REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015)

ACTA DE APROBACIÓN No 31
SEGUNDA INSTANCIA

Hora y fecha de lectura	30-01-15, 10:13 a.m.
Indiciado:	Luis Alejandro Correa Arias
Delito:	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con actos sexuales abusivos con menor de 14 años y pornografía de menores
Víctima:	D.C.L. –menor de edad-
Procedencia:	Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Rda.)
Asunto:	Se decide la apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto de fecha 23-10-14 por medio del cual no se accedió a la introducción de la entrevista de la víctima como prueba de referencia. SE CONFIRMA.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y PRECEDENTES

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Lo acaecido al decir del escrito acusatorio, se resume en que la señora MARIA LOSTELMA ARIAS CORREA -abuela de la menor D.C.L.- dio a conocer que su nieta es víctima de actos sexuales por parte del señor **LUIS ALEJANDRO CORREA ARIAS** -padrastro de la afectada-, afirmación que fue corroborada por la infante en el sentido que desde que tenía siete años cuando vivía en casa de su abuela y ésta se iba a trabajar quedaba sola con su hermana y jugaban con máscaras y antifaces, el procesado aprovechaba para meterla al baño y

tocarle las partes íntimas, la obligaba a quitarse la ropa y que se riera para proceder a tomarle fotos con el celular que luego copiaba en el computador. Agregó que cuando gritaba le pagaba puños en el estómago, le tapaba la boca y ella lloraba.

1.2.- Por estos hechos la Fiscalía solicitó la captura en contra del señor **LUIS ALEJANDRO CORREA ARIAS**, y ordenó el allanamiento a su inmueble previa autorización de un Juzgado de Control de Garantías, para obtener el celular y el computador con la USB, CDS o DVD, que puedan contener fotografías o grabaciones e imágenes desnudas de la menor, acorde con el relato de los hechos.

1.3.- Las audiencias preliminares de control posterior al allanamiento, incautación de elementos, legalidad de captura, imputación e medida de aseguramiento, tuvieron lugar el 24-09-13, y en ellas se atribuyó el cargo en calidad de autor en los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo con acto sexual abusivo con menor de 14 años y pornografía de menores. Cargos que no fueron aceptados. Se impuso detención intramural.

1.4.- Ante ese no allanamiento unilateral ni bilateral a los cargos atribuidos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación (15-11-13) por medio del cual ratificó los términos de la imputación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santa Rosa de Cabal (Rda.), autoridad que convocó a las correspondientes audiencias de formulación de acusación (13-01-14), preparatoria (28-02-14) e inicio del juicio oral (21-05-14), acto éste último dentro del cual la defensa optó por pedir la exclusión de los informes de laboratorio con sus anexos.

1.5.- La juez de instancia procedió a proferir la decisión correspondiente, en el sentido de conceder plena razón a la delegada fiscal en cuanto a la tardanza en entregar a la defensa los dictámenes periciales, pero rechazó los anexos a los mismo (CDS contentivos del material sacado del computador y del celular incautados), por cuanto los mismos no fueron entregados de forma física a la defensa, con lo cual estimó vulnerado el dispositivo 346 C.P.P.

1.6.- La Fiscalía se mostró inconforme con esa determinación e interpuso y sustentó el recurso de apelación. Con providencia del 09-09-14 esta Corporación revocó la decisión apelada y en su lugar admitió la introducción en juicio de los anexos de los dictámenes periciales practicados a los elementos incautados -celular y computador- que servirán de fundamento a la teoría del caso de la Fiscalía.

1.7.- Una vez retornó el expediente al juzgado de origen, se señaló fecha para la continuación del juicio oral, el cual tuvo su escenificación el 23-10-14, dentro del cual se recibieron los testimonios de JOSÉ FERNANDO SERNA RÍOS, WILLIAM ANDRÉS GIRALDO RENDÓN, OLGA ALEXANDRA ALONSO ESCUDERO y MARÍA LOSTELMA ARIAS DE CORREA (quien expresó su deseo de no declarar porque el procesado es su hijo), la menor D.C.L. (quien también amparada en el privilegio de no declarar indicó su deseo de no hacerlo) y del patrullero HERNANDO CELIS OSORIO con quien se quiso incorporar la entrevista de la menor D.C.L. en calidad de prueba de referencia habida consideración al deseo de no declarar de parte de la infante. A esa solicitud la defensa se opuso.

1.8.- La señora juez a quo le dio la razón a la defensa y negó la introducción de la entrevista de la menor porque debe primar en este caso el derecho legal de no declarar contra los parientes más cercanos, a cuyo efecto hizo alusión a un precedente del órgano de cierre en materia penal.

1.9.- Ante esta determinación la Fiscalía presentó y sustentó el recurso de apelación, e indicó que si bien la menor no quiso declarar y estaba amparada para no hacerlo, se debe tener en cuenta lo manifestado en su entrevista para garantizar sus derechos de víctima; hizo referencia a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y concluyó que se debe tener tal documento como prueba de referencia.

1.10.- La defensa como parte no recurrente recalcó la decisión adoptaba por la señora juez y agregó que se trata de un privilegio de no declarar contra sus parientes más cercanos, lo cual se debe trasladar también necesariamente a las entrevistas realizadas.

1.11.- Al haber sido oportunamente interpuesto y debidamente sustentado, la juez a quo concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, a consecuencia de lo cual dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación para desatar la alzada.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

La tiene la Corporación a voces de los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, por los factores territorial, objetivo y funcional, al haberse presentado recurso de apelación por una parte legitimada para hacerlo -la Fiscalía-, el que

fue oportunamente interpuesto, debidamente sustentado y adecuadamente concedido por parte de la primera instancia.

2.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae a establecer si hay lugar o no a acceder a la introducción de la entrevista practicada a la menor víctima para que se tenga como prueba de referencia, habida consideración a que con posterioridad al ser llamada a declarar ante el estrado judicial manifestó de manera expresa que no era su deseo declarar en el presente asunto.

2.3.- Solución a la controversia

Del panorama probatorio se extrae, que la menor D.C.L. –de 7 años para el momento de ocurrencia de los hechos, pero que para el instante de comparecer al juicio a rendir testimonio bordeaba ya los 14 años de edad- rindió una inicial entrevista ante funcionarios de policía judicial en el asunto en donde figura como víctima; sin embargo, para el instante de hacerse presente en el juicio oral a petición de la Fiscalía, la adolescente, advertida de su no obligación de declarar en contra de su padrastro, manifestó en forma expresa ante la señora juez de conocimiento que siendo así no era su deseo rendir testimonio.

A consecuencia del uso de ese privilegio, la señora fiscal pretendió introducir la referida entrevista como prueba de referencia a falta o para suplir el no allegamiento del testimonio de la menor afectada; petición que por supuesto generó la inconformidad de la defensa en el sentido de mostrarse en desacuerdo que se procediera de esa manera cuando ya se sabía que la menor afectada había dejado dicho que no era su intención declarar en contra del padrastro.

Como es sabido, la titular del despacho cognoscente se inclinó por la posición defensiva y negó la introducción de esa entrevista por medio del patrullero HERNANDO CELIS en calidad de testigo de acreditación.

Siendo ese el panorama probatorio que nos convoca, forzosamente tenemos que hacer referencia al mismo precedente invocado por la señora juez a quo para adoptar su determinación. Se trata de una sentencia de casación penal[1], que casualmente tuvo origen en un fallo proferido por este Tribunal en

[1] Casación penal de 17-03-10, radicación 32829, M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

decisión de la cual fue ponente quien ahora cumple igual función[2], y que hace relación a un episodio similar al que ahora se juzga. Se trató de unos hechos ocurridos en la población de Santa Rosa de Cabal (Rda.) en los cuales se acusó a un tío de acceder carnalmente y por la fuerza a su sobrina menor de edad. La menor fue atendida en el hospital de la localidad y expuso los hechos tanto a los organismos de seguridad del Estado como a los profesionales encargados de esta clase de seguimientos, y lo propio hicieron los padres de la afectada. No obstante, también con sorpresa y llegado el momento del juicio, tanto la niña como sus representantes legales dijeron que no querían declarar y se acogieron al privilegio que legal y constitucionalmente los amparaba, tal cual ahora lo hizo la joven D.C.L. en el caso que nos concita.

Pues bien, el Tribunal en esa oportunidad hizo un análisis de lo que representaba la *prueba de referencia* en el actual sistema de tendencia acusatoria, valoró los efectos probatorios del uso del privilegio de no declarar en contra de los parientes cercanos y los cotejó con la trascendencia que posee la figura del *testigo no disponible* en los términos de la Ley 906 de 2004, para finalmente examinar el poder de convicción de la restante prueba periférica consistente en lo que expresaron en el juicio los profesionales que atendieron a la menor, al igual que la prueba indiciaria que se extraía de los hechos, para concluir en la necesidad de un fallo de carácter condenatorio.

El órgano de cierre en materia penal, por su parte, hizo lo propio y decidió no casar la sentencia de este Tribunal porque encontró suficiente recaudo probatorio para declarar la responsabilidad del justiciable, no obstante o muy a pesar de la manifestación tanto de la menor como de sus padres de no querer declarar en el juicio a causa del parentesco de consanguinidad que los unía con el procesado.

Veamos entonces la respuesta que se puede ofrecer al principal interrogante de índole probatoria que surge en el presente caso y cuya respuesta se extraen de ese idéntico precedente jurisprudencial al que hemos hecho alusión:

¿Tiene valor una entrevista rendida por la víctima que posteriormente se acoge al privilegio de no declarar contra su pariente cercano, en nuestro caso el padrastro?

---

[2] Nos referimos a la sentencia de segunda instancia del 30-06-09, radicación 666826000085200701163, M.P. Castaño Duque.

La respuesta categórica que desde ya anunciamos acorde con lo que en su momento decidió la señora juez de primer grado, es que esa entrevista no tendría ningún valor y vamos a explicar por qué:

Como es sabido, cuando una persona no comparece al juicio por las diversas razones a las que hace referencia el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, es posible que se pregone en ella la condición de "testigo no disponible" y a consecuencia de ello se introduzca su declaración anterior -entrevista-, por intermedio de un testigo de acreditación -en el presente caso el investigador de policía judicial que la introdujo al juicio-, en cuyo caso esa versión precedente así presentada en juicio, tendrá la condición de prueba de referencia admisible por vía de excepción.

El problema jurídico que surge, es determinar si cuando alguien sí se presenta en juicio, pero dice que no quiere hablar en uso de un privilegio o prerrogativa constitucional como lo es el parentesco con la persona acusada, puede o no decirse válidamente que también es un suceso que permita asimilarse a la figura del "testigo no disponible" y por esa vía -se repite excepcionalísima- acceder al contenido de la versión rendida en una entrevista previa. Tal situación sui generis fue precisamente uno de los temas que se abordaron en el caso que aquí hemos tomado como referente obligado, y en esa ocasión la H. Corte Suprema de Justicia concluyó que si ello llegare a suceder no podía hacerse uso de la citada figura del "testigo no disponible" y, en consecuencia, no era válido acceder a la entrevista anterior para suplir la ausencia del testimonio en juicio.

La conclusión de la Corte es que en ese evento la entrevista no se debe utilizar y carece de valor probatorio para todos los efectos; es decir, que le asiste razón a la defensa cuando solicita de este Tribunal descartar lo manifestó por la menor en la entrevista que rindió ante funcionarios de policía judicial y en la cual supuestamente comprometió a su padrastro en los hechos materia de investigación.

Así reflexionó la Alta Corporación sobre tan polémico asunto:

> "[…] no puede tenerse como uno de los *"eventos similares"* a que genéricamente alude el citado artículo 438, el ejercicio de una prerrogativa, pues, debe tratarse de una situación equiparable a las contenidas en la norma, es decir, que la indisponibilidad del testigo obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

> Acá, insístase, los testigos sí estuvieron disponibles y lo que ocurrió es que amparados en un derecho, se abstuvieron de rendir declaración.
>
> De esta forma […] las entrevistas y declaraciones rendidas por los parientes del acusado, quienes se ampararon en el derecho constitucional y legal que los exonera de declarar en su contra, **deben ser excluidas de la actuación**" –negrillas de la Sala-

Frente a tan palmaria conclusión, al Tribunal no le queda alternativa diferente que disponer el extrañamiento de la narración ofrecida por la menor víctima ante los organismos de investigación del Estado, para preservar en forma plena su voluntad de no declarar en su contra**.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** la decisión apelada.

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

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ