



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP10944-2017

Radicación 47850.

Aprobado mediante Acta No. 235

Bogotá, D.C, veinticuatro (24) de julio de dos mil diecisiete (2017).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso de apelación propuesto por el defensor contra la sentencia de 11 de febrero de 2016, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar mediante la cual condenó a JAMILIS ISABEL HERRERA IBARRA, en su condición de Juez Tercera Penal

Municipal con funciones de control de garantías de ese municipio, en calidad de autora del delito de prevaricato por acción.

ANTECEDENTES

Fácticos

1.1 En el proceso penal adelantado bajo el radicado **20090084800** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, el 14 de diciembre de 2009 el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Valledupar, a cargo de la Juez JAMILIS ISABEL HERRERA IBARRA, adelantó la audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, dictada ocho días atrás, por un funcionario de la misma categoría del municipio de Bosconia – Cesar, en contra de los presuntos autores responsables¹ del atentado contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores FACC y ASST.

1.2 Agotada la diligencia y valoradas las evidencias ofrecidas por la defensa², la Juez HERRERA IBARRA consideró que la inferencia razonable de autoría había sido

¹ Según el escrito de acusación (fl 43) se trataba de Edward Álvarez Romero y Leidy Acosta Páez.

² Declaraciones de los señores Carlos Guevara Carrillo y Joaquín Cariaciolo Carrillo.

desvirtuada, revocó la medida de aseguramiento y ordenó la libertad inmediata de los dos procesados³.

Procesales

2.1 El 25 de julio de 2014, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías de Valledupar, se adelantó la audiencia de formulación de imputación en contra de JAMILIS ISABEL HERRERA IBARRA como autora del delito de prevaricato por acción⁴. La imputada no aceptó los cargos.

2.2 El 22 de septiembre de la misma anualidad, la Fiscalía radicó el escrito de acusación, cuya formulación en audiencia se efectuó el 21 de abril de 2015, una vez superados los múltiples aplazamientos presentados por la procesada⁵.

El llamado a juicio se hizo gravitar en el carácter manifiestamente ilegal de la revocatoria de la medida de aseguramiento y se sustentó en i) la vigencia de la inferencia razonable de autoría y ii) una valoración probatoria presuntamente parcializada y caprichosa tanto de los elementos obrantes en la carpeta de la actuación, que

³ Aunque en el desarrollo de la diligencia la Fiscalía se opuso a la pretensión del defensor, notificada la decisión en estrados se abstuvo de impugnarla.

⁴ Fl 28.

⁵ Fl 66, 77, 86.

justificaron la privación de la libertad 8 días atrás, como de dos declaraciones presentadas en la diligencia preliminar.

2.4 La audiencia preparatoria se adelantó el 14 de julio de 2016. Por su parte, el juicio oral fue celebrado el 26 de noviembre de 2015.

2.5 El 14 de enero de 2016, el Tribunal Superior anunció el sentido condenatorio del fallo por el delito de prevaricato por acción, luego de lo cual dispuso el traslado previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

2.6 La lectura de la sentencia se realizó el 11 de febrero de 2016. Notificados en audiencia, únicamente el defensor de la enjuiciada interpuso recurso de apelación que fue sustentado oportunamente en los términos del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal halló responsable a JAMILIS ISABEL HERRERA IBARRA como autora del delito de prevaricato por acción. Para arribar a esa conclusión, efectuó una extensa reconstrucción de los alegatos de conclusión de las partes sobre lo ocurrido en las audiencias preliminares de imposición y posterior revocatoria de la medida de aseguramiento.

Prosiguió con algunas consideraciones sobre la estructuración del punible por el que se había elevado acusación y, de este modo, con fundamento en las estipulaciones probatorias⁶, afirmó que no existía ninguna discusión sobre la calidad de servidor público de la procesada, como tampoco sobre el sentido y contenido de la decisión por ella adoptada el 14 de diciembre de 2009, en ejercicio de sus funciones como Juez Tercera Penal Municipal con funciones de control de garantías de Valledupar.

Delimitó el problema jurídico a establecer si la liberación de los dos imputados fue el producto de una valoración parcializada y arbitraria de las evidencias puestas a consideración de HERRERA IBARRA en el curso de la audiencia preliminar. El Tribunal afirmó que la revocatoria ordenada por la enjuiciada *“es una determinación que claramente transgrede el ordenamiento jurídico. En particular se contrapone a lo que expresa el artículo 318 de la ley 906 de 2004 (...)”*⁷.

Para el a quo, una vez valoradas las pruebas introducidas en el curso del juicio oral, con especial referencia al registro de las declaraciones rendidas por dos testigos el 14 de diciembre de 2009, podía colegirse *“que no se encontraban satisfechos los presupuestos exigidos por la*

⁶ Carpeta n° 2, Fl 204 - 205. Estipulación n° 1: La calidad de servidor público de la doctora JAMALIS ISABEL HERRERA IBARRA, como Juez 3° Penal Municipal de Valledupar. Estipulación n° 2 La individualización e identificación de la doctora JAMALIS ISABEL HERRERA IBARRA.

⁷ Sentencia 11 de febrero de 2016, fl. 45.

*normatividad llamada a regular la postulación realizada por la defensa para que se produzca la consabida revocatoria*⁸.

Lo anterior, toda vez que la inferencia razonable de autoría o participación *“no sufrió ninguna clase de mutación en razón de la incorporación de los testimonios de los señores Carlos Guevara Carrillo y Joaquín Cariaciolo Carrillo”*⁹ vista la insuficiencia de esos relatos para restar credibilidad a los elementos de acreditación obrantes en la investigación que habían soportado la imposición de la detención preventiva.

Para la primera instancia la revocatoria resultaba manifiestamente contraria a derecho, dado que i) la solicitud no estuvo soportada con suficiencia y ii) no se verificaban los presupuestos procesales para acceder al pedimento de la defensa, pues incluso con las versiones vertidas en la audiencia preliminar, la inferencia razonable de autoría permanecía *inalterable*.

Al desconocer la información probatoria obrante en la actuación, consciente y voluntariamente, la acusada sobrepasó los linderos de la autonomía y la independencia judicial con la finalidad de *“privilegiar la situación jurídica de los entonces imputados”*, constatación derivada, según el Tribunal, de la argumentación misma ofrecida por la Juez de garantías en su decisión sobre aspectos tales como:

⁸ Ibidem, Fl 46.

⁹ Ibidem.

i) Explícitos sentimientos de afecto y solidaridad hacia uno de los imputados;

ii) Inusitada proactividad en la recepción de los testimonios de GUEVARA CARRILLO y CARIACIOLO CARRILLO al extremo de suplir las deficiencias del solicitante y *“auscultar aspectos que por la naturaleza de la postulación realizada le competía esencialmente”* a la defensa;

iii) Apasionamiento y celeridad en la realización de la audiencia preliminar, a pesar de la solicitud de la Fiscalía de convocar a los padres de los menores y su representante judicial;

iv) Tergiversación de las manifestaciones realizadas por los menores, especialmente de la infante agredida;

v) Valoración arbitraria de las evidencias al soslayar que GUEVARA CARRILLO y CARIACIOLO CARRILLO eran compañeros de trabajo de uno de los acusados lo que exigía una apreciación más rigurosa para descartar un ánimo de favorecimiento;

vi) Deliberada omisión de las versiones de CARMELO CAMARGO GÁMEZ, BLANCA GLORIA TORRES MENDOZA y la del testigo presencial JUAN BERNARDO GONZÁLEZ MEZA, contestes con el relato de las víctimas;

vii) Encubrimiento de su parcializada actuación bajo el reconocimiento expreso de una no descartable

equivocación en su decisión. Con fundamento en este último aserto, el a quo tuvo por acreditado el dolo del comportamiento.

Descartó el argumento relacionado con la “reciente” entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 en el distrito judicial de Valledupar, por cuanto i) habían transcurrido casi dos años desde el inicio del funcionamiento del sistema y ii) la vasta experiencia de la acusada en procesos adelantados bajo la égida de la Ley 600 de 2000.

Al abordar el estudio sobre la existencia de un acto de corrupción, en los términos de la decisión de 23 de octubre de 2014 de esta Corporación¹⁰ con ponencia de quien ahora cumple el mismo cometido, aclaró que *“ese acto de corrupción no puede limitarse única y exclusivamente a la búsqueda, y obtención de una indebida ventaja económica o material por cuenta del ejercicio de la función pública encomendada, sino que aquel puede trascender por sendas, que aunque distintas encuentran asidero en el mismo concepto, como en efecto pueden serlo el favorecimiento de una o varias personas en particular, por cuenta de sentimientos como el afecto, la familiaridad y otra clase de ventajas que no son palpables físicamente , pero que si dejan en el ambiente que ello fue lo que propició la emisión de una determinada providencia judicial”*¹¹.

¹⁰ Rad. 39538.

¹¹ Ibídem, fl. 52.

En punto de la tasación de la pena, identificó los límites mínimo y máximo de la aplicable¹², se ubicó en el primer cuarto de movilidad y tasó la sanción en 54 meses de prisión, multa de 70 SMLMV y 85 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. El a quo se apartó del mínimo del primer cuarto en consideración a la gravedad del hecho, la afectación al conglomerado social, en general, y a los menores víctimas, en particular, la intensidad del dolo reflejada en la valoración sesgada de las evidencias y en la construcción de su propia teoría de lo ocurrido, para lo cual direccionó los interrogatorios de los testigos presentados por la defensa.

Al emitir pronunciamiento sobre la viabilidad de conceder alguno de los mecanismos sustitutivos de la pena, aclaró que la suspensión de la ejecución de la pena resultaba improcedente en consideración del monto de la sanción. No obstante, concedió la prisión domiciliaria, luego de estimar inaplicables las reformas introducidas en la materia por las Leyes 1453 de 2011, 1474 de 2011 y 1709 de 2014, pues la pena mínima prevista para el delito por el que procedía era inferior a cinco años, pero además al analizar el factor subjetivo concluyó que la procesada no pondría en peligro a la comunidad ni evadiría el cumplimiento de la pena.

Por último, ordenó compulsar copias de la actuación para que se investigue a la Fiscal que actuó en la audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento por

¹² Con el incremento previsto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

no haber interpuesto los recursos de ley contra la decisión tachada de prevaricadora.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La defensora de JAMILIS ISABEL HERRERA IBARRA realizó un recuento fáctico del objeto del proceso, una síntesis de la sentencia impugnada y una disertación sobre las nociones de razón, lógica y razonabilidad.

En ese marco, indicó que, tal y como lo manifestó en su momento la procesada, i) llamaba la atención que la menor presuntamente abusada manifestara que “*era dueña de su cuerpo*”, por cuanto la expresión también había sido utilizada por su progenitora; ii) el infante que declaró “*no vio nada*”; iii) en el estudio psicológico la niña “*no se ubica en espacio y tiempo*”; iv) los testigos de la defensa “*tienen peso probatorio*” dadas las condiciones personales de CAREACIOLO y la claridad de GUEVARA, quienes ubicaron a la pareja imputada en la parte profunda del afluente, lejos de donde se encontraban los menores; v) por la corriente del río era imposible que los menores se encontraran en el mismo lugar de los presuntos agresores; vi) “*la finalidad del sistema acusatorio era la libertad*”. Así, concluyó que en ese asunto no era necesaria la privación efectiva de la libertad de los imputados, no había relación de causalidad y se trataba de una simple controversia de apreciación probatoria de los medios de convicción.

Se apartó de las conclusiones del Tribunal sobre la ostensible ilegalidad de la decisión, al sostener que las dos declaraciones practicadas en la audiencia preliminar eran “claras” en descartar la comisión del punible dada la imposibilidad de que los menores se acercaran a la parte del río en donde se encontraban los dos imputados, quienes estaban solos *“en situación de pareja, es decir, que requerían de cierta intimidad para realizar el cortejo; máxime cuando el primero tenía vida marital con otra persona”*¹³.

En criterio de la recurrente, HERRERA IBARRA no omitió valorar ninguna evidencia, pues *“no puso en tela de juicio”* la existencia del delito de actos sexuales, empero enfatizó que de los exámenes técnicos practicados *“sólo uno de ellos confirmaba la existencia de los aludidos tocamientos hechos a los niños, pues también al diligenciamiento se allegó otros (sic) que indicaban lo contrario”*¹⁴.

Afirmó que la inferencia razonable de autoría fue desvirtuada por la credibilidad que merecían los dos testimonios presentados por la defensa, *“en especial la del señor Joaquín Caraciolo a quien conocía por sus calidades personales, sociales y por tratarse de un ilustre abogado de la región”*¹⁵.

Aunque reconoció que su prohijada no se refirió de manera puntual a varios elementos considerados por el Juez de garantías de Bosconia para imponer la medida privativa

¹³ Fl 13 y 15.

¹⁴

¹⁵ Fl14.

de la libertad, lo anterior se explica por la delimitación del estudio emprendido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le permitieron descartar, con fundamento en las dos declaraciones, que los imputados fueran autores de la conducta, pues se encontraban “*en su particular situación amorosa*”, circunstancia que según la experiencia indica que era su deseo evitar la multitud y buscar un lugar solitario e íntimo.

Recordó que el representante de la Fiscalía, que acudió a la audiencia preliminar, compartió las conclusiones probatorias de HERRERA IBARRA y por tal razón se abstuvo de impugnar la revocatoria, pues, según la libelista, el fiscal del caso aceptó que la inferencia razonable de autoría había sido desvirtuada.

Señaló que ni la fiscalía ni el Tribunal indicaron cuáles fueron las reglas de la sana crítica de las que se apartó la revocatoria cuestionada para predicar que se trata de una providencia contraria a la ley.

En materia del elemento subjetivo del tipo, consideró que el dolo no fue acreditado más allá de toda duda por la Fiscalía y que la enjuiciada revocó la medida al actuar conforme a la ley, apoyada en el “espíritu libertario” de la Ley 906 de 2004. En contravía de las inferencias de la primera instancia, justificó los sentimientos de afecto y solidaridad exteriorizados por la Juez hacia uno de los imputados durante la audiencia por “*la realidad que impera en el*

*departamento del Cesar, según las costumbres propias de ese entorno*¹⁶.

En su criterio, un comportamiento condicionado por la cultura de la costa caribe colombiana, en una ciudad pequeña como Valledupar donde sus habitantes se conocen cuando se dedican a una misma profesión u oficio, tal y como ocurrió en el presente caso cuando un defensor público se encontraba privado de la libertad en un ente territorial en el que solo existen tres jueces con funciones de garantías y uno de ellos es, precisamente, HERRERA IBARRA. En apoyo de su planteamiento transcribió apartes de la intervención de la Fiscal del caso, quien manifestó lo difícil que era adelantar su rol en esa investigación dado el conocimiento con el imputado y la familia de éste.

Aseveró que tampoco era cierto que la enjuiciada hubiera desplegado una “inusitada proactividad” en los interrogatorios, pues lo único que buscaba, sin que pueda ser objeto de reproche, era conocer lo sucedido y así decidir. Agregó que la facultad de interrogar y decretar pruebas de oficio le asistía al funcionario de control de garantías durante la etapa preliminar del proceso penal.

En su concepto, el reconocimiento expreso de un error, por parte de la Juez durante la audiencia, debía ser entendido como indicativo de su “afán” por fallar acertadamente y no un indicio del actuar doloso. Ese razonamiento lo hizo extensivo al supuesto apresuramiento

¹⁶ Fl 18.

en adelantar la diligencia, pues quien fijó la fecha y hora de la diligencia fue el Centro de Servicios judiciales y no el juzgado de la procesada.

Rechazó la tergiversación de las versiones de los menores atribuida a su representada por la primera instancia, pues a esa conclusión se llegó al justipreciar lo dicho por el Juez de Garantías de Bosconia, pero no lo dicho por los testigos que comparecieron a la audiencia preliminar.

Insistió en la incidencia de la falta de experiencia de la procesada en el novedoso sistema procesal contemplado en la Ley 906 de 2004, toda vez que aunque tanto esta normatividad como la Ley 600 de 2000, procedimiento conocido y aplicado por HERRERA IBARRA durante varios años, contemplan el instituto de la revocatoria de la medida de aseguramiento, *“en la primera normatividad citada la decisión se adopta en la audiencia preliminar y de manera oral, mientras que en la segunda el funcionario judicial cuenta con el término de 3 días para resolverla y hacerlo por escrito, lo cual sin duda, le da una ventaja más al funcionario frente al anterior, toda vez que en el sistema mixto, por ser escritural y los términos más lapsos (sic) para resolver, le otorga al funcionario la posibilidad de redactar y contar con más tiempo para reflexionar la decisión, cuando no se cuenta con la experiencia necesaria, como sucedía en este caso en razón de la vigencia de la mencionada Ley 906 en el Distrito Judicial de Valledupar”*¹⁷.

¹⁷ Fl 25 - 26.

Por último, sostuvo que la condena se fundamenta en “simples conjeturas y meras especulaciones” pues no se demostró que la “*crítica probatoria realizada por la doctora Herrera Ibarra es contraria a la ley*”¹⁸. En los anteriores términos, deprecó la revocatoria del fallo confutado por ausencia de tipicidad.

NO RECURRENTES

1. La Agente del Ministerio Público transcribió apartes de las intervenciones de la Fiscalía y de la defensa, para luego pedirle a la Corporación que se realizara un concienzudo análisis sobre la efectiva acreditación del dolo en el comportamiento de la procesada, toda vez que en su criterio la Fiscalía “*nada o poco hizo para demostrarlo*”¹⁹, razón por la cual el Tribunal no podía inferir su existencia. Ante la falta de comprobación del aspecto subjetivo del prevaricato por acción solicitó la revocatoria de la sentencia.

2. El Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior de Valledupar, en un extenso y repetitivo escrito, solicitó “*la confirmación de la mencionada sentencia porque en verdad ella no solo respeta el principio de legalidad, sino que es un fallo que hace justicia*”²⁰. Recordó que el Tribunal encontró acreditado que la revocatoria era manifiestamente contraria a la ley por ser el resultado de una motivación caprichosa y sin respaldo verdadero en las evidencias, lo que se tradujo en la parcializada valoración de la prueba, en tanto los testimonios practicados el 14 de diciembre de 2009 no

¹⁸ Fl 26.

¹⁹ Fl 331.

²⁰ Fl 369.

desvirtuaban la evidencia de autoría que había soportado la privación de la libertad.

Descartó que la providencia adoptada por la procesada estuviera amparada por el ejercicio de la independencia judicial, pues lo decidido reflejaba la consciente trasgresión de la normatividad aplicable en aspectos tales como i) el afecto por uno de los imputados; ii) la actitud de la Juez durante los interrogatorios; iii) tergiversación del dicho de los menores; iv) advertir su equivocación pero conceder la libertad.

Señaló que la sentencia impugnada sí se había ocupado del aspecto subjetivo, cuya presencia derivó del conocimiento sobre los elementos del tipo, la libre decisión de la funcionaria, sin relevancia sobre la fecha de entrada en vigencia de la Ley 906, pues el tema de la revocatoria de la medida, salvo la oralidad, no era novedoso y lo había manejado la procesada en sus más de 20 años de administradora de justicia.

Precisó que *“para la Sala ese acto de corrupción no solo es económico sino que puede ser de otros interés como el del afecto, familiaridad o amistad, siendo esto lo que propició la revocatoria de la detención que ordenó la Jueza Herrera Ibarra”*²¹.

Enfatizó en los hechos indicadores que tuvo en cuenta la primera instancia para derivar el dolo de la enjuiciada,

²¹ Fl 365.

dentro de los cuales enlistó: i) rapidez en la realización de la audiencia, sin presencia de los padres y/o representantes judiciales de los menores; ii) favorecimiento en la valoración de los testimonios de GUEVARA CARRILLO y CARIACIOLO CARRILLO, compañeros y amigos de uno de los imputados; iii) omisión de las declaraciones de BLANCA GLORIA TORRES y JUAN BERNARDO GONZÁLEZ MEZA.

Efectuado lo anterior procedió a reordenar los 13 fundamentos de la revocatoria en cuatro grupos de argumentos, a saber: i) lugar de ocurrencia de los hechos; ii) valoración del testimonio de los menores; iii) apreciación de las declaraciones de GUEVARA CARRILLO y CARIACIOLO; y iv) forma de pensar de HERRERA IBARRA según la cual estimó innecesaria la detención preventiva en el marco de un sistema procesal “pro libertad”.

Para el Fiscal no recurrente las consideraciones así agrupadas son simples argumentaciones orales sin respaldo probatorio y para demostrar su aserto enumeró las evidencias que soportaron la solicitud de medida de aseguramiento (dos entrevistas a menores, informes sexológicos y psicológicos, versiones de BERNARDO GONZÁLEZ y CARMELO CAMARGO) y cómo de éstas derivó el Juez la interferencia de autoría para imponer la medida de aseguramiento el 6 de diciembre de 2009.

Denunció que GUEVARA CARRILLO quien se encontraba a 15 o 20 metros de distancia, no había afirmado que la pareja imputada se encontraba en la parte caudalosa

del río, mientras que CARIACIOLO si bien había referido que los imputados se encontraban en la “parte honda”, no había estado presente en el lugar del incidente durante su ocurrencia.

Precisó que la enjuiciada suspendió la diligencia por 15 minutos y tuvo oportunidad real de examinar los elementos materiales probatorios en los que la Fiscalía edificó su oposición a la revocatoria, mismos que sirvieron de base para ordenar la reclusión en centro carcelario. Por tal razón, desde la óptica de la legalidad resulta cuestionable que haya tergiversado los testimonios de dos menores que no sostuvieron lo que la procesada les atribuyó (no haber visto lo ocurrido, cuando FACC sí lo hizo; haber sido llevada a la parte profunda del río, cuando ASST nunca lo manifestó).

Además de la valoración parcializada de las evidencias y de la injustificada preminencia de los dos testigos de la defensa, en cuyo interrogatorio no se limitó a realizar preguntas complementarias, HERRERA IBARRA evadió rebatir los argumentos expresados por el ente acusador, todo lo cual sumado demuestra el capricho absoluto con el que decidió.

Excluyó la alegada legalidad de la revocatoria, por la pasividad del representante de la Fiscalía al no impugnar la decisión, pues ésta depende del cotejo con la norma y no de la actividad procesal de las partes, razón por la cual la ausencia de apelación resultaba indiferente a la hora de valorar la efectiva configuración del prevaricato por acción.

El Fiscal Delegado aclaró que en la sentencia sólo se afirma que GUEVARA y CARACIOLO eran colegas laborales, sin alusión a la Defensoría del Pueblo, pero además y sobretodo que la calidad de los testigos se desprendía del contenido del registro (cd) de la audiencia preliminar celebrada el 14 de diciembre de 2009.

Consideró excesiva la exigencia del recurrente en punto de explicar cada regla de la sana crítica vulnerada en el caso en concreto. En su concepto, devenía diáfano que si la primera instancia condenó a la procesada fue porque su *“interpretación fue arbitraria, grosera, caprichosa e irracional, sencillamente fue porque encontró que no se hizo uso de una sana crítica, sana y normal, sin que esté obligada a explicar una a una las reglas de la lógica que avasalló la jueza con esa forma de interpretar el material probatorio”*²².

En materia del elemento subjetivo del tipo sostuvo que quedó plenamente demostrado en el juicio el obrar doloso de la Juez, contrario a lo afirmado por el recurrente, y que esa voluntad y conocimiento se deducían del sesgo en la valoración probatoria, la ausencia de un problema jurídico de alta complejidad a resolver, lo evasivo de los dos testigos presentados en la diligencia preliminar, la trayectoria y experiencia de HERRERA IBARRA (30 años como Juez Penal), la inexistencia de prueba nueva que destruyera la anterior y el falseamiento de lo manifestado por las víctimas. Esas circunstancias excluyen la existencia de un error, pues

²² Fl, 23.

la manipulación del contenido de las evidencias da cuenta de una clara intención.

Manifestó su rechazo relacionado con el planteamiento defensivo sobre el espíritu “pro libertad” de la Ley 906, pues el derecho a la libertad, cuando se está privada de ella, *no es producto de la liberalidad del funcionario de turno*²³.

Se opuso a la aseveración del recurrente sobre la explicación regional de la manifestación de afecto y solidaridad de la Juez con función de control de garantías con el coordinador de defensores públicos imputado, en el entendido que un saludo inicial y corto, con sucinta presentación formal, es lo acostumbrado al iniciar las diligencias judiciales en cualquier parte del territorio, incluido el Distrito Judicial de Valledupar.

*“Empero lo de la jueza Herrera Ibarra no fue un “simple saludo”, primero porque no se hizo al inicio de la audiencia, ella ya había saludado, dos, lo hizo cuando ya iba a decidir, cuando ya habían recibido los testimonios y escuchados las intervenciones de los sujetos procesales, tres, no fue decirle buenas tardes, sino darle ánimo y consuelo al amigo, conocido, colega, pero no al simple imputado, el trato no es de cortesía es de afecto”*²⁴.

En cuanto al comentario proferido por el Fiscal de la actuación, en similar sentido de solidaridad con el imputado,

²³ Fl, 28.

²⁴ Fl 29.

afirmó que no es cierto que haya pasado desapercibida para el a quo, pues éste ordenó compulsar copias para que se investigara su actuación.

Solicitó confirmar la sentencia condenatoria, dado que *“la valoración probatoria que hizo la jueza Herra Ibarra (sic) fue producto de una intención torcida, de una amañada forma de hacer valer una sola tesis, la de la defensa”*²⁵.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia.

1. Conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, la Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensora contra la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Valledupar.

2. Al tenor del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia condenatoria es requerido el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal de los procesados, con fundamento en las pruebas legal y efectivamente practicadas en la audiencia de juicio oral.

La Corte anticipa desde ya que la sentencia confutada será confirmada una vez establecido que la libertad otorgada

²⁵ Fl 35.

a los imputados el 14 de diciembre de 2009 fue el producto de una valoración probatoria amañada, sesgada y caprichosa con el conocimiento de infringir gravemente la legalidad y la voluntad de la servidora judicial de orientar su conducta hacía la realización de ese desvalorado propósito.

El análisis en sede de segunda instancia se centrará en los requisitos formales y sustanciales que viabilizan la revocatoria de la medida de aseguramiento, el contenido de la decisión calificada como prevaricadora y a partir de éste, el alcance probatorio de las dos declaraciones presentadas por la defensa de los imputados en el marco de lo acreditado en esa etapa primigenia de la indagación, con el objetivo de determinar en concreto si, efectivamente, la justipreciación de las evidencias fue i) integral y ii) notoriamente contraria a lo que éstas reflejaban en realidad.

Tipicidad de la conducta.

3. De conformidad con el artículo 413 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004²⁶, incurre en el delito de prevaricato por acción:

“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales

²⁶ Artículo 14.

vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

Del precepto normativo transcrito se extracta que para la estructuración de la conducta punible se exige (i) un sujeto activo calificado que ostenta la calidad de servidor público en ejercicio de sus funciones; (ii) la emisión de una decisión u opinión²⁷ que reviste la forma de resolución, dictamen o concepto (decisiones judiciales y actos administrativos) que se caracteriza por ser (iii) manifiestamente contraria a la ley, es decir, una determinación cuya irregularidad es notoriamente perceptible sin recurso a elaboradas elucubraciones; y (iv) la conducta es desplegada con el evidente propósito de cometer el delito.

Se trata, entonces, de una conducta delictiva de modalidad eminentemente dolosa en la que el servidor tiene conocimiento de la ilicitud de su proceder y aun así orienta deliberadamente su voluntad que se materializa en la adopción de la decisión notoriamente irregular, con la desvalorada finalidad de favorecer intereses propios o ajenos.

Precisadas tales aristas, la Sala advierte que en el caso concreto sólo existe discusión frente a dos de los elementos atrás descritos, pues la libelista insiste en que la revocatoria de la detención preventiva en centro de establecimiento no puede calificarse como ostensiblemente contraria a derecho y, además, no resulta posible predicar la existencia de dolo

²⁷ CSJ, Sentencia 6 de abril de 2005, Rad. 19761

en el proceder de HERRERA IBARRA quien habría decidido al amparo de los postulados de independencia y autonomía judicial tanto en la toma de decisiones como en la valoración probatoria.

3.1 Previo a adelantar un análisis concreto de las circunstancias fácticas y jurídicas propias del presente asunto, la Corte estima pertinente reiterar que una de las modalidades del prevaricato por acción puede consistir, precisamente, en la emisión de una decisión como resultado de una valoración probatoria amañada, es decir, un producto que desdice y contradice aquello que la evidencia, objetivamente apreciada, indica y acredita.

En tal sentido, de interés para los actuales fines, la jurisprudencia en la materia tiene establecido que:

*“La conceptualización de la contrariedad manifiesta de la resolución con la ley hace relación entonces a las decisiones que sin ninguna reflexión **o con ellas ofrecen conclusiones opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto, de tal suerte que el reconocimiento que se haga resulta arbitrario y caprichoso al provenir de una deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico.***

En consecuencia, no caben en ella las simples diferencias de criterios respecto de un determinado punto de derecho, especialmente frente a materias que por su enorme complejidad o por su misma ambigüedad admiten diversas interpretaciones u opiniones, pues no puede ignorarse que en el universo jurídico suelen ser comunes las discrepancias aún en temas que aparentemente no ofrecerían dificultad alguna en su resolución.

Como tampoco la disparidad o controversia en la apreciación de los medios de convicción puede ser erigida en

*motivo de contrariedad, **mientras su valoración no desconozca de manera grave y manifiesta las reglas que nutren la sana crítica**, pues no debe olvidarse que la persuasión racional elemento esencial de ella permite al juzgador una libertad relativa en esa labor, contraria e inexistente en un sistema de tarifa legal.*

*Sin embargo, **riñen con la libertad relativa la apreciación torcida y parcializada de los medios probatorios, su falta de valoración o la omisión de los oportuna y legalmente incorporados a una actuación, en consideración a que por su importancia probatoria justificarían o acreditarían la decisión en uno u otro sentido a partir del mérito suasorio que se les diera o que hubiera podido otorgárseles.***

*Así las cosas, la manifiesta contrariedad con la ley de la decisión judicial puede provenir de alguno de los supuestos mencionados que hacen **arbitraria o aparente la apreciación probatoria**, los cuales -según lo dicho- tienen origen en la voluntad y conciencia del funcionario que decide actuar de ese modo y no en un error propio de valoración en el cual pudiera haber incurrido al apreciar un medio de prueba”²⁸. (Destaca la Corte).*

Efectuada tan valiosa precisión, conviene aclarar que, en estricto sentido, el reproche penal en este asunto no se cimenta en la revocatoria de la medida, pues siendo excepcional la restricción de la libertad y encontrándose el Juez con función de control de garantías expresamente legitimado para adoptar dicha determinación²⁹, mal puede sostenerse que la manifiesta ilegalidad de la decisión adoptada por la procesada radique en la concesión de la libertad.

²⁸ CSJ, Sentencia 23 de febrero de 2006, Rad: 23.901; 10 de abril de 2013, Rad: 39456.

²⁹ Ley 906 de 2004, art. 318.

Por el contrario, lo que se considera lesivo de intereses jurídicamente tutelados es la emisión de esa decisión, tan trascendental, con fundamento en una simultánea manipulación, distorsión y omisión del contenido claro e indiscutible de las evidencias recaudadas³⁰, como proceder que genera una mutación de lo decidido para convertirlo en manifiestamente ilegal en razón de la *arbitraria o aparente apreciación probatoria*.

La revocatoria de la medida de aseguramiento.

4. Una vez impuesta una medida de aseguramiento, de las contempladas en el artículo 307 del Estatuto Procesal, en los precisos términos del artículo 318 ejusdem, le asiste el derecho a cualquiera de las partes, pero con especial interés a la defensa, de elevar ante el Juez de control de garantías una solicitud de revocatoria de la cautela decretada *“presentando los elementos materiales probatorios o la información legalmente obtenidos que permitan inferir razonablemente que han desaparecido los requisitos del artículo 308”*³¹.

La disposición a la que se hace referencia contiene dos supuestos materiales de cuya verificación simultánea pende

³⁰ Escrito de acusación, Carpeta n° 1, Fl 39 – 44. “(...) 1. La motivación que realizó para revocar la detención preventiva es muy parcializada, caprichosa, sin fundamento en una verdadera sindéresis de los testimonios por ella recibidos (...) el juicio de valoración sobre los medios de prueba escuchados que hizo la Jueza es subjetivo, caprichoso y propio de su forma de ver las cosas (...) c) se sentó a revocar una medida de aseguramiento, sin ni siquiera tomarse el trabajo de conocer, previamente, el material probatorio o evidencia física que manejó el Juez anterior que la impuso el 6 de diciembre, d) desconoció el contenido de las entrevistas de los menores (...) e) puso en boca de los menores situaciones que no habían afirmado”.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 456 de 2006 declaró inexecutable los apartes en paréntesis.

la solución de la solicitud planteada: de un lado, la presentación de evidencia sobreviniente que suscita y justifica la revocatoria y, de otro, evidente fortaleza demostrativa de esos elementos materiales probatorios o de esa información legalmente obtenida para demostrar razonablemente la desaparición de las exigencias previstas para su imposición.

De conformidad con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, para que el juez de control de garantías imponga una medida de aseguramiento es necesario que los elementos materiales probatorios permitan inferir razonablemente que el imputado puede ser responsable del delito y, de manera concurrente, que en el caso concreto se cumple al menos una de las siguientes finalidades, a saber: i) evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia; ii) peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; o iii) riesgo de no comparecencia al proceso o de no cumplimiento de la sentencia.

Tratándose de la detención preventiva, como la que fue ordenada por los tocamientos libidinosos sobre menores de edad, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, supedita la procedencia de la mencionada medida de aseguramiento a que se verifique alguno de los siguientes supuestos: i) el delito por el que se procede se trata de aquellos que son competencia de los jueces penales de circuito especializados; ii) un punible investigable de oficio y que tenga señalada una pena mínima de cuatro años o más de prisión; iii) de los que se encuentran tipificados en el Título

VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes; o, por último, cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro de los tres años anteriores³².

Así las cosas, la restricción de la libertad en el proceso penal, siendo excepcional y reglada, es el resultado de la acuciosa valoración de evidencias que tiene lugar en el marco de una ponderación sobre la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida para garantizar el logro de un contenido de orden constitucional. Ese ejercicio judicial está predeterminado por las precisas particularidades del asunto, la calidad de las víctimas, la suficiencia de los elementos materiales probatorios, el perfil del procesado y la naturaleza del punible.

Este recuento adquiere la mayor trascendencia al momento de decidir la revocatoria de la medida preventiva, por cuanto así como al imponer la medida de aseguramiento, para revocarla el estándar probatorio legalmente establecido para tales efectos es el de la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación

³² “(...) contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.

Dicha intelección obtenida de los elementos materiales probatorios, evidencia física o medios de información legalmente obtenidos presentados en audiencia, le permiten al juez deducir, luego de una ponderación lógica sobre la seriedad y jerarquía de las diferentes hipótesis, en grado de probabilidad que el imputado i) es autor o participe del delito y ii) no comparecerá al proceso o constituye un peligro para la comunidad o puede obstruir el ejercicio de la justicia.

Así entonces, la procedencia de la revocatoria exige, necesariamente, deconstruir analítica y probatoriamente los elementos que permitieron acreditar los requisitos formales y sustanciales para que resultara viable la afectación preventiva a la libertad.

Con el propósito de alcanzar tal particular cometido, se tiene establecido, de tiempo atrás, que *“el solicitante tiene una carga procesal en cuanto ha de aportar elementos probatorios nuevos o información obtenida legalmente que no hubieren sido tenidos en cuenta con anterioridad cuando se decretó la medida de aseguramiento o la sustitución de la misma, pues sólo en esa hipótesis será posible al juzgador realizar una inferencia razonable para decidir si desaparecieron o no los elementos que estructuraron los requisitos que para el decreto de la medida de aseguramiento*

fueron tenidos en cuenta cuando ella se decretó y decidir, en consecuencia, lo que fuere pertinente”³³.

Por tanto, le corresponde al funcionario judicial, al pronunciarse sobre la solicitud de revocatoria de una medida de aseguramiento, constatar que los requisitos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 han efectivamente desaparecido y que esa conclusión encuentra fehaciente respaldo en el poder suasorio de la nueva evidencia.

La específica caracterización de esa exigencia merece un detenido estudio, en razón de su incidencia en el caso concreto.

La revocatoria de la medida de aseguramiento exige que el medio suasorio sobreviniente sea de tal entidad, que lleve al servidor judicial a considerar que los presupuestos que otrora existían como fundamento para privar de la libertad a la persona han desaparecido.

La exigencia de novedad de los elementos probatorios para solicitar la revocatoria no debe ser entendida, desde un cariz frío y formalista, como la identificación con una fecha posterior de acopio y/o práctica, sino que resulta necesario comprenderlo como una característica sustancial, inherente a la evidencia, por virtud de la cual se allega a la actuación un contenido distinto y diferente a aquel que ya obraba en ésta.

³³ Corte Constitucional, C – 456 de 2006.

Es decir, se está ante un medio con la fuerza necesaria para derruir los fundamentos de la medida de aseguramiento, bien sea porque descarta la autoría o participación o responsabilidad del imputado o porque acredita que ningún fin constitucionalmente legítimo es perseguido. En caso contrario, si no se logran dichos propósitos y la convicción sobre las circunstancias fácticas permanece razonablemente inalterable no procederá la revocatoria, en tanto la nueva información carece de la aptitud y suficiencia para desdibujar las deducciones que edificaron la restricción de la libertad.

.

Con esa orientación, es claro que no se trata de una segunda valoración de las evidencias que justificaron la adopción de la medida, como si impropriamente se surtiera el análisis de un recurso de apelación, sino de la exigencia sustancial insoslayable de presentación de un medio demostrativo apto e idóneo para desvirtuar la inferencia razonable de autoría o la necesidad concreta de la medida por ausencia de finalidad constitucional que llevó a decretarla.

La carga procesal que le asiste al peticionario implica, además, que la desaparición de la inferencia o de la necesidad de la medida se acredite con nuevos elementos materiales probatorios, mas no con fundamento en la simple presentación de argumentaciones o de relecturas de lo que ya había sido objeto de valoración al momento de decretar la medida preventiva.

En el caso concreto, la gravedad de los hechos denunciados, en conjunción con la trascendencia de la revocatoria, demandaban del juez de garantías una actitud rigurosa en extremo, a fin de garantizar que la medida impuesta sólo podía ser revocada ante la cabal demostración de nuevas realidades de entidad suficiente para desvirtuar la vigencia, necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad de la medida impuesta.

El cumplimiento de esa inexorable carga debía reflejarse, necesariamente, en una sólida argumentación tendiente a dejar en evidencia que había desaparecido el motivo legal que fundamentó su imposición.

En el presente asunto, debía dirimir la procesada, pero con real respaldo en lo que demostraban los elementos materiales probatorios, si la práctica de los dos testimonios en la audiencia preliminar conllevaba una mutación del estado de cosas acreditado, imperante para el 6 de diciembre de 2009, día en el que fue impuesta la medida cautelar, de tal entidad que resultara viable sostener que la inferencia razonable de autoría había sido desvirtuada.

Los fundamentos de la revocatoria.

5. Corresponde, entonces, identificar cuáles fueron las consideraciones que tuvo en cuenta HERRERA IBARRA para revocar la medida de aseguramiento y, en ese escenario, determinar sí, tal y como lo afirma el a quo y el fiscal no recurrente, esa precisa decisión desconoció abierta y

arbitrariamente el contenido de los elementos materiales probatorios puestos a su disposición para establecer, en el caso concreto, la vigencia o no de los requisitos contemplados en los artículo 308 y 310 de la Ley 906 de 2004.

En primer lugar, estimó la procesada que *“además de la inferencia ¿qué hay que analizar? Según el concepto de esta Juez, el concepto es que hay que analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos y que dieron lugar para que hoy se tenga sopesado o asumiendo una medida de aseguramiento”*³⁴.

Dicho lo anterior, la enjuiciada recordó que la inferencia de autoría se soportaba en las entrevistas de las víctimas, mismas que le generaban dudas por:

i) El vocabulario empleado por una niña de cinco años (*yo soy dueña de mi cuerpo*) y lo referido por la madre de la menor en términos similares;

ii) La entrevista psicológica del menor FACC era contradictoria (niño manifestó que vio y luego que no vio);

iii) El estudio psicológico revela que la menor ASST no se ubica en tiempo y espacio;

iv) La niña ASST es dubitativa en cuanto al lugar de la ocurrencia de los hechos (manifestó que la llevaron “hasta allá”, luego que permaneció en el “pocito”).

³⁴ Cd, 3:55.

En segundo lugar, se ocupó de la valoración de los dos testimonios presentados por la defensa durante la audiencia de revocatoria, para afirmar que *“para este juzgado tienen peso”*³⁵, toda vez que *“el doctor JOSÉ JOAQUÍN CARIACIOLO lo conozco como una persona seria y que creo que no se va a venir a sentar ahí a hablar mentiras, creo no, estoy segura de que si él ha dicho alguna mentira le va a pesar”*. Tratándose de GUEVARA CARRILLO se limitó a aseverar que también había sido *“claro”*³⁶.

Sobre las características del lugar indicó, siempre según el dicho de los testigos, que se trataba de un sitio de difícil acceso para los menores y que éstos le tenían miedo al río³⁷ y que al unísono los dos declarantes en la actuación habían indicado que se trataba de un balneario muy concurrido.

Insistió en que según los dos declarantes la pareja imputada nunca se ubicó en la parte superficial a orillas del río, en donde sí se encontraban los menores jugando, pues para su romance lo *“lógico, lo corriente”* era que permanecieran en lo profundo del afluente. Esas declaraciones le permitían afirmar que imputados y víctimas no se encontraban en el mismo sitio³⁸ y ese hecho nuevo desvirtuaba los requisitos del artículo 308 del CPP.

³⁵ Cd, 8:20.

³⁶ Cd; 8:52.

³⁷ Cd, 10:07.

³⁸ Cd, 16:35.

Por último, reivindicó el valor de la libertad en el sistema procesal de la Ley 906 de 2004 y la excepcionalidad de su restricción, con expresa mención a los artículos 295 y 296 del Estatuto Procesal, para cuestionar cuál era la finalidad de mantener la medida en el caso en concreto, descartó que el imputado fuera un peligro para la sociedad o para las víctimas pues no se trataba de un violador³⁹, por lo que el propósito normativo no se cumplía en un caso en el que advertía falta de causalidad.

La legalidad de lo decidido.

6. Empezará la Corte el análisis de cada una de esas apreciaciones, mediante la correspondiente y detenida confrontación con el contenido y alcance exacto de los elementos materiales probatorios que fueron objeto de apreciación por parte de la Juez de garantías, con el propósito de establecer, en grado de certeza, si la valoración efectuada por el enjuiciado se apartó caprichosamente de lo que indicaba la evidencia.

6.1 La primera y trascendental conclusión no es otra que HERRERA IBARRA sí revisó la carpeta de la actuación que contenía toda la información recaudada hasta ese momento y que fue valorada por el Juez de control de garantías de Bosconia⁴⁰.

³⁹ Cd, 21:55.

⁴⁰ Audiencia 6 de diciembre de 2009, Cd; 3:10:50 “JUEZ para la imposición de la medida en establecimiento carcelario podemos establecer los requisitos de procedencia de una o varias medidas de aseguramiento que se haya realizado la imputación, pues no es posible imponer una medida de aseguramiento a quien no ha sido imputado por la Fiscalía, que se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga conforme a los medios cognoscitivos

Lo anterior se desprende de: i) el receso decretado por la funcionaria judicial para adoptar la decisión; ii) la referencia expresa en sus consideraciones a elementos materiales probatorios obrantes en físico en el expediente de la indagación; iii) la manifestación expresa de la Fiscal, al finalizar su oposición a la solicitud de la defensa, en el sentido de facilitar al Despacho la evidencia a la que había hecho referencia en su intervención y que se encontraba en su poder; y iv) el requerimiento por parte de la procesada a la Fiscal para que le facilitara toda la documentación⁴¹.

La importancia de tal constatación radica en mostrar que HERRERA IBARRA contó con la posibilidad real y material de analizar las evidencias en conjunto y de manera integral, mas su argumentación y valoración fue selectiva, amañada y parcializada al punto que i) tergiversó su contenido (versiones de los menores FACC y ASST); ii) soslayó su alcance (versiones de los padres de los menores y GONZÁLEZ MEZA); iii) extremó, sin debida ponderación, su importancia (testimonios ofrecidos por la defensa); y iv)

ofrecidos por la Fiscalía, tal cual como aquí existen entrevistas las cuales ya relacionamos tanto de los menores como de los señores CARMELO CAMARGO GAMEZ y JUAN BERNARDO GONZÁLEZ MEZA y además de esto las entrevistas de los menores y los exámenes médicos que muy a pesar de no establecer que haya habido rasgos ni violencia pero sí estamos en presencia, como manifiesta el señor Fiscal, presuntamente en el posible delito de acto sexual con menor de 14 años el cual no requiere violencia solamente cualquier manoseo hacía las menores o hacia la menor y el menor el cual son víctimas en este momento. La inferencia razonable está establecida en el artículo 221 del CPP, respaldo probatorio para los motivos fundados los motivos fundados de que trata este artículo se basa en que deberán ser respaldados al menos en informe de policía judicial, lo cual tenemos acá, declaración jurada de testigos o informante lo cual tenemos testimonios tanto de las víctimas,. que son menores de edad y de dos personas las cuales ya fueron dados sus nombres que rindieron entrevistas como son JUAN BERNARDO GONZÁLEZ MEZA y CARMELO CAMARGO GAMEZ, elementos materiales probatorios facilitados por el señor Fiscal”

⁴¹ Cd; 1:17:22.

omitió su referencia (valoración médica del día de los hechos), como comportamientos desvalorados cuya ausencia habría implicado que la revocatoria a la que accedió hubiese sido decidida en sentido contrario.

6.2 De la valoración conjunta y armónica de las versiones entregadas por ASST y FACC, niños víctimas de los actos sexuales abusivos, se colige, como acertadamente lo destacó el Fiscal no recurrente, que el 5 de diciembre de 2009, al parecer, tres menores fueron abusados sexualmente en el río Badillo por la pareja de imputados.

Para definir la persistencia de la inferencia de autoría, agotadas las intervenciones de las partes en la audiencia de revocatoria, la Juez no podía desconocer, tal y como lo hizo, que las entrevistas de los menores FACC y ASST ofrecían serios motivos de credibilidad, sin pretensiones de certeza, en esa etapa embrionaria del proceso y la investigación.

La jurisprudencia de esta Corporación sostiene que *“de acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad”*⁴², mientras las reglas de la sana crítica no evidencien lo contrario.

En otros términos, *““el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria,*

⁴² CSJ, SP 26 de enero. 2006, rad. 23706, citada Casación 2 de julio de 2014, Rad. 34131.

adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales”⁴³. Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos”⁴⁴.

Lo anterior debió ser tenido en cuenta por la procesada, máxime si se tiene en cuenta que FACC y ASST negaron conocer a los victimarios, por lo que carecía de sentido lógico que los menores quisieran incriminar falsamente a esas dos personas, en el entendido que i) no los conocían; ii) no tenían motivos de animadversión para atribuirles la comisión de tan censurables conductas; y iii) no se evidencia en la actuación la existencia de un motivo para falsear la verdad. En ese contexto, necesario resulta identificar con precisión cuáles fueron las manifestaciones de los menores y si su dicho fue groseramente tergiversado al ser valorado.

La versión de FACC.

6.2.1 Del informe médico legal sexológico de 6 de diciembre de 2009 practicado al menor de 9 años FACC, a

⁴³ CSJ SP, 26 de enero. 2006, rad. 23706; Casación 25 de enero de 2017, Rad 41948

⁴⁴CSJ SP, 30 de enero de 2017, Rad. 42656

diferencia de lo afirmado por la procesada en audiencia preliminar, se concluye que:

i) FACC, su hermana ACC y la menor ASST fueron los tres menores agredidos sexualmente;

ii) Una *“señora y un señor llamaron a mi hermana pa’ atrapar pescaditos y después le empezaron a necear (sic) la vulva a mi hermana (...) se salió del agua y no volvió a entrar más. Ella me dijo a mí y yo no le creí”*;

iii) A él la señora le tocó sus genitales; y

iv) Después *“estaba una peladita, a la que ahorita usted estaba interrogando ahora, que también la tocaron”*, es decir ASST quien fue identificada por el menor tanto en el río, como al cruzarse en las dependencias donde se realizaron las valoraciones psicológicas y médicas, el día siguiente a la ocurrencia de los hechos.

De la valoración referida se sigue que *“los hallazgos negativos al examen físico no descartan lo relatado por el examinado”*, diagnóstico que no se torna extraño o inusual, pues se indagaban unos presuntos tocamientos sin aptitud, en principio, para dejar rastro.

Por su parte FACC, en la entrevista con el defensor de familia, en total coherencia con lo manifestado ante el perito forense y sin las distorsiones que la procesada le atribuyó a su dicho, afirmó *“me estaba bañando con mi hermana la*

señora llamó a ACC y la neceó (sic) en la vulva, y ella salió del río y me dijo que la señora le había agarrado, yo le dije que era mentira, los señores la volvieron a llamar y la agarraron nuevamente, yo entré al río y la pareja me llamó y me dijeron ven vamos a atrapar pescadito, me empezó a necear en el pene y cuando me tocaba me preguntaba cuántos años tenía, como me llamaba, yo trate de salir del río pero la señora no me dejaba salir”⁴⁵.

La Juez soslayó deliberadamente el contenido integral de la pruebas y tergiversó el contenido de la declaración del menor, pues si bien es cierto que el menor en esa misma entrevista dijo “yo no vi nada”, esa precisa afirmación i) era la respuesta a la pregunta “usted vio o cómo se enteró **de que a la otra niña** que esos señores (sic) la habían tocado en sus partes nobles”⁴⁶; ii) en absolutamente nada desmiente los tocamientos de los que él y su hermana ACC fueron víctimas; iii) hacía referencia a que FACC no observó la manipulación sexual a ASST, pero en el contexto de las declaraciones no desmentía que la había identificado en el río en compañía de la pareja imputada, **con posterioridad a la agresión sexual** de la que fueron víctimas él y su hermana de 7 años, y que tuvo conocimiento de esa manipulación genital por la denuncia y gritos de BLANCA GLORIA TORRES, madre de ASST⁴⁷.

⁴⁵ Evidencia n° 11.

⁴⁶ Destaca la Sala.

⁴⁷ Evidencia n° 9, Informe médico legal sexológico.

Nótese que en la valoración por psicología⁴⁸ ante el funcionario del ICBF, durante la anamnesis “*el niño manifiesta que se encontraba en río en un paseo, cuando se estaba bañando con su hermanita ACC en el río, cuando su hermanita salió del río le dijo que había una señora que le estaba tocando la vulva, y después le volvió a decir y se salió, cuando él se metió al río la señora lo llamó para echarle comida a los pescados y le tocó el pene, él se trató de soltar en una oportunidad y lo tenía agarrado por la mano, después lo volvió a tocar en el pene y se soltó y salió corriendo, fue y le contó a su mamá lo que le estaba haciendo la señora y le dijo que no se bañara más en el río, cuando su papá se enteró se iban a ir, **pero fue cuando se dieron cuenta que también había tocado a otra niña** y llamaron a la policía”⁴⁹. (Destaca la Corte).*

La lectura integral y correlacionada de las entrevistas del menor FACC, valoradas al tamiz de la sana crítica, son dignas de crédito para la Corte y así debió advertirlo un funcionario judicial objetivo e imparcial.

Lo anterior, por cuanto de los términos personales, elocuentes y contundentes empleados en sus versiones, fácil resulta advertir que se trata de un menor de 9 años que entendía perfectamente lo que ocurrió esa tarde de diciembre de 2009 en el río Badillo, la anormalidad de los tocamientos de la pareja a los tres menores, la incorrección que suponía

⁴⁸ 6 de diciembre de 2009.

⁴⁹ Evidencia n° 14.

una manipulación genital y la necesidad de comunicar lo ocurrido cuando vivió directamente la aberrante experiencia.

La relación de proximidad entre la ocurrencia de los hechos y la realización de las entrevistas – menos de 24 horas-, la inexistencia de inconsistencias en los relatos, la claridad del lenguaje para identificar lo acaecido y los responsables, pero además la edad del menor, su comportamiento “*colaborador, alerta, tranquilo, coherente concreto, con fluidez verbal*”⁵⁰ y su narración diáfana y coherente ameritaban otorgarle credibilidad a su dicho que además encontraba cabal respaldo en 5 declaraciones y un examen médico legal.

Debe destacarse que desde el primer momento pudo determinarse que el relato de FACC “*es coherente y consistente, se muestra seguro frente a lo manifestado*”⁵¹, empero la procesada decidió ignorar la evidencia y distorsionar el contenido de la declaración, para favorecer a los imputados.

Es decir que el argumento empleado por HERRERA IBARRA para restarle credibilidad al dicho del menor FACC, fue el producto de la distorsión y amañada hermenéutica que ésta realizó, no porque la versión del infante fuera realmente inconsistente, sino porque era necesario allanar el camino para decretar la libertad.

⁵⁰ Evidencia n° 14, valoración por psicología.

⁵¹ *Ibíd.*

El relato de ASST.

6.2.2 De la entrevista practicada por el defensor de familia del ICBF a la menor ASST el 6 de diciembre de 2009, se extracta que la víctima:

- i) Se bañaba en el rio Badillo en *“el pósito”*;
- ii) En compañía de 3 menores más;
- iii) Fue llamada con *“cariño”* por una pareja *“mala”* para echarle comida a los peces;
- iv) *“La señora me lavó duro la vulva y me agarró por el pie y el señor me metió el dedo en la vulva, me dolía después yo salí llorando y le conté a mi mama lo que me hicieron”*; y
- v) En ese momento se encontraba sola en el *“pósito”*, aunque *“había mucha gente en el estanco”*.

En igual sentido, el informe médico legal sexológico de 6 de diciembre de 2009 practicado a la menor de 5 años ASST, por un profesional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ésta refirió *“ayer me puyaron la vulva, una pareja mala, una muchacha me jaló por el pie y me estaba lavando la vulva y el señor me puyó la vulva con el dedo, no ve que tenía la uña y eso me dolió la cuquita (...) es que ya no quiero hablar más de eso, ya no quiero recordarlo porque eso*

*es muy malo. Es que mi cuerpo es sagrado y no me lo puedo dejar ver ni tocar porque soy la sueña del cuerpo*⁵².

En ese informe médico legal sexológico se consignó que *“los hallazgos negativos al examen físico no descartan lo relatado por la examinada”*⁵³, conclusión no excluyente con el relato de la menor en punto de unos tocamientos en sus genitales.

La falta de hallazgos en los informes sexológicos no podía descontextualizarse, ni tenerse como una tarifa probatoria legal negativa en los términos propuestos por el defensor de los imputados, toda vez que el examen físico, en este caso, no era el medio para confirmar o descartar si el evento se presentó o no, pues tales conductas, de presentarse, pueden no dejar vestigio alguno.

Sin embargo, se encuentra debidamente acreditado que ASST presentó la tarde del 5 de diciembre de 2009 un *“leve eritema en la región perineal”*⁵⁴ como hallazgo que fue deliberadamente soslayado por la procesada al valorar la versión de la víctima.

Ciertamente, la enjuiciada decidió omitir la valoración médica efectuada el día de los hechos en el Centro de Salud de Patillal. Además, no puede pasar inadvertido que, a diferencia de lo manifestado en el recurso de apelación, i) no se incorporó en esta actuación ninguna evidencia científica o

⁵² Evidencia n° 8.

⁵³ Ibídem.

⁵⁴ Evidencia n° 3.

valoración médica que contradijera el dicho de los menores ni el hallazgo en la región perineal y ii) la inexistencia de lesiones, ratificada por el dictamen de medicina legal, no se erigía como prueba idónea para descartar los desvalorados tocamientos, ni la inferencia de autoría o participación.

Por otra parte, en la valoración por psicología, practicada el 6 de diciembre de 2009, ASST manifestó que *“no desea bañarse más en el río, había una pareja mala que la tocaba la vulva (sic), refiere que la pareja la llamaba con cariño para darle comida a los pececitos y cuando está en el río la señora mala le lavó la vulva duro y el señor le metió el dedo en la vulva, la señora la agarraba por la pierna para que no saliera del río. ASS asegura que cuando el señor le metió el dedo en la vulva le dolía, salió llorando y le contó a la mamá lo que había pasado. Se encontraba sola en el río”*⁵⁵.

Ahora bien, es cierto, como lo refirió HERRERA IBARRA en la revocatoria, que en esa entrevista se dejó consignado que la menor no se encontraba *“ubicada en tiempo y espacio”*, mas tal aseveración carece del alcance que el atribuyó la procesada al efectuar una valoración descontextualizada e insular de dicha manifestación.

No resulta anormal que una menor de escasos 5 años que acaba de sufrir un atentado contra su integridad sexual y que difícilmente comprendía lo que estaba ocurriendo, no tenga perfecta claridad sobre la fecha y lugar en el que rendía la entrevista, máxime si se tiene en cuenta que no se trataba

⁵⁵ Evidencia n° 13.

de un lugar de visita frecuente o habitual (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Cecilia de la Fuente de Lleras – Centro Zonal Valledupar n° 2) y en presencia de un extraño (psicólogo⁵⁶).

Efectivamente, en el documento se hizo constar que la menor no se ubicaba en el tiempo y en el espacio, realidad baladí que no descarta la verosimilitud de su denuncia sobre los tocamientos indebidos de los que fue víctima el día anterior en el río. Salvo el inocultable propósito de demeritar la versión de la víctima, que ésta se ubicara temporal o espacialmente al momento de la entrevista carecía de incidencia sobre la espontaneidad, coherencia, seguridad y fluidez en su narración.

En efecto, nótese que identificó claramente al agresor y con naturalidad rechazó tanto el hecho como su ambientación en la entrevista, incomodidad cierta e indicativa de la real ocurrencia del hecho, así haya empleado un lenguaje poco frecuente para su edad que, a diferencia de lo sugerido por HERRERA IBARRA en punto de una manipulación o influencia ejercida por la progenitora, da cuenta de una necesaria advertencia parental para que ningún tercero tocara su cuerpo.

El uso de esa expresión puede explicarse por el aprendizaje de tales términos por diversas fuentes, de fácil acceso en un mundo globalizado e interconectado, como los medios de comunicación, el colegio, el contacto con personas

⁵⁶ Quien practicó la entrevista fue la psicóloga Milena Correa Ortiz.

o por el tipo de enseñanza sexual impartida por los familiares a los hijos y no por la no comprobada manipulación de uno de los padres.

Si lo anterior resultara insuficiente, tanto el perito forense del Instituto de Medicina Legal, como la psicóloga CORREA ORTIZ, consignaron en sus informes, de la misma fecha, que se trataba de una “*paciente alerta, orientada en las tres esferas, colaboradora para el examen*”⁵⁷. Si la enjuiciada hubiera valorado con objetividad e imparcialidad la entrevista, hubiera advertido con irrefutable facilidad, la intrascendencia del reparo que formuló.

La amañada consideración de HERRERA IBARRA sobre el déficit de orientación de la menor, como criterio para no otorgarle credibilidad a su relato, se malogra y colisiona frontal e indiscutiblemente con la conclusión de la psicóloga, plasmada en ese mismo documento dos líneas después. De conformidad lo allí consignado, el pensamiento de ASST es “*coherente, concreto*” y “*de acuerdo a la intervención realizada a la niña ASST, **manifiesta con claridad los hechos de los cuales fue víctima de abuso sexual, maneja coherencia frente a su relato***”⁵⁸.

Que la enjuiciada haya ignorado esa apreciación final de la profesional en psicología acredita que resolvió caprichosa y arbitrariamente sin apego ni observancia por lo que realmente le indicaban los elementos materiales

⁵⁷ Evidencia n° 8.

⁵⁸ Evidencia n° 13.

probatorios. Por lo expuesto, se ha dejado en evidencia que HERRERA IBARRA sí tergiversó la narración de los niños ASST y FACC, con el subrepticio y desvalorado propósito de desvirtuar falsamente las evidencias de las que se infería razonablemente la autoría de los imputados en los delitos contra la integridad sexual de los menores afectados.

Las declaraciones practicadas en el curso de la audiencia preliminar.

6.3 Con fundamento en lo exteriorizado por GUEVARA CARRILLO y CARIACIOLO CARRILLO, el 14 de diciembre de 2009, aunada a una sesgada relectura de las evidencias valoradas para imponer la detención preventiva, HERRERA IBARRA afirmó que la inferencia razonable de autoría había sido desvirtuada y que no había relación de causalidad. No obstante, un acucioso análisis de lo dicho por esos testigos permite arribar a otra conclusión.

De entrada debe reconocerse, pues se trata de una irrefutable obviedad en la actuación, que las declaraciones de GUEVARA y CARIACIOLO no fueron tenidos en cuenta en el momento en el que se decretó la medida de aseguramiento, empero el dicho de los dos testigos presentados para fundamentar la solicitud de revocatoria, apreciados sin sesgos ni apasionamientos, que repugnan el recto ejercicio de la función judicial, en nada afectaba la probabilidad de autoría de los imputados deducida del conjunto de evidencias.

6.3.1 Tratándose de GUEVARA CARRILLO éste manifestó en la diligencia preliminar que “*el día 5 de diciembre de 2009 alrededor de las 12 – 12:30 del día llegué a la vega, un balneario muy conocido acá en la región. Estaba con mi pareja, llegamos a almorzar y a pegarnos un baño. DEFENSOR A qué horas llegó Usted a ese sitio CONTESTÓ Entre las 12 – 12:30 DEFENSOR Hasta qué hora permaneció CONTESTÓ **Alrededor de 4:30 – 5 de la tarde más o menos***”⁵⁹. (Destaca la Corte)

Posteriormente, en el interrogatorio realizado por la servidora indicó “*¿siempre lo tuvo en la óptica? CONTESTÓ sí*”⁶⁰. De lo narrado por ese testigo, se confirma que los imputados se encontraban en el lugar de los hechos, en “situación de pareja”, ingiriendo bebidas alcohólicas y se retiraron justo en el momento en el que intervinieron los agentes de la Policía Nacional.

La Juez HERRERA IBARRA pasó por alto algunas circunstancias relevantes al momento de valorar el relato del declarante. Si la captura de los imputados se presentó a las 5:40 en flagrancia⁶¹, por las voces de auxilio de las personas, en una zona donde se encontraban ubicados algunos agentes del orden, se generan serias dudas sobre la permanencia en

⁵⁹ CD, 7:79. Al minuto 13:10 el defensor le formuló exactamente la misma pregunta y el testigo ratificó “*alrededor de 4:30 – 5 de la tarde*”.

⁶⁰ CD, 25:43.

⁶¹ Así se desprende del audio de la audiencia preliminar de legalización de captura, CD, 3:12 “*estos ciudadanos fueron capturados el día anterior, el día 5 de diciembre a eso de las 17:40 – 5:40 de la tarde, en el balneario la vega, corregimiento el Patillal por los patrulleros marcos cordero lleras y Yael Ayala mármol quienes se encontraban en labores de vigilancia y de seguridad en la zona*”. “*Informe de captura en flagrancia, formato FPJ 5 en el cual los funcionarios de la policía que estaban acantonados en la zona en labores propias dan cuenta de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon la captura de estos ciudadanos*”.

el sector de GUEVARA CARRILLO, toda vez que según su propio dicho a esa hora ya no se encontraba en el lugar de los hechos y, por tanto, mal podía dar fe de lo ocurrido entre los imputados y los menores.

Tal afirmación se robustece si se tiene en cuenta que a pregunta de la Juez procesada el testigo indicó “*sírvase decir si en el momento en que Usted se encontraba allá había vigilancia policiva* CONTESTÓ *Sí, si había* PREGUNTADO *Bastante o poquito* CONTESTÓ *Poca* PREGUNTADO *Recuerda a qué distancia estaban los agentes de policía, estaban metidos en el público o retirados* CONTESTÓ *No recuerdo*”⁶².

Si se llegará a aceptar que GUEVARA presenció los hechos y todavía se encontraba en el lugar al momento de hacer efectiva la captura, las mismas respuestas del testigo permiten descartar que la intervención de los agentes del orden se haya producido 40 o 60 minutos después de los hechos, pues i) los efectivos de la policía ya se encontraban en el sitio y ii) las personas agredían a los imputados, con lo cual una intervención tan dilatada no se ofrece lógica.

Recuérdese cómo el Fiscal que adelantó las audiencias premilitares, al reconstruir lo acontecido, afirmó que “*estos menores señalaban a los señores Edward y a la señora Leidy de un delito contra su integridad y formación sexual fue así que siendo aproximadamente las **cinco y media de la tarde** la niña ASST y el niño FAC se encontraban con sus familiares en ese centro vacacional o en esa área donde la gente se va a*

⁶² CD, 22:36.

*recrear los fines de semana. Estos niños se encontraban sin sus padres fueron abandonados en el momento y señalan que el señor Edward y a la señora Leidy hacían maniobras sexuales y que los atraieron*⁶³. (Destaca la Corte)

La discordancia entre los tiempos y hechos narrados por el testigo afectaba su credibilidad, pues esa precisa correlación temporal era la esencia del relato para fines judiciales.

Adicionalmente, la procesada franqueó la obligación de examinar el testimonio con mayor rigurosidad, ante el espontaneo y expreso reconocimiento por parte de GUEVARA de la existencia de una cercana relación de amistad con el imputado ÁLVAREZ, a quien conocía desde hace más de 6 años, vínculo que explicaba por qué el 5 de diciembre de 2009 compartieron y se invitaron, recíprocamente, bebidas alcohólicas.

Esa cercanía imponía mayor celo y rigurosidad en la apreciación de su versión, no para descartarla de plano, sino para excluir un ánimo o interés de favorecer al imputado con esa versión de los hechos. No obstante, nada dijo la procesada sobre ese aspecto.

Del dicho del testigo se desprende además que observó a los imputados en el río y presencié los reclamos tanto de la madre como de la turba, pero sin conocimiento exacto sobre lo ocurrido, es decir que acertó el a quo al afirmar que esta

⁶³ CD, 4:30

persona no tuvo *la oportunidad de percibir con precisión lo acontecido*.

Con esa declaración se corroboraba que i) los procesados sí estaban en el lugar; ii) varios niños jugaban y se bañaban en el río; iii) la madre de la menor reclamó airadamente a la pareja; y iv) arribó la policía para capturar a los agresores señalados por la muchedumbre.

Ese relato en los precisos términos en los que fue rendido carecía de cualquier elemento relevante para modificar la inferencia razonable de autoría, no podía ser entendido como suficiente para desvirtuar los requisitos contemplados en el artículo 308 del Estatuto Procesal en el caso concreto, esto es, la deducción lógica y fundada de dominio del hecho punible y el peligro para la comunidad. Esas dos exigencias se mantenían incólumes una vez agotado el testimonio de GUEVARA CARRILLO.

6.3.2 En lo relacionado con el testigo CARIACIOLO CARRILLO deben destacarse las siguientes manifestaciones: *“DEFENSOR Hasta qué hora permaneció Usted en el Balneario CONTESTÓ **yo llegué aproximadamente una y media en adelante y dure aproximadamente hasta las cuatro, cuatro y pico algo así**”*⁶⁴. (Destaca la Corte)

El razonamiento expuesto sobre las discrepancias temporales entre lo afirmado por los testigos de la defensa y

⁶⁴ CD, 32:02.

lo acreditado por otras evidencias resulta igualmente aplicable, pues CARIACIOLO se retiró antes de las 5 de la tarde, justo cuando se presentaron los hechos.

No obstante, no puede descartarse que esa puntual divergencia se explique por una simple imprecisión de los testigos sobre la hora de su retirada, supuesto válido que no fue confirmado ni infirmado en la providencia calificada de prevaricadora, pero que además en nada afecta el razonamiento que se expone a continuación.

De lo narrado por CARIACIOLO, no resulta claro por qué el testigo decidió “*quedarse en el balneario del rio Badillo*”⁶⁵, si con antelación manifestó que llegó “*al puente Badillo, a la vega, porque **la idea no era detenernos ahí a bañarnos** sino ir hasta Patillal a buscar un chivo que me había prometido el señor (...)*”⁶⁶, es decir si se dirigía a otro destino (finca en Patillal), con un propósito específico (reclamar un presente) no se desprende de su relato la razón para haber permanecido, gran parte de la tarde, en el lugar de los hechos.

Adicionalmente, se torna llamativo que si el plan del testigo y su acompañante no era bañarse en el rio ni permanecer en el balneario, lo cual en sana lógica permite inferir que no llevaban el atuendo que les permitiera realizar esa actividad, pues se dirigían a reclamar “un chivo”, CARIACIOLO se haya ubicado “*al lado del ... cómo se llama*

⁶⁵ CD, 31:57.

⁶⁶ CD, 30:32.

*... el estadero ... hay un estadero que se llama mi confianza entonces yo me instale con la sobrina **y ahí me bañé**, ya había observado allí al Doctor Edward que estaba más o menos al lado del restaurante los cerritos, estaba con una amiga y yo permanecí prácticamente hasta las cuatro, cuatro y pico de la tarde”⁶⁷*

La credibilidad que le mereció el testimonio de JOSÉ CARIACIOLO CARRILLO, tal y como se indicó en precedencia, lo derivó HERRERA IBARRA, de manera preferente, no de la verosimilitud y consistencia de su narración, sino de su conocimiento histórico, personal, privado y anterior con el testigo, sin adentrarse en un examen de la solidez de su versión y del alcance de la misma para el problema jurídico que debía resolver.

No se trataba de las calidades personales del testigo y si era digno de credibilidad, si era un profesional allegado y con prestigio, sino de determinar si su versión era idónea y suficiente para desvirtuar las exigencias del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Con esa finalidad, muy diferente hubiera sido, desde la óptica de la construcción y vigencia de la inferencia razonable, que alguno de los dos testigos hubiese aseverado, porque así aconteció, que en el momento de los hechos departía con los imputados directamente o se encontraban en otro lugar de la ciudad, es decir que podía afirmar con

⁶⁷ CD, 32:20.

conocimiento de causa que no podían ser los autores de las execrables conductas denunciadas.

Para la Corte no pasa desapercibido que al resolver la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, a pesar de contar con la carpeta de la actuación, con todos los elementos materiales probatorios recaudados a la fecha, y haber decretado un receso para adoptar la decisión, la Juez otorgó un valor injustificado y desproporcionado al dicho de GUEVARA y CARIACIOLO, pues no contrastó esas versiones, que anteponían una convicción personal sobre la realidad acontecida, con las restantes evidencias, sino que se empeñó por descalificar éstas en aspectos sin trascendencia como los relacionados en anteriores acápites.

Esos dos testigos, además de allegados a uno de los dos imputados, dieron cuenta, en estricto sentido, de una creencia personal sobre la imposibilidad de ocurrencia de los hechos o de autoría de su amigo (convicción, opinión personal), pero no se encontraban en capacidad de aseverar qué había ocurrido exactamente, por cuanto no percibieron directamente los hechos que motivaron la reacción violenta de la muchedumbre y la captura.

Es más si tanto GUEVARA como CARIACIOLO presenciaban un acto de injusticia (falsa atribución de la conducta, captura arbitraria) no resulta fácil comprender, en términos de la experiencia, por qué se retiraron del lugar sin socorrer a su amigo o, tan siquiera, interesarse por la suerte que correría.

Por otra parte y ante el énfasis de los dos testigos de la “situación de pareja”, de intimidad, en la que se encontraban los imputados, no resulta del todo creíble que tanto GUEVARA como CARIACIOLO quienes también estaban acompañados, hayan observado interrumpidamente por más de 4 horas a los procesados.

Las circunstancias destacadas en precedencia dejan en evidencia la imposibilidad de otorgar plena credibilidad a tales declaraciones, en desmedro de una evidencia bastante más robusta, para diciembre de 2009, y sin la capacidad real para desvirtuar la inferencia razonable de autoría.

Evidencias que no fueron objeto de valoración.

7. La voluntad de persistir en el desacierto y en el frontal quebranto de la legalidad también puede derivarse de la deliberada omisión de valorar medios demostrativos pertinentes, relevantes y útiles para resolver el problema jurídico que concitaba la atención del operador judicial.

Esta Corporación ha reconocido una amplia discrecionalidad al fallador para que, al tamiz de las reglas de la sana crítica, valore en conjunto los elementos materiales probatorios y la evidencia física, pero sin necesidad de adentrarse en un exhaustivo examen de orden

particularizante sobre el mérito de todas y cada una de las pruebas.

Sin embargo, esa facultad no puede equipararse con la arbitrariedad y ese filtro debe estar determinado, no por el capricho del Juez, sino por el poder demostrativo de la evidencia, de manera tal que no puede éste dejar de valorar un medio suasorio capaz de modificar el sentido de su decisión.

De conformidad con lo expuesto, la Corte encuentra que a pesar de contar con la posibilidad real de estudiar todas las evidencias, la procesada decidió ignorar aquellas que desfavorecían la pretensión libertaria de la defensa, proceder a todas luces irregular, en tanto esos medios se ofrecían idóneos y aptos para reafirmar la inferencia razonable de autoría como procede a dejarse consignado.

7.1 El padre de la menor ASST, en entrevista de 5 de diciembre de 2012, manifestó que *“me doy cuenta que hay una aglomeración de personas en el río y una persona me dijo corre que iban a violar a tu hija, vi cuando la ciudadanía traía al señor y a la señora que se estaban bañando en el río momentos antes, pero la acción de la policía evitó que lincharan a esa personas”*⁶⁸.

Esa sucinta afirmación ratifica una correlación entre la ocurrencia de los hechos, la denuncia de los menores y la identificación de los presuntos responsables, triada esencial

⁶⁸ Evidencia n° 4.

en la construcción de la inferencia razonable que practicada la audiencia de revocatoria, a pesar de lo decidido por la procesada, se mantenía incólume.

Con la misma orientación, se destaca que el padre del menor FACC aseveró ante el perito forense que la pareja de imputados *“trataban de llamar a los niños, dándoles confianza, diciéndole que iban a coger pescaditos, y no me causó ninguna malicia eso y la muchacha sentaba a mi hija en las piernas a ACC de 7 años, yo no veía que les hacían (...) FACC le dijo a mi esposa que lo estaban tocando y también a ACC inmediatamente me quité de ahí, para no alborotar el avispero, como no hubo daño me quité de ahí. ASST la hija de la señora se acercaba a ellos”*⁶⁹.

Igualmente, en la denuncia la madre de la menor ASST señaló que uno de los niños que compartía con su hija, advirtió el comportamiento anormal (manipulación genital) de la pareja hacia la menor, quien no podía salir del río por la obstrucción de la imputada, ante lo cual éste salió corriendo a informarle. Al llegar al sitio y reclamar el sujeto se alejó pero la mujer permaneció y la multitud empezó a acorralarlos. Esa versión fue reiterada en términos similares al día siguiente durante la valoración forense.

Adicionalmente, dejó de valorar la entrevista de CARMELO CAMARGO GAMEZ practicada el 6 de diciembre de 2009, en la que relató ***“observé que la joven sentaba a mi hija ACC de 7 años en las piernas al cabo de un rato***

⁶⁹ Evidencia n° 9.

*ellos salieron del agua y les pregunté inmediatamente que porque (sic) no se seguían bañando y FACC de 9 años quien es hijo mío me respondió que la joven lo manoseaba y que le agarraba el pene y a la niña mía ACC también la estuvo manoseando , cuando yo me iba a ir de la orilla del rio observé que dos niños se dirigían al rio donde se encontraba la pareja y estos a su vez con el mismo engaño **llamaron a la niña y la mujer también la sentó en las piernas fue cuando me doy cuenta que era ASST** y le dije al niño con quien ella estaba que la sacara del agua, el niño llamaba a ASST pero esta pareja no la dejaba salir”⁷⁰. (Destaca la Corte)*

7.2 De la mayor trascendencia fue el conveniente olvido en la decisión, de la entrevista rendida por JUAN BERNARDO GONZÁLEZ MEZA, totalmente soslayada por la enjuiciada en su análisis para revocar la detención preventiva, a pesar de que conocía y tuvo en su poder una declaración según la cual *“yo observé una pareja que se encontraba dentro del rio y la muchacha tenía agarrada a la niña y el tipo la estaba manoseando sus partes genitales yo inmediatamente formé la bulla y enmuñecamos al tipo”⁷¹.*

Esa declaración valorada en el contexto en el que tuvo lugar la aprehensión, esto es, los indiciados siendo golpeados por una turba enardecida al punto que la intervención primigenia de los agentes del orden se explica para proteger la vida de los imputados y luego proceder a la captura, dificultaba de sobremanera una credulidad total y sin

⁷⁰ Evidencia 12.

⁷¹ Evidencia n° 10.

mayores miramientos a lo expresado por GUEVARA y CARIACIOLO, pues no se entiende cómo si los imputados nunca tuvieron contacto con los niños y siempre permanecieron alejados de la orilla del río, el declarante los hubiera visto con los menores, los presentes los increparan y atacaran al punto de querer lincharlos, según la versión entregada por el mismo GONZÁLEZ MEZA y por los agentes de policía que realizaron la captura⁷².

La vehemencia y contundencia de lo afirmado por ese testigo eran de tal esplendor que la misma Juez, aunque no lo identificó, reconoció al publicitar sus consideraciones que *“hay un testigo fuerte que dice que vio que tocaban a la niña”*⁷³; empero de esa “fortaleza” nada derivó. Es más omitió argumentar por qué no le merecía credibilidad o cómo el relato de GUEVARA o CARIACIOLO enervaba esa aseveración. A sabiendas del carácter inequívoco y certero del relato de GONZÁLEZ MEZA, no para definir la responsabilidad penal sino para deducir la probabilidad de autoría, la procesada decidió en contravía de lo que indiscutiblemente le enseñaba la evidencia.

El común denominador de los elementos que dejó de valorar HERRERA IBARRA era el carácter conteste de las declaraciones, en el sentido de haber observado o tenido conocimiento de los desvalorados actos libidinosos desplegados por los imputados sobre varios menores de edad. Esa evidencia ratificaba la vigencia de la inferencia

⁷² Evidencia n° 7. JAEL AYALA MARMOL y MARCO CÁRDENAS HERRERA.

⁷³ Cd; 9:40.

razonable de autoría que justificó la imposición de la medida de aseguramiento.

Finalmente, introducida a esta actuación como evidencia n° 3, la Juez decidió ignorar lo que indicaba la valoración médica de la menor ASST, practicada minutos después de la ocurrencia de los hechos, de conformidad con la cual, ésta “*Presenta: 1. **Leve eritema en la región perineal.** No se observan signos inflamatorios. Himen intacto. No hay secreciones ni desgarros en masa Conclusión: **Niña de 5 años de edad, víctima de intento de abuso sexual sin lesiones físicas**”⁷⁴. (Destaca la Corte).*

La evidencia de un enrojecimiento en esa específica zona del cuerpo de la menor ASST resultaba claramente demostrativa de la realización de los tocamientos que la niña denunció, indicativa de la autoría del imputado y corroboraba la versión de la víctima, que de manera tan perversa y mal sana descalificó la procesada.

8. Colofón de lo expuesto, con certeza, coherencia y desenvoltura es viable concluir que para el 14 de diciembre de 2009, con fundamento en las evidencias presentadas a HERRERA IBARRA, mismas que en lo sustancial no se alteraron con el relato de los dos testigos presentados por el defensor de los imputados, la inferencia razonable de autoría no había sido desvirtuada y resultaba lógico afirmar la

⁷⁴ Evidencia 3, Médica Ketty Romero Z, sello Médico y cirujano Universidad de Antioquia, 5 de diciembre de 2009.

posibilidad de que los procesados fueran los autores de los actos sexuales desplegados sobre los menores en el río.

Esa palmaria conclusión fue deliberadamente inobservada por la Juez quien se limitó a afirmar que imputados y menores nunca estuvieron juntos, a pesar de lo que le mostraba la evidencia recaudada.

En ese propósito de valorar las circunstancias temporales y espaciales de ocurrencia de los hechos, la Juez privilegió, sin justificaciones válidas, la versión de GUEVARA y CARIACIOLO y soslayó que *“frente a conductas punibles de contenido sexual con menores de edad, el testimonio de la víctima cobra especial relevancia al momento de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el ataque. Empero, la posibilidad de controvertir su mérito, no puede limitarse a destacar las inconsistencias en que pudo haber incurrido en sus diferentes versiones porque, en esos casos, el juzgador goza de plena facultad para establecer cuáles de ellas son verosímiles, o si solo lo son en parte, siempre que en ese ejercicio respete los parámetros de la sana crítica”*⁷⁵.

Si la evidencia le indicaba a la procesada que al menos tres menores se bañaban en el río y dos de ellos fueron agredidos sexualmente por la pareja de imputados, identificados por los niños y la multitud, lo que permitió la captura, es claro que la Juez se apartó deliberadamente de ese conocimiento con el propósito de favorecer a los

⁷⁵ CSJ, Casación 2 de noviembre de 2016, Rad: 46868.

imputados y concederles la libertad, sin que los requisitos legales y probatorios para adoptar esa decisión se encontrasen reunidos para el 14 de diciembre de 2009.

El análisis probatorio efectuado, en sede de segunda instancia, tiene como única pretensión demostrar que agotada tanto la intervención de la defensa para fundamentar la revocatoria de la medida de aseguramiento, como la declaración de dos testigos, la inferencia razonable de autoría se mantenía incólume y, en consecuencia, no resultaba viable revocar la detención preventiva, menos aun cuando esa decisión fue el resultado de la sesgada valoración y caprichosa oposición a lo que revelaban los elementos materiales probatorios.

No debe perderse de vista que el problema jurídico que debía absolver la procesada, en el marco de la legalidad, se circunscribía a decidir si la prueba sobreviniente desvirtuaba la inferencia razonable de autoría del delito de actos sexuales con menor de catorce años, mas no aventurarse a realizar juicios de responsabilidad para anticipar indebidamente, de tal modo, escenarios procesales.

La inferencia de autoría no se vio afectada con los dos testimonios, pues aunque surgió otra versión de los hechos (presuntos agresores y menores nunca estuvieron en el mismo sitio del río), de la valoración en conjunto de las evidencias resultaba razonable colegir, en una desapasionada operación intelectual, que los imputados se encontraban en el lugar de los hechos, fueron vistos allí por

víctimas, padres de los menores y testigos quienes presenciaron cuando la pareja tenía contacto con los menores, mientras que las dos personas que descartan los hechos por “imposibles” antepusieron juicios subjetivos y convicciones personalísimas sobre el concepto que tenían de los imputados, a la percepción de los hechos pues durante 3 o 4 horas no estuvieron al tanto, minuto a minuto, de las actividades de los capturados.

Con fundamento en la evidencia recaudada era lógico estimar, de manera preliminar, que los detenidos podían ser los responsables de las agresiones sexuales a los menores y que si realmente era cierto que un menor no podía llegar a la parte profunda del río, donde los dos testigos vieron a la pareja, no es menos cierto que ningún elemento ni las pruebas novísimas ofrecidas por la defensa permitían descartar que los imputados se hubiesen desplazado de la zona en la que inicialmente se encontraban.

Tal aserto no es el producto de una infundada especulación. Por el contrario parte de la evidencia según la cual FACC y ASST identificaron a sus agresores, la madre de la menor increpó a los procesados en la orilla del río, la multitud los agredió en esa zona y allí tuvo lugar la captura.

Nada de ello hubiese ocurrido si la pareja hubiera permanecido inmutable en la parte profunda del torrente.

Comparecencia de los representantes de los menores víctimas a la audiencia de revocatoria.

9. El 14 de diciembre de 2009, según se deprende de los elementos incorporados como medios suasorios durante el juicio oral, no comparecieron a la audiencia de revocatoria ni los representantes legales de los menores víctimas o sus apoderados, ni el defensor de familia⁷⁶.

Con fundamento en la prueba obrante en la actuación no resulta posible determinar con certeza si la ausencia de tales intervinientes se debió a la falta de notificación o a la imposibilidad de concurrir a la misma, pues ese preciso tópico no fue objeto de acreditación por parte de la Fiscalía.

Empero, del audio de la diligencia adelantada en la referida fecha, si se extracta que la representante del ente acusador denunció que *“antes de continuar debo destacar que existe la Ley de la Infancia y la Adolescencia y a nosotros nos toca ser muy cuidadosos dada nuestra condición aquí, casi todos de abogados, la ley de infancia indica que es obligatorio observar los principios de interés superior del niño prevalencia de sus derechos, protección integral y tiene unos criterios entre los cuales señora juez está la representación y observamos, de pronto por la proximidad de la fecha en que se programó esta audiencia (...) que no se citó a los padres de los menores cuando la ley de la infancia y adolescencia así lo*

⁷⁶ Escrito de acusación, Carpeta n° 1, Fl 43. *“(...) no se entiende del porqué en el apresuramiento de señalar la audiencia, al punto que no fueron citados los defensores de familia ni los representantes de la menor afectada, tal lo exige el artículo 196 de la Ley 1098 de 2006”.*

*indica y tampoco observo aquí representación por parte del ICBF*⁷⁷, pero lo hizo tardíamente, una vez agotada la práctica de las declaraciones. Esas situaciones no le merecieron ningún comentario o consideración a la procesada al momento de adoptar la decisión cuestionada.

Como Juez de control de garantías, HERRERA IBARRA estaba llamada a conocer los “*procedimientos especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos*”, contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia, dentro de los cuales se encuentra, de interés para este asunto, la obligación que gravita en cabeza de la autoridad judicial, que no del centro de servicios o secretaría de los Despachos, tanto de citar como de garantizar la comparecencia a las diligencias, en la medida de las posibilidades razonables, de “*los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos*”, así como a la “*Defensoría de Familia*”, al tenor de lo dispuesto en el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006.

Verificar la debida citación a los representantes de los menores al dar inicio de la diligencia judicial, en la que se adoptaría una decisión trascendente para los derechos de las víctimas, y de ser el caso asegurar las condiciones para su comparecencia y representación idónea, se erigía como un mandato imperativo de orden constitucional y legal que la Juez decidió inobservar.

⁷⁷ Cd; 1:07:34.

Nótese que la no comparecencia del representante de las víctimas, aparejada con la proximidad entre la imposición de la medida y la solicitud de revocatoria (8 días), generó un evidente menoscabo para los derechos de los menores quienes, verbigracia, no pudieron impugnar la decisión de la procesada por intermedio de un apoderado designado para el efecto. Con ese mismo razonamiento, advierte la Corte que la Fiscalía tampoco acató el mandato constitucional contemplado en el numeral 1 del artículo 250 Superior.

Sin embargo, identificada tan considerable irregularidad, menester resulta indicar que tal anomalía carece de la entidad suficiente para convertir la decisión adoptada por la Juez en prevaricadora o servir de fundamento con ese propósito, pues la legalidad de la determinación analizada, en el caso en concreto, no depende de la falta de citación, comparecencia o intervención de los representantes de las víctimas.

Dicho lo anterior, la Corte debe realizar un enérgico llamado tanto a los fiscales como a los jueces penales, para que de manera proactiva, oportuna y efectiva, en todos y cada uno de los asuntos que conocen o en los que intervienen, adopten las medidas necesarias e idóneas para asegurar, siempre dentro de los parámetros de lo razonable, la efectividad material de los derechos de las víctimas, garantía que indudablemente inicia en una debida representación y una adecuada citación a las diligencias judiciales.

En el presente caso, resulta inconcebible que transcurridos 4 años de entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 y dos para el distrito de Valledupar, los derechos de unos menores víctimas de una agresión sexual se vean seriamente perjudicados por la desidia de los funcionarios públicos y su falta de voluntad frente a la necesidad de brindar una protección judicial efectiva, por la doble condición amparada constitucionalmente al tenor de los artículos 44 y 250 de la Carta Política.

Existencia del elemento subjetivo del prevaricato por acción.

10. A lo largo de la providencia se ha establecido que HERRERA IBARRA obró con absoluto conocimiento y voluntad, no sólo al determinar qué evidencias valorar, sino cómo apreciarlas para decretar una libertad manifiestamente contraria a lo normado en el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal, dado que la inferencia de autoría permanecía vigente e incólume una vez valoradas, objetiva e imparcialmente, la nuevas evidencias presentadas por la defensa como fundamento de su solicitud de revocatoria.

De la fundamentación jurídica de su decisión se colige que tenía dominio de la audiencia, sabía cuáles eran las exigencias para proceder a la revocatoria, conocía la norma aplicable y el estándar probatorio que debía ser observado. Por ello no son de recibo los argumentos de la defensa sobre escasa preparación, corta experiencia en el nuevo sistema o fecha de entrada en vigencia.

Además de las consideraciones jurídicas expuestas por la Juez, se tiene que HERRERA IBARRA ha desempeñado el cargo de juez penal por más de 20 años, la Ley 600 de 2000 contemplaba la misma figura de revocatoria de la detención preventiva y en escasos 15 días se cumplían dos años de la aplicación del nuevo sistema procesal en ese distrito judicial, en el que si bien la restricción a la libertad es una excepción, la revocatoria de una medida de aseguramiento sólo procede cuando se cumplen los requisitos legales para el efecto.

Esa exigencia la conocía perfectamente la procesada, que se enfrentaba a un asunto que dominaba y carecía de complejidad, pues orientó sus planteamientos para demostrar que la inferencia razonable de autoría como requisito había sido desvirtuada.

10.1 De las circunstancias objetivas demostradas e identificadas por la Corte diáfano refulge la existencia de ese obrar deliberado, caprichoso y obstinado de hacer primar el criterio del funcionario sobre el mandato legal. No obstante, existe una situación neutral e inequívoca que demuestra, de manera fehaciente e incontestable, el conocimiento y voluntad con el que actuó la enjuiciada.

En la diligencia preliminar llevada a cabo el 14 de diciembre de 2009, antes de finalizar su intervención sobre la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, con una oposición razonable y justificada que alertó en dos oportunidades a la Juez sobre la vigencia de la inferencia, la representante del ente acusador señaló:

*“la fiscalía cuenta que, revisada la carpeta, porque la recibí solo hasta el día jueves, y revisados todos los elementos materiales probatorios me encuentro con la sorpresa que existe una hoja del hospital EDUARDO ARREDONDO DAZA centro de salud de Patillal de fecha 5 de diciembre del año 2009, asunto dictamen lesiones no fatales (...) nombre ASST menor sin identificación y **me sorprende porque luego de escuchar el audio y de mirar los dictámenes médicos de medicina legal veo que este que es suscrito por la médico KETTY ROMERO dice que la niña presenta un leve eritema en la región perineal, o sea que sí hubo un eritema, o sea que sí hubo un enrojecimiento**”⁷⁸. (Destaca la Corte)*

La Fiscal no ocultó su sorpresa ante el hallazgo, dada la contundencia del mismo para desvirtuar la petición elevada por la defensa y ratificar médicamente la versión de la niña ASST, y puso de presente, de manera expresa, la valoración médica que, realizada minutos después de la ocurrencia de los hechos, acreditaba la existencia de un **leve eritema en la región perineal** del cuerpo de ASST.

Finalizada la intervención de las partes, la juez HERRERA IBARRA solicitó expresamente la entrega de ese documento⁷⁹ y la Fiscal procedió a facilitar **todos** los elementos probatorios obrantes en la carpeta⁸⁰ que ya habían sido valorados por el Juez de control de garantías al momento de imponer la detención preventiva. Cumplido lo anterior, la

⁷⁸ Cd, 1:12: 49.

⁷⁹ Cd: 1:17:10

⁸⁰ Cd, 1:17:22.

enjuiciada procedió a suspender la actuación por un lapso de 15 minutos para proferir su decisión.

Así las cosas, antes de la suspensión HERRERA IBARRA escuchó cómo se desvirtuaba tanto el argumento de la defensa según el cual “*los resultados del examen sexológico donde el médico pudo establecer que no hubo **ni siquiera enrojecimiento** ni ninguna clase de edema (sic)*”⁸¹, como el dicho de GUEVARRA y CARIACIOLO en cuanto eran coincidentes con los dictámenes sexológicos que no encontraron lesiones⁸² por la falta de contacto entre víctimas e imputados.

Sin embargo, en los 23 minutos que intervino para fundamentar su decisión, HERRERA IBARRA **absolutamente nada dijo** sobre el alcance y valor de esa evidencia documental, tampoco se ocupó de cómo esta derruía la versión de los citados testigos, ratificaba el relato de la menor ASST y robustecía la inferencia razonable de autoría.

Además de lo expuesto a lo largo de esta decisión, esa omisión es demostrativa de cómo la procesada impuso su singular visión del asunto, con flagrante desconocimiento de la evidencia, para recrear unas particulares condiciones de modo, tiempo y lugar que viabilizaran la revocatoria de la detención preventiva.

⁸¹ Cd, 1:01:08.

⁸² Cd, 51:45.

Ignorar la influencia de la valoración médica y del hallazgo en la vigencia de la inferencia razonable de autoría, sólo se explica por la obstinada voluntad de liberar a los imputados en total contravía de lo que le indicaban los elementos materiales probatorios y el completo conocimiento de no encontrarse reunidos los requisitos legales para adoptar esa decisión.

Una vez revisada la actuación y valoradas las pruebas incorporadas en la audiencia de juicio oral, para la Sala no existe ninguna duda de que la revocatoria de la medida de aseguramiento proferida el 14 de diciembre de 2009, por HERRERA IBARRA obedeció a la arbitrariedad y el capricho de la funcionaria, de una manera tal que hizo prevalecer su subjetividad y juicio íntimo en contravía de lo que le indicaban las evidencias y detrimento de la legalidad.

11. Finalmente, por la importancia concedida a estos temas, en las intervenciones de recurrentes y no apelantes, la Corte estima conveniente efectuar tres consideraciones puntuales.

En primer lugar, una vez analizados todos los registros de la actuación, las manifestaciones de solidaridad exteriorizados por HERRERA IBARRA hacia uno de los sindicados de la agresión sexual, si bien pueden parecer impropias y ajenas al rol imparcial y objetivo asignado a quien desempeña la labor de Juez, en el caso concreto se entienden como la respuesta humana al impacto generado por la atribución de tan abominables conductas a un colega

de profesión y asiduo visitante a juzgados y fiscalías por su condición de defensor público.

Así lo entiende la Corporación tras evidenciar que expresiones en similar sentido fueron proferidas por el Juez de garantías de Bosconia, los dos Fiscales que intervinieron en las diligencias preliminares y los mismos defensores. En otros términos, no se trató de una actitud insular de la procesada indicativa de parcialidad, sino de una comprensible y tal vez excesiva, pero no ilegal, manifestación de apoyo que fue la constante de todos los funcionarios públicos que intervinieron en las 4 audiencias preliminares, sentimiento generalizado que permite descartar un interés desvalorado, en los términos propuestos por el fiscal no recurrente.

En segundo lugar, el presunto encubrimiento del dolo “*bajo el ropaje de la equivocación*”, es una apreciación que no se corresponde con la realidad procesal, pues la intervención de la procesada en tal sentido tuvo lugar en el marco de su exposición sobre la prevalencia de la libertad en la Ley 906 de 2004.

En efecto, la Juez indicó: “*aquí las medidas de aseguramiento las pone el juez y al momento de responder responde es el juez, así de sencillo, tenerlo preso a él la fiscalía no, el juez es el que responde. Entonces ¿qué pasa? Las disposiciones de este código que autorizan, es que no estamos en ley 600, estamos en ley 906 y es que de pronto hay que empezar a rebobinar un poquito este sistema y yo sobre eso*

insisto mucho, es mi concepto, estaré equivocada, porque puedo equivocarme, yo no soy la dueña de la verdad pero las disposiciones de este código se autorizan preventivamente de privación y restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional”⁸³.

Por lo anterior, entiende esta Corporación que la aceptación hipotética de un juicio o interpretación errónea, en el contexto de la audiencia, no hacía referencia a la valoración de la prueba sino a la intelección personal del postulado de libertad en el sistema Procesal Penal vigente en ese distrito a partir del 1° de enero de 2008, que hizo con enunciado que no evidencia errores de comprensión.

Para finalizar, la Corte efectivamente advierte que la Juez desempeñó un rol activo durante los interrogatorios realizados a GUEVARA y CARIACIOLO y que en cierto momento de la diligencia pareció solventar las evidentes limitaciones técnicas del defensor al formular preguntas.

Sin embargo, como juez constitucional, facultado para decretar pruebas de oficio⁸⁴ y adelantar aquellas labores que permitan el desarrollo de su labor, por los términos de su intervención, propendía a obtener un máximo de claridad en el relato de los testigos, por lo que no se advierte una ilegalidad en tal proceder, sin perjuicio de reconocer que tal situación se generó por el deficiente ejercicio del

⁸³ Cd. 19:42

⁸⁴ Ley 906 de 2004, artículo 361. Corte Constitucional, Sentencia C – 396 de 2007.

interrogatorio por parte del solicitante y que bien hubiera podido implicar la finalización del interrogatorio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen indicados, por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar condenó a JAMILIS ISABEL HERRERA IBARRA como autora del delito de prevaricato por acción.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria