



SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicado: 05360-60-99057-2015-04481
Procesado: ABIMAE L PACHECO PENENREY
Delito: ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS
Asunto: Apelación de Auto

Magistrado Ponente
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.

Proyecto aprobado en Sala del dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 18 y leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR.

Procede la Sala a desatar el recurso interpuesto por el Dr. Carlos Mauricio Mejía Urrego, defensor contractual, contra la determinación adoptada por la Juez 2º Penal del Circuito de Itagui, en la sesión de juicio oral llevada a cabo el 15 de febrero de 2018, dentro del proceso que se adelanta en contra del señor **ABIMAE L PACHECO PENENREY** por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS.**

2. HECHOS.

El 09 de mayo del año 2015, la señora **CLAUDIA ANDREA BERMUDEZ ARROYAVE**, llevó a su hija Z.V.B¹. de 5 años de edad, a la residencia de su hermana **ANA CECILIA BERMUDEZ**, ubicada en la carrera 53A No. 57A-113 bloque 1 apartamento 301 del municipio de Itagú, para que se la

¹ Art. 193 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006, Sentencia T-551 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Derecho a la intimidad y dignidad de los menores.

cuidara durante el día, porque ella tenía que laborar. En la misma residencia, vive el señor **ABIMAEEL PACHECO PENENREY**, compañero de la señora **ANA CECILIA**, quien aprovechó los momentos en que esta se encontraba en la cocina o en otros lugares de la casa, para acariciar a la niña en los senos y la vagina, darle besos en la boca y también ideó un juego, en el que se colocaba un balón entre los genitales para luego pedirle a la niña que lo sacara, y cuando esta metía la mano, él se la retenía.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

Por los anteriores hechos, el 07 de septiembre de 2016, ante el Juez 2° Penal Municipal con función de control de garantías de Itagui, se legalizó la captura del procesado y allí la Fiscalía 233 Seccional formuló imputación en contra de **ABIMAEEL PACHECO PENENREY** por el delito de **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**, no obstante, este no se allanó a los cargos.

Seguidamente, la Fiscalía 234 Seccional de Itagui presentó escrito de acusación, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa municipalidad, quien presidió las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, no obstante, en una de las sesiones de esta última, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación contra la decisión del juzgado de no permitir que se presente nuevamente al estrado la madre de la menor, para poderla interrogar sobre aspectos que mencionó la menor cuando rindió su entrevista ante los funcionarios del CAIVAS.

4. DECISIÓN IMPUGNADA

La juez de primer grado, luego de un recuento de la actuación, expuso que, en este caso, lo que quiere la defensa es que la madre de la menor se refiera a la declaración que hizo su hija, como si hiciera una valoración de

esa prueba, lo cual solo sería posible si esta hubiese estado presente al momento de la entrevista en la Fiscalía, pero ello no se sabe, porque ese documento no ingresó al juicio oral.

En ese orden, estima que la defensa dejó pasar la posibilidad que tenía para impugnar la credibilidad de la testigo, por lo que si su pretensión es obtener información sobre lo que dijo la menor en esa oportunidad, dicha etapa feneció y no es posible revivirla acudiendo al inciso final del artículo 393 de la ley 906 de 2004. En virtud de ello, comparte los argumentos del Ministerio Público, pues no es posible llamar a la madre para que se refiera al contenido de la entrevista de su hija ante un funcionario de la Fiscalía, ni mucho menos para que interprete que quiso decir esta o haga valoraciones, de ahí que despache negativamente la petición del abogado defensor.

5. MOTIVO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, manifestando en su argumento que no comparte lo expuesto por la judicatura al negarle la posibilidad de llamar nuevamente a juicio a la señora Claudia Bermúdez (madre de la víctima) en orden a que adicione su testimonio, con base en la normatividad del artículo 393 de la ley 906 de 2004 por lo siguiente:

En primer lugar, dice que no es viable decir que la testigo ya compareció al proceso y que se agotó la oportunidad de que aclare o adicione su testimonio, además porque ya se conoce el contenido de la entrevista que rindió la víctima ante los investigadores de la Fiscalía, desconociendo que esta solicitud se hizo antes de iniciar la práctica de la prueba de descargo, es decir, antes de que se cerrara el momento probatorio, tal y como lo sostiene el aludido precepto que regula el tema, el cual permite literalmente llamar al declarante al estrado para hacer adiciones o complementos a las declaraciones de los testigos.

Expone además que la norma no distingue en modo alguno que tenga que ser justamente la parte que solicitó la prueba, de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho al examen exhaustivo en el interrogatorio cruzado. De ahí que donde la norma no distingue, no puede el intérprete hacerlo y por ello sostiene que está facultado para solicitar que esta testigo comparezca nuevamente a declarar.

Por otro lado, afirma que no desconoce el hecho de que la impugnación del testigo se hace precisamente cuando este se encuentra declarando, lo que pasa es que se está ante una situación particular, porque la declaración pertenece a una menor de edad, de escasos 7 años, de ahí que resulta muy complejo colocar la niña a que declare sobre hechos ocurridos hace varios meses y que recuerde lo que manifestó en esa ocasión con el riesgo de revictimizarla; por ello, dado que según la entrevista, la madre la acompañó, no es descabellado llamar a esta a que testifique sobre sus manifestaciones. Resalta que en este caso el investigador que se presentó como testigo, no fue el que realizó la entrevista.

En ese orden, solicita al *Ad quem*, que se revoque la decisión adoptada en primera instancia, y, en consecuencia, se le permita escuchar esta testigo, para que adicione su testimonio, ello en aras de garantizar el derecho de contradicción.

6. SUJETOS NO RECURRENTES

La Fiscalía y el Ministerio Público se oponen a la solicitud de la defensa, reiterando lo expuesto inicialmente, al señalar que la testigo fue solicitada por el ente acusador y no por la defensa, que la prueba ya se practicó y el defensor tuvo la oportunidad de contrainterrogar, además no puede llamar a una persona para que se pronuncie sobre una entrevista frente a la cual solo participó escuchando, máxime si lo que se consagró en video y

en el informe de campo puede no ser igual, de ahí que deba ser el investigador que construyó la entrevista el que exponga su contenido, en especial, porque ese documento es desconocido para esa testigo, ella nunca lo ha visto, ya que la Fiscalía no se lo ha mostrado, y en últimas, es improcedente que se pretenda impugnar la credibilidad de la menor con un testigo de la contraparte.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004.

El problema jurídico que corresponde abordar en esta oportunidad, se contrae a determinar si la decisión del juzgado de primera instancia de no permitir que concurra nuevamente al estrado la madre de la menor víctima, para interrogarla sobre aspectos mencionados por esta última, en la entrevista que rindió en la Fiscalía, se encuentra ajustada a los cánones legales y constitucionales, o si como aduce la defensa, dicha negativa comporta una vulneración a su derecho de contradicción.

Lo primero que debe dejarse claro para resolver el asunto es: ¿Qué fue lo que pasó en el proceso que dio lugar al recurso? Para ello, se hizo una revisión exhaustiva del expediente, encontrando que se trata de un proceso que cursa el trámite ordinario, en una investigación por un delito sexual cometido en una menor de edad. A la fecha, ya se llevaron a cabo las audiencias de acusación, preparatoria y varias sesiones del juicio oral.

Particularmente en estas últimas, se realizaron las siguientes diligencias: en fecha del 30 de octubre de 2017 se dio inicio al juicio oral, se presentaron los alegatos de apertura, las estipulaciones llevadas a cabo

entre las partes y se escucharon 4 testigos de la Fiscalía, entre ellos, la señora **CLAUDIA ANDREA BERMÚDEZ ARROYAVE**, madre de la menor víctima.

Posteriormente en sesión del 15 de febrero de 2018, se continuó con la práctica de las pruebas, escuchándose el testimonio de la menor, el cual fue practicado conforme los parámetros que para el efecto dicta la ley 906 de 2004 y el Código de infancia y adolescencia. Concluido este, se dio la palabra a la defensa para que llamara a sus testigos, pero este, decidió hacer uso del inciso final del artículo 393 ibíd que regula el interrogatorio cruzado y que consagra entre otras cosas que *“el testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes **para una aclaración o adición de su testimonio...**”* para pedir que se volviera a llamar al estrado a la madre de la niña, con el fin de interrogarla sobre aspectos manifestados por la víctima, cuando rindió la entrevista en la Fiscalía.

En otras palabras, lo que quiere la defensa es refutar lo dicho por una testigo, con otro testimonio. Hasta aquí es viable su pretensión, sino fuera por dos circunstancias que impiden esta práctica: la primera, es que el inciso final del artículo 393 permite llamar a una testigo de nuevo al estrado, pero con los fines exclusivos de “adicionar o aclarar **SU TESTIMONIO**”. Esto significa que la persona no puede referirse a hechos nuevos, ni a aspectos que no fueron tocados durante el interrogatorio, sino para cuestiones que quedaron incompletas o confusas, pero dentro de **SU DECLARACIÓN, SU VERSIÓN, SU NARRACIÓN**, no frente a otros testigos.

En ese orden, resulta ajeno a las reglas del interrogatorio cruzado que en vez de interrogar directamente a un testigo en el juicio oral y mostrar las contradicciones con sus declaraciones anteriores, se acuda a otro testigo

con el fin de impugnar la credibilidad del primero, con declaraciones extra juicio, de las cuales no se hizo uso con el testigo principal, mucho menos, en procesos donde la víctima es un menor de edad, se puede pensar en utilizar a los progenitores o representantes legales para que se refieran a las manifestaciones de sus hijos en aras de ratificar o desvirtuar lo dicho por estos. Esta situación, dentro del esquema que regula el proceso penal acusatorio es abiertamente improcedente.

Por otro lado, si nos detenemos en las reglas trazadas por la Corte Suprema de Justicia² en punto a la impugnación de la credibilidad de los testigos, en especial en delitos con víctimas menores de edad, podemos observar que el derecho a la confrontación se garantiza de manera plena, tal y como lo disponen los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de derechos Humanos y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, no obstante su operatividad no es libre y absoluta, sino que está sometida a una serie de reglas y procedimientos.

Así, frente a la posibilidad de impugnar la credibilidad de los testigos, las partes pueden: i) pueden formular preguntas a la contraparte, incluso sugestivas “esto se llama contrainterrogatorio”; ii) pueden utilizar con ese fin declaraciones rendidas con anterioridad y fuera del juicio por el testigo³; iii) pueden presentar pruebas de refutación y evidencia externa respecto a la mendacidad o credibilidad del testigo. Particularmente, frente al uso de declaraciones anteriores, su utilización es pertinente para demostrar la existencia de contradicciones u omisiones relevantes en su relato etc...

Como puede verse la defensa cuenta con una gran cantidad de prerrogativas durante el trámite del interrogatorio cruzado, cosa diferente es que por desconocimiento o falta de técnica no haya hecho un uso adecuado de estas herramientas, pero ello en modo alguno lo habilita

² Sentencia del 25 de octubre de 2017 radicado 44819. MP. Patricia Salazar Cuellar.

³ Ver artículos 347, 393 y 403 de la ley 906 de 2004

para pretender que un testigo refute lo dicho por otro con una declaración anterior que no es la suya, y que se le pida de forma pura y simple que emita su concepto personal sobre la veracidad o no del contenido de esta; cuando lo pertinente es que hubiera impugnado directamente la credibilidad de la menor, haciéndole las preguntas de rigor cuando esta se encontraba rindiendo declaración en el juicio oral.

Sabemos que en la práctica esto es más difícil de lo que parece, como quiera que el interrogatorio al menor no se hace directamente, sino a través del defensor de Familia, en una habitación aparte y con el uso de cámara Gesell, pero, aunque ello puede tornarse un poco dispendioso, no resulta imposible ejercer un adecuado contrainterrogatorio e incluso poner de presente la declaración a la víctima, con el acompañamiento adecuado, para los fines de refrescar memoria o impugnar credibilidad. Es un ejercicio incómodo, pero en modo alguno puede convertirse en una limitante y mucho menos, puede utilizarse como una patente de corso, para que sean los padres o cualquier otra persona la que suplante la víctima y se refiera a las manifestaciones anteriores realizadas por esta.

En virtud de lo anterior, si bien le asiste razón a la defensa, en punto a señalar que la norma, esto es, el artículo 393 de la ley 906 de 2004, no distingue que la parte que se llama nuevamente al estrado tenga que ser justamente la que solicitó la prueba, lo cierto es que ese precepto legal sí contiene una limitante expresa al decir que, en casos de aclaración o adición, el testigo solo puede referirse a lo dicho por él en su declaración, no frente a lo expuesto por otros testigos, independientemente de que sean de cargo o de descargo, de allí que en este caso no sea aplicable dicho artículo.

En conclusión, la solicitud del recurrente es improcedente y es por ello que la Sala **CONFIRMARÁ** en su integridad la decisión objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Itagui el 15 de febrero de 2018. Las razones quedaron anotadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Copia de la misma será enviada al Juez de instancia. Notificada en estrados, se remitirá en forma inmediata la carpeta a la Juez de conocimiento para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado

11





Distrito Judicial de Medellín

**ACTA DE AUDIENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA
 TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
 SALA DE DECISIÓN PENAL**

FECHA DE INICIACIÓN	24	04	2018	FECHA DE FINALIZACIÓN	24	04	2018
	DÍA	MES	AÑO		DÍA	MES	AÑO
SALA DE DECISIÓN PENAL N°			DISTRITO JUDICIAL			MEDELLÍN	
NOMBRE DEL MAGISTRADO	Oscar		Bustamante		Hernández		
	NOMBRES		PRIMER APELLIDO		SEGUNDO APELLIDO		
SALA N°	15	HORA INICIO	14:15	HORA FIN	14.25		

1. CÓDIGO ÚNICO DE INVESTIGACIÓN (CUI)																				
0	5	3	6	0	6	0	9	9	0	5	7	2	0	1	5	0	4	4	8	1
Dpto. (DANE)		Municipio (DANE)		Entidad		Unidad Receptora					Año			Consecutivo						

2. PROCESADO, TIPO DE AUDIENCIA												
CÉDULA N°	NOMBRES Y APELLIDOS					SEXO		DETENIDO		ASISTIÓ		
						F	M	SI	NO	SI	NO	
8.630.303	ABIMAEEL PACHECO PENENREY						X		X		X	
TIPO DE AUDIENCIA			COD.	DECISIÓN		RECURSO		INICIO		FINAL		
LECTURA DE AUTO				CONFIRMA								
TOTAL: Imputados o acusados					0	TOTAL FEMENINO			0	TOTAL MASCULINO		1

3. DELITO	
ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS	

4. ASISTENTES O PARTICIPANTES				
CALIDAD PARTICIPANTE		NOMBRES Y APELLIDOS		ASISTIO
FISCAL 234	Local	X	ARGER ENRIQUE LONDOÑO WHITE	NO (Se excusó)
	Seccional			
	Especializado			
PROCURADOR 191 JUDICIAL I PENAL (AGENTE ESPECIAL)		JUAN CAMILO LONDOÑO LÓPEZ		SI
ABOGADO		CARLOS MAURICIO MEJÍA URREA		SI
REPRESENTANTE DE VÍCTIMA		CLAUDIA ANDREA BERMÚDEZ ARROYAVE		SI



Distrito Judicial de Medellín

El suscrito Magistrado Ponente instaló la audiencia de lectura de decisión de segunda instancia.

Se verificó la presencia de las partes e intervinientes y la debida citación a los demás.

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado 2° Penal Circuito de Itagüí el 15 de febrero de 2018. Las razones quedaron anotadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Copia de la misma será enviada al Juez de instancia. Notificada de estrados, se remitirá en forma inmediata la carpeta a la Juez de Conocimiento para lo de su competencia.



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
MAGISTRADO