**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado Acta No. 631 del 14 de julio de 2016

Pereira, viernes quince (15) de Julio de dos mil dieciséis (2.016)

Hora:10:16

Radicación: 661706000066-2015-01361

Acusado: HORACIO RODAS BATERO

Delito: Actos sexual con menor de 14 años en concurso homogéneo

Procede: Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas

Decisión: modifica auto confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa del acusado en contra del auto proferido el día 22 de junio de 2015 por medio del cual el Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral accedió a declarar como testigos no disponibles a la menor Y.E.V.R., GINA MARCELA VÉLEZ RODAS y ANA LESBY VÉLEZ, en el proceso que se sigue en contra del señor HORACIO RODAS BATERO quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de Actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo.

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL**

Los hechos que concitan nuestra atención tienen su génesis el 21 de agosto de 2015, cuando los policiales: Subintendente JORGE ARICAPA HERNÁNDEZ y Patrullero JHONATAN ARIZA BLANDÓN, por órdenes de la central de radio hacen presencia en la manzana 16 casa 1 del barrio las Vegas de la ciudad de Dosquebradas, lugar en el cual se entrevistan con la señora ANA LESBY VÉLEZ, tía de una menor de edad -7 años- de iniciales Y.E.V.R. y les refiere a los uniformados que el tío de la menor, de nombre HORACIO, momentos antes había tocado las partes íntimas de la niña en mención y se había masturbado en presencia de la misma, versión que de igual forma fue entregada – entre llantos- por la menor de edad a los miembros de la Policía Nacional. Con dicha información se captura al señalado y se presenta ante la autoridad judicial pertinente.

Las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento se efectuaron ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Quinchía en turno de disponibilidad de fin de semana en esta ciudad el 22 de agosto de 2015, en las cuales al entonces indiciado HORACIO RODAS BATERO, después de impartírsele legalidad a su aprehensión, se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de Actos sexuales con menor de 14 años con circunstancia especifica de agravación punitiva, en concurso real homogéneo y heterogéneo con el de acto sexual violento, cargos que no fueran aceptados. Finalmente, en lo que tiene que ver con la medida de aseguramiento, le fue impuesta la detención preventiva en Establecimiento de Reclusión.

La Fiscalía el 19 de octubre de 2015 radicó escrito de acusación en contra del presunto responsable, correspondiéndole por reparto al Juzgado 1º Penal del Circuito de Dosquebradas, quien asumió su conocimiento, y el Juzgado 2 Penal Municipal de Dosquebradas, con función de control de garantías ordena la revocatoria de la medida de aseguramiento en audiencia del 18 de noviembre de 2015.

La audiencia de acusación se lleva a cabo el día 2 de marzo de la presente anualidad, en cuya vista se reiteran – a modo de acusación formal- los cargos primigeniamente endilgados al señor RODAS BATERO, y la audiencia preparatoria se agota el día 4 de mayo de la misma anualidad, señalando como fecha para iniciar el juicio los días 22 y 23 de junio del año en mención.

En la fecha señalada se dio inicio a la audiencia de juicio oral, en la cual la Fiscalía presentó su teoría del caso y estipuló con la Defensa la plena identidad del procesado, la identidad, edad y las condiciones socio familiares de la menor Y.E.V.R, así como la inubicabilidad de la menor y su progenitora. Posteriormente se inició la práctica de las pruebas testimoniales del Ente Acusador, y este llamó al estrado al investigador del C.T.I. JUAN CARLOS HERRERA RENDÓN, con el objeto de conocer la actividad investigativa desplegada por él para dar con la ubicación de las testigos GINA MARCELA RODAS, la menor víctima Y.E.V.R. y ANA LESBY VÉLEZ RODAS, para poder así introducir como prueba de referencia la entrevista que rindiera la señora ANA LESBY VÉLEZ RODAS, -con este investigador- y de GINA MARCELA RODAS, la menor víctima Y.E.V.R. con otros investigadores, por tratarse de testigos no disponibles en atención a que no se logró su localización para que comparecieran al juicio, para ello presentó un informe del investigador de campo donde consta la imposibilidad de ubicación de las testigos, petición a la que accede la jueza *A quo* y contra la cual se opuso la Defensa interponiendo el recurso de apelación.

**EL AUTO IMPUGNADO:**

Como se dijo anteriormente se trata de la decisión tomada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas el 22 de junio hogaño, en el desarrollo de la audiencia de juicio oral dentro del proceso seguido en contra del señor HORACIO RODAS BATERO, por la presunta comisión de la conducta punible de Actos sexual con menor de 14 años con circunstancia especifica de agravación punitiva, en concurso real homogéneo y heterogéneo con el de acto sexual violento.

En el mencionado auto, la Jueza de primer nivel accedió a la solicitud elevada por la Fiscalía en el sentido de declarar como testigos no disponibles a GINA MARCELA RODAS, la menor víctima Y.E.V.R. y ANA LESBY VÉLEZ RODAS, al haberse acreditado por el Ente Acusador que se adelantaron todas las pesquisas y búsquedas necesarias para realizar la citación de las antes citadas y hacerlas comparecer al juicio, pero que las mismas resultaron infructuosas.

**LA ALZADA:**

**La Defensa como recurrente**, considera que no se está en presencia de la figura excepcional de los testigos no disponibles, por que a pesar de no haberse podido ubicar hasta el momento de presentarse el informe de la Dra. Francy Milena Valencia Prada, manifiesta que la señora si se citó al instituto colombiano de bienestar familiar en Dosquebradas, se dejó constancia de haberse presentado pero no trajo documentos. Después ya se informa que no fue posible ubicarlas, pero el patrullero (no lo identifica) desataca que la señora ANA LESVY se encuentra afiliada a SALUD TOTAL, mientras que GINA MARCELA esta activa en la E.P.S. CAFESALUD, pero el investigador no realizó consulta alguna en la base de datos de dichas empresas, los testigos no pueden ser catalogados como no disponibles.

**La Fiscalía como no recurrente,** solicita se confirme la decisión ya que la Fiscalía ha probado con suficiencia que las testigos no tienen intereses en la participación en la audiencia de juicio oral. Es un hecho estipulado que la madre de la menor no tiene interés en cumplir los requerimientos de la trabajadora social y menos de hacerse parte de este juicio por los inconvenientes generados al interior de la familia debido al parentesco entre el acusado y las demás personas que circundan la menor.

**Representante de víctimas como no recurrente**, coadyuva la manifestación realizada por la Fiscalía y solicita se confirme la decisión.

**CONSIDERACIONES:**

**Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

De igual manera no se encuentra irregularidad procesal que haga cortapisa al análisis de fondo y en su lugar se deba declarar la nulidad de la actuación.

**Problema jurídico:**

De la lectura de la situación planteada, se determina el siguiente problema jurídico a resolver por la Sala:

¿Se cumplían con los presupuestos necesarios para declarar a GINA MARCELA RODAS, la menor víctima Y.E.V.R. y ANA LESBY VÉLEZ RODAS como testigos no disponibles, o contrario a ello, la simple intención del testigo a no comparecer al proceso es presupuesto suficiente para su declaratoria de testigo no disponible?

**Solución:**

Al revisar la actuación la Colegiatura se percata que en los albores de la audiencia de juicio, al momento de presentar las estipulaciones probatorias fue muy clara la Fiscalía en manifestar que un hecho estipulado entre las partes era sobre la declaratoria de no disponibilidad de la señora GINA MARCELA RODAS y la menor víctima Y.E.V.R. así lo confirmó el representante judicial del encausado cuando se le preguntó al respecto y fue dejado por sentado en el registro por parte de la señora Jueza *A quo.*

La jurisprudencia ha dicho al respecto:

“Una estipulación es un convenio, un acuerdo que, en este caso, comporta que las partes dan por demostrados, por verificados, los aspectos reseñados taxativamente en la norma, de lo cual surge que los mismos quedan excluidos de someterlos al sistema probatorio dentro del juicio, razón por la cual la estipulación misma, sin más aditamentos, constituye la prueba del hecho o circunstancia, de donde deriva que no existe la carga de anexar elemento alguno para respaldar la estipulación, por lo cual se tiene que si las partes tuvieron a bien aportar algún soporte en respaldo del pacto, el mismo no tiene incidencia alguna, pues no puede probar ni menos ni más de lo acordado.”[[1]](#footnote-1)

Dicho pacto constituye una manifestación de la lealtad procesal de las partes en la contienda *iuris*. Es decir la posición del señor apoderado del encausado al solicitar no se tengan como testigos no disponibles a la señora GINA MARCELA RODAS y la menor víctima Y.E.V.R. ataca o desconoce de manera frontal un acuerdo realizado con el Ente Acusador sobre asuntos que no serían debatidos en juicio por tenerse por demostrado en connivencia de ambas partes.

Es decir, ya esa declaratoria de testigos no disponibles de las antes referenciadas realizado por parte de la señora Jueza *A quo* esta demás, pues ese hecho – la no disponibilidad- se había estipulado entre las partes, siendo algo probado y que debe ser tenido en cuenta al momento de la valoración del acervo probatorio. Es por demás que al tenerse como válida la estipulación hecha por las partes sobre la no disponibilidad de la señora GINA MARCELA y su menor hija, esta Sala es de la opinión que se darían con los presupuestos jurisprudenciales para que se introduzcan como pruebas de referencia admisibles las entrevistas rendidas tanto por la menor agraviada como por su Señora madre; razón por la que el proveído confutado en lo que a este tópico corresponde será confirmado.

Aspecto en el que vale la pena tener en cuenta, es que para que se tenga como prueba de referencia admisible las entrevistas rendidas por un menor de edad que ha sido víctima de un delito amparado por el interés jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, acorde con la hipótesis del literal **“e”** del articulo 438 C.P.P.[[2]](#footnote-2) es que dichas entrevistas deben cumplir una serie de requisitos, entre los cuales descollan los siguientes: 1º) La entrevista debe ser grabada o fijada en un medio audiovisual o técnico; 2º) Las personas que recepcionaran la entrevista, deben ser funcionarios que cumplan funciones de Policía Judicial, los cuales deberán haber sido capacitados o entrenados en la recepción de entrevistas forenses en niños, niñas y adolescentes; 3º) El cuestionario que ha de absolver el menor, debe ser previamente aprobado por el Defensor de Familia, quien si lo considera pertinente puede asistir a la práctica de dicha diligencia.

Lo antes expuesto nos indica, que contrario a lo aducido por la *A quo*, no solo basta con que el menor de edad haya rendido una entrevista, para que la misma de manera automática pueda ser introducida al juicio como prueba de referencia admisible, lo cual es errado, puesto que para su admisibilidad dicho elemento material probatorio debe cumplir con los requisitos antes aludidos, los cuales se encuentran consignados en el artículo 2º de la aludida Ley 1652 de 2.013.

Pese a lo anterior, a fin de evitar confusiones, la Sala quiere dejar en claro que en el presente asunto, en lo que atañe con la declaración de la menor Y.E.V.R. eventualmente no procedería la causal de admisibilidad de las pruebas de referencia consagrada en el literal **“e”** del articulo 438 C.P.P. sino en la hipótesis de testigo no disponible, regulada en la causal del literal **“b”**, lo cual ha sido consecuencia de lo estipulado entre las partes, quienes acordaron que tanto la testigo de marras como su madre, GINA MARCELA RODAS, se encontraban en la condiciones de testigos no disponibles.

Ahora bien, referente a la situación de la no disponibilidad de la señora ANA LESBY VÉLEZ RODAS, el cuestionamiento es diferente y es apreciado de manera errónea por la señora Jueza *A quo*, veamos:

Si bien el testigo puede ser objeto de declaratoria de no disponibilidad por hecho propio, el mismo no atiende a una simple voluntad de no asistir al juicio, pues para ello las obligaciones de quien quiere hacer valer la prueba – así sea con escaso valor de convicción- aún se mantienen y es por ello que debe demostrar ante el juez de la causa que realizó el máximo de esfuerzos con el fin de ubicar y/o traer al testigo al juicio, ya que ante la ubicabilidad pero la no disposición del testigo a comparecer a la audiencia, existen los mecanismos legales para procurar la efectividad de la comparecencia Vg. La conducción del testigo. Pero cuando ello no surte efecto, es procedente bajo la demostración de tal hecho que se solicite la no disponibilidad del testigo, bajo el supuesto comprobado de la auto indisponibilidad.

Equivocada interpretación realiza la Jueza *A quo* al manifestar que la simple afirmación del testigo a no comparecer a juicio es presupuesto suficiente para declararlo no disponible, ya que ello traería consecuencias gravísimas a los intereses de algunas de las partes a quienes ante la introducción de una prueba de referencia admisible se le dificultaría el ejercicio de los derechos de contradicción y confrontación.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema se ha expresado de la siguiente manera:

“Frente a lo anterior, cabe recordar que el modelo procesal de tendencia acusatoria es un escenario en el que pugnan los intereses de la Fiscalía como titular de la acción penal, con la misión de investigar, acusar y obtener la condena de los responsables de un delito, y los del acusado quien por su parte anhela que perviva la presunción de inocencia que lo ampara o, por lo menos, que si llega a ser desvirtuada, lo sea en un juicio justo, imparcial, indeclinablemente regido por las normas que conforman el debido proceso legal.

**En tal orden de ideas, cuando la fiscalía pretende aportar como prueba una declaración anterior en reemplazo del testimonio que le corresponde presentar en juicio, genera un desequilibrio sobre el acusado, quien verá frustrado el ejercicio del derecho de confrontación en los planos esenciales de interrogar al testigo y controlar la práctica de la prueba, por lo que su suerte puede quedar atada a un relato de dudosa credibilidad consignado en el acta de interrogatorio previo**[[3]](#footnote-3).

Por ese motivo, la Corte insiste que la admisibilidad de la prueba de referencia en esos casos, debe tener como fundamento situaciones especiales de fuerza mayor **razonablemente insuperables**, como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.”[[4]](#footnote-4)

Entonces no es solo la manifestación del testigo de no querer asistir al juicio. Es la verificación directa de esa intención luego de haberse desplegado y se vean fracasados los mecanismos legales para hacer efectivo ese deber que tiene el testigo a declarar en juicio. Así lo ha manifestado la Jurisprudencia Penal:

“Pueda que el testigo haya expresado telefónicamente que no era su deseo comparecer a la audiencia, pero esa afirmación, por sí sola, no lo relevaba de la obligación de rendir testimonio[[5]](#footnote-5), menos a la Fiscalía como parte interesada y en la cual pesaba la carga de traerlo a la diligencia, ni al director del juicio de ejercer la facultad de ordenar su conducción en tanto persistiera en rebeldía.

Tampoco puede servir de estímulo para que el ente acusador, en una posición cómoda y conveniente a su teoría del caso, logre que se sustituya un testimonio en juicio por una declaración previa, refractaria al derecho de confrontación que le garantiza a la defensa la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo” [[6]](#footnote-6).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la Fiscalía pretende se declare la no disponibilidad de la testigo ANA LESBY VÉLEZ RODAS, acorde con la hipótesis del literal “b” del articulo 438 C.P.P. en atención a que se han efectuado de manera infructuosa todos los esfuerzos tendientes a procurar la comparecencia al juicio de dicha testigo, ello con el fin de aducir al proceso como prueba de referencia admisible la entrevista rendida ante la Policía Judicial por parte de la señora VÉLEZ RODAS, pero contrario a lo manifestado por la señora Jueza de conocimiento en primera instancia, los esfuerzos que se evidencian para lograr la ubicación de la misma no han sido del talante suficiente como para premiar a la fiscalía con una prueba - aunque la misma tenga un valor restringido en el poder de persuasión- de las características excepcionales propias de las pruebas de referencia. Como bien lo alegó el representante de la defensa, la señora ANA LESVY se encuentra afiliada a SALUD TOTAL, pero a pesar de tal situación los investigadores del Ente Acusador no agotaron todos los esfuerzos que le correspondían tendientes en consultar esa base de datos para así obtener alguna información que le arrojara con el objetivo de dar con la ubicación de la Testigo. Se conformó el investigador con ir al lugar en donde antes vivían y después a la entidad promotora para aprehender información básica pero no concluyente en cuanto a la residencia actual de la testigo de cargo.

Colofón de lo anterior esta Colegiatura deberá modificar la decisión tomada por la señora Jueza Primera Penal del Circuito de Dosquebradas en el sentido de revocar la decisión de tener a la testigo ANA LESVY como testigo no disponible y por ende lo dicho por la testigo de marras en una entrevista no podrá ser aducido al juicio como prueba de referencia admisible.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**Primero:** Modificarla decisión adoptada en la audiencia del 22 de junio de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Dosquebradas en sesión de audiencia de juicio oral, en el sentido de revocar la declaratoria de la señora ANA LESBY VÉLEZ RODAS como testigo no disponible.

**SEGUNDO:** Confirmar la providencia recurrida en todo aquello que tiene que ver con la declaratoria de testigos no disponibles de GINA MARCELA RODAS y la menor víctima Y.E.V.R. por lo anotado en la parte considerativa de esta providencia

**TERCERO:** Devolver el encuadernado al Despacho de origen para que se continué con el trámite de la actuación.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del seis (06) de febrero de dos mil trece (2013). Rad. # 38.975. M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO [↑](#footnote-ref-1)
2. El cual fue adicionado por el artículo 3º de la Ley 1.652 de 2.013. [↑](#footnote-ref-2)
3. “La ausencia de control a los interrogatorios practicados antes del juicio conspira contra la credibilidad del relato, porque es posible que: (i) la versión final sea producto de preguntas sugestivas o que de cualquier otra manera afecten la espontaneidad del testigo, (ii) el acta no refleje finalmente lo expresado por el declarante, (iii) el mal uso del lenguaje impida que la información que tiene el testigo se transmita de manera fidedigna al juez. Estos controles no pueden realizarse sino se participa en la formación de la prueba o no se cuenta con la intervención de un tercero imparcial que dirima las controversias sobre estos temas.” Bedoya Sierra, Luis Fernando. Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral. Librería Jurídica Comlibros. Medellín 2013. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del nueve de octubre de dos mil trece. Rad. # 36518. M.P. JOSÉ LEÓNIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-4)
5. Art. 383 C.P.P. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del nueve de octubre de dos mil trece. Rad. # 36518. M.P. JOSÉ LEÓNIDAS BUSTOS MARTÍNEZ. [↑](#footnote-ref-6)