



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Secretaría Sala Penal

Neiva – Huila

Neiva, 9 de noviembre de 2020
Oficio No. 8744

Señora
LILIA MARIA CHAVARRO DE DIAZ
Cel. 314 4645966
Pitalito – Huila

REFERENCIA: Proceso Penal seguido contra SEGUNDO SAUL DIAZ IMBACHI por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado

Comendidamente me permito comunicarle que, mediante Providencia proferida de manera virtual de la fecha de 21 de octubre de 2020, proferida dentro de la causa de la referencia, la Sala Primera de Decisión Penal de esta Corporación, dispuso lo siguiente:

“...**Primero.- REVOCAR** la sentencia de fecha y procedencia anotadas, que condenó a SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, para en su lugar **ABSOLVERLO** del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, por el que fue acusado, conforme y por los motivos mencionados en precedencia. **Segundo.-** Como quiera que se tiene conocimiento dentro del proceso que el señor SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, se encuentra en la actualidad privado de su libertad en el lugar de su domicilio por razón de esta actuación, en tanto que en fallo revocado se dispuso su encarcelación intramural, se **ORDENA** su libertad inmediata, ante la autoridad carcelaria –INPEC- que corresponda, la que se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por autoridad judicial alguna, caso en el cual se ubicará a su disposición para lo pertinente. **Tercero.- ORDENAR** la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra del procesado, comunicándose igualmente de esta determinación a las autoridades competentes. **Cuarto.- DECLARAR** que contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentara la demanda, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 183 de la ley 906 de 2004. La providencia queda notificada en estrados, sin perjuicio de la que deba intentarse en forma personal, de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.....”.

Fdo. Magistrado Ponente **Álvaro Arce Tovar.**

Atentamente,


DIANA MARCELA SIERRA ANDRADE
Escribiente



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA PRIMERA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	ÁLVARO ARCE TOVAR
RADICACIÓN:	41551 60 00 597 2011 02262 01
PROCESADO:	SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ
DELITO:	Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo.
ASUNTO:	Sentencia condenatoria.
PROCEDENCIA:	Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito –H.-
APROBADO:	Acta N° 1996
DECISIÓN:	Revoca

Neiva, veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020)

I. ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de la apelación interpuesto por la defensa del procesado SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, contra la sentencia proferida el siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pitalito –H.-, lo condenó a CIENTO SESENTA Y OCHO (168) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al responsabilizarlo del delito actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

II. LOS HECHOS

Son sintetizados por el *a quo*, señalando que según se desprende del escrito de acusación “...el día 3 de octubre de 2011, la señora LIBIA MARÍA CHÁVARRO DE DÍAZ instauró denuncia penal, afirmando que su esposo SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ le realizó tocamientos libidinosos a su nieta menor de edad Y.D.R., de los cuales ella fue testigo, al hallarlos en un callejón solitario cercano a su vivienda.”

III. ANTECEDENTES PROCESALES

- En audiencias preliminares llevadas a cabo el 29 de agosto de 2013 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pitalito –H.-, se imputó al declarado persona ausente SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, responsabilidad en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (arts. 209 y 211-5 del C. Penal); e imponiéndole medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, para lo cual se reiteró la orden de captura previamente impartida en su contra.

- Posteriormente, el 25 de noviembre de esa misma anualidad, la Fiscalía 25 Seccional de Pitalito –H.-, presentó escrito de acusación en contra de SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ por razón del delito imputado, pero cometido en concurso homogéneo y sucesivo (art. 31 C. Penal), que al corresponder al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la localidad mencionada, el 4 de febrero de 2014 realizó la formulación respectiva; la audiencia preparatoria la celebró el 17 de marzo de esa misma anualidad.

- El juicio oral se instala el 23 de mayo siguiente y culmina el 25 de octubre de 2019, fecha en la cual se enuncia el sentido condenatorio del fallo, para el 7 de noviembre de este último año, previo el trámite previsto en el artículo 447 del C. P. Penal, procedió seguidamente a dar lectura a la decisión de instancia en los términos y condiciones inicialmente anotadas, resultando recurrida en apelación por la defensa.

IV. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO¹

Luego de relacionar los fundamentos fácticos y procesales, la identificación e individualización del procesado, los términos de la acusación formulada, las alegaciones conclusivas y el recaudo probatorio del juicio oral, el *a quo* frente a los requisitos establecidos en el artículo 381 del C. P. Penal, concluyó reunirlos pues la Fiscalía General de la Nación aportó prueba documental y testimonial indicativa de la responsabilidad por parte de SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ en el hecho denunciado.

Relieva el juzgado de instancia el hecho de probarse a través del registro civil de nacimiento que Y.D.R. era menor de edad para la época de ocurrencia de los hechos², quien declaró en el juicio retractándose de lo dicho en entrevista que fuera incorporada y en la cual le atribuye a su abuelo los vejámenes padecidos, afirmando que su abuela nada observó y solo cuando aquél le negó dinero, se disgustó por cuanto además de no hacerlo, pretendió reprenderla con golpes, situación similar surgida con su hermana D.P.D.R.³, menor

¹ Fls. 13re7 a 142 Carpeta.

² Yenifer Díaz Rojas.

³ Diana Paola Díaz Rojas – 17 años de edad.

que también brindó su versión en la fase preliminar de la investigación y donde refiere sucederle similar atropello a su sexualidad, sin embargo en el juicio negó acto parecido lo que llevó a confrontarlo con lo aseverado en principio, recabando acerca de la mendacidad en esas manifestaciones pues su ascendiente en momento alguno la tocó, sin explicar el cambio en lo vertido dentro del proceso.

Refiere enseguida a lo declarado por la Dra. Yina Paola Rojas Rojas, Psicóloga de la Comisaría de Familia de Oporapa, así como al testimonios del Dr. Alberto Tejada Valbuena, médico legista, quienes aluden a las manifestaciones de Y.D.R. en la entrevista, donde refiere a los tocamientos en su cuerpo por personas mayores a cambio de dinero, que según lo revelado a aquella deponente lo consideraba normal pues no mostraba sentimientos de culpa, más sí prometió no volver a permitirlo, mientras que éste último le aseguró no le había dolido, constatando la ausencia de rasgos físicos de agresión sexual, al igual que coherencia en sus dichos.

Y, finalmente resalta el testimonio de la psicóloga Edilsa Valencia Cedeño, quien como investigadora de Policía Judicial tomó entrevista a la menor Y.D.R. refiriéndole haber sido víctima de tocamientos libidinosos por parte de su abuelo SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ.

Que en los anteriores elementos de prueba traídos por el ente investigador fundamenta su pedido de condena, a los que el *a quo* le confiere total credibilidad por cuanto cumple con las reglas de la inmediación a pesar de obrar la retractación de la víctima Y,D.R., contrario a lo expuesto por la defensa que propugna por la absolución ya que i) la menor se retractó, ii) lo incorporado por MAIKEN RODRÍGUEZ es una prueba de referencia, iii) Luz Élide Díaz Chávarro corroboró que la menor era mentirosa y tenía conductas

inapropiadas, y iv) no existieron hallazgos en la peritación del médico legista.

Sin embargo, pasa a considerar el tema de retractación de los menores en este tipo de delitos, acudiendo para el efecto a lo expresado por la Corte Suprema en las Sentencias SP606-2017, radicado 44.950 de 25 de enero de 2017 y SP2709-2018 de 11 de julio de 2018, radicado 50.637, en las que alude a los criterios que deben tenerse en cuenta para la valoración de este fenómeno, extrayendo que si el testigo –la menor en éste caso- no comparece a juicio, lo dicho en entrevista es prueba de referencia; pero acá sucede lo contrario, toda vez que sí se tuvo la disponibilidad de tener a la menor en juicio.

De tal manera que lo aseverado inicialmente en la entrevista se incorporó por la misma víctima Y.D.R., mediante la impugnación de la credibilidad de su testimonio presentado por la Fiscalía, indicando en aquella oportunidad de manera clara, espontánea y precisa, haberla instado su abuelo para que se dejara tocar a cambio de dinero, detallando qué partes del cuerpo le palpó un viernes de septiembre en una habitación de la vivienda donde residían; y espontáneamente también informó que otros hombres de igual manera la habían tocado, inclusive que su hermana Valentina, de 5 años de edad para aquella época, también había sido víctima de su abuelo SEGUNDO SAÚL DÍAZ, expresiones contrarias a lo declarado en juicio y respecto de lo cual fue insistentemente interrogada, respondiendo que su abuela no se dio cuenta y que ella lo hizo por “rabia”, al omitir suministrarle dinero cuando se lo pidió, intentando pegarle al reclamarle por su acto carente de generosidad.

El juzgador de instancia advierte que en un momento de su retractación los hechos ocurrieron, cuando se le interroga sobre un

aparte de la entrevista donde informa que su hermana Diana quien vivía con su abuela, se había dado cuenta que su abuelo tocaba a su hermana Valentina; concretamente, al preguntársele por qué dijo lo acabado de leer en la entrevista, respondiendo que le daba rabia, y por lo que su hermana vivía con ellos, ella era la que sabía de lo ocurrido y en algunas ocasiones le decía cosas cuando le comentaba que su abuelo la tocaba.

En dicha narración para el *a quo* es suficiente creíble sobre la realidad del vejamen denunciado, sumado a que la menor cuando fue llevada ante el Médico Legista, narró de manera circunstanciada como ocurrieron los hechos, fue clara, hilada, lógica, sin dubitación alguna, al igual que desprevenida su versión, mencionando que había otros hombres a los que les permitía la tocaran; inclusive en su peritaje el médico Tejada Valbuena, en el acápite perturbación psíquica, refiere que durante la entrevista la menor se mostró triste, emoción propia de quien ha sido abusado sexualmente.

A lo que se suma lo declarado por la psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia, al anunciar que en la entrevista y durante el trascurso del restablecimiento de derechos, la menor Y.D.R. sostuvo permitir le hicieran tocamientos libidinosos tanto por SEGUNDO –*abuelo paterno*- y Gerardo –*abuelo materno*-, así como a los vecinos Vitelio Trujillo, Fructuoso e Hipólito, a cambio de dinero que era utilizado para comprar dulces; siendo esa la motivación por la que no dijo nada a sus familiares, teniendo así que antes del juicio oral, la víctima contó a tres profesionales diferentes lo ocurrido con sus parientes en grado ascendente y otros hombres mayores, detallando cómo, quiénes, cuándo y dónde se presentaron los hechos.

Expresa el *a quo* que si bien la psicóloga Yina Paola Rojas, sostuvo que en su primera y segunda versión la menor refiere

versiones no reales, por lo que maneja con facilidad y fluidez la mentira, considera que no es incompatible con la real existencia de los hechos investigados, pues tal como lo observó la Fiscalía, si ellos no hubiesen sucedido, porqué motivo la abuela de la menor, señora Libia Chávarro, instaura la denuncia y le afirma a los policiales la existencia del atropello sexual, advirtiendo varios profesionales escuchar la misma versión unánime de la ofendida acerca de la presencia de los acontecimientos; luego le es difícil creer que tantas personas se hayan puesto de acuerdo para incriminar injustamente a una persona.

De lo anterior considera que en lo medular y periférico, la víctima siempre dio a conocer los motivos por los cuales los hechos fueron conocidos por las autoridades, sin que obedezca a su propia voluntad sino por el hallazgo realizado por su abuela, a pesar de la contradicción advertida en el testimonio de la joven D.P.D.R.⁴ frente a la entrevista rendida el 5 de octubre de 2011, donde asegura haber sido objeto de similar trato sexual al revelado por su hermana Y.D.R., que además su abuela Libia María se enteró de lo ocurrido y dio aviso a las autoridades, reconociendo la firma impuesta en dicha diligencia, pero en el juicio negó haber dicho nada al respecto, sin llegar a explicar su cambio en lo narrado.

Acoge el *a quo* la declaración rendida por Luz Élide Díaz Chávarro, tía de las menores, que califica de difícil el carácter de las niñas D.P.D.R. y Y.D.R. hijas de su hermano Willington, pues son mentirosas con una pésima fama al visitar lugares públicos inapropiados y pedir dinero a personas de edad, al corroborar lo dicho por esta última al médico legista, a la psicóloga y lo afirmado en la entrevista; es decir, corroboró una parte de la versión que la menor

⁴ Diana Paola Díaz Rojas.

de manera unánime expuso en la etapa preliminar y a la que le confiere mayor credibilidad de cara a lo expuesto en el juicio oral, por ser clara, detallada, hilada y coherente, guardando concordancia con las peritaciones del médico legista y de la psicóloga, al igual con la forma de enterarse su abuela Libia María, siendo precisamente esta quien activó el aparato judicial por medio de la denuncia que recaudara Maiken Ramírez Montañez.

Acota que según la experticia del médico legista, cuando la menor contaba el relato de los hechos, lucía triste, lo cual no es más que una reacción normal de una niña que se ha visto descubierta y ha caído en cuenta que el permitir ser manipulada sexualmente no es adecuado y menos a cambio de dinero; sentimiento que si se correlaciona con lo expuesto por la psicóloga, cuando expone que Y.D.R. refleja sentimientos de culpa, lo que daría entender, ciertamente los hechos ocurrieron como los narró en la entrevista y no como lo hizo en juicio.

Concluye el juzgador de instancia que contrario a lo expuesto por la defensa, el proceso sí cuenta con prueba directa como es el testimonio rendido por la menor Y.D.R. en juicio oral, del que forma parte la entrevista tomada en la etapa preliminar, la que fue oportunamente descubierta y decretada por la judicatura, reconocida y autenticada por la testigo, permitiendo su contradicción puesto que así lo hizo en el contrainterrogatorio.

De otro lado, atinente a que según la defensa, lo incorporado por el investigador Maiken Ramírez es una prueba de referencia, recuerda que si el policial compareció a juicio dando a conocer que el 3 de octubre de 2011, fue llamado por la comunidad por un presunto caso de violencia intrafamiliar en el barrio la Manga del municipio de Oporapa –H.-, y que al llegar al lugar tuvo acercamiento con Libia

María Chávarro, quien le dio a conocer que observó a su esposo SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, realizando manipulación sexual sobre su nieta Y.D.R., de 11 años de edad, recuerda que la restricción prevista por el artículo 381 ibídem, es la de proferir condena exclusivamente con prueba de referencia, lo cual no corresponde al caso concreto, por cuanto aquí existe prueba directa, esto es, la declaración de la menor y otros medios probatorios indirectos.

Insiste en rescatar del testimonio de Luz Élide Díaz la corroboración que hace de los dichos de la menor Y.D.R. en la etapa preliminar, pues reconoce que esta tenía bajo su cotidianidad y ante las carencias afectivas de su madre y el abandono de su padre, quien estuvo detenido durante esa época, vivenciara como normales los tocamientos libidinosos a que era sometida, permitiendo ser abusada sexualmente por varios hombres mayores, entre ellos, su abuelo SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, que desarrolló tocamientos en su cuerpo que no dejaron huellas según lo reveló en la anamnesis suscrita por el legista, Dr. Alberto Tejada Valbuena.

Argumenta el *a quo* son múltiples las razones que podrían explicar la retractación, entre otras, por la presión del núcleo familiar, pues no es fácil que uno de sus integrantes ingrese a prisión, máxime en este evento, que al parecer el abuelo paterno es quien sostenía económicamente a las menores; realmente un acontecimiento de ésta naturaleza en una familia, fractura las relaciones de sus integrantes, pues ellos toman posturas de solidaridad, bien sea hacia víctima o victimario; en la psiquis de los abusados se presenta el conflicto interno, no solamente por las presiones familiares referidas, sino por la propia conciencia que en última instancia termina develando que el comportamiento es indebido.

Que el callar la menor en el juicio lo ocurrido con su familiar, la experiencia indica que es una manera de protegerse frente a la comunidad para desechar u olvidar una experiencia traumática, teniendo entonces que los dichos de la menor Y.D.R. son acordes con la prueba testimonial referida, existiendo entonces un conocimiento en la actuación, más allá de duda razonable, no solamente sobre la existencia del hecho, sino también sobre la responsabilidad penal que se le puede deducir al acusado, como autor material de los hechos investigados, requisitos sustanciales contenidos en el artículo 381 del C.P.P. para impartir sentencia condenatoria conforme a solicitado por el ente fiscal.

V. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO⁵

Inconforme la defensa con la decisión de instancia, fundamenta su disenso en la existencia de una indebida valoración probatoria, por falsa apreciación de la prueba y falso juicio de existencia y convicción para derrotar la presunción de inocencia.

En ese sentido expresa inicialmente que el juzgado para emitir condena, determinó la declaración del policial Maiken Rodríguez como prueba de referencia en debida forma, en virtud a que sus atestaciones sobre los hechos fueron escuchados por narración de terceros, lo que indica que no fue testigo presencial de ningún acto sexual en contra de la menor víctima; así mismo, la denuncia penal interpuesta por la señora Libia María Chávarro, toda vez que no atestiguó dentro del juicio oral, por virtud de la disposición legal de no declarar por razón del parentesco.

⁵ Fls. 177 a 84 Carpeta 2

Igualmente, que una vez tomada la declaración a Y.D.R. al día siguiente de la denuncia, ésta afirmó que era la segunda vez que su abuelo le hacía tocamientos indebidos en sus partes íntimas, a cambio de dinero para dulces, pero también le permitía a su abuelo materno y a tres individuos más mayores de edad, que también le realizaran actos sexuales, lo que quiere decir que la menor era violentada sexualmente por una multiplicidad de hombres, cambiando sus aseveraciones en el juicio sin que se pueda determinar en algún grado que la menor estuviese siendo constreñida o amenazada para que cambiara su versión; por el contrario, desvirtuó cada pregunta de la Fiscalía enmarcada en establecer alguna falencia en su testimonio, inclusive, contestó en varias ocasiones la razón fundante de su mentira que debía sostener una vez se inició.

Aduce, la Fiscalía incorporó al juicio dicha entrevista, prueba en la que se muestra la realidad procesal, cuyos dichos se resaltan para evidenciar que de forma concurrente la menor manifestó coherentemente cómo fraguó sus dichos en un momento de rabia, propia de los menores que bajo sus caprichos son capaces de llegar al llanto y de mentir para obtenerlos, máxime si se evidencia que era persistente en solicitar o hurtar elementos para comprar dulces, siendo ahí donde se evidencia el falso juicio de existencia de la responsabilidad del acusado en los presuntos delitos sexuales.

Que afianza aún más la retractación de la menor y su dicho que había mentido en esa época, la versión dada por su tía Lucélida Díaz, quien igualmente refiere al estado de abandono de la niña y a comportamientos de sus sobrinas que no se dejaban guiar, quedando en manos de la madre que se lo pasaba de cantina al igual que sus hijas, resultando su comportamiento muy difícil de manejar. Al interrogar a la deponente si conocía de algún inconveniente presentado entre la niña y el abuelo, respondió no creerles pues son

muy mentirosas, se inventan cada cosa y son muy hábiles para mentir, siendo entonces de resaltar que es la segunda afirmación recogida en el juicio sobre la actitud mendaz de la menor.

Narra igualmente la tía Lucélida con dolor la crianza de las menores frente a la drasticidad de su padre y la furia con la que las castigaba, aspecto que refuerza la misma Y.D.R. cuando afirma que le iba apegar por solicitarle dinero, aspectos que reflejan la existencia de una versión coherente, no impostada o un discurso aprendido y relatado de memoria, sino que encuentra respaldo en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como la motivación para haber dicho y hecho afirmaciones como las que narró en la entrevista.

Aduce, es la propia Fiscalía la que solicita incorporar la entrevista para impugnar credibilidad de sus testigos de cargo, actitud que no es suficiente para pretender que, sobre la base de una entrevista y la recopilación de una versión dada en otras instancias, pueda edificarse la prueba que se requiere para plantar sobre ella el sustento probatorio de una sentencia condenatoria, como lo hizo el *a quo*.

Advierte el defensor al omitir el despacho realizar un debido análisis a los medios probatorios allegados, mutiló los testimonios y dictámenes para encajar la conducta punible, dejando de lado elementos realmente importantes que sustentaban la no ocurrencia del hecho, o por lo menos, los elementos de duda favorables para el procesado, al punto de darle total credibilidad a la entrevista inicial, a pesar que quien realizó la exposición y lectura no fue la menor, sino la profesional del I.C.B.F., evidenciándose que en esa entrevista se habla en tercera persona de los supuestos hechos ocurridos, dichos que muestran que el entrevistador no relató al pie de la letra lo

narrado y que fue acomodado para que quedara más creíble dicha versión.

Además, dicha entrevista, no tiene la autorización del representante legal de la menor para su realización, situación que pondría en tela de juicio dicho elemento material que es el sustento de la condena, por lo que entonces carecería de validez, al no tener los requisitos mínimos para la transformación a prueba de cargo; tampoco, la realidad probatoria se vio desvirtuada, ya que algunos de estos hechos el fallador de instancia los supuso probados, por ende carecieron de fundamentación probatoria, imprimiéndose en sus dichos manifestaciones moralistas y de buenas costumbres que nada tienen que ver con el sub exámine.

Dice la defensa se quiere presentar la retractación efectuada por razones de miedo, terror, amenaza, problemas fisiológicos o psicológicos que alteran el raciocinio, etc., y que en el caso concreto, lograron esas actitudes evidenciarse en la presunta víctima, cuando por el contrario, en su declaración en el juicio oral se le observó bastante tranquila, con el nerviosismo normal que una menor pudiera presentar por las preguntas que se le realizan, explicando que la razón de las falsas imputaciones efectuadas en contra de SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, lo fue por los caprichos infundados de obtener sus golosinas o dulces, generándole tal furia y reproche por razón de la manifestación del acusado, quien le dijo dejara de pedir dinero, que no lo iba a obtener y trató castigarla, motivos suficientes para enervar la ira de la menor, que demostró realizando señalamientos de agresión no evidenciados clínicamente, denotando la capacidad de invención de la menor.

Ahora, la Fiscalía se quedó sin autenticar la versión que dio la abuela en el escrito de denuncia, toda vez que esta no declaró en el

juicio oral para esclarecer si ella había visto o no el presunto tocamiento que hacía su esposo a su nieta, o si fue como esta lo relata en su versión, que la abuela no había visto nada, sino que fue ella misma quien le contó a su ascendiente una historia para involucrar a su abuelo, duda que al no poderse dilucidar, prevalece la versión de la menor, cuando expresa que la abuela no vio nada y que fue ella quien le relata dicha situación.

Así mismo, la Fiscalía en su afán por suplir las falencias investigativas, al momento de recepcionar el testimonio del médico legista, quien practicó el examen sexológico a la menor al otro día de la presunta ocurrencia de los hechos, pretende suplir la retractación de la víctima con la anamnesis y llevarla a la judicatura como una prueba indubitable, sin tener en cuenta que en decisión de este Tribunal del 12 de mayo de 2014, radicado 2010-02864-01, el sólo relato que hace la menor a los peritos (médicos, psicólogos, trabajadores sociales) y que estos exponen en la primera parte de su informe escrito, no puede ser tenido como una entrevista porque no es él quien tiene funciones de policía judicial, como para que pueda tenerse lo narrado por la ofendida como esa clase de medio de conocimiento.

Lo que realmente importa en ese informe escrito que hace parte de la peritación, es el estudio, el análisis, las conclusiones y las recomendaciones, que conforme a sus saber técnico científico emite el perito, con base en lo que directamente percibe; ese es el verdadero valor del informe, puesto que de ninguna otra forma puede asumirse lo que le representa al proceso penal la prueba pericial, toda vez que el informe se hace realidad como prueba, con la presencia del perito en la audiencia pública, exponiendo la razón de su dicho.

Recapitula la defensa indicando que, la incipientes investigación de la Fiscalía y la enervación de la sentencia condenatoria, quedó soportada en argumentos falaces, no demostrativos sino fantasiosos, para acomodar de forma parcial lo testimonios y darle firmeza a la responsabilidad penal que ahora se irroga en contra de su representado, no obstante que al acusador le asistía la carga de la prueba para demostrar no solo la existencia del hecho sino también la participación del procesado, sin que pueda ella encuadrarse de manera estratégica por el fallador, tomando solamente algunos apartes para enmarcar su argumentación condenatoria.

Dice el defensor que si la menor Y.D.R. se retractó en el juicio oral de su dicho en entrevista y si nadie testificó sobre la ocurrencia de los hechos; si las versiones de la denunciante se incorporaron como prueba de referencia y no como prueba directa; si la prueba pericial recaudada no arrojó conocimiento alguno acerca del delito y de la responsabilidad de su defendido; si no existe ningún medio de prueba directo que pueda adicionarse a la prueba de referencia para consolidar la carga probatoria en contra de SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, se debe concluir entonces que ninguna prueba de cargo aportó el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia material de la conducta ilícita investigada, ni de la responsabilidad del encartado, presupuestos inescindibles para emitir sentencia condenatoria, pidiendo por el contrario se revoque el fallo emitido y se dicte a favor del procesado una decisión absolutoria, conforme a lo dispuesto en los artículos 7º y 381 del C. P. Penal.

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES⁶

No se efectuó manifestación alguna por las demás partes que concurrieron a la audiencia.

VII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar la competencia que le asiste al Tribunal para resolver la alzada, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 34-1 del C. P. Penal, que le asigna a la Corporación la facultad de decidir los recursos de apelación incoados contra las sentencias proferidas por los Juzgados Penales del Circuito y los municipales del mismo Distrito.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿La prueba traída al juicio es suficiente para llevar al conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito violatorio de la libertad, integridad y formación sexuales de la entonces menor de edad Y.D.R., como la responsabilidad de SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ en dicho agravio, o por el contrario es generadora de duda?

Para poder resolver el asunto propuesto por el recurrente que propende por una absolución de su representado en aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, en necesario tener en cuenta que acorde con la realidad probatoria analizada y debatida en el fallo impugnado, se observa que el juicio de responsabilidad criminal se edifica teniendo como pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que el Juez de primer nivel le concedió a la entrevista

⁶ Ver constancia secretarial a folio 185 de la Carpeta 2.

absuelta por la presunta víctima Y.D.R., rendida el 5 de octubre de 2011 ante la funcionaria investigadora de policía judicial Edilsa Valencia Cedeño, con el acompañamiento de la doctora Dolly Consuelo Vinazco Meneses, Comisaria de Familia del municipio de Oporapa –H.-

Dicha entrevista fue aducida al juicio por parte de la Fiscalía para que fungiera a efectos de impugnar credibilidad, como consecuencia de haberse presentado el fenómeno de la retractación, ya que cuando la víctima Y.D.R. acudió al juicio a rendir testimonio, desdijo de las incriminaciones que en pretéritas ocasiones efectuó en contra del acusado SEGUNDO SAÚL DÍAZ, al aludir que nunca tuvieron ocurrencia los abusos sexuales atribuidos a su abuelo y que dijo perpetrarlo en su contra, al afirmar todo fue producto de una invención suya, la cual tenía como propósito involucrarlo, al ofuscarse en razón de omitir suministrarle dinero, diciéndole que era un viejo tacaño.

Frente a esa decisión del *a quo*, de concederle credibilidad a esa declaración extraprocesal rendida por la entonces menor de edad Y.D.R., en detrimento de la retractación que de las mismas efectuó cuando 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 una indebida valoración probatoria, por falsa apreciación de la prueba y falsos juicios de existencia y convicción para derrotar la presunción de inocencia, máxime cuando la Fiscalía no acreditó siquiera la existencia de autorización o conocimiento informado para poderse llevar a cabo la entrevista en legal forma.

Como punto de partida para poder resolver los anteriores interrogantes, se hace necesario señalar que ninguna objeción puede

prosperar respecto de éste último tópico, toda vez que la funcionaria de policía judicial adscrita al CTI de la Fiscalía General de la Nación, Edilsa Valencia Cedeño, especializada en Psicología Jurídica y Forense, al rendir testimonio en el juicio oral⁷, precisó respecto de la forma en que se realiza la entrevista de la menor, que estuvo de acuerdo con el protocolo SATAC del que explica su procedimiento y que el mismo se realiza bien con el papá o la mamá, o con el defensor de familia, cuando no hay un representante legal establecido para los menores.

En este caso la funcionaria bajo la gravedad del juramento⁸, en el conainterrogatorio formulado por la misma defensa en el juicio oral, señaló que la entrevista se realizó con la presencia y autorización de la Comisaria de Familia del municipio de Oporapa, toda vez que ésta tiene funciones para sustituir la representación legal de los menores y actúa como defensora de familia en los municipios donde no hay I.C.B.F., que es la entidad encargada de estos procedimientos, afirmaciones no desmentidas ni controvertidas en manera alguna por el procesado o su defensor.

Ahora, atinente a alegada indebida valoración probatoria en que se incurrió en la sentencia por parte del *a quo*, debe expresarse que por regla general los elementos materiales probatorios recopilados por las partes durante la etapa de investigación, como entrevistas, interrogatorios de indiciados, opiniones periciales, etc., por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación⁹, *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, puedan servir de fundamento para la toma de ciertas decisiones, tales como la

⁷ Sesión del 14 de febrero de 2017 – Record. 00:07:20

⁸ Record. 00:23:46

⁹ Artículos 15, 16 y 379 C.P.P.

imposición de una medida de aseguramiento, la preclusión del proceso, la práctica de medidas cautelares, entre otras.

No obstante, 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 ello, la Corte ha expresado 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 conainterrogatorio de las partes...”¹⁰.

Ahora bien, en este caso en que la víctima-testigo Y.D.R. absuelve una entrevista sobre los presuntos hechos en un escenario por fuera del juicio oral, como punto de partida, acorde con lo reglamentado en el actual estatuto de procedimiento penal, se tiene que dicho elemento material probatorio pueden ser aducidos al proceso en las siguientes hipótesis:

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. 25.738.

1. Para refrescar memoria del declarante, en caso que el testigo presente alguna falla en el proceso de memorización (ordinal d, artículo 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, y

2. Como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo (inciso 3º artículo 347 C.P.P.; ordinal b, artículo 393 y artículo 403 ibídem), 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 adverbados 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 ligada con lo declarado por el testigo.

En consecuencia, se colige que para que una declaración rendida por el testigo 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: (i) 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; (ii) el testigo debe ser confrontado con las declaraciones que rindió por fuera del juicio y que son contrarias o contradictorias a lo que en esos momentos está declarando; (iii) 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; y (iv) se debe permitir que la contraparte contrainterrogue al testigo frente a los eventos de la retractación o de la contradicción; fundamentos éstos de los que en el presente evento se verificó su cumplimiento.

En relación con lo anterior y frente al fenómeno de la retractación de los testigos en el juicio oral, la Corte ha expresado reiteradamente lo siguiente:

“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... ”¹¹.

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 Y.D.R. el 5 de octubre de 2011,

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP606-2017 del 25 de enero de 2017, radicado 44,950. M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

ante la psicóloga y funcionaria de policía judicial Edilsa Valencia Cedeño, contando con el acompañamiento y autorización de la Comisaría de Familia de Oporapa, lo hizo en armonía del debido proceso, si nos atenemos a lo siguiente:

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 psicóloga de policía judicial, como lo que le dijo a psicóloga de la Comisaría de Familia de Oporapa y al perito médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, respecto a que el acusado en dos oportunidades la manoseó en sus partes pudendas.

La Fiscalía igualmente 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 ella en esa fase del proceso, para luego ponerla a disposición de la misma, quien luego de reconocer como suya la firma que aparecía consignada en dicho instrumento, a instancias del ente acusador y por intermedio de la funcionaria del I.C.B.F., ante los inconvenientes de la testigo para leer, se procedió a hacer una lectura integral de lo que había declarado pretéritamente en la entrevista vertida ante la psicóloga funcionaria de policía judicial.

Una vez agotado dicho procedimiento, la Fiscalía, sin que se presentara oposición de las partes y demás intervinientes, menos por la defensa, solicitó la aducción al juicio de dicha entrevista para que fungiera como testigo adjunto, conforme obra en los correspondientes registros de audio.

Así mismo, se permitió el ejercicio del derecho de la contradicción, porque al encargado de la defensa se le concedió la oportunidad de conainterrogar a la testigo, éste que al ser ejercido ampliamente, la testigo en una de sus respuestas sobre los motivos para retractarse de lo afirmado inicialmente en dicha entrevista, contestó: *“Pues por lo que yo le pedía esas cosas la plata a mi abuelo y mi abuelo no me la daba y a mí me daba rabia por eso.”*¹²

Todo lo anterior permite colegir en primer lugar, que dicha entrevista se adujo al juicio con sumo respeto del debido proceso, con el especial acatamiento de los principios de la confrontación y de la contradicción; y, en segundo término, que 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 manifestado en la mencionada entrevista rendida con antelación al juicio, frente a lo que atestó en este escenario procesal.

De esta manera se tiene que la entonces menor ofendida Y.D.R., en la mencionada entrevista¹³ expresó que el día 3 de octubre, como entre las 6:30 ó 7:00 de la noche, escuchó que la estaban llamando, fue a ver y era el abuelo, quien entonces le dijo que se dejara tocar y él le daba plata, la arrinconó contra un barranco y empezó a manosearla, le colocaba el pene sobre “la barriga”, se lo había sacado por la cremallera, se lo estaba sobando, tenía puesto un vestido y la ropa interior, él le tocaba la vagina por encima, en ese momento llegó su abuela y lo vio, disgustándose con su abuelo por lo que partió para su casa, siendo esa la última vez.

¹² Sesión del 23 de mayo de 2014 – Record. 01:05:40

¹³ Fls. 54 y 55 Cuad. 1.

La primera vez, refiere, fue un viernes del mes de septiembre al medio día, le hizo lo mismo, estaban en una piecita que hay al lado de la casa, allí hay unas cosas de él y una silla donde a veces duerme, el agresor la colocó sobre la silla, la tocaba y le puso el pene en la vagina, en esa ocasión nadie se dio cuenta.

Agrega que otras personas también la han tocado, como su vecino Vitelio Trujillo, quien le palpa su cuerpo y le da plata, ella ha ido a la casa de él y allá es donde le manosea las partes íntimas, con este señor ha pasado eso cuatro veces y siempre ha sido en su casa porque ella va a ver televisión.

Otro señor es don fructuoso, de quien no sabe el apellido, pero vive en un ranchito con don Hipólito y cuando ella iba a ver televisión, la tocaba en las partes íntimas, lo mismo hacía don Hipólito, también la tocaba, ellos le daban plata que se gastaba en dulces que es lo que más le gusta y por eso lo hacía, por eso se dejaba tocar.

Otro que la ha tocado es su abuelo Gerardo Rojas que vive en el Alto San Francisco, él lo ha hecho como tres veces cuando ella iba dejar al niño, no llegaba a pedirle plata para llevar al colegio, la palpaba tal como lo hacía su abuelo SEGUNDO, eso era en la casa de él y cuando no estaba su abuela, en la habitación donde realizaba los tocamientos con las manos.

De su hermana Diana refiere, a ella en una ocasión la estaba tocando un muchacho que le dicen "Tocayo", su mamá se dio cuenta, entonces se fue para donde sus abuelos con quienes vive; que una vez aquellas también se dio cuenta que su abuelo estaba manoseando a su hermanita Valentina que tiene 5 años, la tenía en el cuarto de él y ella se dio cuenta, le dijo a su mamá y ella se disgustó con su abuelo un tiempo y no le hablaba.

Afirma finalmente, saber lo inadecuado de lo estaba haciendo, pero no contaba nada porque temía la llevaran para el Bienestar Familiar, por eso no revelaba el vejamen quedándose callada.

Sin embargo, cuando la menor acudió al juicio a rendir testimonio, esto es, el 23 de mayo de 2014, cuando ya frisaba los 14 años de edad, desdijo de todo lo dicho en contra de su abuelo SEGUNDO SAÚL DÍAZ en la aludida entrevista, ya que atestó que esos hechos libidinosos no tuvieron ocurrencia y que todo fue producto de una invención en razón a que su ascendiente no le dio dinero que le pedía, en tanto que su abuela no se dio cuenta de nada.

En efecto, en aquella oportunidad manifestó la menor Y.D.R. no haber ocurrido “*nada*” con su abuelo SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ al que conoce de toda su vida, empero asiente haber rendido una entrevista en octubre de 2011, la que reconoce porque contiene su firma, documento que al procederse a su lectura e indagársele por las razones por las que había respondido que con su abuelo no había pasado nada, cuando en el documento está diciendo algunas cosas que pasaron y de las que incluso se dio cuenta su abuela, respondió que su abuela “*no se dio cuenta y que lo hizo por rabia.*”¹⁴

Explica seguidamente disgustarse porque al salir el abuelo de la casa, ella se fue detrás ofreciéndose acompañarlo y le respondió afirmativamente, entonces le pidió dinero y no le quiso dar, recriminándole por ser un viejo tacaño, intentó pegarle pero lo evadió, en ese momento su abuela subía revelándole esas cosas; en ese sentido precisa: “*...yo dije eso, ya yo le había dicho eso a mi abuela, ya no me podía echar más de pa´ tras.*”¹⁵

¹⁴ Record. 00:42:46

¹⁵ Record. 00:42:57

Más adelante al reiterarle para que respondiera sobre lo ocurrido con su abuelo, contesta que “...yo lo embalé a él... Porque yo lo metí... O sea todo eso que yo le dije a mi abuela, que él me hacía esas cosas, cuando yo le dije eso entonces mi abuela le dio rabia y pues lo saco de la casa”¹⁶; y agrega: “Pues cuando mi abuela puso la demanda fue que yo dije todo eso”¹⁷ ..., en Oporapa, en la Fiscalía¹⁸ ... pues que él no me quiso dar plata cuando yo le pedí, entonces pues a mí me dio rabia y dije eso.”¹⁹

Luego al dar lectura a la entrevista en el acápite que contiene la información suministrada a su hermana Diana, respecto a los tocamientos igualmente efectuados por el abuelo a su hermanita Valentina de 5 años de edad, e interrogarla si ella así lo aseveró, respondió que: “Pues porque por lo mismo que me daba rabia y por lo que mi hermana vivía con ellos y pues ella era la que sabía eso y ella a veces me decía cosas así cuando yo le decía que mi abuelo me tocaba”²⁰. Que le decía eso a su hermana “porque o sea de la misma rabia yo le quería contar a todos y embalarlo más.”²¹

Posteriormente y tras la lectura del aparte pertinente, en donde menciona que los señores Vitelio Trujillo, Fructuoso, Hipólito y hasta su abuelo materno Gerardo Rojas, también le habían tocado sus genitales por lo que le daban plata para comprar dulces porque era lo que a ella más le gustaba, se le pregunta si lo ahí narrado efectivamente le había ocurrido con esas personas, responde que “No señora”²², y agrega “...porque como eran cercanos a la casa mía o hablaban con mis papás, pues yo les también les pedía plata y ellos me decían que le decían a mi abuela, y como mi abuela era muy brava..., y ella pues

¹⁶ Record. 00:52:51

¹⁷ Record. 00:53:07

¹⁸ Record. 00:53:13

¹⁹ Record. 00:53:43

²⁰ Record. 00:55:19

²¹ Record. 00:55:47

²² Record. 00:57:08

nos crió a casi como si fuera la mamá de nosotros, entonces ella nos pegaba entonces a mí me dio miedo y pues también lo embale a él.”²³

Al insistirle la Fiscalía respondiera qué tenían que ver los señores mencionados, como Hipólito o Vitelio, para que su abuela la regañara y además dijera que ellos le había hecho cosas malas, reafirmó que “...por lo que yo les pedía plata y a mi abuela no le gustaba que yo estuviera pidiéndole plata a las personas, entonces esto ellos me decían que si yo seguía pidiendo plata entonces que me le tocaba que decir a mi abuela.”²⁴

También, al solicitarle la Fiscalía diera una razón para cambiar en ese acto de audiencia lo que dijo con antelación, precisó que “Por lo mismo por lo que ahí me dio rabia que me negaran la plata que yo les pedía para dulces”²⁵

La Sala considera importante reseñar que tras haber solicitado la aducción al juicio de la mencionada entrevista e indicarse por la defensa no tener ninguna oposición a ello, se ordenó tenerla como parte integral del testimonio²⁶, el apoderado del acusado continuó ejerciendo el conainterrogatorio, confirmando la menor deponente que todo lo hizo por rabia, “pues por lo que yo le pedía esas cosas la plata a mi abuelo y mi abuelo no me la daba y a mí me daba rabia por eso”²⁷, aclarando igualmente que el término “embalar” por ella utilizado significa “... hacerlo quedar mal ante todos”²⁸;

Finalmente, a interrogante formulado por el órgano acusador, indicara qué hizo que ella desencadenara tal cantidad de rabia como

²³ Record. 00:57:37

²⁴ Record. 00:58:41

²⁵ Record. 00:59:32

²⁶ Record. 01:00:36

²⁷ Record. 01:05:40

²⁸ Record. 01:06:16

para hacer esas afirmaciones, señaló la menor *“que mi abuelo me dijera que dejara de estar pidiendo plata y cuándo me fue a pegar.”*²⁹

Insístase entonces que no existe duda alguna, en el presente asunto se está en presencia del fenómeno de la retractación no solo respecto de los dichos de la víctima en relación con el acusado, sino de los señalamientos que realizara a terceras personas, lo que en momento alguno anula las declaraciones del testigo que decidió desdecir o infirmar de lo dicho en una entrevista o declaración anterior.

En esas condiciones, a fin de determinar a cuál de esas versiones contrapuestas se le debe otorgar credibilidad, o si ambas son falaces o complementarias, al juzgador 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 este tema, de antaño la Corte también 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

²⁹ Record. 01:12:59

verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso... ”³⁰.

Y recientemente ha señalado la misma Alta Corporación sobre esta misma materia lo siguiente:

“El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos. ”³¹

Al aplicar lo anterior en el caso en comento, considera la Sala al confrontar y cotejar dichas declaraciones disimiles con el resto del acervo probatorio, se podría llegar a la conclusión consistente en que resultaría tener como creíble y cierto lo declarado por la ofendida ante

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 9 de diciembre de 1994. Radicado 12.855. - Cfr. Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de febrero de 2008, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Radicado 28.257.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP2709-2018 del 11 de julio de 2018, radicación 50.637, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

la psicóloga funcionaria de policía judicial, como efectivamente lo hizo el fallador de instancia, en detrimento de lo que ella posteriormente atestó en el juicio, lo cual podría ser catalogado como una mendacidad, pues está claro que la agraviada volcó esa misma versión en varias oportunidades en el devenir de la actuación procesal, por ejemplo, ante el médico forense que le realizó el examen sexológico y ante la psicóloga de la Comisaría de Familia de Oporapa, que la valoró, las cuales se observa ha sido siempre el mismo relato, no han sufrido alteraciones o variaciones que trascienden en su núcleo esencial, o sea los manoseos y tocamientos lujuriosos a los que fue sometida por el procesado el par de veces que relaciona.

En ese orden, aparentemente no existe razón válida que justifique que de un momento a otro la menor decida cambiar de versión, al desdecir todo lo que dijo en diferentes oportunidades en contra del acusado, con el argumento simple y baladí, que le dio rabia con él porque le pidió plata y no le dio.

Se puede también llegar a colegir sobre la posibilidad de que la joven ofendida haya sido manipulada por terceras personas para que cambiara su inicial versión, para de esa forma favorecer al procesado y así evitar su encarcelamiento intramural, a efectos de que se mantengan las ayudas económicas que le prodigaba a su familia en el pasado, en especial a su misma abuela, quien nuevamente lo albergó en su hogar después de un tiempo de haberse ido de la casa en razón del problema surgido, como así lo declara Y.D.R.

Sin embargo, en sano criterio de esta Sala, lo que sí arroja duda acerca de la real ocurrencia de tales señalamientos, surge de lo

también testificado por la doctora Yina Paola Rojas³², psicóloga de la Comisaría de Familia de Oporapa –H.-, con quien igualmente se introdujo al juicio como evidencia el informe de valoración, atención y acompañamiento psicológico por la misma rendido el 26 de julio de 2011³³, cuando al describir su desarrollo en su segunda infancia, precisa que la menor en dicha etapa, adquirió *“hábitos inadecuados, reflejados en mala presentación personal, desaseo del cuerpo y de su vestimenta, igualmente que presentara conductas disociativas, manifestadas en hurto, sumado a esto J., durante el proceso de atención que se ha estado manejando con ella por parte de la comisaria de familia y de la docente encargada del curso, refiere constantemente versiones no reales, por lo que maneja con facilidad y fluidez la mentira...”* – (Negritas para resaltar).

Ello, según lo refiere la misma profesional en su valoración, por cuanto al iniciar su proceso de formación, su cuidado personal está a voluntad propia, debido a que su madre quien era la persona encargada de su atención, se dedicó al trabajo doméstico en otros hogares para poder suplir algunas necesidades, ya que su padre hacía aproximadamente dos años fue privado de la libertad, quedando en manos de la menor su propio atención y desarrollo, lo que hizo que adquiriera tales hábitos; lo anterior, sumado a que si bien durante su primera infancia, la menor creció y se crió junto a sus padres en un núcleo familiar formado según pautas de crianza tradicionales y se evidencia que ha recibido buen trato físico y psicológico, adoleciendo de necesidades básicas insatisfechas debido a las condiciones económicas de la familia.

Esto es, que si la menor para esa época de la mencionada valoración, que resulta ser concomitante con los presuntos hechos

³² Sesión del 14 de abril de 2015 - Record. 00:13:56

³³ Fls. 122 a 126 Carpeta 1.

que se investigan presentaba conductas disociativas, manifestadas en hurto; refería constantemente versiones no reales, por lo que manejaba con facilidad y fluidez la mentira, esto es, tenía la capacidad de mentir, porqué entonces igualmente no puede colegirse que esas primeras versiones, constitutivas del presunto agravio fueran precisamente una invención bien hilada no real que realizara a su abuela, al no obtener el beneficio dinerario que perseguía de su también abuelo SEGUNDO SAÚL. Debe recordarse en este sentido, que la menor refirió en el juicio, que con su abuelo no sucedió nada, que su abuela no se dio cuenta de nada, sino que ella misma se lo dijo y ésta se enfureció, lo que motivó la denuncia penal en contra del procesado.

Dicha duda se acrecienta cuando la testigo de la defensa, Luz Élide Díaz Chávarro³⁴, tía de las menores Y.D.R. y D.P.D.R., corrobora que sus sobrinas, además de haber sido descuidadas por su progenitora, las dos eran mentirosas y groseras, que tenían mala fama en el pueblo, pues de ellas se comentaba que les gustaba pedirle dinero a los ancianos, que además había tenido que sacarlas de galleras y discotecas, y que en última instancia se le salieron de control.

Además de ello, véase que la señora Libia María Chávarro Díaz, abuela de la menor, persona que al denunciar los hechos investigados según lo refiere la Fiscalía, manifestó haber presenciado los mismos, en su oportunidad en el juicio oral³⁵, amparada en su derechos constitucional y legal a exonerarse de ese deber, se abstuvo de declarar contra su cónyuge SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, persistiendo entonces las aseveraciones vertidas por Y.D.R., cuando al retractarse de sus dichos iniciales manifestó que su abuela no

³⁴ Sesión del 16 de agosto de 2017 – Record. 00:07:14

³⁵ Sesión del 14 de abril de 2015 – Record. 00: 06:00

presenció nada y que fue ella quien le dijo eso en contra de su abuelo. En aquella sesión la señora Libia María, señaló que no deseaba declarar, expresando: *“No señor ni a favor ni en contra, porque no sé nada de él, no sé nada, no sé qué decir.”*³⁶

A su vez, su consanguínea D.P.D.R.³⁷ igualmente se retractó de lo dicho por ella en entrevista del 5 de octubre de 2011, en la que afirmaba que su abuelo también le practicaba tocamientos libidinosos y que sabía por voces de su hermana Y.D.R., que también lo hacía con aquella; dio a conocer además que su abuela Libia María, se dio cuenta de lo ocurrido con su hermana y dio aviso a las autoridades; sin embargo, en el juicio afirmó no haber dicho nada respecto de los tocamientos que le hacía su abuelo a ella y a su hermana, sin que explicara el motivo de su retractación.

Y es de resaltar que dicho testimonio no se logró culminar puesto que al parecer inició labor de parto, habida cuenta de observarse en estado de gravidez, motivo por el que se suspendió la diligencia, sin lograr nuevamente su comparecencia, pese haber sido notificada en otras oportunidades; es decir, en últimas, la Fiscalía no logró introducir dicha entrevista al juicio oral, ni siquiera como prueba de referencia, prevaleciendo en consecuencia lo que la menor testigo señalara en el juicio oral.

Menos fue posible contar con el testimonio de la señora María Yineth Díaz, tía de las menores, de quien se dijo por parte de policía judicial que esta en entrevista, manifiesta los descuidos en los que aquellas eran sometidos por parte de la madre en donde ella igualmente menciona ese tipo de situaciones; todo por motivo a fallas en los equipos de audio-video-grabación, la misma no quedó

³⁶ Record. 00:06:23

³⁷ Sesión del 14 de enero de 2016 – Record. 00:14:56

registrada, sin que pudiera rehacerse por cuanto la aludida señora no volvió a comparecer, empero que tampoco se procuró por su reconstrucción, a través de alguna bitácora o apuntes que al respecto hubieran sido tomados por algunos de los sujetos procesales comparecientes o por el despacho mismo.

Ahora, el testimonio del policial Maiken Rodríguez Montañez sería el único respaldo probatorio en este caso con el que se pudieran corroborar las afirmaciones iniciales que en la citada entrevista vertiera la menor Y.D.R. en contra del procesado; no obstante, como lo señala el *a quo*, dicha declaración solamente se constituye en una prueba de referencia, pues si bien adujo haber acudido el 3 de octubre de 2011, sobre las 06:43 de la tarde al barrio La Manga del municipio de Oporapa –H.- por un llamado de la comunidad a atender un caso de violencia intrafamiliar, señaló que al llegar al lugar se percata por voces de Libia María Chávarro de Díaz, que la violencia intrafamiliar se había generado por cuanto aquella había observado a su esposo SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, cuando tenía a la menor Y.D.R. sobre un barranco, frotándole su órgano genital en el de aquella, razón por la cual fue llevada hasta la Estación de Policía para presentar la correspondiente denuncia.

Y de igual forma, que al día siguiente fue tomada la declaración de Y.D.R quien afirmó que era la segunda vez que su abuelo le hacía tocamientos indebidos en sus partes íntimas; ello a cambio de dinero para dulces, pero que también se lo permitía a su abuelo materno y a tres hombres mayores de edad más; adicionalmente, que su abuelo SEGUNDO tocaba a su hermana Valentina.

Es decir, solamente puede dar fe como testigo directo, que acudió al lugar a atender el caso, al igual que de los pormenores de la denuncia formulada; empero no fue testigo presencial de los

hechos denunciados, pues tales aseveraciones dice las escuchó de Libia María Chávarro de Díaz y de la menor Y.D.R., luego entonces, al no contar esa atestación con soporte en las fuentes de información primaria, como quiera que de un lado, la señora Libia María se abstuvo de declarar en el juicio, en tanto que la menor negó y se retractó de la ocurrencia del hecho atribuido a su abuelo SEGUNDO SAÚL, lo que sabe de oídas, no encuentra respaldo probatorio alguno.

Por manera que, como se dijo, la declaración extraprocesal rendida por la víctima fue aducida a la actuación en consonancia con los postulados que orientan los principios de la contradicción y confrontación, por lo que, en consecuencia, fue respetuosa del debido proceso.

Acorde con lo anterior, la Sala considera que el *a quo* incurrió en los yerros de apreciación probatoria analizados en precedencia, porque en el proceso no existían suficientes elementos de juicio que incidieran para concederle mayor credibilidad a la declaración que la víctima rindió ante la psicóloga funcionaria de policía judicial, en detrimento de lo que ella atestó en el juicio cuando pretendió desvirtuar todo lo que habían declarado extraprocesalmente en contra del inculcado, a propósito de la duda probatoria que genera la manifestación de la psicóloga de la Comisaría de Familia, en cuanto que la menor Y.D.R., para la época de los hechos, que es coincidente con la valoración que respecto de dicha infante emitió y en la que señaló, que en la segunda etapa del desarrollo de la citada infante refería constantemente versiones no reales y que manejaba con facilidad y fluidez la mentira, lo que permite colegir que los presuntos hechos denunciados pudieron surgir de un acto de su propia inventiva.

Colofón de todo lo anterior, encuentra la Sala que la Fiscalía no logro derruir la presunción de inocencia que le asiste, debiendo inclinarse por favorecerlo con una absolución ante la duda presentada, en relación con el atentado a la libertad, integridad y formación sexuales por el que se acusa.

En este sentido la Corte ha precisado:

“2.4.1. La Fiscalía tiene el deber ineludible de demostrar la realización de la conducta punible, así como la participación y la responsabilidad del procesado. En otras palabras, su obligación consiste en presentar una teoría del caso idónea para tal fin, de la cual no sea posible advertir o descubrir algún tipo de error fáctico o jurídico inmanente. Si esto último ocurre, la actividad del defensor puede reducirse a criticar las proposiciones de hecho y de derecho que integran la hipótesis acusatoria, así como las aserciones de prueba de las cuales surgió, como se indicó en precedencia (cf. 2.3.4).

2.4.2. Aun en la eventualidad de sostener una teoría de acusación sólida, coherente, que ofrezca una explicación de lo sucedido y carezca de contradicciones, si la defensa hace otro tanto (esto es, si expone una teoría exculpatoria capaz de sobrevivir a la crítica de la Fiscalía, al igual que la de los demás sujetos que intervienen en la actuación y, en todo caso, la del juez), debe aplicarse el in dubio pro reo. Es decir, el funcionario no podría llenar los vacíos de ninguna, ni mucho menos decidir cuál de las dos hipótesis considera más ajustada a la realidad de los hechos, pues dada su coexistencia (o, mejor dicho, la refutación externa, no interna, de cada una de las teorías) el conocimiento lógico-objetivo de la imputación siempre estará impregnado por una “duda razonable”.

2.4.3. Si tanto la teoría del organismo acusador como la de la defensa en realidad no resuelven el problema (bien sea porque no demostraron lo prometido, o porque las proposiciones empíricas y jurídicas de ambas partes fueron insuficientes, irrelevantes, equívocas, falaces, etc.), también opera la presunción de inocencia.”³⁸

³⁸ Sala de casación penal, Sentencia del 26 de octubre de 2011, radicado 36.357, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

Reitérese entonces que ese convencimiento de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda, requerido por el artículo 381 ibídem para impartir condena, no se reúne, debiendo la Sala aplicar el principio de la presunción de inocencia que legislación procesal penal en su artículo 7º consagra, figura universal del *in dubio pro reo*, que consiste en que, “*la duda que se presente se resolverá a favor del procesado*”, imponiéndose la absolución de SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ de los cargos imputados en la acusación, y en consecuencia la revocatoria del fallo de instancia.

Es por lo anterior, que la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de fecha y procedencia anotadas, que condenó a SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, para en su lugar **ABSOLVERLO** del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, por el que fue acusado, conforme y por los motivos mencionados en precedencia.

Segundo.- Como quiera que se tiene conocimiento dentro del proceso que el señor SEGUNDO SAÚL DÍAZ IMBACHÍ, se encuentra en la actualidad privado de su libertad en el lugar de su domicilio por razón de esta actuación, en tanto que en fallo revocado se dispuso su encarcelación intramural, se **ORDENA** su libertad inmediata, ante la autoridad carcelaria –INPEC- que corresponda, la que se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por autoridad judicial alguna, caso en el cual se ubicará a su disposición para lo pertinente.

Tercero.- ORDENAR la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento, los registros o anotaciones originados por el mismo, así como levantará las medidas privativas de la libertad, órdenes de captura y determinaciones cautelares que hayan sido impuestas en contra del procesado, comunicándose igualmente de esta determinación a las autoridades competentes.

Cuarto.- DECLARAR que contra este fallo procede el recurso de casación que podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentara la demanda, conforme lo establece el artículo 98 de la ley 1395 de 2010 que modificó el artículo 183 de la ley 906 de 2004.

La providencia queda notificada en estrados, sin perjuicio de la que deba intentarse en forma personal, de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

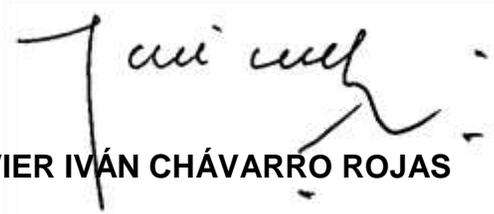
Cumplase,



ÁLVARO ARCE TOVAR
(Providencia virtual)³⁹

³⁹ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas. Consejo Superior de la Judicatura. ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020. **Artículo 22.** *Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.* ”

JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: _____ FOLIO: _____ del libro de sentencias penales.