de acusación había anunciado que practicaría los testimonios de la víctima y del novio de ésta, ello no fue posible dado que no comparecieron al juicio. Como la Fiscalía, ante esa situación, solicitó que se tuvieran en cuenta como pruebas de referencia las entrevistas que aquellos rindieron ante las autoridades de investigación, el juzgado rechazó esa solicitud y, habiendo sido apelada, fue confirmada por este Tribunal.

Ante esa situación, la Fiscalía, en el curso del juicio oral adujo únicamente el testimonio de ANDREA VÁSQUEZ CALDERÓN. Esta testigo relató que en las horas de la madrugada del 5 de junio de 2005, cuando iba camino a su residencia, escuchó los llamados de auxilio que provenían del apartamento 202, que acudió a ese sitio y que tras abrirle la puerta, NERYETH ROJAS CEBALLOS, quien solo estaba vestida con una blusa, manifestó sollozando que la habían violado y que el autor de esa conducta estaba dentro del apartamento. Informó que inmediatamente salió un hombre bajito, rapado, de una edad aproximada de 35 años y al que solo vio desde atrás. Indicó que luego JORGE PULECIO le solicitó que fuera a informar lo ocurrido ante las autoridades de policía y que así lo hizo y que en ese momento la ofendida manifestó que ella, la testigo, había sido quien la había salvado.

b. La defensa, por su parte, solicitó que se absolviera al acusado dado que no estaba demostrada ni la estructura típica del comportamiento ni la responsabilidad de aquel. Como pruebas, adujo los testimonios de la esposa y del cuñado del acusado y también el testimonio de éste último.

La esposa, CAROLINA HERRERA, informó que NERYETH habló con ella, con su suegra y con su cuñado y que a todos, en distintas oportunidades, les dijo que le iba a ayudar a ÁNGEL MILCIADES TORRES porque era un buen muchacho.

El cuñado del acusado, FREDY ALEXANDER HERRERA, manifestó que cuando regresó al apartamento encontró a NERYETH histérica, gritando que la habían violado y señalando como autor de ese hecho al acusado, con quien solo se vio luego, cuando se encontraba en el CAI, momento para el cual notó que se encontraba golpeado.

Por último, el acusado declaró en su propio juicio a instancias de la defensa e informó que, después de haber departido un momento en el apartamento, JORGE PULECIO GALARZA salió a comprar licor, que momentos más tarde él le solicitó a su cuñado FREDY ALEXANDER HERRERA que fuera a comprar cigarrillos y que quedó solo en compañía de NERYETH. Dijo que más tarde se quedó dormido y que cuando se despertó escuchó que aquella estaba gritando, que salió de una alcoba a la sala y que debido a esa actitud manifestó que aquella se había enloquecido. Relató que en seguida golpearon la puerta, que NERYETH abrió, que entró una señora y que a ésta le manifestó que la habían violado y que por ello ésta lo agredió con un palo y que entonces salió corriendo. Informó que varias personas lo siguieron, que más adelante se puso a pelear con un celador que intentó retenerlo y que luego otras personas lo retuvieron y lo golpearon hasta que llegó la policía y lo capturó.

Finalmente informó que luego de los hechos se reunió en varias oportunidades con NERYETH y que ésta le dijo que le iba a ayudar pero que le diera dinero dado que se había quedado sin trabajo. Ante esa situación, el acusado dijo haberle dicho que primero le retirara la denuncia y que luego le ayudaría. No obstante, luego aquella le dijo que no había sido posible. Ante el contrainterrogatorio de la Fiscalía informó que cuando NERYETH se presentó en el CAI manifestó, en su presencia, que él la había violado.

c. Aparte de lo expuesto, hay que resaltar que la Fiscalía y la defensa suscribieron tres estipulaciones: La primera respecto del informe técnico médico legal sexológico, la segunda respecto del acta de inspección judicial practicada al lugar de los hechos y la tercera respecto del informe de individualización e identificación del capturado.

d. La juez de conocimiento, al final del juicio oral, anunció que el fallo era condenatorio dado que se encontraba convencida de la responsabilidad penal del acusado y que ello era así más allá de toda duda.

III. FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Los fundamentos del fallo proferido por el juzgado de conocimiento fueron los siguientes:

1. NERYETH ROJAS CEBALLOS informó que para la madrugada del 5 de junio de 2005, encontrándose en la residencia de JORGE PULECIO GALARZA, ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ, aprovechando que las demás personas habían abandonado el lugar con miras a adquirir más licor, la accedió carnalmente.

2. En el juicio “*se preservaron todas y cada una de las garantías constitucionales y legales predicables de ÁNGEL MILCIADES CORTES CRUZ*”.

3. El aspecto objetivo del delito se encuentra demostrado con las siguientes pruebas:

a. Con el dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal, que se aportó como estipulación, cuyo contenido no ofrece ningún debate de discusión, que permite asumir como probado lo que su contenido señala y en el cual se hace constar “*el ataque de que dio cuenta la señorita NERYETH ROJAS CEBALLOS, víctima, para cuando el médico galeno trata (sic) de auscultarla y determinar las condiciones, límites y alcance del examen al que la sometería, y allí se determina que justamente el día que era examinada, pasadas algunas horas de los hechos, es decir, el 5 de junio de 2005 siendo las 10:25 de la mañana, ella refiere que se hallaba en la habitación de su novio en compañía de otras personas que a ellos les acompañaban, y luego del retiro del novio y uno de los amigos, es accedida o buscada sexualmente por el señor MILCIADES CORTÉS CRUZ, indicando además la manera que (sic) había sido obligada a ofrecerle un beso al mencionado sujeto, quien también procede a violentarla y a requerirla de manera grotesca, señalando que ‘me agarró por la fuerza’, me quitó la pijama, me penetró, no eyaculó pero me golpeó, trató de asfixiarme*”. Así, entonces, “*la mencionada dama refiere un actuar violento y un requerimiento que por supuesto, debería ser, en esas condiciones, un ataque violento que no consentido, cuando ella repelía la situación afectiva que le requería el señor*”. Además, el actuar violento del actor se encuentra corroborado por los hallazgos del perito médico, pues éste dio cuenta de la presencia de equimosis en el cuello de la víctima.

b. El ataque sexual contra NERYETH ROJAS CEBALLOS, “*como lo anotó también la Fiscalía en su intervención conclusiva, fue referenciado por ella en no pocas oportunidades no solamente al médico (sic) que la ausculta, a los policiales que conocen el caso, a la vecina que interviene, sino incluso a la comunidad que airada persigue a CORTEZ (sic) CRUZ, una y otra vez, en los mismos términos*”.

c. El testimonio de ANDREA VÁSQUEZ CALDERÓN, quien da cuenta de las voces de auxilio que escuchó y que procedían del apartamento 202 y que resultan compatibles con el registro fotográfico que fue objeto de estipulación.

d. El testimonio de la esposa del procesado, CAROLINA HERRERA, quien da cuenta de la información que recibió de los agentes de policía y de la propia víctima en el sentido que ésta había sido violada por aquél.

e. El testimonio de FREDY ALEXANDER HERRERA, “*testigo de excepción de los hechos*”, quien informa que NERYETH ROJAS CEBALLOS sollozaba y gritaba “*que la acababan de violar, que la habían violado y obviamente señalaba en su momento a CORTÉS CRUZ*”.

f. El testimonio del propio acusado MILCIADES CORTÉS CRUZ pues informa que la mujer empezó a gritar realmente al interior del domicilio que compartían, que la violaban y que pedía auxilio, aunque él no entendía por qué procedía de esa manera.

4. El aspecto subjetivo del delito se encuentra demostrado con las siguientes pruebas:

a. Con *“el señalamiento claro, directo y contundente que de manera certera realiza NERYETH ROJAS CEBALLOS, quien nunca jamás refirió un proceder diferente, ni frente a un sujeto distinto a ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ, señalamiento que no solamente hace a la propia ANDREA VÁSQUEZ, y surge al interior de la actuación, no solamente a través de su dicho, sino que también la señora esposa del procesado, CAROLINA HERRERA indica que ello aconteció cuando la misma ROJAS CEBALLOS le señaló a su esposo como autor de la conducta”*.

b. El testimonio de ANDREA VÁSQUEZ CALDERÓN, *“cuando señala que al ingresar al lugar de habitación y golpear fuertemente la puerta de acceso, de allí sale NERYETH ROJAS CEBALLOS gritando y pidiendo auxilio, lanzándose de inmediato sobre ella, para señalar que la habían violado y que quien lo había hecho estaba al interior del domicilio aún, teniendo ocasión ANDREA VÁSQUEZ de observar la única persona allí existente, esto es, CORTÉS CRUZ”*, quien salió corriendo del lugar. La testigo informa que fue requerida por JORGE PULECIO GALARZA para que fuera al CAI a suministrar información sobre lo ocurrido y que cuando lo hizo, NERYETH afirmó *“ella me salvó”*.

c. El testimonio de FREDY ALEXANDER HERRERA, *“testigo presencial de los hechos”*, *“al indicar que a su arribo con PULECIO a la residencia, encuentran a la señora ROJAS CEBALLOS, con la vecina sollozante, gritando que había sido accedida, e indica cómo el señor PULECIO, al verla en tal situación, se acerca para tratar de calmarla, pero observando además que la dama tenía puesta una toalla de la cintura para abajo”*.

d. El testimonio del acusado ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ, pues éste aceptó que fue quien envió a JORGE PULECIO GALARZA a comprar cigarrillos; no es creíble su afirmación en el sentido de haberse dormido y haber despertado luego ante los gritos de auxilio de la víctima; nada evidenciaba que ésta padeciera alguna anomalía como para proceder de esa manera sin razón alguna; resulta inexplicable que haya esperado por espacio de 10 minutos tras el pedido de auxilio de NERYETH para salir del lugar, sin que haya intentado abrir la puerta a la vecina que golpeaba; reconoció que, tras salir del lugar, alcanzó a recorrer varios escenarios pero que fue luego interceptado y finalmente está probado por sus propias afirmaciones que le ofreció a la víctima la ayuda que le requirió a condición de que retirara la denuncia instaurada.

5. Las pruebas que dan cuenta del elemento objetivo del delito de violencia sexual y de la responsabilidad del acusado, permiten tener por satisfechos los presupuestos necesarios para impartir fallo de condena.

Con base en estos argumentos, el juzgado declaró la responsabilidad penal del acusado en el delito de violación sexual y lo condenó a las penas de 130 meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término y le negó tanto la suspensión de la condena como la prisión domiciliaria.

IV. AUDIENCIA DE DEBATE ORAL

A la audiencia de debate oral concurrió únicamente el defensor. Al sustentar el recurso solicitó al Tribunal la revocatoria del fallo condenatorio proferido. Lo hizo con base en los siguientes argumentos:

1. Al juicio no concurrieron ni la víctima, NERYETH ROJAS CEBALLOS, ni su novio, JORGE PULECIO GALARZA, testigos que resultaban fundamentales para apoyar la acusación. Ante ello, la Fiscalía solicitó que se admitieran como pruebas de referencia las entrevistas rendidas por ellos. No obstante, esta solicitud fue negada por el juzgado y confirmada por el Tribunal.

2. A pesar de esa situación, el juzgado dictó sentencia basándose en pruebas de referencia. Con este proceder se violó el principio de inmediación, el principio de contradicción de la prueba y el fundamento exigido por la ley para dictar un fallo de condena.

3. El juzgado no tuvo en cuenta pruebas que de haber sido debidamente valoradas, hubiesen incidido en la decisión tomada. Así ocurre con el dictamen médico legal, en el que no se refiere evidencia alguna de la violación; con el testimonio de ANDREA VÁSQUEZ CALDERÓN, quien no refiere la existencia de huellas de violencia ni en el cuerpo de la supuesta víctima, ni en sus prendas de vestir, y con el dictamen de ADN que arrojó un resultado negativo para la acusación.

4. La víctima le indicó a CAROLINA HERRERA, esposa del acusado, que estaba dispuesta a colaborarle a éste a cambio de una contraprestación económica y, contrariando las reglas de la experiencia, volvió a tener contacto con el supuesto victimario.

5. Si bien el acusado huyó del apartamento en el que se encontraba, lo hizo para protegerse de la agresión propinada por ANDREA VÁSQUEZ CALDERÓN y no para huir tras la comisión de conducta punible alguna.

V. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida por el Juzgado 7 Penal del Circuito, por medio de la cual declaró al acusado penalmente responsable del delito de acceso carnal violento, el Tribunal desarrollará los siguientes temas: i) la no comparecencia al juicio de la víctima como único testi-

go presencial de los hechos, ii) la estructura básica del proceso penal y los principios constitucionales de las pruebas penales, iii) las justificadas reservas de los sistemas procesales frente a la prueba de referencia, iv) el nuevo proceso penal colombiano y la prueba de referencia, v) el desconocimiento, en el caso planteado, de los principios constitucionales de las pruebas penales y vi) la nulidad por violación del debido proceso en aspectos sustanciales y del derecho de defensa. Para concluir, se harán algunas consideraciones finales.

i) La no comparecencia al juicio de la víctima como único testigo presencial de los hechos

1. Hay una situación muy relevante que el Tribunal advierte en este proceso, remitido para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo proferido. Ella tiene que ver con la no concurrencia de la víctima –único testigo directo de la conducta punible– al juicio oral. En efecto, existen elementos indicativos de que la víctima y su novio en varias oportunidades volvieron e ingresaron en el apartamento en el que sucedieron los hechos y en el que se habían dejado múltiples citaciones, percatándose, por tanto, del intenso esfuerzo emprendido por la Fiscalía y por el juzgado de conocimiento para lograr su comparecencia al juicio. No obstante, se abstuvieron de atender el llamado de la justicia.

Ante esa situación, es obvio que el Estado no puede renunciar a la realización de la justicia pues ella no es, ni mucho menos, un cometido exclusivo de la víctima, sino también un valor superior del ordenamiento jurídico, uno de los fines del Estado y, por lo mismo, un deber de su sistema judicial. Por ello, aun en aquellos supuestos en que la víctima de un delito es, a la vez, el único testigo presencial de la conducta punible, la Fiscalía está vinculada por el deber constitucional de investigar y, si es el caso, acusar a quienes estime autores o partícipes de ella; salvo, desde luego, que lo impidan instituciones como el principio de oportunidad o la no satisfacción de presupuestos de procedibilidad.

En estas condiciones, en el caso presente, hizo bien la Fiscalía al procurar la condena de quien asumió como responsable del delito de violación sexual por ella investigado y al alentar esa pretensión pese a no contar, en el juicio, con el testimonio de la víctima de ese delito.

2. Con todo, si bien esa postura de la Fiscalía es legítima, el Tribunal resalta que esa pretensión no debe implicar, en manera alguna, el resquebrajamiento de la estructura constitucional del proceso penal. Por ello, en esos eventos, tanto la Fiscalía como los jueces, deben atenerse estrictamente a las reglas procesales configuradas por el constituyente y desarrolladas por el legislador y orientadas a hacer del proceso penal un escenario en el que se procura una aproximación razonable a la verdad, para, sobre esa base, hacer efectivas las normas penales sustanciales y todo ello en un marco de estricto

respeto de los derechos de los distintos intervinientes y admitiendo, si hay lugar a ello, niveles razonables de matización de esas normas sustanciales.

En esa dirección, aun en esas hipótesis, resulta imperativo el respeto del nuevo régimen constitucional del proceso penal, consagrado en el sistema de valores, principios y derechos previsto en la Carta; en los principios que rigen la administración de justicia; en la estructura básica del sistema procesal en ella consagrado y en la regulación de la práctica probatoria, esto último tanto a través de los principios de la prueba, como de los deberes que en esa materia le impuso a la Fiscalía General de la Nación.

ii) La estructura básica del proceso penal y los principios constitucionales de las pruebas penales

3. En este contexto, es fundamental que se entiendan las implicaciones probatorias del nuevo proceso penal colombiano. Y ello no siempre es fácil pues se viene de un sistema procesal en el que regía lo que se denominó principio de permanencia de la prueba, el que permitía que el fallo proferido por el juez tuviera como fundamento la prueba practicada por la Fiscalía, de manera unilateral, en la indagación preliminar o en la investigación, y en el que imperaba una visión exclusivamente formal del principio de inmediación pues no obstante su consagración expresa, nunca se dudó de la legitimidad de las sentencias basadas únicamente en las pruebas practicadas por la Fiscalía durante la etapa instructiva o aun en momentos preprocesales.

No obstante, debe comprenderse que el panorama probatorio ha cambiado sustancialmente pues cuando hay lugar al trámite del juicio, la sentencia proferida por el juez sólo puede tener como fundamento las pruebas practicadas en la audiencia de juzgamiento, con respeto de los derechos fundamentales y con estricto acatamiento de los principios y deberes constitucionales que rigen su práctica.

4. Precisamente por ello, en el proceso penal de hoy la sentencia solo puede basarse en las pruebas practicadas en el juicio oral con respeto de los derechos fundamentales del acusado y de la víctima; con acatamiento de sus formalidades legales esenciales (Artículo 29, inciso final, de la cp); ateniéndose al efecto vinculante de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración (Artículo 250.4 de la cp) y con estricto cumplimiento del deber que le asiste a la Fiscalía de asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción (Artículo 250.4 de la CP) y de suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables al procesado (Artículo 250.9, inciso final, CP). Por ello se afirma que la estructura básica del proceso penal constituye un mecanismo fijado por el constituyente para la efectivización de la cláusula general de responsabilidad en el ámbito específico de las conductas punibles; que parte central de esa estructura está determinada por las reglas inherentes a la práctica probatoria y que esta opera a través

de los principios constitucionales de la prueba y de los deberes de aseguramiento y descubrimiento que le incumben a la Fiscalía¹.

De esta manera, si un proceso se adelanta con evidente vulneración de alguno de esos fundamentos superiores de las pruebas penales, su legitimidad constitucional está viciada. En efecto, la validez del nuevo proceso penal colombiano se resiente tanto si se permite la aducción de pruebas ilícitas o si se violan los principios que rigen la prueba en el juicio, como si la Fiscalía incumple el deber de aseguramiento o el deber de descubrimiento.

Entonces, sólo una práctica probatoria respetuosa de esta sistemática constitucional, objeto, además, de un detenido desarrollo legal, puede suministrar el fundamento para una sentencia que ponga fin al proceso, mucho más si ella es declaratoria de responsabilidad penal. En sentido contrario, pruebas practicadas con violación de los derechos fundamentales del acusado o de la víctima o con violación de sus formalidades legales esenciales; pruebas practicadas de forma secreta, escrita, mediata, sin contradicción y con solución de continuidad o pruebas practicadas con violación de la cadena de custodia o no descubiertas oportunamente, son pruebas que contrarían los fundamentos constitucionales de las pruebas penales y, por lo mismo, son pruebas ilegítimas y, en consecuencia, inidóneas para apoyar en ellas cualquier esfuerzo valorativo orientado a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado.

iii) Las justificadas reservas de los sistemas procesales frente a la prueba de referencia

5. Los argumentos expuestos en precedencia, explican las reservas que se advierten en los sistemas procesales contemporáneos frente a la admisibilidad de la prueba de referencia, es decir, aquella prueba que da cuenta de una declaración hecha por fuera del juicio oral, que se invoca para demostrar que esa declaración es verdadera y que se puede acreditar a través de un escrito, de una grabación de audio o video o incluso de un testimonio². Tales reservas resultan comprensibles pues la prueba de referencia, al no practicarse en el juicio sino fuera de él, plantea el desconocimiento de los principios

1 Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá, 2006.

2 Esta precisión en torno al medio de prueba utilizado para presentar la declaración como evidencia en un juicio es muy importante en un contexto como el nuestro en el que la prueba de referencia tiende a asimilarse únicamente con el testimonio de oídas. De allí que sea relevante comprender que en la prueba de referencia concurren como elementos la declaración referida, el declarante o persona que la hizo, el propósito con el que esa declaración se lleva al juicio, la parte contra la cual esa declaración se ofrece y el medio de prueba utilizado para presentar como evidencia la declaración. Este último medio de prueba puede estar determinado por un testimonio, un documento, una prueba de audio o video o por cualquier medio idóneo para dar cuenta de la declaración, de cuya existencia se trata de dar veracidad en el juicio. En este sentido: Ernesto L. Chiesa. Tratado de Derecho probatorio. t. II., JTS, 2005., p.566.

de publicidad, oralidad, intermediación, contradicción y concentración; es decir, evidencia un claro distanciamiento de las reglas que rigen la práctica probatoria en el proceso penal inherente a un régimen democrático y ello con el consecuente resquebrajamiento de la estructura básica del proceso penal.

6. Los sistemas procesales contemporáneos se han hecho eco de esta situación. En este sentido, por ejemplo, se habla de la garantía de confiabilidad que ofrecen los testimonios practicados en el juicio oral, a condición de que se hagan ante el tribunal, bajo juramento, frente a la parte perjudicada con la declaración, frente al juzgador que la ha de valorar y con sujeción al contrainterrogatorio de las partes. Y, al mismo tiempo, se advierten los problemas generados por la prueba de referencia dado que en ella está ausente esa garantía de confiabilidad ante la no concurrencia de esos presupuestos³.

Esas fundadas reservas han llevado a que se consagre una regla general que dispone la exclusión de la prueba de referencia, fundamentalmente por la imposibilidad de confrontación entre el declarante y la parte contra la cual se ofrece la prueba⁴. Este punto es muy relevante pues el derecho del acusado a contrainterrogar a los testigos de cargo es un contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso al punto que está expresamente consagrado en el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, norma que, para el caso colombiano, por vía del artículo 93 de la C.P., tiene carácter de norma constitucional⁵.

3 “Estos son cinco factores de confiabilidad. El primero –que la declaración sea hecha en corte– aporta los elementos de solemnidad y seriedad inherentes a los procedimientos judiciales. El segundo –declaración bajo juramento– aporta el elemento de responsabilidad por el delito de perjurio en caso de falsedad sobre hechos esenciales. El tercero –declaración cara a cara, frente a la parte perjudicada– es elemento importante del derecho a confrontación. Está fundado en la experiencia ordinaria de que es más fácil y probable mentir en ausencia de la persona perjudicada con la mentira, que hacerlo en su inmediata presencia. El cuarto –declarar frente al juzgador que ha de aquilatar el valor probatorio– aporta la apreciación del ‘demeanor’ o comportamiento del declarante mientras hace la declaración, elemento importante para estimar la credibilidad de un testigo. Finalmente, el quinto factor –declaración sujeta al contrainterrogatorio del declarante por la parte perjudicada– es el elemento esencial de confrontación, tan crucial para apreciar el valor probatorio de la declaración. La razón principal para la regla de exclusión de prueba de referencia es, justamente, la falta de oportunidad de contrainterrogatorio del declarante por la parte afectada con la declaración, esto es, la parte contra quien se ofrece la declaración como evidencia para probar la verdad de lo declarado”. Tratado de Derecho probatorio, cit., p. 566.

4 Con razón se afirma: “Desde el punto de vista constitucional, la incorporación al proceso penal del testimonio de referencia afecta de manera palmaria el principio de contradicción o bilateralidad que, derivado del derecho fundamental a la defensa en juicio, garantiza al imputado realizar un efectivo contralor –control– de la prueba de cargo a través de su defensor técnico. En este mismo sentido, priva al juzgador de la intermediación en la apreciación de la prueba, uno de los principios sustanciales e inherentes a la oralidad que debe regir en la etapa del debate”: MARÍA INÉS YEANNES, FABIANA DANTI y MAURO GIACOMASO. *Valor probatorio del testimonio de referencia*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Madrid, 2005, tomado de: www.inecip.org.com.

5 En el Derecho comparado también existe conciencia de estas implicaciones de la prueba de referencia: “Su admisión generalizada e indiscriminada, en sustitución del testigo principal, vulneraría el princi-

No obstante, al mismo tiempo, en los sistemas procesales actuales se consagran excepciones a esa regla general de exclusión para admitir pruebas de referencia en el proceso penal a condición de que ellas satisfagan la exigencia de confiabilidad; excepciones que, por otra parte, en algunos contextos, no solo son muy numerosas, sino que, además, pueden ampliarse en virtud de una cláusula residual que habilita a los jueces a admitir pruebas de referencia no incluidas expresamente en el listado de excepciones. Desde luego, en un régimen de este tipo, en el que se han llegado a consagrar numerosas excepciones a la exclusión de la prueba de referencia, susceptibles, además, de ampliación por vía jurisprudencial, el alcance de la regla general se ve bastante disminuido, con la consecuente afectación de la práctica probatoria inherente al juzgamiento.

7. En otros contextos, ante la inseguridad generada por un régimen legal difuso⁶ y problemático⁷, la jurisprudencia se ha esforzado por fijar límites a la aducción de pruebas de referencia en el proceso penal⁸. En este sentido, por ejemplo, se ha considerado que la simple incomparecencia al acto del juicio oral del testigo directo o presencial de los hechos no autoriza, *per se*, a admitir con carácter general la validez de la prueba de testigos de referencia; que para ello debe determinarse la causa de la incomparecencia del testigo y que para tal efecto son relevantes la muerte, la enfermedad grave e irreversible del testigo o el hecho de encontrarse en un paradero desconocido, pero “*En ningún caso, el temor a represalias por parte del testigo directo o su resistencia o negativa a acudir al llamamiento judicial justificarían el recurso a la prueba testifical de referencia*”. Además, se ha asumido que el Tribunal debe agotar, con anterioridad, todas las posibilidades que le concede la ley para conseguir la comparecencia del testigo presencial al juicio oral y que, admitida la prueba de referencia, su valoración debe emprenderse con suma cautela⁹.

pio de intermediación, en su aspecto objetivo o material. Incluso el propio derecho de defensa resultaría cercenado o limitado al impedirse que el acusado y/o su Letrado pudieran preguntar al testigo de cargo, vulnerándose el artículo 6.3.d) de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”: MANUEL MIRANDA ESTRAMPES. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: José María Bosch, 1997, p.197.

- 6 En España, la prueba de referencia está regulada, de manera muy general, en los artículos 710 (“*Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado*”) y 813 (“*No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra*”) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De acuerdo con MIRANDA ESTRAMPES, este régimen “*resulta insuficiente para abordar y solucionar los diferentes problemas que plantean los testimonios de referencia en el proceso penal*”, cit. p. 191.
- 7 *La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada n.º 12, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. p.292.
- 8 Sobre este particular, ANTONIO PABLO RIVES SEVA. “El testimonio de referencia en la jurisprudencia penal”. tomado de: [www.notasjurídicas.com.]
- 9 Tribunal Constitucional español. Sentencia 2117 del 21 de diciembre de 1989.

Aparte de ello, ante las insuficiencias de ese régimen legal, doctrina muy autorizada se inclina por una regulación legal de la prueba de referencia que parta, como regla general, de su prohibición en el proceso penal; que prevea un conjunto de excepciones claramente definidas; que conserve un margen de discrecionalidad judicial tanto para permitir excepciones adicionales a aquellas como también para prescindir de la aplicación de una excepción taxativa en un caso concreto y que consagre una tarifa legal negativa para impedir que los fallos judiciales se apoyen únicamente en pruebas de referencia¹⁰.

iv) El nuevo proceso penal colombiano y la prueba de referencia

8. Ahora, si bien la breve información suministrada en precedencia así, da una idea de la regulación o de las tentativas de regulación de la prueba de referencia en otros contextos, no deben perderse de vista las particularidades del proceso penal colombiano. Y ello por cuanto, como lo ha evidenciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y aun la doctrina, el nuevo proceso penal no plantea la simple adaptación a nuestro entorno de sistemas procesales foráneos. Antes bien, en él debe advertirse la oportunidad para configurar un sistema procesal compatible con nuestra cultura jurídica, con nuestra concepción de la administración de justicia y con nuestro respeto por un sistema de valores, principios y derechos ligado a la legitimidad misma del Estado colombiano. Desde luego, sin que esto implique desconocer el valioso aporte de instituciones propias del derecho procesal penal comparado.

En este sentido, a diferencia de otros sistemas procesales y para no citar sino unos ejemplos, entre nosotros no hay intervención alguna del jurado popular pues a pesar de que el constituyente previó esa posibilidad (Artículo 116 de la cp), el legislador no la desarrolló; son legítimos los juicios promovidos en ausencia del acusado (Artículo 291 del CPP) y, además, este no incurre en responsabilidad penal en caso de faltar a la verdad en la declaración que rinda en el juicio (Sentencia C-782-05); circunstancias que indudablemente están llamadas a trazarle un carácter particular y definido al régimen de la prueba de referencia.

9. El legislador colombiano ha hecho eco de esas situaciones. Por ello ha consagrado un régimen de la prueba de referencia que guarda puntos de contacto y de distanciamiento con otros regímenes: En ese sentido, ha definido la prueba de referencia (Artículo 437), ha consagrado un sistema en el que su admisibilidad es excepcional (Artículo 379), ha indicado los únicos supuestos excepcionales en los que ella es admisible (Artículo 438), ha consagrado una tarifa legal negativa que impide que la sentencia condenatoria se fundamente exclusivamente en pruebas de esa índole (Artículo 381) y ha regulado la prueba de referencia múltiple (Artículo 439), su utilización para fines de impugnación

10 MARÍA ISABEL VELAYOS MARTÍNEZ. El testigo de referencia en el proceso penal, Universidad de Alicante. Valencia, 1998.

(Artículo 440), la impugnación de su credibilidad y su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y la prueba documental (Artículo 441).

Nótese como, de manera similar a lo dispuesto en otros contextos, existe una regla general de exclusión de la prueba de referencia, pues su admisibilidad es excepcional, y, además, existe una tarifa legal negativa en virtud de la cual la sentencia no puede basarse sólo en pruebas de esa índole. Esto último, desde luego, en el entendido que las pruebas de referencia que pueden confluir a apoyar una sentencia de condena, son solo aquellas cuya admisión está permitida por una excepción legal a la regla general que ordena su exclusión.

Este régimen es compatible con lo dispuesto en el CPP acerca de la pertinencia de la prueba y del conocimiento personal del testigo.

Por una parte, según el artículo 375 de ese estatuto, “*El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias o a la responsabilidad penal del acusado...*”. Nótese cómo, en general, las pruebas deben practicarse con sujeción a los principios constitucionales que las rigen, como los de inmediación y contradicción; evento en el cual tales pruebas se referirán directamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta, sus circunstancias o la responsabilidad. No obstante, cuando la ley lo ha previsto, excepcionalmente pueden practicarse pruebas que no se atengan a esos principios, caso en el cual tales pruebas solo darán cuenta indirecta de tales hechos o circunstancias.

Por otra parte, el artículo 402 ha dispuesto que “*el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir*”. Es decir, el objeto de la prueba testimonial que se practica en el juicio, se circunscribe a los hechos que el testigo conoció de forma directa y presencial y no a instancias de los relatos hechos por otros, regla probatoria que explica la inadmisibilidad, como regla general, de la prueba de referencia.

A diferencia de otros sistemas, la ley colombiana no consagra una cláusula residual que le permita al juez configurar excepciones adicionales a aquellas fijadas de manera taxativa, ni tampoco le ha facultado para prescindir de la aplicación de la excepción en un caso concreto. Aunque podría considerarse la posibilidad de que el juez, con miras a la realización de los fines del proceso penal, admita una prueba de referencia cuya procedencia excepcional no haya sido fijada en la ley; para ello debería satisfacer una fuerte carga argumentativa: Exponer las razones que justifican una interpretación extensiva de una institución que, como la prueba de referencia, restringe el alcance de un derecho fundamental –el derecho de defensa– y de los principios constitucionales que rigen la práctica de la prueba en el proceso penal –los de inmediación y contradicción,

fundamentalmente—. Y esto por cuanto, como bien se sabe, las normas que restringen derechos fundamentales son de interpretación restrictiva.

10. De este modo, el proceso penal colombiano es mucho más estricto que otros regímenes en la admisibilidad de la prueba de referencia pues, por una parte, las excepciones no solo son sustancialmente menores que las que se advierten en otros contextos, sino que ellas son taxativas y, por lo mismo, no pueden ser objeto de complementación judicial. Este régimen es tan estricto que, a diferencia de lo que ocurre en otros modelos, no se permite como prueba de referencia la declaración de un testigo ausente, pese a que quien solicitó la prueba demuestre que hizo todos los esfuerzos razonables a su alcance para lograr la comparecencia del testigo, sin que ello le haya sido posible.

Para concluir este argumento hay que indicar que este régimen, desde luego, vincula a la jurisdicción. Y esto por cuanto en un Estado constitucional, si bien la ley vale en el ámbito de los derechos fundamentales y de la democracia pluralista, el principio de legalidad mantiene aún su efecto vinculante y los jueces, salvo la aplicación de instituciones jurídicas excepcionales, están compelidos a acatarlo.

v) El caso planteado: desconocimiento de los principios constitucionales de las pruebas penales

11. Los fundamentos expuestos en precedencia, resultan determinantes para realizar un juicio de valor en el caso sometido a consideración del Tribunal.

En efecto, al inicio de esta motivación se indicó cómo lo relevante del juicio promovido por la Fiscalía contra ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ, radicaba en que la víctima y único testigo presencial de los hechos, no había comparecido al juicio oral. Pese a que inicialmente concurrió a denunciar el delito de que había sido víctima, luego desatendió las múltiples citaciones que se le hicieron para que concurriera al juicio e incluso la orden de conducción impartida por el juzgado de conocimiento resultó infructuosa. Esta situación, desde luego, no implicaba que la Fiscalía renunciara al ejercicio de la acción penal, pues, por el contrario, como se dijo en precedencia, aun en hipótesis como esa, aquella se encuentra vinculada por el principio de legalidad y, en consecuencia, por el deber de investigar la conducta y, si hay lugar a ello, de promover una acusación ante los jueces.

Con todo, de optar por esta alternativa, es claro que tanto la Fiscalía como los jueces que conocen de la acusación debían proceder con estricto acatamiento de los principios que desde la Constitución misma regulan la práctica probatoria. Por ello, ante la ausencia de prueba directa de responsabilidad, la Fiscalía bien podía valerse de otro tipo de pruebas legítimas —por ejemplo, de la prueba indiciaria, del dictamen médico legal objeto de estipulación, del testimonio del acusado, entre otras— para apoyar su pretensión acusadora y el juez también podía, de manera legítima, fundar en ellas una eventual declaratoria de responsabilidad penal. No obstante, lo que les estaba proscrito

a unos y a otros era valerse para ello de pruebas de referencia, mucho más si se estaba en supuestos en los que la ley no ha previsto su admisibilidad excepcional pues con ese proceder se vulneraron los principios superiores que regulan la práctica probatoria.

12. En el caso sometido a consideración del Tribunal, el juzgado permitió una práctica probatoria en la que se incurrió en múltiples irregularidades.

En tal sentido, por ejemplo, la Fiscalía, de manera tardía, en la audiencia preparatoria anunció como prueba un dictamen de ADN. Y se dice de manera tardía, porque debió anunciarla en el escrito de acusación y descubrirla en la audiencia de formulación de la acusación. Además, enterada la Fiscalía del resultado de esa prueba técnica, desistió de ella pues se estableció que se trataba de un vello púbico encontrado en el cuerpo de la víctima que no procedía del acusado. Esto puede plantear la vulneración del deber de descubrimiento impuesta por la Constitución pues esta exige que todos los elementos materiales probatorios en poder de la Fiscalía se descubran, incluidos los que favorezca al acusado. Finalmente, al acusado no se le puso de presente el condicionamiento dispuesto por la Corte Constitucional para los casos en que aquél declara en su propio juicio y en virtud del cual queda exento de responsabilidad penal.

Las implicaciones de estas irregularidades, al menos en el caso planteado, no son mayores. Así, la primera se superaba si el juzgado le exigía a la Fiscalía justificar la admisibilidad excepcional de esa prueba (Artículo 344). La segunda pierde trascendencia en cuanto a que la Fiscalía y la defensa manifestaron en la audiencia preparatoria que se habían puesto de acuerdo para suscribir una estipulación probatoria en torno al dictamen de ADN que se encontraba pendiente, acuerdo que se anunció, curiosamente, antes de conocer el resultado del examen. Y la tercera se supera porque la garantía que ampara al acusado que declara como testigo en su propio juicio se orienta a mantenerlo a salvo de cualquier imputación penal. Por lo tanto, mientras esa consecuencia se mantenga no hay motivos para plantear la invalidación de lo actuado.

13. No obstante, aparte de esas situaciones, en el juicio se incurrió en una irregularidad que sí resulta relevante. Se permitió la aducción de pruebas de referencia inadmisibles.

En efecto, por una parte, fueron frecuentes las declaraciones de testigos, no tanto sobre lo que a ellos les constaba de manera directa y personal, que es el objeto legítimo de la prueba testimonial, sino prioritariamente en torno a las afirmaciones que ellos habían escuchado a la víctima de los hechos. Esta situación es particularmente evidente en el caso de los testigos CAROLINA HERRERA y FREDY ALEXANDER HERRERA.

Aparte de ello, el juzgado permitió que la Fiscalía y la defensa suscribieran una estipulación sobre un concepto médico legal sin limitar el acuerdo a lo que fue objeto de experticia. De esta manera, se permitió que la declaración que la víctima de los hechos había hecho ante el médico legista con miras a su posterior evaluación y en la que ella

imputaba tales hechos al acusado, quedara incluida en la estipulación suscrita y, por lo menos en principio, exenta de debate probatorio.

La aducción de pruebas de referencia fue tan evidente, que buena parte del alegato de cierre de la Fiscalía se orientó a sistematizar las sucesivas incriminaciones que la víctima hizo contra el acusado no en el juicio, sino ante la vecina que acudió en su ayuda, ante los agentes de policía que conocieron de los hechos, ante el médico legista y ante la comunidad que propició la captura del acusado.

Advierte el Tribunal, entonces, que en el juicio se practicaron pruebas de referencia en supuestos inadmisibles y que esas pruebas apoyaron el alegato de cierre de la Fiscalía.

14. Importa destacar que toda esta situación se presentó a pesar de que en el curso del proceso hubo lugar a un pronunciamiento del juzgado de conocimiento por medio del cual se negó la aducción, en calidad de pruebas de referencia, de las entrevistas rendidas por NERYETH ROJAS CEBALLOS y JORGE PULECIO GALARZA ante las autoridades de investigación, decisión que, además, fue confirmada en segunda instancia.

Esto evidencia que se tenía conciencia en cuanto a la imposibilidad de aducir tales entrevistas como prueba de referencia. Es decir, se tenía claridad en cuanto a que, por no estarse ante una de las situaciones excepcionales en que, de acuerdo con la ley, tales pruebas son admisibles, debía aplicarse la regla general que proscribía la aducción de tales medios de conocimiento.

No obstante, el juzgado no advirtió que esa situación se presentaba no sólo respecto de esas entrevistas, solicitadas y negadas, sino también respecto de las demás declaraciones hechas por la víctima ante otras personas, ya se tratara de sus vecinos, de los agentes de policía, del médico legista o de la esposa del acusado pues las declaraciones o documentos suscritos por todas estas personas y en los que se daba cuenta de las manifestaciones incriminatorias de aquella, constituyen también pruebas de referencia que, por no estar expresamente exceptuadas por la ley, están proscritas.

15. Por otra parte, al momento de reseñar el fundamento de la sentencia recurrida, el Tribunal indicó cuál había sido el razonamiento del juzgado de conocimiento. En ese acápite se procedió con detenimiento para evidenciar cómo en la valoración probatoria se procedió como si la víctima y único testigo presencial de los hechos hubiese concurrido al juicio, cuando bien se sabe que ello no fue así.

El Tribunal advierte que la declaratoria de responsabilidad penal del acusado, según el juzgado, se basó en *“el señalamiento claro, directo y contundente que de manera certera realiza NERYETH ROJAS CEBALLOS, quien nunca jamás refirió un proceder diferente, ni frente a un sujeto distinto a ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ, señalamiento que no solamente hace a la propia ANDREA VÁSQUEZ, y surge al interior de la actuación,*

no solamente a través de su dicho, sino que también la señora esposa del procesado, CAROLINA HERRERA indica que ello aconteció cuando la misma ROJAS CEBALLOS le señaló a su esposo como autor de la conducta”.

Ante esta afirmación tan enfática del juzgado, el Tribunal se pregunta: ¿Cómo puede decirse que se está ante el señalamiento claro, directo y contundente que la víctima le hace al acusado, si aquella no compareció al juicio? ¿Cómo puede llegarse a esa conclusión si en el juicio lo más que se obtuvo fue la referencia a las declaraciones que ella hizo a terceros, señalando al acusado como el autor del delito por ella denunciado? ¿Cómo puede plantearse esa conclusión y, al mismo tiempo, afirmar que en el nuevo proceso penal colombiano solo tienen calidad de pruebas aquellas que se practican en el juicio, ante el juez, bajo juramento, frente al acusado y con reconocimiento del derecho a contrainterrogar?

16. En el mismo sentido, la declaratoria de responsabilidad dispuesta en el fallo apelado se apoyó en *“el ataque de que dio cuenta la señorita NERYETH ROJAS CEBALLOS, víctima, para cuando el médico galeno trata (sic) de auscultarla y determinar las condiciones, límites y alcance del examen al que la sometería, y allí se determina que justamente el día que era examinada, pasadas algunas horas de los hechos, es decir, el 5 de junio de 2005 siendo las 10:25 de la mañana, ella refiere que se hallaba en la habitación de su novio en compañía de otras personas que a ellos les acompañaban, y luego del retiro del novio y uno de los amigos, es accedida o buscada sexualmente por el señor MILCIADES CORTÉS CRUZ, indicando además así “(sic)” había sido obligada a ofrecerle un beso al mencionado sujeto, quien también procede a violentarla y a requerirla de manera grotesca, señalando que ‘me agarró por la fuerza’, me quitó la pijama, me penetró, no eyaculó pero me golpeó, trató de asfixiarme”.* Así, entonces, *“la mencionada dama refiere un actuar violento y un requerimiento que por supuesto, debería ser, en esas condiciones, un ataque violento que no consentido, cuando ella repelía la situación afectiva que le requería el señor ÁNGEL MILCIADES CORTÉS CRUZ”.*

Desde luego, el concepto médico legal rendido por el galeno que examinó a la denunciante, por haber sido objeto de estipulación, permite tener por demostrados hechos que son relevantes en el proceso, pero ello solo ocurre respecto de los puntos que son objeto de experticia médica ya que es sobre ellos que ese profesional rinde un concepto autorizado precisamente con base en su formación y experiencia. No obstante, no se puede pretender que en virtud de esa estipulación deban asumirse como demostrados los hechos relatados por la víctima ante el médico que la examinó pues tal es una declaración inculpativa hecha por fuera del juicio oral, declaración que consta precisamente en el concepto médico legal rendido por aquél y que, lejos de constituir una prueba directa de cargo, apenas si constituye una prueba de referencia que sólo podrá aducirse al juicio si se configura una de las excepciones taxativas previstas por el legislador. De no ser así, habría que admitir que la defensa, al suscribir una estipulación probatoria en torno al contenido integral de ese concepto, aceptó la responsabilidad del acusado y ello no resulta compatible ni con el juicio a que hubo lugar, ni con la

declaratoria de inocencia de aquél, ni con la pretensión alentada por la defensa en el sentido que se absuelva al acusado.

17. Pero ese proceder del juzgado se apoyó también en el obrar similar que caracterizó a la Fiscalía en el juicio oral y que, como se indicó, le llevó a sustentar la pretensión de condena fundamentalmente en pruebas de referencia. De allí que en la sentencia recurrida se afirme que el ataque sexual contra NERYETH ROJAS CEBALLOS, *“como lo anotó también la Fiscalía en su intervención conclusiva, fue referenciado por ella en no pocas oportunidades no solamente al médico que la ausculta, a los policiales que conocen el caso, a la vecina que interviene, sino incluso a la comunidad que airada persigue a CORTEZ (sic) CRUZ, una y otra vez, en los mismos términos”*.

18. La situación es tan patética, que se invoca, como fundamento de la condena proferida, la declaración de CAROLINA HERRERA, esposa del acusado, en la que refiere los dichos que escuchó de los agentes de policía que se encontraban en el CAI en el que estaba retenido su esposo, y los dichos de la víctima, cuando concurrió hasta ese sitio. Incluso, en reiteradas oportunidades, se llega a calificar a FREDY ALEXANDER HERRERA, cuñado del acusado, como *“testigo excepcional de los hechos”* o como *“testigo presencial de los hechos”* cuando en el proceso existe total claridad en cuanto a que los hechos ocurrieron cuando la víctima y el acusado se encontraban solos, a puerta cerrada, en el apartamento referido en el proceso y en cuanto a que el citado testigo sólo volvió a ese sitio después de ocurridos tales hechos.

vi) Nulidad por violación del debido proceso en aspectos sustanciales y del derecho de defensa

19. Para el Tribunal, la práctica probatoria a que hubo lugar en el juicio oral y la fundamentación probatoria, soporte de la condena, implican un claro desconocimiento de los principios que regulan el juicio oral.

Ello es así porque, de un lado, se permitió que varios testigos declararan sobre hechos que nos les constaban de manera directa y personal, sino solo a instancias de los relatos hechos por terceros y porque, de otro lado, el fallo se apoya esencialmente en lo que la víctima del delito refirió a una vecina, a las personas que luego trataron de ayudarla, a los agentes de policía, al médico legista que la examinó y a la esposa del acusado. Todos estos relatos tienen en común que se practicaron fuera del juicio oral, sin la formalidad del juramento, sin audiencia de la parte perjudicada, en ausencia del juzgador y sin concontrinterrogatorio alguno. Es decir, se trata de pruebas de referencia, proscritas en el ordenamiento jurídico colombiano, cuya admisibilidad, en las circunstancias propias del caso concreto, no ha sido exceptuada por la ley y, por lo mismo, sin posibilidad alguna de apoyar un fallo de condena.

Como se indicó en precedencia, en el proceso penal colombiano la prueba de referencia es inadmisibile, ella solo puede aducirse en las situaciones excepcionales previstas en la

ley, esas excepciones no pueden ser objeto de ampliación jurisprudencial y existe una tarifa legal negativa que impide que la sentencia condenatoria se base únicamente en pruebas de esa índole. Ese régimen legal, en tanto desarrollo de los principios constitucionales de las pruebas penales, fue desconocido en el caso presente pues aquí se violó la regla general que proscribe la admisión de pruebas de referencia, se lo hizo sin que se tratase de los casos taxativamente exceptuados por la ley y la sentencia condenatoria proferida se basó en ese tipo de pruebas y ello a pesar de que era posible una valoración probatoria que tomara en consideración otros medios de conocimiento.

Este proceder del juzgado evidencia el desconocimiento de los principios constitucionales de la prueba, de acuerdo con los cuales, la declaratoria de responsabilidad penal únicamente puede apoyarse en las pruebas practicadas en el juicio oral y ante los ojos del juez. Además, evidencia la vulneración del derecho a un juicio con todas las garantías y de la presunción de inocencia que, como contenidos del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, amparan al acusado. Lo primero, porque el fallo se basó en un testimonio que aquél no pudo controvertir mediante el contrainterrogatorio a que tiene derecho y lo segundo, porque el acusado tiene derecho a que la presunción de inocencia sea desvirtuada con base en pruebas legítimas y no con base en pruebas practicadas con vulneración de los principios superiores que las regulan.

20. En síntesis, el Tribunal encuentra que está ante un juicio practicado y ante un fallo condenatorio proferido con violación del debido proceso en aspectos sustanciales y del derecho de defensa y que, por lo mismo, deben ser invalidados.

La declaratoria de nulidad que se proferirá no abarcará únicamente el fallo apelado sino la integridad del juicio pues así lo imponen el contexto en que se produjeron las irregularidades, el derecho del acusado a la imparcialidad del juzgador y los principios constitucionales de la prueba. Además, el nuevo juicio deberá tramitarse ante un juez distinto a aquél que venía conociendo del proceso pues carecería de sentido que se anule el juicio y que se remita al mismo juzgado de conocimiento para que este profiera una nueva sentencia ya que tal juzgador ha dado por desvirtuada la presunción de inocencia fundamentalmente con base en pruebas ilegítimas y, por más que se esfuerce, le resultará muy difícil desprenderse de ese juicio ya realizado para, en su lugar, proferir un nuevo fallo, con absoluta imparcialidad y apoyado únicamente en pruebas legítimamente practicadas¹¹.

11 El riesgo de contaminación del juez que valora la prueba de referencia también ha sido advertido por la doctrina: “Siendo el testimonio de referencia un medio de prueba al que, por su propia idiosincrasia, se le puede reprochar una carencia de fiabilidad originaria, está latente el peligro de que el órgano al cual se encomienda, de manera exclusiva, la función de valoración del material probatorio, ya se haya podido ver impregnado por los resultados de tales pruebas, con la incidencia que ello conlleva sobre el grado de convicción necesaria para dictar un pronunciamiento que resuelva el juicio en el sentido de la culpabilidad o de la inocencia del acusado”: VELAYOS MARTÍNEZ, MARÍA ISABEL. El testigo de referencia en el proceso penal. Op. cit. p. 59.

Entonces, es claro que el juicio, y con él la sentencia que le ponga fin, deben ser tramitados por un juez distinto a aquél que dictó el fallo viciado de nulidad pues solo de esa manera se garantiza el derecho del acusado a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial que, como se sabe, es un derecho fundamental absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna¹². De esta manera se asegura que el fallo que ponga fin al proceso sea compatible con la estructura básica consagrada en la Constitución y desarrollada por la ley y, al tiempo, con los principios superiores que regulan la práctica probatoria.

21. Podría considerarse la viabilidad de una solución alternativa, que no implique la invalidación del juicio. No obstante, ella no conduciría a una solución jurídicamente correcta y materialmente justa.

En efecto, de realizar el Tribunal un esfuerzo para prescindir de la prueba de referencia en la cual se basó el fallo apelado y optar por mantener la condena con base en las restantes pruebas aducidas al juicio, en el supuesto de que éstas suministraran fundamento para ello, no se estaría reconociendo consecuencia alguna a irregularidades tan graves como las aquí advertidas y que implicaron el resquebrajamiento de la estructura básica del proceso por el desconocimiento de los principios constitucionales que regulan la práctica de la prueba en el juicio y la vulneración del derecho de defensa. Con tal proceder, se estaría legitimando la validez de una condena proferida con base en una práctica probatoria contraria a lo que la Constitución y la ley disponen. Además, a los sujetos procesales y a la sociedad entera, se les enviaría un mensaje indebido: Son válidas las condenas proferidas con base en pruebas de referencia proscritas a condición de que el juez tenga el cuidado de apoyar el fallo no solo en ellas sino también en otras pruebas legalmente practicadas.

Por otro lado, si el Tribunal prescinde de la prueba de referencia que soportó el fallo, aborda la valoración de la prueba restante y ante la ausencia de mérito para condenar, de ser esa la situación procesal, absuelve al acusado, estaría asumiendo que es posible emitir una decisión de fondo en un juicio en el que la práctica probatoria y su valoración no se ciñeron a las normas superiores que la regulan.

Claro, es seductora la idea de dictar un fallo absolutorio en un proceso afectado por las irregularidades de que aquí se ha dado cuenta, irregularidades que implican la invalidación de lo actuado por desconocimiento de los principios constitucionales de las pruebas penales. No obstante, preocupa profundamente el precedente que con ello se sentaría: Si hoy se admite que se puede dictar una sentencia absolutoria en un proceso viciado de nulidad, mañana se deberá admitir que se puede dictar una sentencia conde-

12 Comité de Derechos Humanos de la ONU, caso Bahamonde contra Guinea Ecuatorial, párrafo 9.4. (1994). Citado por DANIEL O'DONNELL en: *Derecho Internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, 2004. p. 376.

natoria en un proceso también viciado de nulidad. Bastará con aducir la existencia de pruebas que soporten la condena y que sean adicionales a aquellas pruebas proscritas. No obstante, tanto lo uno como lo otro, alejan a la jurisdicción del deber que le asiste en un contexto democrático: Tomar decisiones con pretensión de corrección jurídica y justicia material.

Además, por lo menos cuando se trata de delitos caracterizados por un profundo contenido de injusticia, como ocurre con el acceso carnal violento –secuela quizá de una ancestral relación desigual de género que se empeña en subsistir–, a los intervinientes en el proceso, al Estado y a la sociedad entera les asiste la fundada expectativa de que se administre justicia mediante el trámite de un proceso válido en el que se tome una decisión de fondo que implique la realización de los fines superiores que le son inherentes.

Estas situaciones evidencian que la alternativa más razonable para corregir la grave vulneración del debido proceso y del derecho de defensa en que se ha incurrido, es la declaratoria de nulidad del juicio, pues ella permite mantener el efecto vinculante de la estructura básica del proceso y, como parte de ella, de los principios que rigen la práctica probatoria.

Ahora bien, el Tribunal considera necesario precisar que, no obstante la decisión a tomar en este caso, no todo quebranto de los principios constitucionales de las pruebas penales conduce inexorablemente a la anulación del juicio. Ello sucede cuando, como aquí ha ocurrido, se incurre en un vicio que afecta, de manera sustancial, el debido proceso o el derecho de defensa.

vii) Consideraciones finales

22. No escapa al Tribunal el alto costo implícito en la decisión de anular el juicio oral adelantado contra el acusado y ello no solo es así en consideración al tiempo y a los recursos que fueron necesarios para ello, sino, fundamentalmente, en consideración a las expectativas de justicia, por ahora suspendidas, que el acusado, la víctima –no obstante su no comparecencia– y la sociedad alientan frente a unos hechos tan graves como los denunciados.

Con todo, si el Estado colombiano tomó la decisión trascendental de superar un sistema procesal que, no obstante su nomenclatura de sistema mixto con tendencia acusatoria, se caracterizaba por sus contenidos profundamente inquisitivos para, en su lugar, optar por un sistema procesal penal de tendencia acusatoria –que, desde luego, resulta mucho más compatible con los estándares internacionales de justicia penal y con el imperativo de atender, de manera civilizada, las demandas de justicia penal inherentes a una democracia constitucional–, se debe asumir el costo implícito en la anulación de un juicio pues, después del intenso esfuerzo que fue necesario para la adopción de un nuevo sistema procesal, resultaría muchísimo más costoso tener que admitir que las

reformas solo han ocurrido en el papel, en tanto que nuestras prácticas procesales siguen apegadas a unas formas jurídicas ancestrales y de claros contenidos inquisitivos.

23. Precisa el Tribunal que con una decisión como la presente, no se trata, ni mucho menos, de desconectar la labor de la Fiscalía o del juzgado de conocimiento pues, encontrándonos apenas en la génesis del sistema acusatorio colombiano, todos estamos llamados a esforzarnos para hacer de él, el sistema de justicia penal que requerimos. Y en esa tarea de construcción y aprendizaje, que apenas comienza, todos estamos sujetos a cometer errores, que solo con el tiempo y con el indeclinable compromiso de la judicatura colombiana, se irán superando.

24. De otro lado, como en razón de esta determinación, han transcurrido más de 60 días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, sin que se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento, se concederá libertad provisional al acusado, pues actualmente se encuentra en prisión domiciliaria. Se lo hará con base en el artículo 317.5 del CPP y previa prestación de caución prendaria por cuantía de cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes y suscripción de acta de obligaciones.

25. Para concluir, el Tribunal sintetiza brevemente los argumentos con base en los cuales tomará la decisión ya anunciada:

La estructura básica del nuevo proceso penal está consagrada en la Constitución (Art. 250) y parte esencial de esa estructura básica está determinada por el régimen de la prueba: Los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración (Artículo 250.4)

Estos principios y sus profundas implicaciones son los que hacen la diferencia entre el juicio propio del sistema procesal anterior, de claros contenidos inquisitivos, y el juicio inherente al sistema acusatorio colombiano.

El **desconocimiento manifiesto** de los principios que regulan la práctica probatoria y el deber estatal de desvirtuar legítimamente la presunción de inocencia, vulnera los principios constitucionales de las pruebas penales e implica la invalidez del juicio. Por ello, en esos casos, no hay lugar a emitir una sentencia de segunda instancia, independientemente de que ella sea absolutoria o condenatoria pues uno de los presupuestos necesarios para dictar sentencia es que el juicio no esté viciado de nulidad.

Cuando en un juicio se permite la práctica de pruebas de referencia que resultan inadmisibles y esas pruebas constituyen el fundamento del fallo, se incurre en irregularidades que conducen a la invalidación del juicio por afectación de los principios probatorios, prioritariamente los de inmediación y contradicción, y la consecuente vulneración del debido proceso y del derecho de defensa.

En tales casos, no puede dictarse una sentencia de segunda instancia bajo el supuesto de que prescindiendo de la prueba de referencia hay prueba que soporte el fallo pues entonces se estaría admitiendo que el desconocimiento de los principios constitucionales de la prueba no es relevante al punto que una condena basada en pruebas de referencia inadmisibles y en pruebas legítimas sería válida a condición de que estas sean suficientes para fundamentar la condena.

VI. DECISIÓN

Con base en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar la nulidad del juicio adelantado por el Juzgado 7 Penal del Circuito, contra ÁNGEL MILCÍADES CORTÉS CRUZ por la presunta comisión del delito de acceso carnal violento.

SEGUNDO. Regresar el proceso a ese despacho para el conocimiento de esta decisión. Enterado de ella, el Juzgado 7 Penal de Circuito remitirá la actuación para que se realice el reparto del escrito de acusación presentado por la Fiscalía General de la Nación y para que la actuación se reponga a partir de ese momento.

TERCERO. Conceder libertad provisional a ÁNGEL MILCÍADES CORTÉS CRUZ previa prestación de caución prendaria por cuantía de cinco salarios mínimos legales mensuales y suscripción de acta de obligaciones.

Este auto queda notificado por estrados. Contra él no proceden recursos.

CÚMPLASE

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ
MAGISTRADO

FERNANDO CASTRO CABALLERO
MAGISTRADO

ÁLVARO VALDIVIESO REYES
MAGISTRADO

