El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 26 de enero de 2018

Proceso: Penal – Acto sexual con menor de 14v Retractación testigo único

Radicación Nro. : 660016000035201102791-01

Procesado: JOSÉ NORBANDO ARIAS

Magistrado Sustanciador: MANUEL YARGAZARAY BANDERA

**Temas: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS / RETRACTACIÓN TESTIGO ÚNICO / MANIPULADA / INFLUENCIADA / CONDENA / CONFIRMA -** Es de anotar que la menor ofendida, cuando acudió al juicio a rendir testimonio, desdijo de todo lo dicho en contra del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS en la antes aludida entrevista, ya que atestó que esos hechos libidinosos no tuvieron ocurrencia y que todo fue producto de una invención suya fraguada con la intención de arruinar la relación sentimental que su madre, MARÍA CENEIDA TORRES GUTIÉRREZ, sostenía con JOSÉ NORBANDO ARIAS, la cual no le gustaba, para de esa forma propiciar que la autora de sus días se reconciliara con su padre biológico . De igual forma, la testigo adujo que se valió de la ocasión que se suscitó en el momento en el que su madre la interrogaba por lo que hacía en la casa de JOSÉ NORBANDO ARIAS, para hacer efectivos sus protervos planes al incriminarlo de algo que Él no hizo.

Luego, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto se estaba en presencia del fenómeno de la retractación, lo que en momento alguno de manera automática anula o aniquila las declaraciones del testigo que decidió desdecir o infirmar de lo que había dicho en una declaración anterior. Por lo que a fin de determinar a cuál de esas versiones contrapuestas se le debe otorgar credibilidad, o si ambas son falaces o complementarias, al Juzgador de instancia le asiste la obligación de: a) Indagar o de hacer todo lo posible para averiguar sobre las razones por las cuales el testigo decidió cambiar de versión; b) Confrontarlas y cotejarlas con el resto del acervo probatorio.

(…)

Acorde con lo anterior, la Sala considera que el A quo no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el recurrente, porque en el proceso existían suficientes elementos de juicio que incidían para concederle mayor credibilidad a la declaración que la víctima rindió ante la Policía Nacional, en detrimento de lo que Ella atestó en el juicio cuando pretendió desdecirse de todo lo que habían declarado extraprocesalmente en contra del acriminado, retractación esta que bien puede ser catalogada como producto de una falacia ideaba por terceras personas con la finalidad de favorecer al acriminado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobada mediante acta # 055 del 25 de enero de 2018. H: 2:00 p.m.

Pereira, veintiséis (26) de enero del dos mil dieciocho (2018).

Hora: 08:27 a.m.

Procesado: JOSÉ NORBANDO ARIAS

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Radicación # 660016000035201102791-01

Procede: Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del treinta y uno (31) de enero 2.014[[1]](#footnote-1) por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **JOSÉ NORBANDO ARIAS ARIAS** por incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo manifestado por la Fiscalía en el escrito de acusación, se tiene que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia, en dos ocasiones diferentes, en el mes de julio del año 2.011 al interior de una vivienda ubicada en la manzana 2 casa 11 del barrio *Villa Santana* de esta ciudad, la cual era habitada por el ahora procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS, de 52 años de edad, y están relacionados con unos abusos de tipo erótico-sexuales a los que fue sometida la niña *“V.V.T.”*, de 12 años de edad para ese entonces, quien luego era retribuida con unas cuantas monedas por dejarse manosear y toquetear por parte del sátiro.

Según se aduce en el libelo acusatorio, el Sr. JOSÉ NORBANDO ARIAS, en las dos ocasiones que consiguió que la menor “V.V.T.” ingresara al interior de su residencia, procedió a manosearla y a besuquearla en sus partes pudendas, siendo en horas de la tarde del 26 de julio del 2.011 la última vez en la que incurrió en esos reprochables comportamientos libidinosos, debido a que un hermano de la menor ofendida, CARLOS ENRIQUE MARULANDA, se dio cuenta del momento en el que la menor de marras salía del domicilio de JOSÉ NORBANDO ARIAS, lo que le generó unas suspicacias que le fueron transmitidas a su madre, MARÍA CENEIDA TABARES, quien procedió a dialogar con su hija, la cual a su vez le contó todo lo acontecido con JOSÉ NORBANDO ARIAS.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las calendas del 21 de febrero del 2.013, se llevaron a cabo las correspondientes audiencias preliminares, en las cuales, después de legalizarse la captura del entonces indicado JOSÉ NORBANDO ARIAS, la Fiscalía procedió a enrostrarle cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo. Posteriormente al procesado le fue definida la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 14 de marzo del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 8 de mayo de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía acusó a JOSÉ NORBANDO ARIAS por los mismos reatos que le fueron endilgados en su contra en la audiencia de formulación de la acusación.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 29 de mayo del 2.013, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró el 27 de agosto de esas calendas, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones, el 6 de septiembre del 2.013, se emitió el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente, el 31 de enero 2.014, se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 31 de enero 2.014, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS por incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS fue condenado a purgar una pena de 118 meses de prisión, e igualmente se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la procedencia de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgador de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS, se fundamentaron en concederle credibilidad a las declaraciones que de manera extraprocesal fueron rendidas por la víctima *“V.V.T.”* ante la Policía Judicial y los peritos de medicina legal.

Es de anotar que en el fallo se admitió que la principal prueba de cargo de la Fiscalía se trataba del testimonio único absuelto por la víctima, el que había sido objeto del fenómeno de la retractación, debido a que cuando declaró en el juicio pretendió desdecirse de todo aquello que en el pasado había dicho en contra del Procesado en las entrevistas absueltas ante la policía judicial, medicina legal y un psicólogo forense, al manifestar que eran falaces las incriminaciones efectuadas en contra del acusado, las que resultaron ser producto de una mendaz estratagema ideaba por Ella con el propósito de que su madre finalizará la relación sentimental que sostenía con el acriminado y de esa forma procurar que sus padres se reconciliaran.

Para el Juez *A quo* las retractaciones efectuadas por la menor agraviada en su testimonio no podían ser de recibo por lo que en consecuencia se le debía creer a todo lo dicho por Ella en las entrevistas absueltas ante la Policía Judicial y los peritos de medicina legal, por lo siguiente:

* Es coherente y constante en su núcleo esencial las diversas entrevistas rendidas por la víctima, en las cuales siempre se tuvo el mismo hilo conductor respecto de los abusos a los que Ella era sometida por parte del Procesado las veces en las que ingresó a su vivienda. Además, del contenido de esas declaraciones no se avizora la existencia de un interés para mentir o querer perjudicar al procesado por parte de la agraviada.
* Las diferentes declaraciones extraprocesales absueltas por la víctima se practicaron con las debidas garantías, fueron objeto de estipulaciones probatorias pactadas entre las partes y estuvieron sometidas a la contradicción.
* No existían motivos para otorgarle credibilidad a lo dicho por la menor en sus retractaciones, lo que se tornaba un tanto fantasioso y poco creíble, debido a que entre Ella y su padre no existían lazos sentimentales, ya que el autor de sus días la abandonó desde que era una bebita y nunca se interesó por ella.
* Las razones de la retractación se debieron a que la menor, ya sea por miedo a represalias u otras circunstancias, actuó de esa manera con la intención de ayudar al Procesado, quien para ese entonces fungía como marido de su madre, debido a que Ellos sostenían una relación sentimental.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, se fundamentó en proponer la tesis consistente en que con el testimonio único rendido por la menor ofendida *“V.V.T.”* no se cumplían con los requisitos necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS, quien debió haber sido favorecido con un fallo absolutorio como consecuencia de la aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente adujo los siguientes argumentos:

* En el proceso la única prueba relevante habida en contra del Procesado era el testimonio absuelto por la menor *“V.V.T.”*, al cual no se le podía conceder total y absoluta credibilidad por tratarse de un testimonio único y contradictorio. Además, en lo que atañe con las demás personas que atestaron en el juicio, se estaba en presencia de simples y meros testigos de referencia, debido a que Ellos no tuvieron un conocimiento directo y personal de lo acontecido.
* La menor en su declaración no hizo un relato circunstanciado de lo acontecido, a lo que se le debía aunar que se retractó de las sindicaciones efectuadas en contra del Procesado, al reconocer que las mismas eran producto de un ardid fraguado por Ella con el propósito de torpedear la relación sentimental que JOSÉ NORBANDO ARIAS sostenía con su señora madre, para así propiciar la reconciliación de sus padres.
* El *A quo* al concederle credibilidad a las entrevistas absueltas por la menor ofendida, en detrimento de lo que Ella dijo en el juicio cuando se retractó de las mismas, no tuvo en cuenta la posibilidad de que Ella mintió en tales entrevistas, lo que fue admitido por el perito psicólogo de la Fiscalía, cuando adujo que a pesar de que un relato sea catalogado como lógico y coherente, el mismo podía ser producto de una mentira.

Igualmente, expuso el apelante, que no se tuvo en cuenta que la víctima no padecía de *stress postraumático,* lo que según el perito forense de la Fiscalía, tiene ocurrencia en los casos de abuso sexual a menores de edad.

* El Juez de primer nivel acudió a simples y meras especulaciones para rechazar las retractaciones de la ofendida, debido a que en el proceso no existían pruebas que demostraran lo aludido por el *A quo* para proceder de esa manera.
* El fallo se cimentó en la credibilidad que se le concedieron a las declaraciones que de manera extraprocesal fueron rendidas por la víctima *“V.V.T.”* ante la Policía Judicial y los peritos de medicina legal. Pero, en sentir del apelante, con dichas pruebas se vulneró el principio de la contradicción, debido a que esas declaraciones se recepcionaron por fuera del juicio a espaldas de la Defensa, la cual no tuvo la oportunidad de confrontar todo lo declarado por la agraviada.

Con base en los anteriores argumentos el recurrente solicitó la revocatoria del fallo confutado, y que en consecuencia se absuelva al procesado de los cargos endilgados en su contra.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado concedido a los no recurrentes, tanto la Fiscalía como el Ministerio Publico presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, en los cuales se opusieron a las pretensiones del apelante y clamaron por la confirmación del fallo opugnado, con base en los siguientes argumentos:

- La Fiscalía adujo que el *A quo* llevó a cabo un juicioso análisis del acervo probatorio, con el cual fue posible demostrar, más allá de cualquier duda razonable, tanto la ocurrencia de los hechos como la responsabilidad del acusado.

De igual forma, el Ente Fiscal adujo que a la menor no se le debía creer a la retractación, porque la misma no era sincera ni correspondía a la realidad de lo acontecido, máxime cuando la víctima en sus otras declaraciones fue consistente y coherente respecto de los abusos sexuales a los que fue sometida por parte del acusado.

Asimismo, la Fiscalía expuso que no podían ser de recibo los reproches que el apelante efectuó en contra de las entrevistas rendidas por la menor agraviada respecto a la violación del principio de la contradicción, porque la Defensa en el devenir del juicio tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la contradicción frente a esas entrevistas y no hizo nada al respecto.

- La Procuraduría alegó que la sentencia válidamente se fundamentó en las pruebas aducidas en el juicio, con las cuales la Fiscalía pudo acreditar la responsabilidad criminal del acusado.

Igualmente la representante del Ministerio Publico adujo que se le debía conceder credibilidad a los dichos extraprocesales de la menor agraviada, los cuales, por la peculiar naturaleza de lo ocurrido, adquirían una especial solvencia probatoria.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizora la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Incurrió el Juez *A quo* en errores en la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que de las pruebas aducidas en el juicio solo afloraban dudas razonables que debieron ser capitalizadas en favor del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS acorde con los postulados del principio del *in dubio pro reo?*

**- Solución:**

Para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, en un principio se torna necesario tener en cuenta que acorde con la realidad probatoria analizada y debatida en el fallo confutado, se observa que el juicio de responsabilidad criminal edificado en contra del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS tuvo como uno de sus pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que el Juez de primer nivel le concedió a unas entrevistas absueltas por la víctima *“V.V.T.”* en especial una que fue rendida el 27 de julio del 2.011 ante la Policía Judicial con el acompañamiento de la Defensoría de Familia, la cual fue aducida al juicio por parte de la Fiscalía para que fungiera como *testimonio adjunto* como consecuencia de haberse presentado el fenómeno de la retractación, ya que cuando la menor *“V.V.T.”* acudió al juicio a rendir testimonio, pretendió desdecirse de las incriminaciones que en pretéritas ocasiones efectuó en contra del acusado, al aludir que nunca tuvieron ocurrencia los abusos sexuales de los que dijo que el Procesado perpetró en su contra, al afirmar todo fue producto de una invención suya, la cual tenía como propósito el torpedear la relación sentimental que su madre, MARÍA CENEIDA TABARES, sostenía para ese entonces con JOSÉ NORBANDO ARIAS, la que no era vista por Ella con buenos ojos.

Frente a la decisión del Juez *A quo* de concederle credibilidad a las declaraciones extraprocesales rendidas por parte de la menor *“V.V.T.”* en detrimento de la retractación que de las mismas efectuó cuando Ella rindió testimonio en el juicio, vemos que la Defensa, como tesis principal de su discrepancia, ha expresado su oposición con base en el argumento consistente en que la sentencia se cimentó en unas pruebas ilegales, en atención a que las entrevistas absueltas por la ofendida se recepcionaron con manifiesta vulneración de los principios de la contradicción y de la confrontación, ya que la Defensa no tuvo la oportunidad de poder ejercer esos derechos en los momentos en los que la agraviada rindió esas entrevistas.

Por lo tanto, a fin de determinar si le asiste o no la razón a tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, o si por el contrario el Juez de primer nivel estuvo atinado en el fallo confutado, lo que es avalado tanto por la Fiscalía como por el Ministerio Publico en sus sendos alegatos de no recurrentes, la Sala llevará a cabo un breve y somero estudio del fenómeno de la retractación de los testigos y de la potencial vocación probatorio que pueden tener las entrevistas recopiladas por las partes durante las fases procesales de indagación e investigación.

Como punto de partida para poder resolver los anteriores interrogantes, se hace necesario tener en cuenta que por regla general los elementos materiales probatorios recopilados por las partes durante la etapa de investigación, Vg. entrevistas, interrogatorios de indiciados, opiniones periciales, etc… por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación[[2]](#footnote-2), *per se* no tienen ningún valor probatorio en la fase del juicio, muy a pesar que los mismos, en el devenir de la actuación procesal, pueden servir de fundamento para la toma de ciertas decisiones, tales como la imposición de una medida de aseguramiento, la preclusión del proceso, la práctica de medidas cautelares, etc...

Pero dicha regla general tiene como excepción la consistente en que en aquellos eventos en los cuales se garanticen y respeten la eficacia de los principios de inmediación, contradicción y confrontación, es posible que al proceso pueden ser allegados los elementos materiales probatorios que las partes tengan en su poder, los cuales en tales eventos si tendrían la facultad o la posibilidad de convertirse en medios de prueba.

Frente a lo anterior, de vieja data la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Los elementos materiales probatorios obtenidos de los actos de investigación, que de acuerdo con el desarrollo traído en el libro II, títulos I y II del código en cuestión pueden ser armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio, tienen la potencialidad de convertirse en prueba si son presentados ante el juez de conocimiento en el curso del juicio oral, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez (testigo de acreditación) o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes…”[[3]](#footnote-3).

Ahora bien, yendo al caso que dio génesis a los reclamos formulados por el apelante, o sea todo aquello que tiene que ver con la presunta ilegalidad, por contrariar los principios de la confrontación y de la contradicción, de las declaraciones que la testigo *“V.V.T.”* absolvió en un escenario por fuera del juicio oral, como punto de partida, acorde con lo reglamentado en el actual estatuto de procedimiento penal, tenemos que dichos elementos materiales probatorios pueden ser aducidos al proceso en las siguientes hipótesis:

1. Para refrescar memoria del declarante, en caso que el testigo presente alguna falla en el proceso de rememorización {ordinal d articulo 392 C.P.P.}; Pero es de aclarar que en estos eventos no tiene ocurrencia la introducción al proceso de la entrevista, pues lo único que se persigue con la misma es que el testigo precise o rememore hechos que no recuerda con claridad y precisión.
2. Como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo {inciso 3º articulo 347 C.P.P.; ordinal b articulo 393 ibídem y articulo 403 *ejusdem*}, la que se da en aquellos eventos en los que el declarante incurre en contradicciones en sus dichos o cuando se retracte de lo que sobre los tópicos adverados había declarado en una pretérita atestación o de lo que respecto a la misma le dijo a otras personas. En estas hipótesis, o sea cuando la declaración extraprocesal es utilizada para impugnar la credibilidad del testigo, la misma necesariamente debe hacer parte del proceso al encontrarse liada con lo declarado por el testigo mediante la figura conocida como *“testigo adjunto”[[4]](#footnote-4).*

En síntesis, acorde con lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede colegir que para que una declaración que el testigo rindió con antelación o por fuera del proceso pueda ser válidamente aducida al mismo, es necesario que se respeten los postulados que orientan los principios de la confrontación, inmediación y contradicción, lo cual se daría de la siguiente manera:

* La parte interesada debe hacer ver que el testigo con la versión dada en el juicio se contradijo o se retractó respecto de una declaración que absolvió por fuera del juicio.
* El testigo debe ser confrontado con las declaraciones que rindió por fuera del juicio que son contrarias o contradictorias a lo que en esos momentos está declarando.
* Quien impugna o pone en tela de juicio la credibilidad del testigo, debe hacer lectura integral de la declaración absuelta por el testigo por fuera del proceso, la cual una vez aportada al mismo quedara asociada a su testimonio*.*
* Se debe permitir que la contraparte contrainterrogue al testigo frente a los eventos de la retractación o de la contradicción.

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

“La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “*no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes*”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “*la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia*”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

(::::)

La declaración anterior debe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

La incorporación de la declaración anterior debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004…”[[5]](#footnote-5).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala es de la opinión que la Fiscalía cuando adujo o allegó al proceso la declaración extraprocesal absuelta por la víctima “V.V.T.” en las calendas del 27 de julio del 2.011 ante la Policía Judicial con el acompañamiento de la Defensoría de Familia, lo hizo en armonía del debido proceso, ya que respetó los principios de la contradicción, confrontación en inmediación, si nos atenemos a lo siguiente:

* Se cumplió con los principios de contradicción e inmediación, debido a que la Fiscalía demostró que se estaba en presencia del fenómeno de la retractación, porque la testigo desdijo en el juicio de lo que pretéritamente habían adverado en contra del Procesado tanto en una entrevista que absolvió ante la Policía Judicial como lo que le dijo a los peritos médicos y psicólogos del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses, respecto a que el acusado en sendas oportunidades la manoseó y besuqueó en sus partes pudendas, después de conseguir que ingresara a su residencia; pero vemos que la testigo se desdijo de esas incriminaciones al aseverar que ello nunca ocurrió y que todo se trató de una invención suya como consecuencia que la inquina que le destilaba al Procesado por la relación sentimental que sostenía con su madre.
* Se respetaron los principios de la inmediación y confrontación, ya que la Fiscalía hizo alusión del contenido de la declaración extraprocesal rendida por la testigo, en las cuales existía una versión diferente de aquella dada en el juicio, con las cuales confrontó todo lo dicho por la testigo en el juicio, para luego ponerla a disposición de la testigo, quien luego de reconocer como suya la firma que aparecía consignada en dicho instrumento, a instancias del Ente Acusador, procedió a hacer una lectura integral de lo que había declarado pretéritamente en la entrevista absuelta ante la Policía Judicial. Una vez agotado dicho procedimiento, la Fiscalía, sin que se presentara oposición de las partes y demás intervinientes, solicitó la aducción al juicio de dicha entrevista para que fungiera como testigo adjunto[[6]](#footnote-6).
* Se permitió el ejercicio del derecho de la contradicción, porque al apoderado de la Defensa se le concedió la oportunidad de contrainterrogar a la testigo, pero extrañamente no lo hizo ya que renunció a ejercer ese derecho al preferir inclinarse por hacer uso del interrogatorio directo por tratarse de un testigo común.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto los reproches formulados por el apelante no tienen vocación de prosperidad, debido a que se equivoca al catalogar de ilegal las declaraciones exprocesales absueltas por la víctima, con las cuales se cimentó el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado, si se tiene en cuenta, como bien lo pudo demostrar la Sala, que dichas declaraciones se adujeron al juicio con sumo respeto del debido proceso, con el especial acatamiento de los principios de la confrontación y de la contradicción.

Esclarecido el anterior escollo, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto tuvo ocurrencia el fenómeno de la retractación, debido a que se presentaron unas inconsistencias y contradicciones entre en lo que la menor ofendida había declarado con antelación al juicio frente a lo que atestó en ese escenario Procesal.

Así tenemos que la menor ofendida en una entrevista que absolvió el 27 de julio del 2.011 ante la Policía Judicial con el acompañamiento de la Defensoría de Familia, declaró que el Procesado había abusado sexualmente de ella en dos ocasiones diferentes acaecidas en el mes de julio del 2.011[[7]](#footnote-7):

* La primera vez tuvo ocurrencia cuando Ella se dirigía para el colegio y pasó por la casa del hoy encausado, quien la llamó para comentarle respecto de un trabajo para su hermano. Oportunidad que aprovechó el sátiro para llevarla al interior de la vivienda, en donde la acostó en una cama en la cual le manoseó la vagina y le chupeteó los senos.
* La segunda vez, tuvo ocurrencia a eso de las 18:00 horas del 26 de julio del 2.011, cuando la testigo venia de visitar a una cuñada, y al pasar por la casa de JOSÉ NORBANDO ARIAS, dicho fulano la llamó y la invitó a que ingresara a su casa con el pretexto de mostrarle una mesa que pensaba regalarle a su madre[[8]](#footnote-8), y una vez estando dentro intentó manosearle la vagina, pero ello se opuso, y al salir de esa vivienda se encontró con su hermano, CARLOS ENRIQUE MARULANDA, quien se puso receloso debido a que Ella intentó ocultarse. Asevera la testigo que tales suspicacias su hermano se las trasladó a su madre, MARÍA CENEIDA TORRES GUTIÉRREZ, ante quien procedió a confesar lo acontecido como consecuencia de los interrogatorios a los que fue sometida.

Es de anotar que la menor ofendida, cuando acudió al juicio a rendir testimonio, desdijo de todo lo dicho en contra del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS en la antes aludida entrevista, ya que atestó que esos hechos libidinosos no tuvieron ocurrencia y que todo fue producto de una invención suya fraguada con la intención de arruinar la relación sentimental que su madre, MARÍA CENEIDA TORRES GUTIÉRREZ, sostenía con JOSÉ NORBANDO ARIAS, la cual no le gustaba, para de esa forma propiciar que la autora de sus días se reconciliara con su padre biológico[[9]](#footnote-9). De igual forma, la testigo adujo que se valió de la ocasión que se suscitó en el momento en el que su madre la interrogaba por lo que hacía en la casa de JOSÉ NORBANDO ARIAS, para hacer efectivos sus protervos planes al incriminarlo de algo que Él no hizo.

Luego, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto se estaba en presencia del fenómeno de la retractación, lo que en momento alguno de manera automática anula o aniquila las declaraciones del testigo que decidió desdecir o infirmar de lo que había dicho en una declaración anterior. Por lo que a fin de determinar a cuál de esas versiones contrapuestas se le debe otorgar credibilidad, o si ambas son falaces o complementarias, al Juzgador de instancia le asiste la obligación de: a) Indagar o de hacer todo lo posible para averiguar sobre las razones por las cuales el testigo decidió cambiar de versión; b) Confrontarlas y cotejarlas con el resto del acervo probatorio.

Sobre lo anterior, de vieja data, la Corte se ha expresado en los siguientes términos:

“La retractación no es por sí sola causal que destruye, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que ataque a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir, ordinariamente, en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas tal como sucedieron; o un interés propio o ajeno que lo lleva a negar o alterar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso…”[[10]](#footnote-10).

Al aplicar lo anterior en el caso en comento, considera la Colegiatura que al confrontar y cotejar dichas declaraciones disimiles con el resto del acervo probatorio, válidamente, como atinadamente lo hizo el Juez de primer nivel, se puede llegar a la conclusión consistente en que se debe tener como creíble y cierto lo declarado por la ofendida ante la Policía judicial, en detrimento de lo que ella posteriormente atestó en el juicio, lo cual puede ser catalogado como una mendacidad, por lo siguiente:

* En el proceso está plenamente acreditado con las declaraciones absueltas tanto por la ofendida *“V.V.T.”* como por los Sres. CARLOS ENRIQUE MARULANDA y MARÍA CENEIDA TORRES GUTIÉRREZ[[11]](#footnote-11), que la madre de la agraviada sostenía una relación sentimental con JOSÉ NORBANDO ARIAS, relación en la cual el Procesado le brindaba una serie de ayudas económicas con las que se sufragaban, entre otros, los costos de la alimentación y de la educación.

Tal situación nos permite inferir que, como consecuencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta en contra del Procesado JOSÉ NORBANDO ARIAS, hayan cesado las ayudas económicas que dicho fulano le brindaba a la familia de la menor agraviada. Por lo que lo que existe la amplísima posibilidad de que la joven ofendida hayan sido manipulada por terceras personas para que cambiaría su inicial versión para de esa forma favorecer al procesado y así conseguir, con su salida de la prisión, el retornó de las ayudas económicas que le prodigaba a su familia en el pasado.

* De contenido del testimonio rendido por la menor “V.V.T.”, se desprende que Ella estaba agradecida por las ayudas económicas que JOSÉ NORBANDO ARIAS que prodigaba a su familia, por lo que no existe razón lógica alguna que justifique la supuesta inquina que le profesaba al Procesado por la relación sentimental que sostenía con su madre.
* Resultan absurdos y baladíes las justificaciones dadas por la menor agraviada para pretender torpedear los amoríos que la Sra. MARÍA CENEIDA TORRES tenía con JOSÉ NORBANDO ARIAS, las cuales tenían como propósito el procurar que su madre se reconciliaría con su padre biológico, debido a que, como bien lo admitió la testigo de marras, entre la ofendida y su padre no existían lazos sentimentales, debido a que ese sujeto la abandonó cuando era una bebita, se desatendió de Ella y solo vino a aparecer de un momento a otro cuando Ella tenía como unos doce años de edad.
* En la actuación existen pruebas que de una u otra forma abonan la credibilidad de las sindicaciones que la menor ofendida hizo en contra del Procesado en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial. Entre dichas pruebas se encuentra el testimonio de su hermano CARLOS ENRIQUE MARULANDA, quien aseguró haber visto a su carnal en el preciso momento en el que Ella salía de la casa del Procesado. Lo que correspondería al día, el que según versión de la ofendida, el Procesado la invitó para que ingresara a su residencia con la intención satisfacer su lujuria en ella.
* La agraviada ha rendido varias declaraciones en el devenir de la actuación procesal, Vg. ante la médico forense, los psicólogos, etc… las cuales no han sufrido alteraciones o variaciones trasciéndales en su núcleo esencial, o sea los manoseos, besuqueos y tocamientos lujuriosos a los que fue sometida por el Procesado el par de veces que ingresó a su domicilio, el cual ha sido siempre el mismo. Por lo que no existe razón válida que justifique que de un momento a otro decida, sin más ni menos, cambiar de versión al desdecir todo lo que dijo en diferentes oportunidades en contra del Procesado.

Acorde con lo anterior, la Sala considera que el *A quo* no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el recurrente, porque en el proceso existían suficientes elementos de juicio que incidían para concederle mayor credibilidad a la declaración que la víctima rindió ante la Policía Nacional, en detrimento de lo que Ella atestó en el juicio cuando pretendió desdecirse de todo lo que habían declarado extraprocesalmente en contra del acriminado, retractación esta que bien puede ser catalogada como producto de una falacia ideaba por terceras personas con la finalidad de favorecer al acriminado.

Acorde con todo lo expuesto, la Sala es de la opinión que la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante no estaría llamada a prosperar, por lo siguiente:

* A pesar de haberse presentado el fenómeno de la retractación, en la actuación existían suficientes elementos de juicio para considerar que la menor ofendida fue manipulada e influenciada por terceras personas que se desdijera de lo que había dicho en pretéritas ocasiones en contra del Procesado. Lo que a su vez repercutía para que le otorgará credibilidad a los señalamientos que la agraviada efectuó en contra del Procesado en una entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, los que no se encuentran huérfanos en el proceso, en detrimento de todo aquello que dijo en favor del acusado cuando acudió al juicio a rendir testimonio.
* Las declaraciones extraprocesales rendidas por la víctima, fueron aducidas a la actuación en consonancia con los postulados que orientan los principios de la contradicción y confrontación, por lo que al ser las mismas respetuosas del debido proceso, es obvio que no pueden ser catalogadas como ilegales.

Por lo tanto, al no asistirle la razón a los reproches formulados por el apelante, a la Sala no le queda otra opción diferente que la confirmar el fallo opugnado.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en las calendas del treinta y uno (31) de enero 2.014 por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **JOSÉ NORBANDO ARIAS ARIAS** por incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo.

**SEGUNDO:** Declarar que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**M**agistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**M**agistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**M**agistrado

1. Es de anotar que la sentencia confutada data de manera errada las calendas en las que fue expedida, lo que al parecer bien pudo ser producto de un *lapsus calimi*, ya que su fecha de expedición, o sea la del 31 de enero del año 2.013, no es correcta, si se tiene en cuenta que la audiencia de lectura de la misma tuvo ocurrencia el 31 de enero 2.014, a lo que debe adicionar que los actos procesales que antecedieron al fallo acaecieron a partir del mes de febrero del 2.013, lo que tornaba en imposible que el fallo se pudiera dictar el 31 de enero del año 2.013; por lo que se debe entender el que el 31 de enero 2.014 fue la fecha en la que se dictó el fallo opugnado. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículos 15, 16 y 379 C.P.P. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738. [↑](#footnote-ref-3)
4. Respecto de la figura del testigo adjunto, se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738 y la sentencia del 21 de octubre de 2009. Rad. # 31.001. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de enero de 2.017. SP606-2017. Rad. # 44950. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-5)
6. Al respecto se pueden consultar los registros # 38:00 al # 43:30. [↑](#footnote-ref-6)
7. De lo cual la testigo hizo mención expresa en su declaración, como bien se desprende de los registros # 26:15 al 27:00. [↑](#footnote-ref-7)
8. Nos referimos a la madre de la testigo, con quien el Procesado para ese entonces sostenía una relación sentimental. [↑](#footnote-ref-8)
9. Registro # 23:20 al # 24:10. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 9 de diciembre de 1994. Radicado # 12.855. [↑](#footnote-ref-10)
11. Quien admitió que con regularidad visitaba al Procesado en la cárcel. [↑](#footnote-ref-11)