

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Pereira, diez (10) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ACTA DE APROBACIÓN No 466
SEGUNDA INSTANCIA

Acusado:	Carlos Hernán Hernández Rivera
Cédula de ciudadanía:	4.345.021 expedida en Anserma (Caldas)
Delito:	Actos sexuales con menor de 14 años
Víctima:	Menor LVB -de 12 años de edad para la época de los hechos-
Procedencia:	Juzgado Quinto Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira
Asunto:	Decide apelación interpuesta por la Defensa contra el fallo de condena de fecha octubre 22 de 2021. SE REVOCA.

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

1.- HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- Los hechos fueron plasmados por el funcionario de primer nivel en el fallo confutado, así:

“La presente investigación se inició el 30 de julio de 2015, por denuncia penal que presentó la ciudadana María Edid Bañol Castro, en calidad de representante legal de la menor L.V.B de 12 años de edad; quien puso en conocimiento de la Fiscalía que el administrador del parqueadero de razón social “Cuchilla de los Castros” conocido por todos en el sector como Mauricio Rivera Hernández, alias “MAO”, en repetidas ocasiones invita a la menor al parqueadero donde le hace tocamientos de tipo eróticos en los senos y vagina, a cambio le regala dinero a la menor para que guarde silencio. Refiere la progenitora que según el relato de la menor víctima, estos acontecimientos vienen sucediendo de manera frecuente desde el mes de marzo de 2015”.

1.2.- Adelantadas las labores investigativas, se llevó a cabo a instancias de la Fiscalía la audiencia de formulación de imputación (diciembre 05 de 2016)¹, por medio de la cual se le endilgó al señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ RIVERA** el delito de actos sexuales con menor de 14 años -artículo 209 C.P.-, en concurso homogéneo y sucesivo, los cuales NO ACEPTÓ.

1.3.- Ante esa no aceptación de cargos, la Fiscalía presentó formal escrito de acusación² en el que atribuyó idénticos cargos al imputado, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito, autoridad ante la cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (junio 29 de 2017), luego de múltiples aplazamientos se realizó la audiencia preparatoria (enero 31 de 2019), y juicio oral (septiembre 18 de 2019, enero 21 de 2020, agosto 02 y octubre 22 de 2021), al final del cual se dictó un sentido de fallo de carácter condenatorio, y en esa misma ocasión se emitió la sentencia por medio de la cual: (i) se declaró responsable al acusado **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ RIVERA** por el delito de actos sexuales con menor de 14 años; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad equivalente a 12 años de prisión, e inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término de la pena principal; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, **y por último se ordenó expedir captura en su contra, una vez en firme la sentencia.**

1.4.- Para llegar a esa determinación, el quo luego de referir que en ningún yerro se incurrió al aceptar los *testimonios adjuntos* rendidos por los testigos, analizó lo relativo a la retractación en juicio y lo plasmado en la entrevista por la menor LVB, para señalar que no es bien visto que un adulto tenga contactos con una pequeña en etapa de pubertad, ante los riesgos que se advierten de esa desigual relación, y le llama la atención el contacto continuo que la niña sostenida con el acusado, quien pese a su intención de librarlo de los hechos investigados, admitió que se llevaban muy bien al punto que este le ofreció un celular que ella rechazó.

Se acreditó que entre el acusado y la niña existía fluida comunicación celular, como esta lo aceptó y confirmó su progenitora MARÍA EDID BAÑOL, mismas que se daban antes de las 6:00 a.m., lo cual es inusual, aunado a que L.V.B. indicó que iba al parqueadero entre las 6:00 y 6:30 a.m., lo que no tiene

¹ No aparece en el expediente digital copia del acta de dicha audiencia preliminar, por lo cual sus datos se obtuvieron de lo consignado tanto en el escrito acusatorio como en el fallo de primer nivel.

² Cuya fecha se desconoce, en tanto en el documento que aparece en el dossier, el espacio para la fecha figura en blanco y no obra constancia al respecto, aunque se advierte que fue recibido por el despacho A-quo en febrero 28 de 2017, acorde con el acta de reparto de esa misma data.

explicación distinta a que tales llamadas lo eran para coordinar posteriores encuentros con el procesado. Y aunque LVB pretendió justificar las llamadas, al sostener que lo eran para coordinar los préstamos de dinero que le hacían a su tía LUZ MARÍA, dada la cercanía del parqueadero, se pregunta, ¿qué coordinación debía hacerse? Además, la pequeña nunca fue convocada para devolver esos dineros, máxime cuando para ello **CARLOS HERNÁN** iba en su vehículo, se parqueaba, pitaba y la tía salía y le daba el dinero, y si así se procedía para el pago, ¿porque no se hacía igual para retornarlos?

De lo expuesto por la señora MARÍA EDID BAÑOL quien trató de modificar lo que inicialmente sostuvo, se extracta que su hermana LUZ MARÍA era la encargada de recibir el dinero por el arrendamiento de un lote donde funcionaba el parqueadero y este le hacía préstamos para pagar servicios públicos, y es usual que esos pagos se hagan a finales o principios de cada mes y de aceptarse que LVB era quien recibía dichas sumas, ello solo justificaría su presencia en el parqueadero una vez al mes, pero no con la periodicidad en que lo hacía como lo dijo en su testimonio, sin que tampoco sea de recibo que los tocamientos se los inventara la niña para no ir al parqueadero, pues le hubiera bastado contarle lo sucedido a su familia para que no la volvieran a mandar a dicho sitio, máxime que no se advierte posible que una pequeña de 12 años, tenga capacidad de inventar acusaciones tan graves, al describir la forma en que **CARLOS HERNÁN**, alias MAO, la acariciaba, lo cual era posible solo de alguien que los hubiera vivido y menos frente a una persona con la que no tenía enemistad o problema y por el contrario con quien "se llevaba muy bien", por lo cual ante tales incoherencias de LVB no puede aceptarse la versión que entregó en juicio.

El que la menor pretendiera justificar que había madurado, al decir que de pequeña era mentirosa y que no quería que MAO sufriera las consecuencias de lo que había inventado, en lo dicho por su madre no denotó ninguna situación de inmadurez; por el contrario, el psicólogo que la entrevistó refirió que tenía adecuado funcionamiento psíquico, nadie la tildó de mentirosa y su madre le creyó al punto que denunció.

Existe también un indicio de oportunidad para que el procesado cometiera los delitos, ello por cuanto L.V.B. ingresaba al parqueadero donde permanecía a solas con **CARLOS HERNÁN**, lo que aprovechó para realizarle tocamientos, aunado a la precaria condición económica de la niña y su familia, lo que la hacía vulnerable ante ofrecimientos de dinero, y el hecho se ejecuta cuando la pequeña está con su abuela de 81 años que difícilmente puede supervisarla, al punto que nunca se enteró de las múltiples ocasiones en que la menor, sin compañía, entró al parqueadero para quedar a merced del procesado.

Pese a la oposición de la defensa, respecto a la introducción del reconocimiento del procesado con el testimonio de la menor, se tiene que nada impedía que a ello se acudiera; no solo por cuanto ya lo conocía y porque el apodo de MAO ninguna relación tiene con el nombre del acusado y era imperativo establecer de quien se trataba y que la persona reconocida era quien había sido señalada como quien abusaba sexualmente de la niña; sino porque además, esta clase de abusos se cometen en la clandestinidad, por lo que es importante que los dichos de las víctimas sean contrastados con otros medios de prueba, esto es, con la corroboración periférica, y de ello se tiene que la versión de L.V.B. no es insular y tiene respaldo en lo referido en el dictamen psicológico, donde se descartó que estuviere fantaseando o imaginando cosas y por el contrario su relato era lógico y coherente, y el señalamiento que hizo sobre **CARLOS HERNÁN** lo reprodujo en diferentes ocasiones y siempre conservó su esencia.

1.5.- Inconforme con tal proveído, la defensora del sentenciado dijo que apelaría el fallo y lo sustentaría en forma escrita.

2.- DEBATE

2.1.- Defensa -recurrente-

Pide se revoque la condena proferida en contra de su defendido y se emita un fallo absolutorio, lo cual sustentó así:

Acerca de la utilización de declaraciones recibidas en sede de juicio, con la finalidad de establecer a cuáles se les debe dar credibilidad, ello se encuentra determinado en la ley y la jurisprudencia, lo que para este caso no se cumplió en lo que atinente a las declaraciones anteriores que ingresaron como *testimonio adjunto*, pues la Fiscalía usó la entrevista de octubre 14 de 2015 para impugnarle credibilidad a la menor L.V.B., sin dársele lectura íntegra a la misma y solo pidió que se aceptara como complemento de su declaración el *álbum fotográfico y el acta de reconocimiento*. Y es que la aducción a juicio de manifestaciones anteriores no opera automáticamente, sin solicitud expresa de la Fiscalía, en tanto ello comportaría una actividad probatoria oficiosa del juez lo que está vedado en el ordenamiento procesal y mal haría valorar una declaración cuya incorporación no fue solicitada.

De contera, si se excluye la entrevista incorporada irregularmente por el juez como *testimonio adjunto*, solo queda la declaración rendida en juicio por L.V.B., donde explica cómo surge la investigación y expresa que dijo mentiras y que desde el año 2017 buscaba la oportunidad para aclarar lo sucedido, pero que en juicio decía la verdad. En juicio no se resaltó que **HERNÁNDEZ RIVERA**

se acusó de haber tocado la vagina y senos de la afectada por encima de la ropa, sin que se describa si estos le produjeron sensación o emoción libidinosa al acusado, y de haber ocurrido, cuál sería el contenido sexual de estos, en tanto no se advierte referencia relativa a la vivencia que supuestamente tuvo la menor, qué sensación pudo percibir de su supuesto agresor, cuando ni siquiera se lee que haya intentado quitarle la ropa, que él le pidiera que lo tocara o exhibiera sus partes íntimas, que la acariciara en su cuerpo o que la besara, aunado a que no se precisó el número de veces en que el supuesto agresor acudió a dichas prácticas, sin que se haya probado el dolo.

Queda en duda lo afirmado en el fallo como un hecho cierto lo ocurrido en un parqueadero, donde luego de pasadas las seis de la mañana, hora en la que debería haber afluencia de público, en donde no hay baño, expuesto a los *transeúntes* y *conductores* que ingresan para sacar los vehículos, y que sean tan inconscientes o depravados para observar los vejámenes del administrador y no hacer manifestación alguna; y aunque las conductas sexuales generalmente ocurren en la clandestinidad, en ese caso se dijo que fue en un parqueadero, donde se presta servicio al público, lo que contradice lo que normalmente ocurre en esta clase de ilícitos.

La menor L.V.B. narró el por qué recibía dinero del acusado y quien era su destinataria, sin que se arripara persona a juicio que desvirtuara tal afirmación, como lo sería la tía de la menor, sin que tampoco sea de recibo que el acoso se diera por vía telefónica, porque la madre de la niña no afirmó que las llamadas que al parecer recibía en la mañana y la noche fueran de su prohijado, y aunque la tarjeta SIM se le entregó al investigador para extraer información porque nunca le preguntó por su interlocutor, o por quien la llamaba a tempranas horas. La madre no es testigo de los hechos, ella repitió enjuicio lo que MAGDALENA RÍOS le dijo que escuchó de su hija, no afirmó nada acerca de lo sucedido, no estaba enterada de lo que pasaba en su casa, pero narró como su hija de tiempo atrás le había manifestado que lo que había dicho no era verdad, además que nunca le vio dinero, ropa o elementos que no fueran suyos.

Aunque el psicólogo concluya que el relato sea lógico y coherente, no se puede decir que sea cierto y verdadero, en tanto por protocolo no puede llegar a tal conclusión, sin lograr establecer un daño en la salud de la niña, y por ende para la defensa, la menor si estaba en condiciones de expresar en juicio la verdad de lo ocurrido, al carecer de afectaciones en su salud o en su mente que se lo impidieran, quien no podía permitir que el acusado fuera a la cárcel por mentiras que ella dijo, con lo que demuestra que tiene un concepto claro sobre el valor justicia, porque él no tiene la culpa de lo que ella inventó.

No puede ser de recibo que se prueben hechos a partir de indicios, *al no quedar probado* si la niña ingresó al parqueadero, que haya estado a solas con su defendido y que aprovechara tal oportunidad, y menos construir un indicio a partir de que la madre de la menor sale a tempranas horas a laborar para deducir su precaria condición económica, en tanto en juicio se dijo que su cliente es arrendatario de la familia de la pequeña, por lo cual no se estableció una tal precaria situación para que recibiera supuestos ofrecimientos económicos. Tampoco se dijo qué clase de teléfono al parecer el acusado le regalaría, si era nuevo o usado, ni puede concluirse que ese ofrecimiento llevara consigo una intención que le reportara un beneficio libidinoso al procesado.

2.2.- Debidamente sustentado el recurso, el funcionario de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación, con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, SE CONSIDERA

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Corresponde al Tribunal establecer si la decisión de condena proferida en contra del señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ RIVERA** se encuentra acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, si lo que procede es su revocatoria y en su reemplazo dictase una sentencia absolutoria, como lo pide la defensa recurrente.

3.3.- Solución a la controversia

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906/04, para proferir una sentencia de condena es indispensable que al juzgador llegue el conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la

conducta punible atribuida, sino también acerca del compromiso de la persona involucrada, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio.

En este en concreto, los hechos que le fueron endilgados por parte del órgano persecutor al ciudadano **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ RIVERA**, conocido con el alias de "Mao", los hizo consistir que durante las calendas comprendidas entre enero y junio de 2015, la menor L.V.B., de 12 años de edad para esa época³; fue víctima de tocamientos en senos y vagina que este le realizaba por encima de su ropa, en el interior de un parqueadero que administraba, a cambio de lo cual le regalaba dinero a la pequeña para que guardara silencio.

En desarrollo de la audiencia del juicio oral se escucharon las declaraciones de L.V.B., de su señora madre MARÍA EDID BAÑOL CASTRO, así como los peritos de Medicina Legal, Dr. JAIRO ROBLEDO VÉLEZ -psicólogo- y ERVIN MONTOYA ZAPATA -médico-, a la vez que se estipuló el registro civil de nacimiento de la menor afectada. Igualmente, se incorporaron como pruebas a la actuación los siguientes documentos: (i) la plena identidad del señor **HERNÁNDEZ RIVERA**; (ii) los dictámenes periciales arrimados por los profesionales de medicina legal; (iii) los dos álbumes fotográficos y el acta de reconocimiento fotográfico realizado por L.V.B; y (iv) las **entrevistas** que rindieron EDID BAÑOL en octubre 10 de 2015 y **L.V.B.** en octubre 14 de 2015, *las que se admitieron como testimonio adjunto*.

El A-quo luego de analizar las pruebas arrimadas a juicio, consideró que la información que suministró L.V.B. en entrevista previa, era la que debía valorarse y dársele credibilidad y no a la retractación efectuada en juicio, en tanto las pruebas arrimadas al dossier permitieron corroborar periféricamente que el acusado fue el autor de los tocamientos a los que aludió la pequeña.

La defensa por su parte, se mostró inconforme con tal determinación al sostener, inicialmente, que la incorporación de la entrevista de la menor, como **testimonio adjunto**, vulneró el debido proceso probatorio, en tanto la Fiscalía no pidió su incorporación expresa y ello se hizo de manera **oficiosa** por el A-quo, por lo cual no podía ser valorada y ante ello solo queda la versión de la niña en juicio, donde se retractó de lo sucedido, sin que los indicios a que acudió el A-quo sirvan para fundamentar el fallo, aunado a las dudas respecto de la comisión de los hechos en el interior del parqueadero.

³ Según tal documento identificado con serial 35264734, NUIP 1004777730, nació en febrero 18 de 2003.

Con miras a resolver los cuestionamientos efectuados contra el fallo de condena por parte de la apoderada del señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ**, considera la Sala que los dos problemas jurídicos a desarrollar consistirían en lo siguiente: **(i)** si la entrevista previa que rindió la menor L.V.B., fue incorporada a juicio como testimonio adjunto de forma indebida y por consiguiente no podía ser objeto de valoración por el A-quo, y **(ii)** si excluida del acervo probatorio la referida entrevista, existe prueba para emitir fallo de responsabilidad en contra del acá acusado, mismos que se procederán a desarrollar así:

- ***Sobre la indebida incorporación de entrevista previa como testimonio adjunto.***

Señala la recurrente que la entrevista previa de octubre 14 de 2015, que había rendido la menor L.V.B., fue indebidamente incorporada como testimonio adjunto, lo cual obedeció a una determinación de carácter oficiosa del A-quo, lo cual le está vedado, ante la no solicitud al respecto por parte de la delegada del ente acusador, misma que fue objeto de valoración por parte del funcionario para establecer que debía darle credibilidad a lo allí contenido y no a lo expresado en juicio por la presunta víctima.

Con antelación a desarrollar tal planteamiento, considera la Sala necesario hacer alusión a lo que jurisprudencialmente se ha establecido en punto del testimonio adjunto y la impugnación de credibilidad, en tanto en diversas ocasiones suelen confundirse, como para la Sala al parecer en este caso tuvo ocurrencia, como más adelante se verá.

Al respecto ha sostenido la Corte⁴ que:

*“En ese escenario, la Sala ha señalado que no puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial⁵), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal”.*

⁴ CSJ SP, 07 feb. 2018, rad. 43651, reiterado en CSJ SP, 17 jul. 2019, rad. 49509.

⁵ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. [lo] cual puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

*En forma resumida, de acuerdo con lo establecido por la Corte, la admisibilidad de las declaraciones anteriores **como medio de prueba**, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.*

[...]

*Así las cosas, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté **disponible**⁶ en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia⁷; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte⁸, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones⁹, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente” -Subrayas fuera del texto.-*

Así mismo en últimas jurisprudencias la Alta Corporación¹⁰ nuevamente se refirió al tema y sobre el particular indicó:

“9.2. Ahora bien, en reciente pronunciamiento la Sala recordó que, su jurisprudencia¹¹ ha diferenciado dos situaciones: i) el uso probatorio de las entrevistas anteriores al juicio, incorporadas al debate con la pretensión de hacerlas valer como testimonios adjuntos; y ii) cuando aquellas son empleadas en el debate para impugnar credibilidad. En palabras de la Sala¹²:

«El testimonio adjunto ha sido desarrollado por la jurisprudencia¹³, pues puede ocurrir que cuando los testigos concurren al debate público se retracten de cuanto expusieron anteriormente, introduzcan modificaciones sustanciales o incluso nieguen haber realizado tales atestaciones.

[...]

⁶ La disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

⁷ Sentencia citada Rad. 44950

⁸ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

⁹ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario.

¹⁰ CSJ SP3408-2022, Rad. 51855, 28 sep. 2022.

¹¹ CSJ SP1875-2021, Rad. 55959, 12 may. 2021.

¹² CSJ SP2084-2022, Rad. 60917, 15 jun. 2022.

¹³ Cfr. CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 20 may. 2020. Rad. 52045, entre otras.

*Para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto es necesario que: (a) El declarante se retracte en la vista pública de lo narrado antes, (b) Ese testigo esté disponible para declarar en el debate oral, (c) La declaración anterior sea incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez, contando con las dos versiones, pueda valorarlas y definir la credibilidad de una y otra, o a qué segmentos otorga valía, motivando su decisión, (d) **La parte interesada solicite la incorporación de la declaración anterior al juicio como prueba, esto es, como testimonio adjunto. Desde luego, en un derecho de partes le está vedado al juez incorporar oficiosamente tal versión anterior**, (e) Si el juez admite su incorporación excepcional, entonces tiene el carácter de testimonio adjunto o complementario, lo cual permite diferenciar tal exposición previa al juicio de otras figuras, como la prueba de referencia, las declaraciones anteriores para refrescamiento de memoria o para impugnación de credibilidad.*

[...]

Por su parte, el artículo 347 de la citada legislación procesal dispone que las partes pueden aducir al expediente declaraciones juradas de cualquiera de los testigos, y que para hacerlas valer en el juicio como impugnación de credibilidad “deberán ser leídas durante el contrainterrogatorio”, precisando que tales declaraciones no podrán “tomarse como prueba por no haber sido practicadas con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

Entonces, la jurisprudencia ha dispuesto ciertas reglas en orden a evitar que, pretextando la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, en realidad se proceda a su indebida incorporación como pruebas, afectando el debido proceso probatorio. En tal sentido, de un lado, corresponde a la parte interesada demostrar que ese uso resulta necesario conforme a los fines señalados en los artículos 391 y 403 ya mencionados, esto es, sentar las bases.

Y de otro, utilizar tales declaraciones para demostrar contradicciones u omisiones importantes en el relato, con el propósito de menguar la verosimilitud y/o la credibilidad del testigo.

Las mencionadas reglas son¹⁴:

“(i) a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión (sin perjuicio de otras formas de impugnación); (ii) darle la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior), (iii) si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso; y (iv) la incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones

¹⁴ CSJ SP, 25 ene. 2017. Rad. 44950 y CSJ SP, 31 ago. 2016. Rad. 43916, entre otras.

documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas”.

En suma, la impugnación de la credibilidad corresponde a un procedimiento distinto de la incorporación de una declaración anterior como testimonio adjunto. La diferencia sustancial emana de las mismas denominaciones, pues se impugna credibilidad para restarle fuerza demostrativa al declarante, mientras que el testimonio adjunto supone la incorporación de una versión rendida antes del juicio, cuando el testigo se ha retractado en el debate oral, con el propósito de que sea tenida en cuenta por el juez como prueba al dictar el fallo¹⁵» -negrillas de la Sala-

Con fundamento en ello, procederá la Sala a analizar lo ocurrido en desarrollo del juicio oral en el presente asunto, para establecer si en realidad, a voces de la defensa recurrente, en este asunto, se vulneró el debido proceso probatorio. Y para ello, procederá a hacer alusión a lo acaecido en tal audiencia, en especial cuando la Fiscalía pretendió hacer uso de la entrevista de **octubre 14 de 2015** que había rendido previamente la menor **L.V.B.** y al respecto tenemos:

Una vez por parte de la delegada del ente persecutor se dio inicio a la declaración de la menor L.V.B., quien desde un principio se mostró ajena a los hechos denunciados en contra del señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ**, y al reconocer que rindió una entrevista previa, la fiscal solicitó autorización al juez para exhibirle la misma, *sin esgrimir si ello lo hacía para refrescar memoria, impugnar credibilidad, o si ante la evidente retractación para ser tenida en cuenta como testimonio adjunto*; aun así, el juez sin requerimiento alguno sobre ese particular, le permitió que usara tal documento.

Ahora bien, una vez la niña tuvo en su poder la referida entrevista, que reconoció como suya, la fiscal le pidió que la leyera *mentalmente* -con lo que entendería que pretendía refrescar su memoria-, lo que en efecto hizo L.V.B. y seguidamente la fiscal procedió a cuestionarla sobre lo que dijo en la misma, para luego pedirle que leyera dos apartes de tal documento, como así lo hizo la testigo, y consecutivamente continuó con el interrogatorio directo.

Mas adelante, la funcionaria del ente acusador se dirigió al juez A-quo en los siguientes términos: *“señor juez, la Fiscalía no le va a hacer más preguntas a la testigo y le solicita sea aceptado como complemento del testimonio de ella el álbum fotográfico y el acta de reconocimiento fotográfico donde la menor reconoció al procesado, teniendo en cuenta que el procesado no se hizo*

¹⁵ Cfr. CSJ SP, 12 may. 2021. Rad 55959, entre otras.

*presente a la diligencia de hoy*¹⁶. Frente a la incorporación de tales documentos, se opuso la defensa, lo cual sustentó y coadyuvó el pedido por el órgano persecutor, tanto la apoderada de víctimas como el agente del Ministerio Público.

Luego de las mencionadas exposiciones, el A-quo se pronunció al respecto¹⁷ y de entrada dijo: *“no hay fundamento para la oposición de la defensa a que sean admitidos por parte de este despacho el reconocimiento **y la entrevista rendida por la ciudadana [el 14 de octubre de 2015]**”,* y posteriormente al esgrimir los razonamientos para ello indicó *“además inicialmente la menor había hecho unos comentarios negando las circunstancias que aquí se crearon y hubo necesidad por parte de la señora fiscal de que la reconviniera, para que hecho **el ejercicio de refrescar memoria** pudiera realmente establecer qué era lo que había dicho anteriormente, y pues, de conformidad con ello se ha logrado una unificación sustancial en el testimonio [...]”,* para finalmente disponer que *“se admite como pruebas de la Fiscalía los álbumes fotográficos, el acta de reconocimiento **y la entrevista rendida por la menor [...]**”.*

No obstante que la defensa interpuso recurso de reposición contra tal determinación, al sostener que con ella se vulneró el debido proceso probatorio, el A-quo mantuvo la decisión, avalada por los demás intervinientes, y en punto de lo atinente a la aludida entrevista, señaló *“se tiene una testigo que se dice que es la víctima directa, una persona que como dije hace un momento, y es el sustento de la admisión como **testimonio adjunto** de esa entrevista, que además la ley lo faculta, inicialmente había mostrado ajenidad a los hechos, pero fue gracias a ese documento que la señora fiscal logró que la testigo encausara su relato de los hechos [...]”.*

De lo sucedido en esa específica situación la Sala puede sostener lo siguiente: **(i)** la fiscalía NUNCA solicitó autorización para usar la entrevista, ya fuera para refrescar memoria, impugnar credibilidad, ni mucho menos para que se tuviera en cuenta como *testimonio adjunto*; **(ii)** de la forma en que la delegada fiscal enfocó el uso de tal documento y como en principio se vio, se colige que pretendía utilizarlo para refrescar memoria, como así lo percibió el A-quo y lo plasmó en su decisión inicial; **(iii)** si lo que pretendía la fiscal, ante la retractación de la menor en juicio, era que se conociera lo que la misma había expresado en la entrevista de octubre 14 de 2015, debió pedirle que leyera en su integridad tal documento, no apartes del mismo; **(vi)** la fiscal como parte, no pidió que se incorporara la entrevista previa rendida por la menor como

¹⁶ Ver registro de la audiencia de juicio celebrada en septiembre 18 de 2019, a partir del minuto 43:45.

¹⁷ Ver registro de la audiencia de juicio celebrada en septiembre 18 de 2019, a partir del minuto 49:55.

medio de prueba para su posterior valoración; y **(v)** el juez, como se vio, **de oficio**, procedió a admitir como *testimonio adjunto* tal entrevista (medio de prueba), pese a no existir petición expresa de la parte interesada (fiscalía).

Es claro, amén del obligado recuento de lo sucedido en la etapa del juicio, que en este asunto la delegada fiscal se equivocó dada la forma errada en que enfocó la declaración de la menor, al no usar debidamente la entrevista previa que esta rindió, misma que ante su retractación, debía ser leída íntegramente y posteriormente solicitada su incorporación como testimonio adjunto DE MANERA EXPRESA, lo cual no hizo, pero aun así el A-quo, OFICIOSAMENTE procedió a su admisión como tal, lo cual le estaba vedado hacer, en tanto nos encontramos ante un sistema rogado, de partes y el juez debe actuar de manera objetiva e imparcialmente, sin afectar con sus determinaciones la igualdad de armas, lo que acá desconoció con la adopción de tal proveído.

Ello para la Sala, y en consonancia con lo argumentado por la abogada recurrente, comporta una flagrante violación del debido proceso probatorio, en tanto el juez se salió de su rol, y se inmiscuyó en aquél que le compete de manera exclusiva y excluyente al órgano persecutor, al ordenar de OFICIO la admisión de una entrevista, como **medio de prueba** para su posterior valoración, cuando la fiscal del caso como encargada de hacerlo, amén del rol que ostenta, guardó absoluto silencio, al parecer por olvido o confusión de la forma en que debía obrar -lo que acá pudo haber ocurrido- dada la experiencia que tal funcionaria ha tenido en este Distrito Judicial.

Le asiste entonces razón a la letrada recurrente en sus apreciaciones al respecto, y por consiguiente ante la evidente trasgresión del debido proceso, la entrevista previa que rindió L.V.B. en octubre 14 de 2015 no debió ser incorporada como medio probatorio, para que como *testimonio adjunto* de la declaración rendida en juicio por la presunta víctima, pudiera ser objeto de valoración por el funcionario de primer nivel.

Y aunque la niña, como se indicó con antelación, hizo lectura a dos apartes del contenido de la entrevista previa, ello tampoco puede ser valorado, por cuanto la técnica usada no fue la correcta, toda vez que ante al cambio sustancial de la versión inicial o retractación por parte de la menor, lo que procedía no era impugnar la credibilidad de su propio testigo, sino procurar que esta leyera **integralmente** el contenido de la entrevista, lo cual se itera, no hizo, para que finalizado en interrogatorio cruzado ante la disponibilidad de la testigo, solicitara su incorporación como testimonio adjunto con la finalidad de que el juez valorara a cuál de las dos versiones le daba credibilidad, cosa que tampoco sucedió.

Así las cosas, no le queda alternativa a la Sala, amén de la manifiesta irregularidad procesal en que se incurrió por parte del A-quo, que *excluir* como medio de prueba, para efectos de la valoración acerca del compromiso que le pudiera asistir al señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ RIVERA** en los hechos presuntamente cometidos en detrimento de la libertad e integridad sexual de la menor L.V.B., el contenido de la entrevista que la misma rindió en octubre 14 de 2015 y de contera aquellos apartes que esta leyó en juicio, ante la indebida manera en que se abordó la declaración por parte de la Fiscalía, y más aún la irregular incorporación a juicio de tal documento, lo que se itera, se realizó *de oficio* por el funcionario de primer nivel, lo cual le estaba totalmente vedado.

- ***De la valoración de la prueba arrimada a juicio, con excepción de la entrevista tomada a la víctima en octubre 14 de 2015.***

Abordado el primer asunto, deberá la Sala proceder, con fundamento en los reparos que al respecto también esgrimió la apoderada del señor **HERNÁNDEZ RIVERA**, a determinar si en efecto existe prueba más allá de toda duda acerca del compromiso que en los hechos le fueron endilgados al acusado.

Como se dijo al comienzo de este proveído, se tiene que la menor L.V.B., se mostró ajena a los hechos que le fueron endilgados al señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ**, y refirió en juicio, que fue su tía MAGDALENA RÍOS, quien se puso a decirle “cosas” a su señora madre, las cuales no eran ciertas, al parecer relacionadas con los tocamientos que le efectuaba el proceso en el interior del parqueadero que administra.

Ello conllevó a que la señora MARÍA EDID CASTRO BAÑOL, madre de L.V.B., en compañía de la tía de esta LUZ MARÍA, la encerrara en el baño de la casa, donde la agredieron fuertemente, como así lo expresó tanto la niña como su progenitora, para finalmente la pequeña “muerta de miedo”, proceder a decir cosas que no eran ciertas en contra del acá acusado, esto es, que él la había tocado sus partes íntimas, lo cual reiteró la menor L.V.B. en juicio, no tuvo ocurrencia, y que si bien con antelación -desde el año 2017- quería decir la verdad, en tanto lo que dijo fue una mentira cuando era pequeña, no lo pudo hacer por los aplazamientos de las audiencias.

De lo esgrimido en juicio por L.V.B., con abstracción, se itera, de lo que plasmó en la entrevista irregularmente incorporada, se advierte que la misma fue enfática en sostener, pese a los sendos cuestionamientos por parte de la Fiscalía y el Ministerio Público que lo dicho allí era la verdad, esto es, que el señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ** no la había tocado ni entregado dinero, y

si bien reconoció que este pretendió regalarle un celular, lo fue por cuanto se llevaba bien con este.

Es cierto, a no dudarlo, que una relación de amistad entre una persona adulta como el acá procesado y una menor de escasos 12 años para la época del hecho, no es normal, como lo refirió el A-quo, pero ello *per se* no es sinónimo de que se hubiese presentado el ilícito denunciado, en tanto también pudo acontecer, que si la niña al parecer hacía presencia en el parqueadero, enviada por su tía LUZ MARÍA a recoger los dineros que el señor **CARLOS HERNÁN** le prestaba a esta, o como consecuencia del arrendamiento del lote donde funcionaba el parqueadero, ello conllevó a que existiera alguna clase de aprecio mutuo.

Ahora, si la niña ninguna sindicación efectuó en juicio en contra del señor **CARLOS HERNÁN**, como así se vio, pese a que fungió como la testigo principal y directa de los presuntos tocamientos libidinosos, cualquiera otra prueba que respecto a ello se pretendiera arrimar a juicio no es más que de referencia, con la cual a voces del dispositivo 381 C.P.P., no se puede fundar un fallo de condena.

Mírese que de lo dicho en juicio por la madre de la menor L.V.B., señora MARÍA EDID CASTRO BAÑOL, se tiene que lo expuesto por la misma en la entrevista que igualmente rindió ante la Fiscalía en octubre 10 de 2014 y que sí ingresó en debida forma como testimonio adjunto, dio cuenta de los hechos delictivos en que presuntamente incurrió el señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ** y donde resultó afectada su hija, pero lo allí contenido, como se evidencia de lo manifestado por la testigo, en sede de contrainterrogatorio, se dio precisamente por lo que le fuera informado inicialmente por su tía MAGDALENA RÍOS y posteriormente por L.V.B., como consecuencia de la "pela" que tanto ella como LUZ MARÍA le propinaron a la pequeña, quien "muerta de miedo" les contó lo que querían escuchar, lo que finalmente motivó a la madre de esta a formular la denuncia.

Pero si ello fue así, no lo es por cuanto la señora MARÍA EDID CASTRO haya sido testigo directa de lo sucedido, sino que lo fue de referencia, en tanto terceras personas, esto es, su tía MAGDALENA y su hija L.V.B. le contaron tal versión, pero como la misma lo indicó en juicio, su hija posteriormente le contó la verdad para sostener que lo dicho no era cierto, que no había sido objeto de tocamientos y que si obró de tal manera, lo fue porque no quería que su tía LUZ MARÍA la volviera a enviar al parqueadero a traerle los dineros que el señor **CARLOS** le facilitaba, ya fuera como préstamos o como parte del pago del arrendo del lote de terreno donde funciona el parqueadero.

Y aunque la menor ante el psicólogo y el médico que le efectuó la valoración sexológica, rindió su versión inicial que quedó plasmada en tales reconocimientos, ello *per se*, tampoco puede tenerse como prueba directa, salvo de las condiciones en que percibieron a la pequeña cuando la valoraron, pero no de lo dicho por esta.

En este asunto en particular y de lo narrado en juicio por la niña, lo único que se advierte es que el señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ** no le realizó tocamientos, al ser ello lo único que allí se soportó, al no acreditarse la comisión de la presunta conducta atentatoria contra el bien jurídico de la libertad e integridad sexuales de la misma; o al menos existe duda al respecto, en tanto nada de lo expresado por su señora madre en la entrevista previa -que sí ingresó como testimonio adjunto-, ni por los profesionales que la valoraron, pueda tenerse como válida para, con fundamento en ello y como prueba de corroboración periférica, soportar un fallo adverso.

Distinto hubiera sido, si a modo de ejemplo, la menor no hubiera comparecido a juicio, evento en el cual la entrevista que rindió bien podría haber sido ingresada como prueba de referencia admisible, de acreditarse los requisitos contemplados en el canon 438 C.P.P., situación que hubiera dado pie para que se acudiera a la prueba de *corroboración periférica o acompañante*, cuyo fin primordial es lograr por su intermedio darle confiabilidad o credibilidad a la prueba de referencia, cuya confiabilidad o credibilidad es menguada ante la imposibilidad de ser confrontada en juicio por la contraparte, como lo ha sostenido la jurisprudencia, como lo ha sostenido la jurisprudencia:

“En el derecho español se ha acuñado el término “*corroboración periférica*”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado¹⁸; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual¹⁹; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

[...]

Finalmente, debe insistirse en que **una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.**

[...]

¹⁸ Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

¹⁹ ídem

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. **En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable**".²⁰ -negritas excluidas-

Pero como en este caso, a voces de la presunta víctima, quien fungió como principal testigo de cargos, **no existió delito**, nada distinto se podría corroborar con la manifestación de terceros que no percibieron lo sucedido, y si bien es cierto, durante los actos de investigación mediante fotografías la menor reconoció al señor **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ**, apodado "MAO" como el autor del hecho, en cuya acta se plasmó: "ES EL SEÑOR QUE ABUSO SEXUALMENTE DE ELLA", -lo que ingresó como testimonio adjunto- pero tal contenido no es suficiente para pregonar que en efecto este incurrió en el ilícito por el cual fuera denunciado, máxime cuando lo referido fue genérico, al no indicarse, al menos, cómo fueron los aludidos tocamientos o en qué sitio estos se presentaron, por lo cual lo allí señalado igualmente quedó en la incertidumbre, más aun cuando se advierte que no fueron palabras propias de L.V.B., sino del servidor que la diligenció.

Vistas así las cosas, como quiera que acorde con lo contemplado en el canon 7º CP, las dudas deben ser resueltas en favor del acusado, acorde con el principio del ***in dubio pro reo***, a la Corporación no le queda alternativa distinta que **revocar** el fallo de condena proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta capital, en contra del ciudadano **CARLOS HERNÁN HERNÁNDEZ RIVERA**, por la conducta de actos sexuales con menor de 14 años, por la cual fue llevado a juicio, y en su lugar se procederá a su **absolución**, ordenándose al despacho de primer nivel que proceda a cancelar cualquier medida restrictiva que pudiera existir en contra del procesado por este proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia de condena proferida en octubre 22 de 2021 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira en contra del ciudadano **CARLOS HERNÁN CASTRO RIVERA**, y en su lugar lo **ABSUELVE** de los cargos que por el delito de actos sexuales con menor de 14 años fuera acusado. En consecuencia, se dispone que el despacho de primer

²⁰ CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866

nivel, una vez en firme esta providencia, cancele cualquier medida restrictiva que en contra del mismo pese con ocasión del presente asunto.

De conformidad con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, medio por el cual los interesados podrán interponer el recurso extraordinario de casación, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

Carlos Alberto Paz Zufíga

Magistrado

Sala 002 Penal

Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3e2c5182ec2ba845b71a053b8d6f863e6471845a11f4273eb58a6ff38647da52**

Documento generado en 10/05/2023 10:21:15 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>