



El papel del juez en el denominado sistema penal acusatorio: una perspectiva crítica desde el juzgamiento de los delitos sexuales cometidos contra menores

Juan Pablo Uribe Barrera

Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad de Antioquia. Correo Electrónico:
juan_pablo_uribe@hotmail.com

Resumen

En el presente artículo se podrán encontrar estudios de los fallos de la Corte Suprema de Justicia relacionados con el procesamiento de delitos sexuales en donde son víctimas los menores. El lector encontrará que cada uno de los análisis realizados a las sentencias del alto tribunal en el referido tipo de casos, es un elemento más que resulta aprovechable para ampliar las bases de una discusión acerca de la verdadera naturaleza acusatoria del actual sistema de procesamiento penal colombiano.

Palabras clave: Proceso penal, sistema acusatorio, delitos sexuales contra menores, sistema inquisitivo.

El papel del juez en el denominado sistema penal acusatorio: una perspectiva crítica desde el juzgamiento de los delitos sexuales cometidos contra menores*

Introducción

Desde que se originara el nuevo Código de Procedimiento Penal en Colombia se han abierto grandes discusiones entre amplios sectores oficiales que denominan al nuestro un “sistema penal acusatorio” o, inclusive, “un sistema penal acusatorio a la colombiana”¹ y otros de naturaleza más crítica que no han aceptado que este sistema sea acusatorio. El siguiente artículo pretende alimentar esta discusión acercando algunos casos concretos en donde se puede ver qué tan cerca se encuentra el juez colombiano de aproximarse a la figura o rol del juzgador en un sistema acusatorio. Con tal fin, se añadirán al catálogo del tema algunos estudios sobre casos específicos de procesamientos penales en que son víctimas de violencia sexual los menores en los cuales el juez debe tomar decisiones que lo acercan tendencialmente a un bando o a otro, a un sistema inquisitivo o a un procedimiento penal acusatorio. Para el desarrollo del artículo se presentarán varias miradas que irán abordando el tema desde lo general hacia lo específico, de tal suerte que permitan estudiar no sólo procesos aislados sino la visión de un amplio panorama de lo que actualmente ocurre en los procedimientos penales donde los menores son víctimas de violencia sexual.

Contexto: la dramatización de la violencia

La Constitución Política de Colombia señala que los derechos de los niños son prevalentes sobre los de los demás. Así mismo, entre sus fines más esenciales, centra la protección de los menores, en tanto ellos son el “futuro de la patria”. El derecho penal sanciona de manera especialmente drástica los comportamientos sexuales abusivos, más aún cuando éstos van dirigidos hacia menores. Otros mecanismos de control que tienen la capacidad de establecer marcos de significación a determinadas conductas sociales, tales como la escuela o la religión, mandan constantes mensajes acerca del inmenso daño que se genera en la sociedad con las conductas sexuales abusivas contra los menores.² De lo anterior se

* El presente artículo resulta del trabajo de grado denominado “*La inversión de la carga de la prueba en el proceso penal realizado a Julio Cesar Palacio por el delito de incesto en conexidad con acceso carnal violento agravado. Estudio de un caso*” presentado por el autor para optar al título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

¹ Sobre esta expresión ver un amplio desarrollo en: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C 591 de 2005*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Junio de 2005. Bogotá.

² Es importante aclarar que la concepción de un derecho penal como mecanismo de control social responde a una concepción moderna del mismo, la crítica de este concepto se puede ver ampliamente en Hassemmer, Winfried (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ed. Ad-Hoc, segunda edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires. pág. 59

observa que no sea extraña una reacción drástica de la sociedad ante los comportamientos de personas que abusan sexualmente de menores. Sin embargo, se pretende exponer a continuación, más con ejemplos que con recorridos exhaustivos de orden, algunos hechos que han influido en la forma como se observan estos comportamientos y se reacciona contra ellos, esto es, la forma como se ha dramatizado el problema:

1. A pesar de no ser el primer delito ocurrido en Colombia de esta naturaleza, el caso de Luis Alfredo Garavito Cubillos es el más recordado en nuestro país, no sólo por el hecho de que fueron asesinados 140 niños, según confesión del mismo autor, sino por la forma en que eran *violados, degollados y torturados*.³

A partir de este caso surgió una cobertura mediática que trascendió a la noticia misma de los hechos delictivos y es así que aún hoy se presentan programas, documentales y reportajes que discuten no sólo la gravedad de los hechos sino la condena y la probable libertad de Garavito. Fueron tantos los consensos que se generaron en Colombia a partir del repudio por las acciones de esta persona, que la mayoría de los ciudadanos, canalizados evidentemente por una prensa amarillista, exigió venganza contra “la bestia”.

El proceso penal que surgió contra Garavito fue de gran trascendencia pública, y ante la sed de venganza del pueblo colombiano se presentaron las garantías penales de todo acusado como un obstáculo hacia la verdadera justicia. La condena no satisfizo a casi ningún colombiano, y el sistema penal, integrado tanto por las leyes penales como por sus creadores y operadores, quedó ante la opinión pública como un mecanismo insuficiente que prefirió al acusado y no a los cientos de víctimas.

2. El 18 y 28 de Septiembre del año 2008 ocurrieron dos hechos que nuevamente exasperaron los ánimos del pueblo colombiano y sirvieron de termómetro para medir la tolerancia que los colombianos tenían frente a este tema. El primero de los casos fue el de Karen Manuela González Avendaño, de dos años de edad, quien luego de haber sido abandonada al lado de un camino de la vereda Pantanillo del Municipio de San Pedro de los Milagros, después de haber sido violada y herida con arma blanca, fue encontrada por uno de los vecinos “bañada en sangre y semidesnuda” muriendo en el Hospital San Vicente de Paúl de Medellín, horas más

³ Fiscalía General de la Nación, Oficina de **Divulgación y Prensa** (2002). *172 niños víctimas de Luis Alfredo Garavito*. En: Informes especiales-Año 2002. Consultado el 20 de febrero del año 2009. Disponible en <http://www.Fiscalía.gov.co/pag/divulga/InfEsp/Garavito.htm>

tarde.⁴ El impacto sobre la población del Municipio del norte antioqueño fue absoluto, y dado que el joven indiciado tenía apenas 16 años, la gente dudaba de la sanción punitiva que se le aplicaría, y por tanto, reaccionó contra el joven cuando éste ya había sido capturado por la Policía.

El intento de linchamiento hacia el adolescente dejó graves pérdidas para el Municipio, pues fue prácticamente destruida la Casa de la Cultura, donde se encuentran ubicados los juzgados a los que fue llevado el joven indiciado por el crimen.⁵ En una de las notas publicadas por la prensa antioqueña se concluyó que “*Será duro luchar contra este sentimiento de venganza. Algo duro subyace en la sociedad sampedreña y sobre eso trabajan las autoridades.*”⁶

El segundo de los casos es el del niño *Luis Santiago Lozano*, quien fue secuestrado, asesinado y abandonado el 24 de septiembre de 2008 en el cerro Tíquiza ubicado en el departamento de Cundinamarca.⁷ El pueblo colombiano se horrorizó después de enterarse que el crimen había sido perpetrado por su propio padre, y fue así como acudieron grandes cantidades de personas al sitio donde se realizarían las audiencias preliminares con el fin de recriminar la conducta. La prensa, por su parte, hizo una mucho más que amplia cobertura donde se pasaban las imágenes del pequeño Luis Santiago y se mostraba el dolor de la madre. El clamor popular no pasó desatendido por los sectores políticos quienes de inmediato reabrieron propuestas de cadena perpetua para afrontar esta clase de crímenes.⁸

⁴ Ospina Zapata, Gustavo. *Junto a la tumba de Karen, San Pedro lloró de dolor*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 18 de Septiembre de 2008. Citado el 12 de noviembre del año 2008. Disponible en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor.asp

⁵ Ospina Zapata, Gustavo. *Hay que calmar los ánimos en San Pedro*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 20 de Septiembre de 2008.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Veloza Cano, Héctor. *Asesinato de bebé Luis Santiago habría sido planeado por su padre desde hace más de 4 meses*. En: Diario El Tiempo. Bogotá 1 de octubre del 2008. Citado el 30 de noviembre de 2008. Disponible en http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-01/asesinato-de-bebe-luis-santiago-habria-sido-planeado-por-su-padre-desde-hace-mas-de-4-meses_4576374-1

⁸ Al respecto: “La indignación por el asesinato del bebé Luis Santiago, inducido por su propio padre, se tomó ayer la reunión que el presidente Álvaro Uribe tuvo con miembros de su bancada y puso de nuevo sobre la mesa el viejo debate sobre la cadena perpetua. Esta vez, para violadores y asesinos de menores de 14 años. Hasta un conocido opositor de la medida, el presidente del Congreso, Hernán Andrade, dijo: “Así como están las cosas, hoy mismo votaría la cadena perpetua”. Tras la reunión con Uribe, convocada para temas distintos al asesinato del pequeño, varios congresistas salieron con el ímpetu de impulsar un proyecto por la cadena perpetua. Por ejemplo, el presidente del Partido Conservador, Efraín Cepeda, dijo que su colectividad trabajaría en ese sentido. Y el presidente de la Cámara, Germán Varón, aseguró que le propondría hoy a su bancada, la de Cambio Radical, un proyecto de acto legislativo. El crimen también terminó de llenar de razones al representante David Luna, que ha respaldado el referendo por la cadena perpetua para violadores de niños. “Ahora con mayor razón seguiremos insistiendo (...)”, dijo.” En: *ibidem*.

El derecho penal eficiente como un efecto-reflejo de la violencia dramatizada

Como se ha pretendido exhibir en el anterior acápite, en Colombia han ocurrido ciertos hechos de violencia sexual contra menores que han sido difundidos por los medios de comunicación nacional con unos estados de alarma y de emergencia que han generado una movilización social en torno a una *dramatización de la violencia*.

Si bien desde las líneas precedentes se habían esbozado algunas de las consecuencias de la dramatización de la violencia, en este aparte se tratará de terminar el dibujo de la respuesta penal frente a una violencia sexual, no sólo explicando de manera genérica el asunto sino mostrando algunas de las normatividades que bajo esta lógica se han producido.

Cuando se dramatiza la violencia, casi de manera automática, se busca amparo en el derecho penal para que sea éste el que logre la reconducción de la sociedad hacia rumbos menos violentos. De esta manera, el derecho penal conducido por una opinión pública agitada debe salir a “bailar” con la violencia dramática que exhiben los medios y, para poder seguirle el paso a ésta, abandona su caparazón constitucional (integrado por las principales garantías) en búsqueda de convertirse en una herramienta eficiente de la sociedad para volver al camino perdido.

El derecho penal eficiente, sin embargo, no puede cumplir por su escaso arsenal de herramientas los fines de reconducción de la sociedad y, por el contrario, además del grave retroceso que en derechos humanos implica renunciar o menoscabar las garantías, la consecuencia más próxima a este proceso es:

(...) que estos ámbitos de derecho penal “eficiente” están permanentemente acompañados de “déficit de ejecución” específicos, reprochados por todos. De esto se siguen, nuevamente, dos cosas: el intento corto de vista de minimizar estos déficit con más agravaciones (*more of the same*), y un ámbito creciente de efectos meramente simbólicos del derecho penal: dado que no se pueden esperar los efectos reales y afirmados, el legislador por lo menos obtiene el rédito político de haber respondido con celeridad a los miedos y grandes perturbaciones sociales con los severos medios del derecho penal.⁹

Las connotaciones del manejo dramático de la violencia son tales, que pueden canalizar los miedos de la sociedad en formas diversas de respuesta a la violencia, pudiéndose pasar así de turbas iracundas como en el caso del violador y asesino de Karen Manuela González a marchas como: Encendimos la luz perpetua y la Marcha contra el abuso sexual infantil, donde en mayor o menor medida se rinden homenajes a las víctimas, pero principalmente se hacen consensos apelando al lado

⁹ Hassemer, Winfried (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ed. Ad-Hoc, segunda edición, 1ª reimpresión. Buenos Aires. pág. 60

emocional en donde las palabras “lucha contra la impunidad y la indiferencia”, “hampón”, hacen que en palabras nuevamente de Winfried Hassemer:

Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces, este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Ésta es la hora de conceptos como “luchar”, “eliminar” o “represión”, en perjuicio de actitudes como “elaborar” o “vivir con”. Incluso, la idea de prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como “Carta Magna del delincuente”, lo necesita como “Carta Magna del ciudadano”, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en “derecho penal del enemigo”.¹⁰

Habiendo ilustrado algunas de las generalidades de este tipo particular de política criminal, se realizará entonces un breve repaso de cómo ha influido este proceso de dramatización de la violencia y posterior utilización de un derecho penal eficiente y de enemigo en los principales actores y elementos del derecho penal.

El derecho penal eficiente bombardea el sistema penal

En este acápite se tratará de explicar la forma puntual como el derecho ha respondido a la dramatización de la violencia sexual contra menores. Con el fin de adelantar tal tarea, debe precisarse que el sistema penal no está únicamente integrado por normas, sino que a su lado se encuentran los funcionarios que las crean y los que las operan. En un primer momento, se expondrán algunas de las normas pertenecientes a la catarata normativa con la que se ha respondido al abuso sexual de menores al mejor estilo del denominado derecho penal simbólico, y, en un segundo momento, se abordará el objetivo principal del trabajo estudiando la forma en que el juez penal responde al bombardeo del derecho penal eficiente frente a la violencia sexual hacia los menores.

Influencia sobre el derecho penal

Para evitar salirse del objetivo principal de este artículo y evitar de paso extensas citas normativas, se procederá simplemente a nombrar las principales normas que se construyeron en esta lógica de utilizar el derecho como mecanismo de control social que recompusiera el camino perdido. Se introducirá a las mismas explicando brevemente sus objetivos o rasgos claves:

¹⁰ *Ibidem.* pág. 52

- Ley 1098 de 2006, *por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*:¹¹ con esta norma, entre otras cosas, se quitan todos los beneficios, subrogados o mecanismos sustitutivos que estableciere la normatividad penal vigente cuando se incurriere en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa o los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.
- Ley 1146 de 2007, *por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*:¹² con esta norma, el Gobierno pretende situar en su agenda, y en la de los medios de comunicación, el tema de la violencia contra los menores para lograr que el país entero tome conciencia de la situación. Asimismo, se establece el deber que tiene todo ciudadano de denunciar cualquier abuso o maltrato a menores del que tenga conocimiento.
- Acuerdo 280 De 2007, *por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital*:¹³ este

¹¹ Congreso de la República de Colombia. *Ley 1098 de 2006*. Pueden apreciarse algunas normas antes de esta norma que tienden a regular aspectos similares, sin embargo considero que es a partir de ésta que se consolida una política criminal con las tendencias señaladas. Entre las normas anteriores se destaca la Ley 679 de 2001, expedida por el Congreso de la República de Colombia.

¹² Congreso de la República de Colombia. *Ley 1146 de 2007*.

¹³ Concejo de Bogotá. *Acuerdo número 280 de 2007*. Registro Distrital 3756 de mayo 08 de 2007. Si bien este acuerdo quedó sin vigencia por la inexequibilidad del inciso 2º del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, decretado en la sentencia C-061 de 30 de enero de 2008, vale la pena observar cómo se adoptaron medidas del tipo de derecho penal de enemigo. El autor Francisco Cifuentes comenta al respecto de este acuerdo municipal: “El concejo de Bogotá, aprobó un Acuerdo (280 de 2007) que ‘mejora’ la situación de los infelices violadores (o de los que se parezcan a ellos) y ha dispuesto la utilización de un gran número de muros (uno por cada localidad) de 10 metros cuadrados con fotografías tamaño pliego a todo color, en lugares públicos y de alto tráfico de transeúntes(sic) donde se fijaran a la usanza del lejano oeste americano cartelones con las fotos de los condenados. El Acuerdo ya está firmado y en vigencia. Me tiene crispado la sola lectura del proyecto, la justificación y los debates radiales. Yo sería mas audaz que la concejala Gilma Jiménez y convocaría a la apertura una licitación para que Panini o quien produzca los álbumes (sic) con las fotografías de los jugadores del mundial de fútbol tenga la licencia de explotación de este negocio y los niños se intercambien los figurines de las fotografías, a todo color, de los violadores en sus juegos infantiles, en procura de los premios para el que lograra llenar el álbum, o memorizara los nombres de los personajes ‘exaltados’, con lo que se lograría plenamente la justificación del proyecto de Acuerdo que busca ‘la felicidad a los niños’. Por el momento creo son 372 condenados por ese delito a pesar de que en solo Bogotá son violados 5 menores diariamente. Esta estúpida propuesta, agrava el problema en vez de mejorarlo. Primero, el programa no tiene otro mensaje que el de ‘manténgase a este delincuente fuera del alcance de los niños’, la comunidad no tiene otra directriz, no puede hacer nada, y recordar los rostros de los ‘afichados’ llevará a que al final no se sepa qué es lo que hay que hacer ni que fue lo hizo ni que quiere el gobierno distrital que se haga con ellos.(...) En tercer lugar, además de las consecuencias latentes de los linchamientos (...), se está sentando un precedente nefasto y es que existirá siempre la tentación para hacer extensivo el muro de los infames a otros

acuerdo, que se basa en la ley anteriormente citada, produjo los denominados “Muros de la Infamia”

- Ley 1236 de 2008, *por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*:¹⁴ con esta norma se aumentan ostensiblemente las penas para los delitos de abuso sexual especialmente cuando la víctima es un menor.
- Proyecto de ley 22 de 2008:¹⁵ mediante este proyecto se busca que mediante una serie de medidas las personas condenadas por delitos sexuales realizados a menores, o aún las procesadas, no tengan acceso directo al cuidado de menores. Dentro de las medidas tendientes a tal fin se encuentra la consolidación de bases de datos con los condenados por este tipo de delitos.
- Proyecto de Referendo para implementar la cadena perpetua.¹⁶

delitos.” En: Cifuentes, Francisco. *El Código de la infancia y la ignominia para los violadores de menores*. En: Red el Abedul. S.F. Consultado el 30 de marzo de 2009. Disponible en http://www.elabedul.net/San_Alejo/2007/el_codigo_de_la_infancia_y.php

¹⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 1236 de 2008. En diciembre 4 del mismo año se publicó en el Diario Oficial número 47.193 la ley 1257 del Congreso de la Republica de Colombia en la cual “*se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.*”

¹⁵ Dado que no sólo existen leyes recientes promulgadas sobre la materia también debe hacerse un estudio de los proyectos de ley venideros pues estos tienen disposiciones que permiten identificar una clara tendencia de derecho penal eficientista y de enemigo. Ver: Congreso de la República de Colombia. *Proyecto de ley 22 de 2008*.

¹⁶ El texto original del proyecto de ley es “*por medio del cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional*”. Comité Promotor del Referendo para modificar el artículo 34 de la Constitución Política. Exposición de motivos. En: Página Web de la vocera del Comité Concejala Gilma Jiménez. 2009. S.L. Citado el 26 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.gilmajimenez.com/referendo.htm>. El trámite legislativo del proyecto ha sido el siguiente: “El referendo de cadena perpetua para violadores de niños fue aprobado en primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes. Sin embargo, el texto de la iniciativa fue cambiado para que diga que los violadores de menores serán castigados “hasta con cadena perpetua”. Es decir que será la máxima pena y no la única como se pensó en la recolección de firmas.” *Aprueban en primer debate referendo de cadena perpetua para violadores*. En: El Espectador. Publicado el 23 de abril 2009. Citado el 29 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo137406-aprueban-primer-debate-referendo-de-cadena-perpetua-violadores>. Un comentario crítico respecto a esta iniciativa de reforma que además muestra la forma como se legisla: “La sensibilidad frente a un crimen tan execrable sobre una víctima absolutamente inofensiva como este niño de ojos resplandecientes, cuya mirada penetra los corazones más duros, es inevitable. Así como también el sentimiento de rabia y las ganas de poder actuar, de no cruzarse de brazos ante la inhumanidad de este acto. “¡Hienas!”, calificó a los acusados el Fiscal General de la Nación antes de advertir que la pena máxima de 60 años, sin posibilidad de rebajas, recaerá sobre ellos, mientras la mayoría del liderazgo político, al ritmo de las protestas y la sensibilidad ciudadanas, aprovechó para impulsar el referendo en curso que busca imponer la cadena perpetua a los autores de crímenes contra los

Influencia sobre el derecho procesal penal

La implementación de penas más drásticas es sólo la mitad de los efectos de una política que quiere responder a una violencia altamente dramatizada, la otra mitad de este tipo de medidas la cumple el derecho procesal penal.

En el siguiente aparte se retomarán algunos conceptos, y se explicarán unos nuevos, para tratar de abordar la forma en que este particular tipo de decisiones influye en el derecho procesal. Previamente se elaborará un panorama del actual esquema de procesamiento penal que permita ver en qué punto se encuentra el procedimiento penal en Colombia.

La eficiencia del sistema acusatorio a la colombiana

No cabe detenerse ampliamente en las características del sistema acusatorio americano que ha tenido una marcha triunfal por el mundo y que ha aterrizado en nuestro país. Ello porque ha sido objeto de amplios estudios que lo han descrito de manera suficiente,¹⁷ por lo tanto, únicamente se partirá de la base de que éste

niños, otros cuantos a promover su trámite en el Congreso sin tener que acudir a un referendo y algunos más a hablar incluso de la imposición de la pena de muerte para salvajes de la calaña de Pelayo. Reconfortante, sin duda, que la indiferencia no sea la respuesta de la sociedad esta vez ante el asesinato de un niño. Ojala fuere igual la reacción ante tantos crímenes igual de atroces o peores que se suceden a diario en este país. Pero la altisonancia de los discursos y la celeridad en acudir a los códigos para imponer penas mayores puede ser al final no más un simple calmante para la conciencia colectiva que puede impedir que miremos con mayor profundidad reflexiva el significado de este aberrante crimen. Por supuesto, salir en este instante a controvertir el cuasi consenso frente a la cadena perpetua para quienes cometen crímenes contra los menores, luce como un absoluto despropósito. La sensibilidad está a flor de piel y todos queremos ver que haya justicia proporcional a lo que fue el asesinato de Luis Santiago. Pero vale preguntarse —ya que estamos todos tan permeados por este caso particular— si es que una condena más dura, incluso de cárcel de por vida, hubiera sido suficiente disuasivo para que Orlando Pelayo se hubiera contenido de cometer este crimen contra su propio hijo (...) De cualquier manera, antes de caer en ese debate que en el momento inmediato resulta insulso, el llamado a la imposición de penas más severas puede servir para sentir que se está actuando, pero poco sirve para responder la pregunta de fondo que nos estamos haciendo hoy los colombianos en medio del estupor por la muerte de Luis Santiago: ¿Se trata de un caso absurdo individual producto de una mente psicópata como la de Orlando Pelayo o se trata más bien este caso —y todos los que se suceden a diario y pasan en su mayoría inadvertidos— del reflejo de una sociedad enferma que ha creado las condiciones para que surjan delincuentes de tamaña inhumanidad? (...) Por eso, quizás la reacción más sabia y de la cual deberíamos partir para que el asesinato de Luis Santiago cobre algún sentido, fue la de su propio abuelo, don Juan Lozano, quien cuando le preguntaron si perdonaba a los asesinos contestó: “El perdón es no responder con más mal al mal”. *El aborrecible asesinato de Luis Santiago*. En: El Espectador. Publicado el 1 de octubre de 2008. consultado el 23 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-el-aborrecible-asesinato-de-luis-santiago>.

¹⁷ Montero Aroca, Juan (2006). *El significado actual del llamado Principio Acusatorio*. En: Gómez Colomer y González Cussac (coord.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch,

tiene como característica fundamental responder a la criminalidad con amplia agilidad y eficiencia. Sin embargo, cuando este sistema penal fue implementado en nuestro país tuvo un déficit de aplicación que no hace que el sistema se plantee como “eficiente” frente a todos los casos. En efecto, si se mira la gran mayoría de los casos puede verse cómo el Estado obtiene fácilmente la rendición del detenido en flagrancia por porte ilegal de armas o porte de estupefacientes, obteniendo también, aunque en menor medida, éxitos con la rendición de algún sujeto que comete torpemente crímenes de mayor valía, y aún en menor proporción, obtiene éxitos cuando logra realizar una efectiva labor de policía judicial y se introduce dentro de organizaciones delictivas para desmantelarlas.¹⁸ En todos estos casos el poder del Estado hace ver el proceso como la historia de un David frente a un Goliat, donde el acusado pasa de ser el dominante en el hecho delictivo al sometido en el procesamiento judicial. Sin embargo, otra cosa ha ocurrido cuando las capturas no se realizan por flagrancia sino por denuncias, en este punto otra ha sido la efectividad en las labores de policía judicial, pero concretándose en el tema, otro ha sido el panorama en los juicios por delitos sexuales. La Fiscalía, que ostenta el peso de la función acusatoria, ya no tiene sobre sus manos el dictamen pericial que indica que la sustancia incautada es cocaína o marihuana, ya no posee el arma sin salvoconducto, ni tiene decenas de testigos, sino que, únicamente, cuenta con la acusación del menor como principal o única prueba de cargo. La defensa, por su parte, tampoco tiene la necesidad de realizar una rendición, pues la Fiscalía no cuenta con un elemento material probatorio contundente que haga pensar en una rendición negociada y no en un juicio perdido. Las circunstancias, entonces, hacen que el *laboratorio de transformación teatral que es el derecho*,¹⁹ no reproduzca nuevamente la historia de David y Goliat. La situación, que en

Valencia. págs. 313-337. Tomado el 30 de septiembre. Disponible en <http://www.derechoprocesal.es/hemeroteca/inicio.php>.

¹⁸ Una ilustración de cómo funcionan los sistemas penales generalmente en Zaffaroni: “(...) cualquier sistema penal es selectivo, que siempre van a dar a la cárcel los protagonistas de conflictos burdos, que las cárceles no están llenas de asesinos y violadores psicópatas (que son la ínfima minoría que se usa para propaganda), sino de ladrones fracasados, que no hay ningún genocida, y que todo esto se observó y explicó al menos desde los tiempos de Sutherland, pero lo más curioso es que invocando (refiriéndose a Carlos Santiago Nino, a quien va dirigido el texto) el “sentido común” afirme que se siente tranquilo porque en todo el país hay unos pocos miles de ladrones fracasados presos (...) Tener presos a unos 15.000 ladrones pobres y fracasados, aunque sean ladrones —y lo son— y aunque “algo” haya que hacer —y hay que hacerlo— no pasa de eso mismo y nada más. No se resuelve ningún conflicto, no se repara a ninguna víctima, no se asegura a nadie contra lo que le podamos hacer los treinta millones que andamos más o menos libres, sino que, simplemente, se tiene encerrados a los 15.000 ladrones más torpes y rudimentarios de todo el país.(...)”. En: Zafaronni, Ernesto Raúl (1991). *¿Vale la pena?* En: No hay Derecho, número 5. San José. Citado el 10 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/nhd/nota002.htm>.

¹⁹ Baratta, Alessandro (1988). *La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el Proceso Penal*. En: Doxa [Publicaciones periódicas]. N° 5. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Consultado el 27 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/44657348635647273473468/cuaderno5/Doxa5_18.pdf

principio se ve más o menos pareja, hace que se presenten en la mayoría de los casos juicios orales y que, en buena medida, la decisión tomada solo quede en firme en sede de casación.

El juez penal en jaque

Del panorama presentado en el numeral anterior se desprende que el juez no tiene gran relevancia en muchos de los casos en donde, tal y como lo esquematiza el procedimiento actual, el acusado es vencido antes de entrar siquiera a la etapa del juicio oral.²⁰ En los casos de violencia sexual contra menores, tal y como se describió, otro es el panorama. El juez penal afronta su nuevo papel de juzgador en el marco del sistema penal acusatorio encorsetado en una nueva labor de árbitro encargado de vigilar una efectiva igualdad de armas entre unas partes que reconstruyen la realidad en el proceso. La labor que desempeñaba dentro de unos objetivos macro de proteger a la sociedad y luchar contra la impunidad, que lo hacía verse a sí mismo como un “héroe de la patria”, fue trasladada de manera íntegra a la Fiscalía, quien es la que a partir del Acto Legislativo y el Código de Procedimiento Penal acusatorio que lo regló, es la única detentora de la pretensión punitiva y del interés estatal en perseguir el delito. El juez acusatorio que propone el actual sistema, debería ser indiferente a los movimientos sociales de víctimas, pues él no es el representante de ellas, como tampoco del acusado o del Estado; es, ante todo, quien representa y garantiza el derecho y los valores de la Constitución al interior del proceso. El juez inquisitivo, que sería mucho más apto para las labores que pretende la sociedad, convulsa en el procesamiento de violadores o asesinos de niños, es un actor protagónico en el proceso penal con un papel activo en la construcción de la verdad procesal, un juzgador que no se quedará en figuras como las del *in dubio pro reo* sino que hará esfuerzos, incluso probatorios, para formarse y dictarse una verdad. El juez queda atrapado en dos discursos, puede actuar como un juez de naturaleza acusatoria y callar la boca a todos aquellos que piensan que se sigue manteniendo una estructura inquisitiva o, por el contrario, ponerse otra vez su capa de superhéroe y combatir del lado de la sociedad a los asesinos y violadores de menores.

En el resto del artículo, una vez contextualizado el panorama, se abordará la forma en que el juez no abandona su tradición de semi-fiscal y continúa comprometido con una lucha contra la impunidad y protección de la sociedad. Anticipado el tono del trabajo, se desintegrarán cada uno de los elementos que los honorables magistrados de la Corte Suprema de Justicia utilizaron para darle aún más dientes a un sistema acusatorio, o, lo que es lo mismo, crear un nicho para el juez inquisitivo dentro del procesamiento criminal a los delitos sexuales realizados a menores de edad.

²⁰ Pudiera incluso decirse que ésta es la “magia” del sistema penal.

Un cambio de *policy*,²¹ un esquema inquisitivo de aproximación a la verdad: una mirada a las sentencias de Casación de la Corte Suprema de Justicia referentes al procesamiento de delitos sexuales contra menores

Retomando el contexto que se había creado sobre la situación o el panorama nacional dentro del cual los jueces operan, vale decir que se desplazó el punto o la concepción de un derecho penal como “Carta Magna del Delincuente” hacia un derecho penal como “Carta Magna de la Sociedad”, buscando siempre la protección y reconducción de la misma. La Corte Constitucional fue la primera que dio un paso hacia ese tipo de derecho penal con la Sentencia *T-554 de 03*, en donde expresó:

Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente.²²

A partir de esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia elaboró más argumentos que sirvieron para casar el fallo emitido por el Tribunal Superior de Pereira y así condenar al acusado por delitos sexuales contra menor de 14 años en concurso heterogéneo con el delito de incesto. La sentencia, luego de haber citado a una tratadista argentina y darle a sus dichos un valor “científico”, concluía: “*a partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.*”²³

²¹ De acuerdo con la autora española Marina Gascón, la *policy* es una opción valorativa que se toma para adoptar determinado Estándar de Prueba: “En definitiva, un SP (Estándar Probatorio) específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y ésta es, en última instancia, una elección política o valorativa.” Gascón Abellán, Marina (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 28. págs.127-139. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01260630876709517450035/029106.pdf?inc=>

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia *T- 554 de 2003*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Julio 10 de 2003, Bogotá.

²³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia *23706 del 26 de enero de 2006*. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Bogotá

El “*enorme*” valor probatorio al que se refiere la primera cita o la “*gran credibilidad*” que adquiere el dicho del menor en la segunda, han sido utilizados para unificar criterios en cuanto al procesamiento judicial de los acusados de realizar delitos sexuales en contra de menores. Los argumentos recién citados, en especial el de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fueron utilizados expresamente para emitir Sentencias condenatorias en los siguientes casos: sentencia del 26 de enero de 2006, con radicación número 23706; sentencia del 30 de marzo de 2006, con radicación número 24468; sentencia del 19 de febrero de 2008, con radicación número 28742; sentencia del 13 de marzo de 2008, con radicación número 27413; sentencia del 02 de julio de 2008, con radicación número 29716; sentencia del 2 de julio de 2008, con radicación número 29117; sentencia del 02 de Julio de 2008, con radicación número 23438; sentencia del 29 de Julio de 2008, con radicación número 21105; sentencia de 19 de Agosto de 2008, con radicación número 29740; sentencia del 5 de noviembre de 2008, con radicación número 29678.²⁴ La lectura de estas sentencias y la observación de estos procesos permite establecer que en nuestro país se adoptó por vía jurisprudencial una máxima de la experiencia según la cual cuando un menor habla de abusos sexuales es porque generalmente los ha vivido.

Elementos para la adopción de un sistema inquisitivo

El proceso penal es un esquema epistemológico de aproximación a la verdad. No se trata, sin embargo, de cualquier sistema, en buen romance liberal podría decirse que se trata de un sistema cargado políticamente por unos derechos fundamentales que racionalizan el proceso en función no sólo de una obtención o construcción de verdad sino de un compromiso ético con el ciudadano de racionalizar el poder y prestar las garantías necesarias para que la verdad, además de ser verdad, sea válida, pues, sólo así, estamos hablando de justicia. Al *esquema epistemológico* que logre racionalizar el poder, entendiendo por ello hacerlo menos violento, y al mismo tiempo garantizar al hombre un lugar digno en el proceso otorgándole herramientas o *garantías* que lo equilibren frente al enorme poder estatal, se le puede llamar además de proceso penal, *debido proceso*. La puesta en marcha de un sistema construido, con aciertos y virtudes, por el derecho penal liberal clásico, ha dependido enormemente del respeto de una figura que acomoda los roles del proceso: la presunción de inocencia. Para explicar tal importancia debe remitirse a la lógica y la aplicación que de ella hace el derecho.

Presupuestos lógicos de la aplicación de un sistema inquisitivo

Enseñan la lógica y las reglas de la experiencia que cuando hay dos versiones encontradas es de mayor credibilidad la que expone un hecho que normalmente ocurre a la que explica un hecho extraordinario. Es tal la naturaleza lógica del

²⁴ Por si fuera poco la lista no es absoluta sino que se enseñan solo algunos de los casos en donde el mismo argumento fue utilizado para realizar la Sentencia condenatoria.

postulado que se exime de cualquier explicación o sustentación teórica, ya que es el resultado de la más simple observación de lo que en nuestro entorno ocurre. El postulado así, sería que: *el hecho ordinario se presume mientras el hecho extraordinario se prueba.*

La presunción de inocencia

Teniendo una conciencia plena del significado del término como garantía y como compromiso ético del Estado frente al ciudadano, la expresión más técnica sería *Estatus de Inocencia*, y su respeto incluiría, entre otras cosas, la imposibilidad de aplicar medidas de aseguramiento u otras actuaciones del Estado que no se correspondan con el trato que merece un ciudadano inocente. Sin embargo, para la aplicación que se pretende en este acápite bastará con decir que de acuerdo con la Constitución Política y a lo que las reglas de la experiencia enseñan, es ordinario que los ciudadanos no cometan acciones delictivas. Por lo tanto, si integramos este principio al esquema anterior se tiene que: *el hecho ordinario, cual es la no comisión de una conducta delictiva por parte del ciudadano, se presume, y la afirmación en contrario, cual es la comisión de una conducta punible, debe probarse.*

La máxima de la experiencia según la cual cuando los niños hablan de abusos sexuales es porque generalmente los han vivido

De acuerdo con lo expuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, tal y como se ha citado de manera frecuente en este artículo, cuando los menores hablan de abusos sexuales es porque generalmente los han vivido. Se tiene entonces, bajo la lógica del citado fallador, que: *el hecho ordinario, cual es que el menor cuando hable de maltratos sexuales esté diciendo la verdad, se presume, y es la afirmación en contrario, cual es el hecho de que el niño esté mintiendo, esto es, que el acusado no haya cometido la conducta punible atribuida, la que debe probarse.*

El cambio de *policy* o la escuela del mundo al revés²⁵

Retomando la definición según la cual el proceso penal es un sistema epistemológico de aproximación a la verdad, debe entonces convenirse que, siendo las pruebas las que van a permitir avanzar en un camino que parte desde la duda hacia la certeza, ellas juegan un papel crucial en el proceso. Desde el punto de vista probatorio se tiene entonces que al procesado no le corresponde demostrar nada, su inocencia se presume, al acusador en cambio le corresponde probar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado. El estándar probatorio por el que se opta, una vez son introducidos los principios penales al proceso, resulta particularmente alto para el ente acusador y no así para la defensa. En palabras del procesalista Michelle Taruffo, la situación es la siguiente:

²⁵ La expresión “*escuela del mundo al revés*” es tomada de: Galeano, Eduardo (2004). *Patatas arriba. La escuela del mundo al revés*. Ed. Siglo XXI. Séptima Edición. México.

La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es esencialmente de naturaleza ética o ética-política: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado —y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente— porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy* lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de *common law*, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.²⁶

Si continuando con el punto de vista probatorio se tiene un esquema epistemológico de aproximación de la verdad, en donde a los dichos de la víctima se les dote de una presunción de veracidad, al ente acusador no le corresponde la carga de la prueba; el acusado, en cambio, debe probar su inocencia atacando con pruebas los dichos del menor. El esquema probatorio da un giro y entonces la carga de la prueba se invierte, el estándar probatorio se torna entonces particularmente alto para la defensa y no tanto así para el ente acusador. Las clases de derecho procesal penal para entender más a fondo este tipo de esquema no las dictan tratadistas como Taruffo o Ferrajoli, sino que las dicta, parafraseando al autor Uruguayo Eduardo Galeano, “*la escuela del mundo al revés*”.²⁷ Habiendo presentado ya la inversión de la carga de la prueba en el procedimiento penal, se presentarán a continuación algunas de las más relevantes lecciones de este esquema procesal en donde el juez desarrolla un libreto tendencialmente inquisitivo.

²⁶ Taruffo, Michelle (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. En: Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XXXVIII, número 114. Septiembre-Diciembre. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>

²⁷ Galeano, Eduardo (2004). *Op. cit.* Para hacer un breve contexto de la forma en que utiliza el autor tal expresión: “Si Alicia volviera hace ciento treinta años, después de visitar el país de las maravillas, Alicia se metió en un espejo para descubrir el mundo al revés. Si Alicia renaciera en nuestros días, no necesitaría atravesar ningún espejo: le bastaría con asomarse a la ventana.”

Especial relevancia de la prueba indiciaria

La presunción de inocencia robustecida y nítida en el juicio es uno de los elementos esenciales de un sistema acusatorio. Dentro de la fijación de un estándar probatorio, particularmente alto para el ente acusatorio, y siendo consecuentes con la importancia del principio mencionado, se precisa que si una persona se presume inocente y su culpabilidad debe ser demostrada más allá de toda duda razonable, la prueba indiciaria no es un vehículo que conduzca a la certeza necesaria de la culpabilidad y, por lo tanto, no se debe considerar como un medio de conocimiento.²⁸ En la que anteriormente denominamos “*escuela del mundo al revés*”, lo que realmente se encuentra robustecido es la presunción de veracidad sobre los dichos del menor y, en consecuencia, son los indicios a favor del acusado los que no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de dictar un fallo. La situación se presenta gráficamente en los fallos de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia del 13 de febrero de 2008 que resolvió el proceso con radicado 28742, la defensa pretende hacer valer testimonios que indican el tipo de persona y las conductas previas del acusado. En ese caso un testigo afirmaba: “(...) *es incapaz de llegar a un acto de esta naturaleza por el conocimiento de más de veinte años y por convivir en la misma residencia*”;²⁹ entre otros testimonios, la Corte sobre este tipo de esfuerzos probatorios define que:

Las implicaciones de la discusión para determinar si el derecho penal es un derecho “de autor o de acto” se centran en establecer si se castiga a la persona por lo que es, o por lo que hace. El núcleo de la controversia radica precisamente en la interpretación del artículo 29 de la Constitución Política que expresamente refiere que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa.

El artículo 2° del Decreto Ley 100 de 1980 hablaba de hecho punible: “Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable”, y el Artículo 9 de la Ley 599 de 2000 refirió expresamente y sin equívocos que lo que se juzga es la conducta punible.

En suma, lo que se enjuicia es el acto humano, la conducta humana y no al autor por lo que es. (Por ello, el esfuerzo probatorio de la defensa por establecer si el procesado es o no pedófilo no es relevante en el campo del derecho penal, aunque lo sea en otras áreas del conocimiento, como la psicología, la psiquiatría, la parasicología, la genética, el periodismo, etc.)³⁰

²⁸ Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.657, del martes 31 de agosto de 2004. Bogotá. “Artículo 382. Medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.”

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero de 2008. Radicado número 28742. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá

El tratamiento ha sido diferente cuando los actos previos refuerzan la presunción de veracidad sobre el menor, de tal suerte actuó la Corte Suprema de Justicia, para citar algún ejemplo, en la sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006) bajo el Radicado 24468:

Se demostró sin discusión por parte de la defensa, que ESLEY ALFREDO VILLADA GÓMEZ, hombre de 35 años de edad, dirigió escritos a una niña de doce años (distinta de K...J...) donde, entre otras cosas, le decía: “eres una reina...me gustas mucho...te deseo..quiero darte un beso y una caricia”, y le pedía una respuesta y le ponía citas “pero que no se dé cuenta la abuela”. También se demostró que en una ocasión fue sorprendido por Ángela María Sánchez Castillo observándola mientras ella se bañaba.

Entonces, hizo bien el Tribunal Superior en tomar esos hechos como indicadores para, a través de inferencias racionales, deducir por la vía del indicio que el implicado tenía un patrón de conducta sexual inclinado hacia el erotismo con las niñas, inferencia lógica y fundada, que además servía para apoyar la credibilidad del testimonio vertido por la niña K...J..., víctima de los tocamientos íntimos por parte de aquél.”³¹

Admisibilidad especial de la prueba de referencia

La prueba de referencia dificulta, o en rigor imposibilita, la intermediación del juez, regla técnica del sistema penal acusatorio. Por ello el Código de Procedimiento Penal actual reduce contundentemente su poder suasorio y además crea una lista taxativa de eventos en donde será admitida.³² La Corte Suprema de Justicia considera, sin embargo, que no puede darse el lujo de perder a los testigos de referencia cuando es bien conocido que en casos como los de violencia sexual contra menores estos testimonios son los únicos que, junto a un eventual indicio, acompañan los dichos del menor dentro del arsenal probatorio de la Fiscalía. Para proteger entonces la prueba de referencia que no es otra cosa que la madre, la abuela o cualquier otro miembro de la familia contando dramáticamente lo que la niña o niño dijo que había ocurrido, la Corporación señalada expresa:

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

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

³² Congreso de la República de Colombia. *Ley 906 de 2004*. “Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”

género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.³³

En un ajustado discurso de Nuevo Constitucionalismo la Corte Suprema de Justicia niega el control que la norma impone al juez y le da a éste la posibilidad de decidir en qué casos admite la prueba de referencia. Para cerrar la lección de la prueba de referencia la Corte establece:

(...) la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004. Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la prueba de referencia, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.³⁴

Lo anterior implica que la prueba de referencia deberá ser utilizada para corroborar y aumentar la credibilidad y poder suasorio a la ya fortalecida presunción de credibilidad que gozan los dichos del menor.

Adecuación Típica amañada

Siguiendo con el objetivo de mostrar algunos casos en donde se puede apreciar un matiz inquisitivo en el rol del juez, se llega a la Sentencia del 2 de julio de 2008 con radicado número 29117 en donde se juzga la conducta de un hombre que presuntamente dio un beso y tocó los glúteos a una niña de nueve años. La Corte Suprema de Justicia comienza el repaso haciendo un estudio del panorama normativo de la violencia sexual que poco o nada difiere con el que en este artículo se ha presentado:

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

³⁴ *Ibidem*. Nunca tan acertadas resultaron las palabras del profesor Juan Carlos Arias, quien escribía: "(...) la dificultad por ese nuevo rol de árbitros comprometidos estrictamente con la imparcialidad, ya no con la lucha contra la impunidad, ni con el compromiso con la verdad hasta el punto de permitirles el decreto de pruebas de oficio y de participar activamente en la práctica de todos los elementos de convicción (como sucedía en el esquema abandonado por nuestro constituyente y legislador), se cifra en nada más ni nada menos que en la reacción negativa a la pérdida de poder. Nuestro 'nuevo' juez no requiere abandonar el protagonismo que, en el proceso penal, el anterior sistema le otorgaba. (...) la vinculación del juez con la construcción de la 'verdad' es de vigilancia y de garantía de la legalidad de los procedimientos que adelanta la Fiscalía, pero en manera alguna de colaboración con ella, porque definitivamente le haría perder la objetividad y, sobre todo, la imparcialidad". En: Arias, Juan Carlos (2005). *El Juez y el Sistema Acusatorio Colombiano ¿Tenemos derecho en Colombia a un juez imparcial?* En: La defensa. Revista de la Defensoría del Pueblo, número 7. Bogotá. pág. 73

El derecho penal no tiene por finalidad (por sí) imponer castigos; no se puede convertir la justicia en amargura, se trata de hacer justicia material en los casos concretos.³⁵

“La esencia del proceso constitucional-penal es acceder al valor justicia, en síntesis, porque se trata de un proceso de búsqueda de la verdad que tiene por finalidad hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el derecho formal (...), se trata de hacer justicia material en cada caso.”

(...) La Sala Penal de la Corte, en su condición de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en esa materia (Artículo 234 de la Constitución Política) y de conformidad con los fines que orientan el recurso extraordinario de casación, entre ellos “la efectividad del derecho material” (artículo 180 de la Ley 906 de 2004) tiene el deber de hacer un llamado a la cordura a los funcionarios judiciales en orden a cuestionarse sobre ¿Qué tanta justicia material existe en ese tipo de condenas que adolecen de imprecisión en la adecuación típica?

El caso Luis Alfredo Garavito conmocionó al mundo –con razón– y la sociedad colombiana al unísono reclamó –unánimemente– del legislador una ley que potenciara el control penal para ese género de conductas:

Inicialmente se propuso un proyecto de Ley “*Por medio de la cual se eliminan los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos contra menores de edad*”; como respuesta al razonado clamor ciudadano, el Congreso aprobó la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 (Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños y las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos) que en su artículo 199 eliminó todo tipo de beneficios y mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena cuando se trate, entre otros, de delitos contra la libertad integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes; otro proyecto de incremento de penas que modifica casi todos los artículos del título IV del Código Penal fue radicado y cursa actualmente los debates ordinarios en el Congreso.

Como se advierte, las consecuencias penológicas de este género de conductas son importantes, tanto como las consecuencias civiles del delito, por ello, los intervinientes en el proceso penal están llamados a ejercer un efectivo control a la exactitud de la imputación, so pena de convertir el derecho en un verdadero terror penal.³⁶

Evidentemente, la Corte observa que por el estado actual de cosas que rodea la violencia sexual de menores, la sociedad exige el derecho penal ya no como un mecanismo subsidiario de control social sino como único elemento para controlar tal tipo de conductas, y hace un llamado de prudencia a las adecuaciones típicas realizadas por los fiscales, dejando sin fundamento un artículo como éste en el que

³⁵ En esta materia, no todo comportamiento humano –por repudiable, por abominable– encuadra en las conductas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales. vg. los sucesos que ordinariamente se presentan en los servicios de transporte masivo, aprovechando conglomerados humanos, manifestaciones públicas, los piropos, galanterías, gesticulaciones, que distan de los correctos modales sociales, etc.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

implícitamente se pretendía decir, entre otras cosas, que el juez no era imparcial sino que estaba a favor de la víctima.

Sin embargo, este alto tribunal una vez habla de la antijuricidad material de la conducta hace un esfuerzo asombroso para no dejarla sin castigo alguno y es en ese momento donde por vía de casación oficiosa adecúa el delito de injuria por vía de hecho. No se trata entonces ahora de que el hombre tratara de vulnerar a la menor y atacar el bien jurídico de la Libertad, Formación e Integridad Sexual (dado que de acuerdo a la Corte no se alcanzó a vulnerar efectivamente por la zona donde se produjo el tocamiento y porque por la escasa edad de la menor su formación sexual no se vería afectada) sino que se vulnera el bien jurídico de la integridad moral. Sólo resulta explicable en la “*escuela del mundo al revés*” que una niña que no tiene el raciocinio tal para que esa conducta vulnere su formación sexual sí lo tenga para discernir sobre cómo esa misma conducta vulnera su integridad moral y que, por otra parte, las acciones del acusado no iban dirigidas a satisfacer su desbordada libido sino a injuriar a la menor como lo hiciera quien le diere una cachetada o un insulto, o sólo a esta misma escuela se le ocurre diseñar un nuevo manual de anatomía jurídica en donde de acuerdo a la zona en donde se produce el contacto se vulnera uno u otro bien jurídico.

La posibilidad de decretar pruebas de oficio

Amplios consensos de tratadistas han establecido que la posibilidad de que un juez decreta pruebas de oficio va en contravía de un debido proceso, más aún de un proceso acusatorio. Este tipo de proceso tiene una estructura supremamente simple en donde las partes a través de la discusión construyen una verdad con la que deben convencer a un tercero neutral, imparcial e imparcial. La prueba de oficio, sin embargo, da al traste con estas aspiraciones, y pone además al juez en una labor de búsqueda de la verdad que no se identifica con el rol del juez acusatorio. La estructura acusatoria, que es tan simple, ha sido arrollada en cierta medida por un discurso de nuevo constitucionalismo en donde la Corte Suprema de Justicia pretendía que el juez pudiese decretar pruebas de manera oficiosa cuando de la práctica de los mismos dependiera la satisfacción de principios constitucionales tan caros como la búsqueda de la verdad o el derecho prevalente que tienen los menores sobre los demás. El discurso entonces era el siguiente:

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

Y se afirma que el principio adversarial no es absoluto, entre otras razones, porque en Colombia se reconoce el derecho de intervención a las víctimas y al Ministerio Público; y porque el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar pro activamente como garante de los derechos

fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material.

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

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

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

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

Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.³⁷

Como puede observarse la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia no sólo enreda el discurso al hablar de pruebas de oficio sino que así mismo lo hace al hablar de un sistema acusatorio moderado, “un sistema acusatorio a la colombiana”.

Esta discusión sobre la posibilidad de decretar pruebas de oficio que fuera zanjada por la Corte Constitucional prohibiendo en cualquier caso el decreto de ellas³⁸ parece llegar a su fin sólo en esa materia específica, pues lo que realmente se ha probado con la puesta en marcha del sistema acusatorio es la improvisación y falta de capacidad para operar en un nuevo sistema de procedimiento penal.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468. Op. Cit.*

³⁸ Ver: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-396 de veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007)*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

Epílogo

Cumplido el objetivo de aportar algunos elementos que aumenten las bases para una discusión sobre la verdadera naturaleza acusatoria o no del sistema penal actual a partir de la observación y estudio de algunos casos adelantados por la Corte Suprema de Justicia referidos a la violencia sexual contra menores se finalizará el trabajo con unas palabras que lejos de definir el tema o concluirlo, agitan aún más la discusión.

Del estudio de los procesos penales citados puede determinarse que la aplicación sofisticada de un discurso de Nuevo Constitucionalismo, ha vuelto folclor la aplicación del sistema importado del país con más presos en el mundo fuente?. El sueño del distraído acerca de la implementación de un verdadero sistema penal acusatorio a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 ha quedado estéril. Queda entonces seguir luchando, o soñando como aquel distraído, en que algún día en nuestro país haya un compromiso con el ciudadano para que el Estado con la *presunción de inocencia*, el *in dubio pro reo*, la *carga de la prueba* y las demás garantías procesales no le asegure al ciudadano que no dejará de sentir la violencia intrínseca del derecho penal, pues el derecho penal mínimo que representa las garantías está para minimizar el derecho no para legitimarlo, pero si le podrá al menos decir que se enfrentará a un proceso construido bajo parámetros de racionalidad y ética. Racionalidad porque se construye un esquema epistemológico que tiende a la investigación, al convencimiento libre de un tercero, al debate de ideas contrapuestas, a la exposición y contradicción de hipótesis, entre otras. Y ética- política porque se firma un compromiso con el ciudadano según el cual en caso de fallar el método de aproximación a la certeza dispuesto por el orden jurídico-penal se tendrá que dictar una sentencia absolutoria.

Referencias bibliográficas

Arias, Juan Carlos (2005). *El Juez y el Sistema Acusatorio Colombiano ¿Tenemos derecho en Colombia a un juez imparcial?* En: La defensa. Revista de la Defensoría del Pueblo, número 7. Bogotá. pág. 73

Baratta, Alessandro (1988). *La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el Proceso Penal.* En: Doxa [Publicaciones periódicas]. N° 5. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Consultado el 27 de agosto de 2008. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/44657348635647273473468/cuaderno5/Doxa5_18.pdf

Cifuentes, Francisco. *El Código de la infancia y la ignominia para los violadores de menores.* En: Red el Abedul. S.F. Consultado el 30 de marzo de 2009. Disponible en http://www.elabedul.net/San_Alejo/2007/el_codigo_de_la_infancia_y.php

Comité Promotor del Referendo para modificar el artículo 34 de la Constitución Política. *Exposición de motivos.* En: Página Web de la vocera del Comité Concejala Gilma Jiménez. 2009. S.L. Citado el 26 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.gilmajimenez.com/referendo.htm>.

Concejo de Bogotá. Acuerdo número 280 de 2007. Por el cual se adoptan medidas para la protección, garantía y restablecimiento de los derechos de las niñas y los niños en el Distrito Capital.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1098 de 2006.* Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

_____ *Ley 1146 de 2007.* Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

_____ *Ley 1236 de 2008.* Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.

_____ *Ley 1257 de 2008.* Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

_____ *Ley 906 de 2004.* Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

_____ *Proyecto de ley 22 de 2008*, por medio del cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 554 de 2003. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Julio 10 de 2003, Bogotá.

_____ *Sentencia C- 396 de veintitrés (23) de mayo de dos mil siete (2007)*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

_____ *Sentencia C 591 de 2005*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Junio de 2005. Bogotá.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 23706 del 26 de enero de 2006. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón. Bogotá

_____ *Sentencia del 19 de febrero de 2008. Radicado número 28742*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

_____ *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá

_____ *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

_____ *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468*. Magistrado Ponente: Édgar Lombana Trujillo. Bogotá.

_____ *Sentencia del 2 de julio de 2008. Radicado número 29117*. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Bogotá.

_____ *Sentencia del 30 de marzo de 2006. Radicado número 24468. Op. Cit.*

Diario El Espectador. Aprueban en primer debate referendo de cadena perpetua para violadores. Publicado el 23 de abril 2009. Citado el 29 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo137406-aprueban-primer-debate-referendo-de-cadena-perpetua-violadores>.

_____ *El aborrecible asesinato de Luis Santiago*. Publicado el 1 de octubre de 2008. Consultado el 23 de marzo de 2009. Disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-el-aborrecible-asesinato-de-luis-santiago>.

Fiscalía General de la Nación, Oficina de Divulgación y Prensa (2002). *172 niños víctimas de Luis Alfredo Garavito*. En: Informes especiales-Año 2002. Consultado el 20 de febrero del año 2009. Disponible en <http://www.Fiscalía.gov.co/pag/divulga/InfEsp/Garavito.htm>

Galeano, Eduardo (2004). *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*. Ed. Siglo XXI. Séptima Edición. México.

Gascón Abellán, Marina (2005). *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 28. págs. 127-139. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01260630876709517450035/029106.pdf?inc=>

Hassemer, Winfried (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy: Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Ed. Ad-Hoc, segunda edición, 1ª reimposición. Buenos Aires. pág. 59

Montero Aroca, Juan (2006). *El significado actual del llamado Principio Acusatorio*. En: Gómez Colomer y González Cussac (coord.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Tirant lo Blanch, Valencia. págs. 313-337. Tomado el 30 de septiembre. Disponible en <http://www.derechoprocesal.es/hemeroteca/inicio.php>.

Ospina Zapata, Gustavo. *Hay que calmar los ánimos en San Pedro*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 20 de Septiembre de 2008.

_____ *Junto a la tumba de Karen, San Pedro lloró de dolor*. En: Diario El Colombiano. Medellín, 18 de Septiembre de 2008. Citado el 12 de noviembre del año 2008. Disponible en http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/J/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor/junto_a_la_tumba_de_karen_san_pedro_lloro_de_dolor.asp

Taruffo, Michelle (2005). *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. En: Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XXXVIII, número 114. Septiembre-Diciembre. Citado el 20 de marzo de 2009. Disponible en <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/114/inf/inf13.htm>

Veloza Cano, Héctor. *Asesinato de bebé Luis Santiago habría sido planeado por su padre desde hace más de 4 meses*. En: Diario El Tiempo. Bogotá 1 de octubre del 2008. Citado el 30 de noviembre de 2008. Disponible en http://www.eltiempo.com/colombia/justicia/2008-10-01/asesinato-de-bebe-luis-santiago-habria-sido-planeado-por-su-padre-desde-hace-mas-de-4-meses_4576374-1

Zafaronni, Ernesto Raúl (1991). *¿Vale la pena?* En: No hay Derecho, número 5. San José. Citado el 10 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/nhd/nota002.htm>.