REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Aprobado por acta # 1078 de 2.023

Pereira, veintinueve (29) de septiembre de dos mil vientres (2.023)
Hora: 1:40 p.m.

Procesados: JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA.
Radicación # 66 001 60 00058 2017 00067 01.
Delitos: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años y fraude a resolución judicial o administrativa.
Procede: Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira.
Asunto: Resuelve recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía en contra de fallo absolutorio.
Temas: Requisitos para que con base en una prueba de referencia se pueda proferir un fallo de condena.
Decisión: Confirma el fallo opugnado.

ASUNTO:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia absolutoria proferida en las calendas del 23 de enero de 2.019 por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, dentro del proceso que se adelantó en contra de los ciudadanos

JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA, quienes fueron acusados de haber incurrido en la presunta comisión de los delitos actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo, y fraude a resolución judicial o administrativa.

ANTECEDENTES:

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se aduce que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia entre los meses de febrero a marzo de 2.017 en una finca denominada como *"la Marranera"*, ubicada en la vereda *"los Mangos"* del corregimiento "*Pital de Combia"*, jurisdicción de esta municipalidad, y están relacionados con una serie de manoseos y demás abusos de tipo erótico-sexual de los que se dicen que resultaron siendo víctimas las infantes "S.D.B.B." y "M.B.S.", de 05 y 07 años de edad, los cuales se dice que fueron perpetrados por parte del ciudadano JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA.

Según se extrae de lo aludido en el libelo acusatorio, los Sres. JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA, padres de la menor "S.D.B.B.", al parecer son oriundos del departamento del Tolima, y llevaban una vida gitana y andariega, pero a mediados del mes de marzo de 2.017 fueron acogidos por los Sres. BLANCA VIVIANA SERNA GRAJALES y EDWIN ARLEY BEJARANO RÍOS, hermana y primo de la Sra. MARISOL BEJARANO, para que se hospedaran en los predios de la finca *"la Marranera"*.

De igual manera, en el escrito de acusación se aduce que durante el periodo en el que el Sr. JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA estuvo residiendo en el fundo denominado como *"la Marranera"*, se aprovecho de cualquier oportunidad que tuvo

a su alcance para manosear en sus partes pudendas a su hija "S.D.B.B." y a la prima de esta última de nombre "M.B.S.".

Asimismo, en la acusación se asevera que la Sra. MARISOL BEJARANO SERNA sabía de las fechorías lubricas que el Sr. JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA le hacia a las niñas, pero no hizo nada para impedirlo y prefirió acolitarlas al guardar silencio, por cuanto, como quiera que amaba muchísimo a su cónyuge, no podía permitir que él parara en la cárcel.

Finalmente, en el libelo acusatorio se afirma que luego que los hechos salieron a la luz pública, a la menor "S.D.B.B." se le inició un proceso de restablecimientos de derechos por parte de una comisaria de familia, en el cual se adoptó como medida provisional la consistente en separarla de su hogar biológico, y asignarle la custodia de la niña a los Sres. BLANCA BIBIANA SERNA GRAJALES Y EDWIN ARLEY BEJARANO RÍOS.

Posteriormente, dicha medida se tornó en definitiva mediante resolución # 019 del 07 de julio de 2.017, la cual, le fue notificada a los padres de la infante, y posteriormente fue homologada por el Juzgado 4º de Familia de Pereira por providencia adiada el 11 de agosto de 2.017.

A pesar de lo anterior, se tiene que para el 05 de agosto de 2.017 la Sra. MARISOL BEJARANO SERNA se apareció de repente en la casa de su hermana BLANCA VIVIANA SERNA GRAJALES, y de manera arbitraria, contrariando la orden impartida por la comisaria de familia, procedió a raptar a la menor "S.D.B.B." para de esa forma llevársela con rumbo desconocido.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

1) Las audiencias preliminares del caso se llevaron a cabo el día 04 de octubre de 2.017 ante el Juzgado 3º Penal municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que: a) Se le impartió legalidad a la captura de los entonces indicados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA, la cual fue precedida de una orden; b) A los procesados le fueron endilgados los siguientes cargos: I) A JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA le imputaron cargos por incurrir como autor en la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo, consagrado en los artículos 209 y 211, # 5º, del C.P. II) A MARISOL BEJARANO SERNA le imputaron cargos por incurrir como autora — por omisión — de los delitos de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo, consagrado en los artículos 209 y 211, # 5º, del C.P. en concurso con el reato de fraude a resolución judicial o administrativa, tipificado en el artículo 454 del C.P. c) A los encausados se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.

2) Luego de presentado el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual, se llevaron a cabo las siguientes vistas públicas: I.) El 1º de diciembre de 2.017 se celebró la audiencia de formulación de la acusación, en donde la Fiscalía le enrostró cargos a los procesados en términos similares a los establecidos en la formulación de la imputación; II.) La audiencia preparatoria tuvo lugar el 25 de abril de 2.018; III.) La audiencia de juicio oral acaeció en sesiones celebradas los

días 14 y 15 de agosto de 2.017 y el 17 de septiembre de 2.018.

3) En la vista pública acaecida el 02 de noviembre de 2.018 se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter absolutorio, y en consecuencia de esa decisión se ordenó la inmediata libertad de los procesados, quienes se encontraban detenidos como consecuencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva que les fue impuesta en el pasado.

4) En las calendas del 23 de enero de 2.019 se profirió el fallo absolutorio, en contra del cual la Fiscalía se alzó de manera oportuna.

EL FALLO OPUGNADO:

Como se sabe, se trata de la sentencia proferida en las calendas del 23 de enero de 2.019 por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual los procesados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA resultaron absueltos de los todos los cargos por los cuales fueron llamados a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación (F.G.N.).

Los argumentos esgrimidos por parte del Juzgado de primer nivel para poder proferir el fallo absolutorio en lo que tenía que ver con los cargos endilgados a los procesados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA por incurrir en la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, se fundamentaron en aducir que las pruebas habidas en el proceso no satisfacían con los requisitos exigidos por parte del artículo 381 del C.P.P. para que en contra de los procesados se pudiera proferir una sentencia condenatoria.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado de primer nivel adujo lo siguiente:

- En la actuación solo obraban como evidencias inculpativas en contra de los procesados unas pruebas de referencia, lo que se debió a que las menores ofendidas no acudieron al juicio a rendir testimonio, razón por la cual al proceso se allegaron unas entrevistas que las infantes absolvieron ante la policía judicial, en las que ellas refirieron haber sido objeto de una serie de manipulaciones sexuales por parte del ahora procesado JOHN JAIRO BORRERO.

- Lo declarado por las menores en esas sendas entrevistas, por su condición de pruebas de referencia tienen un valor probatorio limitado, sumado a que no existen otros medios probatorios que corroboren los señalamientos que las menores efectuaron en contra del procesado JOHN JAIRO BORRERO.

- En el proceso únicamente existen pruebas testimoniales de oídas, cuyo valor probatorio también es precario, como sería lo atestado por personas que declararon de todo aquello que las menores ofendidas les contaron a ellos sobre lo acontecido.

Por otra parte, en lo que tenía que ver con los cargos enrostrados a la Sra. MARISOL BEJARANO SERNA por incurrir en la presunta comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa, se debía de tener en cuenta que se trata de un delito eminentemente doloso, y que ese comportamiento doloso no se acreditó en el proceso, ya que la procesada no obró con el propósito de vulnerar o irrespetar la recta impartición de justicia cuando decidió retirar a su menor hija del amparo de la persona que fue designada por parte de una comisaria de familia para que ejerciera su

custodia, pues todo lo que ella hizo lo efectuó como consecuencia de su condición de madre, aunado a que no sustrajo a la niña por la fuerza sino con el beneplácito de su cuidadora.

LA ALZADA:

Al expresar su inconformidad con el contenido del fallo opugnado, la Fiscalía adujo que, pese a que en efecto se allegaron al proceso unas entrevistas rendidas por las menores ofendidas, las cuales, según lo establecido en el literal e del artículo 438 del C.P.P. deben ser consideradas como pruebas de referencia, de igual manera se debía de tener en cuenta que lo declarado por las víctimas en esas entrevistas se encontraba corroborado periféricamente en el proceso por otras pruebas, mismas que no fueron valoradas en debida forma por el Juzgado *A quo*.

Entre las pruebas que de manera periférica corroboraba lo declarado por las infantes agraviadas, se encontraban las siguientes:

- No existía ninguna razón valedera para dudar de la credibilidad que ameritaban las declaraciones que las menores rindieron en unas entrevistas, por cuanto ellas ofrecieron unos relatos claros, concretos y detallados, de los cuales no se aprecia ningún tipo de interés malsano de pretender perjudicar al procesado, e igualmente, tampoco se avizora que los mismos hayan sido producto de una fabulación.

- El testimonio de la Sra. BLANCA VIVIANA SERNA, quien adveró que cuando las niñas jugaban, les escuchó una serie de conversaciones en las que usaban unos términos que no eran apropiados para su edad; y por ende, al

increparlas, fue cuando las menores le develaron todo lo que acontecía con el procesado, y de los abusos sexuales que él les prodigaba.

- Los testimonios absueltos por los policiales que fungieron en calidad de primeros respondientes, quienes percibieron como las niñas de manera calmada y tranquila le contaron sobre todo lo sucedido.

- Lo adverado tanto por la Sra. BLANCA VIVIANA SERNA como por los policiales, no se puede considerar como una prueba testimonial de oídas, por cuanto ellos declararon sobre cosas que percibieron de manera directa por sus sentidos, como, respectivamente, lo fue el escuchar como las menores hablaban de ciertas cosas impropias para su edad, y la manera como narraron lo que el ahora procesado les había hecho.

- Según lo declarado por las víctimas, el procesado desde su teléfono móvil celular les exhibía material pornográfico o de fuerte contenido erótico-sexual, y si a ello se le suma la actitud asumida por el encausado cuando fue captura por las autoridades, quien de inmediato procedió a romper su teléfono móvil, tal situación — en sentir del apelante — era indicativo que en efecto el procesado destruyó ese teléfono móvil con la intención de impedir que se accediera al material pornográfico que él les enseñaba a las víctimas.

- El testimonio rendido por EDWIN ARLEY BEJARANO, quien adujo haber sido víctima de una serie de amenazas que le profirió JOHN JAIRO BORRERO.

Para la Fiscalía, con las anteriores pruebas, era factible corroborar de manera periférica el contenido de lo declarado

por las menores ofendidas en las pruebas de referencia sobre los abusos sexuales de los cuales ellas fueron víctimas por parte de los procesados.

Por otra parte, el Fiscal recurrente expuso que en lo que tenía que ver con los cargos endilgados a la Sra. MARISOL BEJARANO SERNA por incurrir en la comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa, en el proceso sí existían pruebas que demostraban el proceder doloso de la procesada, por cuanto: a) Ella sabía de la existencia de las medidas adoptadas por parte de la comisaria de familia, las cuales fueron homologadas por la Judicatura, y pese a ese conocimiento se valió de las amenazas para sustraer a la niña del seno de la familia que la acogía; b) Cuando la procesada fue capturada por las autoridades, tenía en su poder a la menor "S.D.B.B.".

Acorde con lo anterior, el Fiscal apelante solicitó la revocatoria del fallo opugnado, para que en su lugar se decrete la responsabilidad penal de los procesados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA acorde con los cargos por los cuales fueron llamados a juicio.

LAS RÉPLICAS:

En sus alegatos de no recurrentes, tanto la representante del Ministerio Público como el apoderado de la Defensa clamaron al unisonó por la confirmación del proveído opugnado.

- El Ministerio Público, expuso que la Fiscalía con las pruebas allegadas al proceso no logró demostrar la responsabilidad criminal de los procesados en atención a que soportó su teoría del caso con base en pruebas de referencia que carecían de corroboración periférica, y, por ende, el Ente

Acusador no superó el tamiz de la prohibición consagrada en el inciso 2º del artículo 381 del C.P.P.

En lo que tenía que ver con el delito de fraude a resolución judicial o administrativa, la Procuradora Judicial no recurrente expuso que no se logró acreditar que la procesada MARISOL BEJARANO hubiese obrado de manera dolosa, ya que su proceder fue aquel que se podía esperar de una madre al enterarse que su hija no comía, estaba triste porque extrañaba a la autora de sus días, y había asumido una actitud de rebeldía hacia sus custodios.

- La Defensa, alegó que la Fiscalía no cumplió con la carga probatoria que le correspondía de demostrar la responsabilidad criminal de los procesados porque en el proceso no existían pruebas que corroboran lo dicho en calidad de pruebas de referencia por las agraviadas, debido a que la Fiscalía pretendió sustentar esa corroboración únicamente con base en especulaciones, hipótesis infundadas y testigos de oídas.

Por otra parte, en lo que correspondía con la decisión del Juzgado de primer nivel de absolver a la procesada MARISOL BEJARANO de los cargos que le fueron endilgados en su contra por incurrir en la comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa, la Defensa expuso que solo bastaba con acudir al testimonio absuelto por la Sra. MARISOL BEJARANO para que se llegara a la conclusión consistente en que la procesada no actuó de manera dolosa, o sea, con el propósito de defraudar a la justicia, en atención a que la Sra. BLANCA BIBIANA SERNA GRAJALES le entregó la niña de manera voluntaria, y ella, actuando en su calidad de madre se la recibió para luego llevársela.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

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

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

- Problema Jurídico:

De la sustentación del recurso de alzada, y de lo argüido por los no recurrentes, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Se satisfacían con los presupuestos probatorios necesarios que son requeridos por parte del artículo 381 del C.P.P. para que se pudiera proferir una sentencia condenatoria en contra de los procesados, pese a que la Fiscalía prácticamente sustentó sus pretensiones punitivas con base en pruebas de referencia?

- Solución:

Al efectuar un análisis del contenido del eje central de la controversia puesta a consideración de la Colegiatura, observa la Sala que la misma gira en torno a establecer sí en el proceso la Fiscalía logró o no superar las barreras de la

tarifa probatoria negativa consagrada en el inciso 2º del artículo 381 del C.P.P. para que con base en unas pruebas de referencia de carácter admisible pudiera ser factible el poder proferir una sentencia de carácter condenatoria en contra de los procesados.

En ese orden de ideas, se tiene que tanto el Juzgado de primer nivel, así como los sujetos procesales no recurrentes, son contundentes en aseverar que la Fiscalía sustentó sus pretensiones punitivas con base en unas pruebas de referencia, las que vendrían siendo las entrevistas absueltas por las víctimas, mismas que carecían de pruebas de corroboración periférica, y por ende, con pruebas de semejante talante no era factible el poder llegar al grado de conocimiento o de convicción que se requiere como necesario para poder proferir un fallo de condena en contra de los procesados.

Como es bien sabido, tal hipótesis a sido refutada por la Fiscalía en la alzada, la cual expuso que en el proceso sí existían pruebas, mismas que no fueron apreciadas en debida forma por parte del Juzgado *A quo*, las cuales, de una u otra forma, lograban corroborar las sindicaciones y demás señalamientos que las menores agraviadas efectuaron en contra del procesado como la persona quien abusó sexualmente de ellas.

De lo hasta ahora expuesto, la Sala avizora que el contexto que delimita la problemática puesta a consideración de la Colegiatura está relacionado con establecer si en el proceso existían o no pruebas que lograban corroborar de manera periférica todo lo declarado por las menores agraviadas en contra del procesado en unas entrevistas que ingresaron al proceso como pruebas de referencia admisibles.

Por consiguiente, para la Sala no existe duda alguna que en efecto la Fiscalía sustentó el grueso de sus pretensiones punitivas con base en unas pruebas de referencia admisibles, como lo fueron las sendas entrevistas que las menores "S.D.B.B." y "M.B.S." absolvieron extraprocesalmente, las cuales ingresaron al proceso como pruebas de referencia, acorde con las hipótesis consagradas en los ordinales "b" y "e" del artículo 438 del C.P.P. en atención a que las ofendidas no comparecieron al juicio a rendir testimonio, y por dentar ellas la condición de menores de edad víctimas de un delito sexual.

Para poder llegar a la anterior conclusión, o sea, que todo lo que las víctimas adveraron en unas entrevistas que rindieron ante la policía judicial debe ser apreciado como prueba de referencia, solo basta con acudir a la definición consignada en el artículo 437 del C.P.P. de la cual se tiene que se debe entender como prueba de referencia todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales, las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso, o de desvirtuar o refutar las hipótesis propuestas por su contraparte; lo que aconteció con las declaraciones absueltas por las menores "S.D.B.B." y "M.B.S.", mismas que fueron rendidas por fuera del proceso, y por ende, como ya se dijo, deben ser consideradas como pruebas de referencia admisibles.

Estando claro que lo declarado por las menores ofendidas debe ser apreciado como prueba de referencia, y si se tiene en cuenta, como bien se desprende del contenido de lo regulado en los artículos 437 y 438 del C.P.P. según el cual, por regla general, este tipo de pruebas se encuentran proscritas en los sistemas procesales acusatorios de corte

adversarial, el punto a seguir, es el de precisar ¿cuál sería el valor probatorio que ameritarían las pruebas de referencia?

Como respuesta al anterior interrogante, vemos que no se puede pasar por alto que por contrariar la prueba de referencia varios de los principios más básicos y esenciales que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[1], se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado única y exclusivamente en pruebas de referencia.

Pero, pese a lo hasta ahora dicho, la Sala no puede desconocer, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ)[2], que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana, y más por el contrario cuando esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo consignado en una prueba de referencia, entonces se tiene que con dichos medios de conocimiento, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

[1] Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P.
[2] Ver entre otras: Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del 6 de marzo de 2.008. Rad. # 27477; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Providencia del 4 de junio 2013. Rad. # 40893.

Tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte a lo que se ha denominado como la teoría de *«la prueba de corroboración periférica»*, la cual, según la CSJ[3], llevada al escenario de la prueba de referencia, especialmente en los casos de delitos sexuales, consiste en lo siguiente:

> "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 procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (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…."[4].

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala, contrario a lo reclamado por la Fiscalía en la alzada, que el Juzgado de primer nivel estuvo atinado en la decisión tomada en el fallo opugnado, por cuanto, de un análisis del acervo probatorio, paladinamente se extrae, sin hesitación alguna, que el Ente Acusador, en manifiesta contradicción de lo reglado en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. pretendió soportar el compromiso penal presuntamente endilgado en contra de los procesados, única y exclusivamente con base en pruebas de referencia, las cuales, de contera, carecían de corroboración periférica.

Para demostrar lo antes expuesto basta con analizar el contenido de lo declarado por los testigos MARCO ANTONIO

[3] Teoría que ha sido desarrollada, entre otras, en las siguientes decisiones: Providencia del 4 de junio de 2013. Rad. # 40893; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667.
[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866.

CASTRO BETANCUR; JENNY PAOLA PALOMEQUE TRUJILLO; JOHN SÁNCHEZ RESTREPO; EDWIN ARLEY BEJARANO RÍOS; BLANCA VIVIANA SERNA y FLOR MARÍA TANGARIFE ROTAVISTA, de los cuales se extrae que a ellos no les constaba para nada la ocurrencia de los eventos lujuriosos perpetrados en la integridad sexual de las víctimas, y que, solamente se vinieron a enterar de su existencia por obra y gracia de todo lo que a muchos de esos testigos le contaron las menores "S.D.B.B." y "M.B.S." sobre aquello que el ahora procesado les hacía para satisfacer su concupiscencia.

De ahí que, para la Sala no existe duda alguna que se está en presencia de un grupo de testigos que operaron a modo de una especie de caja de resonancia al replicar una información que le fue suministrada por parte de las menores agraviadas.

Tal situación, nos hace concluir que nos encontramos en presencia del escenario típico de los testigos de oídas, por cuanto, se reitera, se está en presencia de unas personas que lo único que hicieron fue transmitir una versión que sobre lo acontecido le oyeron decir a otra persona, la cual, como bien se sabe, no les consta para nada.

Para la Sala, contrario a lo afirmado por el Fiscal recurrente, una prueba testimonial de oídas no satisfaceria con los requisitos para que pueda ser considerada como prueba de corroboración periférica, ya que los testimonios de oídas son pruebas inconducentes e inútiles por detentar un parco e insignificante poder suasorio o de convicción, debido a que ese tipo de pruebas contrarían los postulados que orientan al principio de la inmediación de la prueba testimonial consagrado en el artículo 402 C.P.P.[5] porque *«en esta*

[5] En cuya virtud *«el testigo solo podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir».*

modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error: el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia…»[6].

Por ello, es que con el fin de conjurar las nocivas consecuencias que en el proceso podría ocasionar la prueba testimonial de oídas, acorde con el principio de la *originalidad de la prueba*[7]*,* se aconseja acudir a la fuente de la cual el testigo de oídas obtuvo la información que piensa verter en el proceso, lo cual no fue posible por cuanto, como bien se sabe, las menores "S.D.B.B." y "M.B.S." no comparecieron al proceso a rendir testimonio.

En fin, para la Sala no existe duda alguna que las pruebas testimoniales de oídas habidas en el proceso no tienen la contundencia ni la capacidad suasoria necesaria para acreditar u homologar los señalamientos y demás sindicaciones que las menores ofendidas efectuaron en contra del procesado como la persona quien abusó sexualmente de ellas, debido a que esos testimonios lo único que hicieron fue replicar todo aquello que a ellos le contaron las menores agraviadas sobre lo sucedido con el procesado.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la prueba indiciara aducida por la Fiscalía — o sea, el hecho consistente en que el procesado cuando fue capturado destruyó su teléfono móvil celular — la que no fue tenida en cuenta por el Juzgado *A quo* como prueba de corroboración periférica al momento de la valoración del acervo probatorio, la Sala dirá que se

[6] PARRA, QUIJANO JAIRO: Manual de Derecho Probatorio. Página # 345. 17ª Edición. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá D.C. 2.009.
[7] El cual preceptúa que la prueba debe conseguirse en su fuente de origen inmediata, sin que sea necesaria la presencia de intermediarios.

trata de un indicio leve, el cual en momento alguno apalancaría de manera periférica todo lo que las menores ofendidas adveraron en contra del procesado en unas entrevistas que ingresaron al proceso como pruebas de referencia.

Para demostrar la anterior hipótesis, es menester que se tenga en cuenta que la antes aludida prueba indiciaria, la cual la Sala denominara como *indicio de manifestaciones posteriores al delito*, tendría como sus hechos indicadores: a) Lo declarado por varios testigos de oídas quienes afirmaron que las víctimas le contaron que el procesado desde su teléfono móvil les exhibía a las niñas material pornográfico; b) La actitud asumida por el procesado al momento de ser capturado por las autoridades, al destrozar el teléfono móvil celular que portaba.

Tales hechos indicadores conducirían a establecer como hecho oculto o desconocido el consistente en que el procesado procedió de semejante manera con el propósito de impedir que se accediera al material pornográfico habido en su teléfono móvil celular, el cual, para satisfacer su lujuria, se lo exhibía a las menores agraviadas.

Pero tal indicio de manifestaciones posteriores al delito, debe ser catalogado como de leve en atención a que la probabilidad que surgiría del juicio de inferencia habido entre el hecho indicador y el indicado se desvanece aún más como consecuencia del fútil poder suasorio de la prueba del hecho indicador, la cual, está soportada en testimonios de oídas; a lo que se le debe sumar que los peritos de la policía judicial no pudieron acceder a la base de datos habida en el teléfono celular averiado[8], y por ende, se tornaba en una simple y mera especulación sobre sí en el teléfono móvil-celular

[8] Prueba esta que fue estipulada por las partes.

incautado se encontraba o no consignado el aludido material pornográfico.

En resumidas cuentas, para esta Corporación, acorde con lo reglado en el inciso 2º del artículo 381 del C.P.P. no era factible que en el presente asunto se pudiera dictar una sentencia condenatoria en contra de los procesados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA, por incurrir en la presunta comisión de los delitos actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo, porque, se reitera, el grueso de las pretensiones punitivas de la Fiscalía básicamente se sustentaron en pruebas de referencia, las cuales carecían de corroboración periférica con el resto del acervo probatorio habido en el proceso, el que, básicamente consistió en un indicio leve acompañado de un cúmulo de testimonios de oídas.

Ante tal situación, la Sala confirmará el proveído opugnado en todo aquello que tiene que ver con las inconformidades formuladas por el Fiscal recurrente frente a la decisión proferida por el Juzgado de primer nivel de absolver a los procesados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA de los cargos relacionados con incurrir en la presunta comisión de los delitos actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo.

Por otra parte, en lo que atañe con los reproches formulados por el Fiscal apelante en contra de las razones de hecho como de derecho aducidas por el Juzgado *A quo* para absolver a la procesada MARISOL BEJARANO SERNA de los cargos relacionados con incurrir en la presunta comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa, la Sala considera que a la hora de ahora dicho debate se torna en

irrelevante e intranscendente por la sencilla razón consistente en que se encuentra extinta la acción penal por el aludido delito por haber operado el fenómeno de la prescripción, y por ende, cualquier tipo de determinación que se haya de tomar en sede de 2ª instancia, de una u otra forma redundaría en favor de los intereses de la acriminada.

Para demostrar que la acción penal se encuentra extinta, la Sala, necesariamente debe de tener en cuenta que el delito de fraude a resolución judicial o administrativa, tipificado en el artículo 454 del C.P. es sancionado con pena 12 a 48 meses de prisión y multa de 05 hasta 50 *s.m.m.l.v.* y si a ello le sumamos lo consignado en el artículo 83 del C.P. según el cual *«La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) (:::) En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años...»*; se podría decir que el termino de prescripción de la acción penal para el delito de marras equivaldría a cinco años.

Pero acorde con las reglas consagradas en el artículo 292 del C.P.P., en consonancia con el artículo 83 del C.P., se tiene que ese término de prescripción de la acción penal se interrumpió con la formulación de la imputación, la cual tuvo lugar el 04 de octubre de 2.017, y a partir de ese acto procesal empezó a correr uno nuevo por un lapso igual al de la mitad de la pena máxima, sin que en ningún momento sea inferior a 03 años.

En el caso en estudio, se tiene que dicho nuevo termino de prescripción de la acción penal feneció a partir del 04 de octubre de 2.020, calendas en las cuales la Fiscalía le imputó cargos a la procesada MARISOL BEJARANO por incurrir en la

presunta comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa, lo que nos quiere decir que para las calendas en las cuales la Colegiatura profiere el presente fallo de 2ª instancia ya se encontraba extinta la acción penal por haber operado la prescripción.

Por lo tanto, al haber hecho de las suyas el fenómeno extintivo de la prescripción de la acción penal, en esencia ello torna e inane e irrelevante cualquier tipo de pronunciamiento que la Sala deba de hacer frente a las inconformidades propuestas por el recurrente en contra del fallo confutado, y por ende, a la Colegiatura no le quedaría otra opción diferente que la de reconocer la ocurrencia de dicha causal de improseguibilidad del ejercicio de la acción penal como consecuencia de la perdida de la facultad punitiva que detentaba el Estado.

Sobre lo anterior, o sea, respecto de la prevalencia que en algunas ocasiones la prescripción tiene sobre la absolución, la Corte ha expuesto lo siguiente:

> "Para el caso, si el Tribunal, al emitir la decisión de segundo grado halló materializada la prescripción de la acción penal, debió proceder a declararla. Al no hacerlo aun constatando la configuración de dicho fenómeno, quebrantó la garantía del debido proceso, porque permitió la prolongación del debate jurídico y probatorio, a pesar de que el Estado ya había perdido, desde el 13 de febrero de 2018, la potestad de juzgamiento.
>
> Menos aún podía ocuparse de estudiar la responsabilidad penal que podría asistirle al procesado, aunque fuese para absolverlo de los cargos endilgados, pues como dijo la Sala en CSJ SP, 5 nov. 2013, rad. 40034.
>
> (:::)

> Así las cosas, como para el 13 de febrero de 2018 no se había emitido el fallo de segunda instancia (28 de junio de 2018), se tornó ilegal la sentencia impugnada en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo…"[9].

En ese orden de ideas, al estar en presencia de la causal de preclusión consagrada en el # 1º del articulo 332 C.P.P. por cuanto no existe duda alguna que no se puede proseguir con el ejercicio de la acción penal por haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de sobreseer la actuación procesal adelantada en contra de la procesada MARISOL BEJARANO SERNA, por incurrir en la presunta comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en las calendas del 23 de enero de 2.019 por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual los procesados JOHN JAIRO BORRERO ÁVILA y MARISOL BEJARANO SERNA resultaron absueltos de los todos los cargos por los que fueron llamados a juicio por parte de la F.G.N. los que estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión de los delitos actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo.

---

[9] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 10 de febrero de 2.021. SP353-2021. Rad. # 53726.

SEGUNDO: PRECLUIR la actuación procesal seguida en contra de la procesada MARISOL BEJARANO SERNA por haber incurrido en la presunta comisión del delito de fraude a resolución judicial o administrativa.

TERCERO: ORDENAR que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia de 2ª instancia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones, razón por la cual la Colegiatura se abstendrá de llevar a cabo la correspondiente audiencia de lectura de la presente decisión.

CUARTO: DECLARAR que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley. Mientras que en lo que atañe con la decisión de precluir la actuación solamente procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

JULIÁN RIVERA LOAIZA
Magistrado
CON FIRMA ELECTRÓNICA

Firmado Por:

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

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 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: **e2091c7ab1d40a60479acb51e63022fbfe3683a98b5b81285b5947f22d9f8344**
Documento generado en 29/09/2023 03:21:31 PM

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