

TEMA: TESTIMONIO ADJUNTO - Requiere de la disponibilidad del testigo y que ofrezca en el juicio una versión diferente a la que había ofrecido por fuera del debate, lo que permite confrontarlo con el interrogatorio posterior a la lectura que el testigo hace de sus declaraciones anteriores. /

HECHOS: Ante el Juez Veintitrés Penal del Circuito de Medellín se adelanta la etapa de juicio en el proceso que se sigue en contra de Juan Fernando Usma Ocampo por un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, cometido a su vez en concurso con el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, igualmente realizado en concurso homogéneo sucesivo, dentro del asunto del epígrafe. En segunda sesión de audiencia de juicio oral celebrada el 5 de febrero de 2024, el a quo negó el ingreso de la entrevista de la menor como testimonio adjunto deprecado por la delegada del ente persecutor. Inconforme con la decisión la Fiscal interpuso el recurso vertical de apelación. Por tanto el problema jurídico se ocupará en determinar si permanece incólume la presunción de acierto y legalidad del proveído impugnado, advirtiendo que la interposición del recurso se encuentra habilitada al haberse negado una prueba sustantiva de aquellas que excepcionalmente son de las que se solicitan en sede de juicio.

TESIS: (...) resulta pertinente recordar que el derecho a la prueba es una garantía que se integra al debido proceso, art. 29 de la Constitución Política, y consecuencialmente al derecho de contradicción, art. 15 de la Ley 906/04.(...) Recordando las pautas trazadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el uso de las declaraciones anteriores de menores de edad víctimas de delitos sexuales, vertidas en documentos -para el caso en un videoconferencia con independencia de la denominación que se le dé: prueba documental, elemento probatorio, material suasorio, etcétera, de vieja data es sabido que como toda declaración anterior al juicio oral se puede utilizar para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos mediante los siguientes procedimientos: Refreshment of memory, (...) Impugnación de credibilidad del testigo. (...)también existen eventos en los que las declaraciones anteriores rendidas con anterioridad y por fuera del juicio oral se pueden incorporar como medios de prueba. Tal es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia, y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. (...)Como se puede apreciar, para que proceda la incorporación de declaraciones anteriores al juicio bajo la figura del testimonio adjunto -categoría de creación jurisprudencial, pues carece de consagración en el Código de Procedimiento Penal- es menester que el testigo acuda al juicio, se encuentre disponible, y se retracte en él, o cambie sustancialmente la primigenia versión. Modalidad que como se sabe, "... requiere de la disponibilidad del testigo y de que ofrezca en el juicio una versión diferente a la que había ofrecido por fuera del debate, lo que permite confrontarlo con el interrogatorio posterior a la lectura que el testigo hace de sus declaraciones anteriores.(...) Por manera que, frente a la realidad de las frecuentes retractaciones de los testigos en el ámbito de los procesos judiciales, la Corte considera que la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente el de defensa en sus aristas de contradicción y confrontación. De esta manera, el operador judicial tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.(...) Salta a la vista que la figura del testimonio adjunto conlleva unos presupuestos fácticos. "... diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo no disponible, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación) ... Las diferentes finalidades que se persiguen con estos usos de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio (para impugnar credibilidad o como "prueba sustantiva"), determinan los requisitos que deben reunir las mismas

para que puedan ser utilizadas en uno u otro sentido.” (...)A la luz de los desarrollos jurisprudenciales reseñados en la primera parte de este proveído, y tras escrutar el apartado correspondiente a la práctica probatoria bajo análisis, emerge diáfano que le asiste razón al a quo cuando concluye que en el caso presente no se ha producido la retractación o el cambio sustancial de versión por parte de la postulada víctima, que, como se vio, se erige en requisito de admisibilidad para el ingreso de su entrevista bajo la figura del testimonio adjunto.(...)

MP. CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

FECHA: 13/02/2024

PROVIDENCIA: AUTO



SALA PENAL

Medellín, martes trece (13) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Aprobado en la fecha, acta Nro. 14

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro. 6

Radicado: 05-001-60-00207-2021-50002

*Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
agravado, actos sexuales con menor de 14 años agravado*

Acusado: Juan Fernando Usma Ocampo

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: lunes 19 de febrero de 2024. Hora: 11:00 a.m.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la representación de víctimas, contra la decisión interlocutoria preferida el 5 de febrero de 2024 por el Juez Veintitrés Penal del Circuito, por medio de la cual el funcionario despachó desfavorablemente el ingreso de la entrevista de la menor de edad solicitada por la Fiscalía como testimonio adjunto.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Ante el Juez Veintitrés Penal del Circuito de Medellín se adelanta la etapa de juicio en el proceso que se sigue en contra de JUAN FERNANDO USMA OCAMPO por un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, cometido a su vez en concurso con el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, igualmente realizado en concurso homogéneo sucesivo, dentro del asunto del epígrafe.

2. En segunda sesión de audiencia de juicio oral celebrada el 5 de febrero de 2024, el a quo negó el ingreso de la entrevista de la menor como testimonio adjunto deprecado por la delegada del ente persecutor.

3. Inconforme con la decisión la Fiscal interpuso el recurso vertical de apelación.

4. Concedida la alzada por la primera instancia, el conocimiento del recurso lo fue repartido a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín.

5. Para lo que nos convoca la **DELEGADA** de la Fiscalía solicita el **ingreso de la entrevista de la postulada víctima menor de edad, como testimonio adjunto**, señalando que en franca contradicción con lo manifestado durante la investigación la testigo ha negado reiterativamente que el acusado la haya tocado. Por lo tanto, estima que en esta oportunidad se cumplen los requisitos para el ingreso de la entrevista como testimonio adjunto, a saber, que la testigo se encuentre presente para declarar en juicio, se retracte de la versión anterior, u ofrezca una sustancialmente diferente, siendo menester que el elemento ingrese a través de la lectura y a solicitud de la parte interesada, por lo que frente a la negativa de la menor deprecia que se permita reproducir la entrevista del 10 de agosto del año 2021.

Concedido el uso de la palabra el **REPRESENTANTE DE LAS VÍCTIMAS** se pronunció coadyuvando la pretensión de la Fiscalía, agregando para el efecto que el testimonio adjunto es una figura jurisprudencial que modificó la regla general en punto que las solicitudes probatorias se deben realizar en audiencia preparatoria, advirtiendo que en esta oportunidad se cumplen los requisitos para admitir la entrevista de la víctima como testimonio adjunto, siendo evidente para todos los presentes en la audiencia que la postulada se ha retractado en varias oportunidades durante su testimonio de su versión inicial, en cuanto a los tocamiento y demás circunstancias de tiempo, modo, y lugar.

Por su parte el **REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** considera que cuando cualquiera de las partes pretenda allegar un elemento de prueba como testimonio adjunto, se debe establecer que existe una directa contradicción entre lo dicho en juicio y lo dicho con anterioridad, estimando que en este momento es claro que hay una contradicción en algunos aspectos y frente a algunas afirmaciones, es decir, existe una completa confusión, y en tal virtud se torna pertinente la prueba deprecada por la delegada.

La **DEFENSORA** del procesado por su parte no plantea objeciones respecto de la solicitud elevada por la representante del persecutor, pues evidentemente observa que se presentan unas contradicciones bastante fuertes en el testimonio de la menor, a lo que se suma que desde la jurisprudencia se garantiza el ejercicio del contradictorio respecto del testimonio adjunto.

6. En síntesis, el **A QUO** señala que no encuentra que en este caso exista una retractación clara, directa, e intencionada de la víctima, advirtiendo que unas veces contesta que sí, otras que no, en otras oportunidades admite que se equivocó, luego dice que si fue objeto de tocamientos, por lo que en concreto no se puede calificar dichas circunstancias como una retractación, como quien quiere echarse para atrás en su dicho, o enmendar lo expuesto en versión anterior, observando a una testigo confundida que no está segura de lo que dice en el juicio, lo que claramente no se erige, o constituye retractación, estimando que se debió utilizar la técnica de refrescar memoria, o impugnar credibilidad, para que la testigo advierta que está incurriendo en un error y aclare cuál de las dos situaciones es o no real, pues, en todo caso el testimonio adjunto no está diseñado para brindar claridad al deponente, siendo estas las razones para negar el ingreso de la entrevista de la menor.

7. Inconforme con lo decidido la **FISCAL** interpone el recurso de apelación indicando que no se encuentra de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la primera instancia, a lo que se suma que no se puede afirmar que el único requisito para admitir el testimonio adjunto consista en que la menor se comporte como testigo hostil, en un caso en el que en algunas ocasiones esta dijo que sí y en otras que no. No obstante, en su criterio es claro el cambio sustancial de la versión inicial, estimando que se ha presentado así la retractación clara y directa de la agraviada, ya que en varias ocasiones manifestó que los hechos no habían ocurrido.

8. La **REPRESENTACIÓN DE LAS VÍCTIMAS** interpone reposición y en subsidio apelación, destacando que en su criterio es importante conocer la versión anterior sobre los hechos ofrecida por la víctima ante el CAIVAS, pues si bien le asiste razón al a quo cuando señala que podría haberse utilizado la entrevista para refrescar la memoria de la testigo o impugnar la credibilidad,

en punto de las situaciones que dice no recordar; no sucede lo mismo frente a la ocurrencia del abuso, es necesario conocer la versión anterior, aunado a que no se puede desconocer la condición especial, el déficit, y la discapacidad mental que se observa en la hoy adolescente, y se encuentra por demás acreditado en el proceso, en un caso en el que finalmente la deponente se está retractando de lo dicho en un principio, es decir, cuando aún tenía frescos los hechos en su memoria.

*9. **EI REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD** interpone reposición y en subsidio apelación, relievando que el a quo resolvió basado en un criterio jurisprudencial que aplica a juicios con adultos, en los que el primer paso cuando el testigo no recuerda consiste en refrescar memoria, y de persistir en su negativa o en casos de testigos hostiles, en segundo orden se le impugna la credibilidad. No obstante, en el caso de autos se observa una situación especial en la menor, no se sabe si está diciendo la verdad o no, o si sale a relucir que tiene problemas de memoria, quedando en el aire una sensación de incertidumbre sin que se la pueda calificar simplemente como testigo hostil.*

Bajo tales condiciones considera que no se trata de un caso ordinario en el que sencillamente y para efectos de refrescar la memoria o impugnar la credibilidad de la menor, se le pueda colocar de presente la entrevista, siendo lógico que se pueda escuchar su versión anterior, eso sí, dando lugar al debido contradictorio, destacando las limitaciones en el lenguaje perceptibles en la víctima, así como la dificultad para recordar cosas, por demás, puesto de presente por la propia declarante, lo cual termina generando un estado de incertidumbre que se puede resolver escuchando la entrevista cuyo ingreso depreca la Fiscalía.

*10. El **A QUO** no repone la decisión, insistiendo en que no observa que se cumplan los requisitos que habilitan el ingreso de la entrevista de la menor como testimonio adjunto, pues dicho mecanismo o figura no se encuentra previsto para resolver todos los impases en desarrollo del interrogatorio de los menores, para el caso que nos ocupa, para zanjar cuestiones relativas a la incertidumbre que se genere por dificultades en el proceso de rememoración del testigo, con mayores veras cuando se acepta que en estricto sentido esta no se está retractando.*

De acceder a que ingrese el elemento pretextado por la Fiscalía se estaría rompiendo la imparcialidad, la igualdad de armas, la legalidad, y, por contera, el debido proceso, desconociendo que la jurisprudencia es clara en cuanto a que la figura en cuestión se encuentra prevista para aquellos casos en que los testigos se retractan, cambian su versión, o desdicen de lo dicho previo al juicio, sin que le competa entrar a determinar si dicha herramienta es útil o no, o si termina alterando el sistema acusatorio.

Recapitulando en lo dicho por la víctima, advierte que inicialmente esta afirma que no la han tocado, luego dice que sí, y en el contrainterrogatorio nuevamente sostiene lo contrario, pero, luego, al parecer, vuelve a decir que sí. De ahí que no se puede afirmar que se esté retractando, o que en estricto sentido esté cambiando su versión, cuando al parecer tiene un problema de memoria y en nuestro medio se tiene previsto el mecanismo para refrescamiento cuando el testigo no tiene claridad, no sabe lo que dice, o no recuerda, y la impugnación de credibilidad en aquellos casos en los que dice una cosa y luego otra, permitiendo que se lo confronte para que precise la cuestión, estimando así que la confusión que presenta la testigo se pudo remediar por medios diferentes a permitir el ingreso de la entrevista de la menor bajo la figura del testimonio adjunto.

11. Concedida la apelación, el asunto le fue repartido a esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

En virtud del factor funcional contemplado en el numeral 1° del art. 34 de la ley 906/04, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín es competente para decidir de fondo el asunto que nos concita.

Ahora bien, visto lo que es objeto de impugnación, así como las razones expuestas por el funcionario de primer grado para negar el ingreso de la entrevista de la menor de edad como testimonio adjunto, este colegiado se ocupará en determinar si permanece incólume la presunción de acierto y legalidad del proveído impugnado, advirtiendo que la interposición del recurso

se encuentra habilitada al haberse negado una prueba sustantiva de aquellas que excepcionalmente son de las que se solicitan en sede de juicio.

Ahora, en orden metodológico es menester significar que para ejercer correctamente el recurso vertical el apelante debe encontrarse legitimado, asistirle interés jurídico para recurrir, y presentar el recurso dentro del término de ley, pero, además, en forma correcta y suficiente, es decir, mediante una adecuada sustentación; por lo que el incumplimiento de cualquiera de los precitados requisitos procedimentales, lleva a que los pronunciamientos que se ocupen de resolver la alzada así interpuesta se tornen inocuos por su evidente ineficacia jurídica.

Y es que como se advirtió para determinar quiénes se encuentran facultados para recurrir, inicialmente deben dilucidarse dos factores. A saber: La legitimación dentro del proceso y el interés jurídico para recurrir. Lo primero, en estricto sentido, hace referencia a que el impugnante se encuentre reconocido dentro del respectivo trámite como sujeto procesal; requisito que para el caso que nos concierne evidentemente cumple la representación de víctimas y el representante del Ministerio Público.

No obstante, es necesario que la providencia apelada haya ocasionado un daño, agravio, o perjuicio, atendidas las particulares funciones que se cumplen y los intereses que defienden dentro del proceso, por lo que, si no se demuestra lo propio la pretensión impugnatoria carece de fundamento. De manera que una correcta estimación del asunto lleva a que se rechace de plano el recurso vertical, como ocurre en esta ocasión con la alzada interpuesta por el representante de víctimas y el de la sociedad.

Precisado lo anterior, para entrar a resolver la apelación propuesta por el delegado de la Fiscalía, inicialmente y como acostumbra la Sala en este tipo de casos, con auxilio en la literatura especializada resulta pertinente recordar que el derecho a la prueba es una garantía que se integra al debido proceso, art. 29 de la Constitución Política, y consecuentemente al derecho de contradicción, art. 15 de la Ley 906/04.

Así las cosas, es claro que dentro de la actual sistemática procedimental penal que rige en nuestro medio el derecho a la práctica de pruebas comporta uno de sus más caros principios y pilares fundamentales de la arquitectura del sistema acusatorio, y en relación con sus fases o estadios procesales, huelga significar que, por antonomasia, la audiencia preparatoria es el escenario para la solicitud de los medios de prueba, consagrando la Ley 906 de 2004 dicha oportunidad procesal como sigue: “artículo 374. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”¹.

A su vez el art. 372 del mencionado compendio adjetivo en lo penal prevé que: “Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”, siendo menester señalar que a su vez el artículo 382 ibíd., establece como: “medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.”

Dicho esto, en orden metodológico y según se desprende de los motivos del disenso, así como de los argumentos enarbolados por la primera instancia, abordaremos lo que tiene que ver con la utilización de declaraciones anteriores de menores víctimas de delitos sexuales consignadas en entrevistas.

Recordando las pautas trazadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en relación con el uso de las declaraciones anteriores de menores de edad víctimas de delitos sexuales, vertidas en documentos -para el caso en un video- con independencia de la denominación que se le dé: prueba documental, elemento probatorio, material suasorio, etcétera, de vieja data es sabido que como toda declaración anterior al juicio oral se puede

¹ La solicitud de prueba anticipada ante los jueces de control de garantías constituye una clara excepción a la petición probatoria en sede de la audiencia preparatoria del juicio oral.

utilizar para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos mediante los siguientes procedimientos.

Refrescamiento de memoria, conforme lo previsto en el literal d) del art. 392 de la Ley 906/04, en armonía con el art. 399 *ibíd.*, y lo dispuesto en el numeral 8° del canon 417 de la misma obra.

Impugnación de credibilidad del testigo, posibilidad que contempla el literal b) del art. 393 de la ley 906/04, y que igualmente permite ponderar el uso de manifestaciones anteriores del testigo, según lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 403 de la Ley 906/04, pero, además, sin perder de vista las previsiones del inc. 1° del art. 347 *eiusdem*, el cual se desarrolla con la finalidad de controvertir o restar veracidad al testimonio y que a diferencia de la prueba de referencia no termina limitando el derecho a la confrontación.

Pero, también existen eventos en los que las declaraciones anteriores rendidas con anterioridad y por fuera del juicio oral se pueden incorporar como medios de prueba. Tal es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia, y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio.

El tribunal de cierre en materia penal diferencia como sigue las dos últimas posibilidades en comentario:

“Doctrina de la Sala ha precisado que el supuesto concerniente con la admisibilidad de la prueba de referencia, difiere de aquellos en que una declaración anterior puede ser empleada para impugnar la credibilidad de un testigo, o como testimonio adjunto; esto es, aquellos casos en que el testigo concurre al juicio oral, pero presenta una declaración distinta a la ofrecida por fuera de la audiencia, variable excepcional provocada por una situación sobreviniente como lo es el cambio del relato otorgado.” (CSJ, SP. SP512-2023, Rad. 55465 del 29 de noviembre de 2023, M.P. Gerson Chaverra Castro).

Como se puede apreciar, para que proceda la incorporación de declaraciones anteriores al juicio bajo la figura del testimonio adjunto -categoría de creación jurisprudencial, pues carece de consagración en el Código de Procedimiento Penal– es menester que el testigo acuda al juicio, se encuentre disponible, y

*se retracte en él, o cambie sustancialmente la primigenia versión. Modalidad que como se sabe, "... requiere de la disponibilidad del testigo y de que ofrezca en el juicio una versión diferente a la que había ofrecido por fuera del debate, lo que permite confrontarlo con el interrogatorio posterior a la lectura que el testigo hace de sus declaraciones anteriores."*²

*Dicha figura responde a una necesidad advertida en la práctica judicial, pues no en pocas ocasiones sucede que quienes rinden testimonio en juicio, "... se desdicen de las aseveraciones que han efectuado en entrevistas y declaraciones anteriores, las modifican sustancialmente o incluso rehúsan haberlas efectuado."*³

Por manera que, frente a la realidad de las frecuentes retractaciones de los testigos en el ámbito de los procesos judiciales, la Corte considera que la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente el de defensa en sus aristas de contradicción y confrontación. De esta manera, el operador judicial tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

Como se puede apreciar, para enfrentar los frecuentes escenarios de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo durante su atestación en juicio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene decantado una línea de pensamiento que habilita el ingreso de declaraciones anteriores como testimonio adjunto en la medida que se garantice el derecho a la confrontación y a la contradicción.

Ubicados en el caso de la especie, es claro que la problemática que se le plantea a la Sala en esta oportunidad consiste en un asunto de admisibilidad del medio probatorio solicitado en sede de juicio por la Fiscalía.

² CSJ, SP. SP337-2023, rad. 56902 del 16 de agosto de 2023, M.P. Luís Antonio Hernández Barbosa, Diego Eugenio Corredor Beltrán.

³ CSJ, SP. Sentencia del 20 de mayo del 2020, rad. SP934-2020, 52.045, M.P. José Francisco Acuña Viscaya.

Salta a la vista que la figura del testimonio adjunto conlleva unos presupuestos fácticos. “... diferentes a los que activan el debate sobre prueba de referencia, porque no se trata de un testigo **no disponible**, sino de un declarante que comparece al juicio oral y cambia su versión (respecto de lo que había dicho con antelación) ... Las diferentes finalidades que se persiguen con estos usos de declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio (para impugnar credibilidad o como “prueba sustantiva”), determinan los requisitos que deben reunir las mismas para que puedan ser utilizadas en uno u otro sentido.”⁴

Retomando, para que una declaración previa o manifestación antecedente pueda incorporarse a la atestación producida en el juicio oral en tal calidad, se deben satisfacer los siguientes requisitos o criterios de admisibilidad:

“(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, no sólo físicamente, esto es, con su presencia en la diligencia, sino también funcionalmente, es decir, en condiciones de servir o ejercer efectivamente como medio de prueba.

Por lo anterior, no podrá reputarse disponible el declarante que, no obstante concurrir al juicio, rehúsa comunicar los hechos que le constan, se niega a contestar las preguntas que se le formulan o las evade con respuestas artificiales que hacen imposible la adecuada confrontación.

(ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aseveraciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. De lo contrario – es decir, de persistir el testigo en su narración primigenia – resultaría innecesaria cualquier referencia a lo dicho con anterioridad y la prueba consistiría sencillamente de lo que diga en la diligencia.

(iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, de modo que el Juez cuente con las dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de discernir, con apego a la sana crítica, cuál de ellas (si es que alguna) le merece credibilidad.”

A la luz de los desarrollos jurisprudenciales reseñados en la primera parte de este proveído, y tras escrutar el apartado correspondiente a la práctica probatoria bajo análisis, emerge diáfano que le asiste razón al a quo cuando concluye que en el caso presente no se ha producido la retractación o el

⁴ CSJ, SP. SP606-2017, rad. 44950 del 25 de enero de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

cambio sustancial de versión por parte de la postulada víctima, que, como se vio, se erige en requisito de admisibilidad para el ingreso de su entrevista bajo la figura del testimonio adjunto.

En efecto, repara la Sala que ante preguntas puntuales sobre si alguien la había tocado la hoy adolescente de 15 años responde negativamente, empero, cuando se le precisan los interrogantes y se pregunta puntualmente por el acusado contesta positivamente suministrando detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo, y lugar. Por lo tanto, consideramos que en tal estado de cosas no se puede pretextar una retractación clara, directa, e intencionada de la víctima, pues, además, es menester que quede claro que la figura del testigo adjunto no se encuentra habilitada para conjurar la falta de técnica del interrogador para lograr que la víctima suministre una narración más completa de los hechos, aquilatar la credibilidad de la testigo, aclarar algún tipo de confusión, o superar deficiencias en la atención de la deponente.

Frente a la eventualidad que se analiza, al percatarse que la joven se muestra dispersa, incurre en algunas inconsistencias, o que al parecer presenta algunas lagunas en el proceso de rememoración, y para su desarrollo etario hasta cierto punto expone un manejo limitado del lenguaje, como se vio, la técnica del interrogatorio permite el refrescamiento de memoria, pero, fundamentalmente, para que se le permita advertir que está incurriendo en un error, inconsistencia, o contradicción, y corrija, aclare, o explique, el punto que se requiere dilucidar correctamente.

Ahora bien, en la dirección que se viene discutiendo, así mismo debe quedar claro que a diferencia entonces de lo que ocurre cuando el declarante es mayor de edad, se sabe que en aquellos casos en los que a la actuación penal comparecen niños, niñas, y adolescentes, en calidad de víctimas y testigos de los hechos a dilucidar, el ordenamiento jurídico es más laxo cuando se trata de la incorporación de entrevistas, declaraciones, o manifestaciones anteriores, ya sea a título de prueba de referencia excepcionalmente admisible, o bajo la figura del testimonio adjunto o complementario.

Empero, lo que no puede ocurrir es que ante cualquier tropiezo en el desarrollo del interrogatorio cruzado se habilite sin el cumplimiento de los requisitos legales el ingreso de la entrevista cuando el menor acude al juicio, pues no cualquier circunstancia o tropiezo en el correcto perfilamiento o direccionamiento del desarrollo del interrogatorio cruzado permite hablar de disponibilidad relativa del menor cuyo testimonio se ofrece en juicio, con mayores veras, cuando en el caso bajo escrutinio se observa que, entre otros puntuales aspectos, la menor alcanza a describir y precisar con sus palabras la manera en que el aquí sub iudice habría aprovechado cierta ocasión en que se ofreció a ayudarle con ciertas tareas escolares, para tocarla indebidamente en zonas erógenas, concretamente senos y vagina, con sus manos, y cuando esta tenía 13 años, prevalido de amenazas contra su familia para que la menor no develara los hechos.

Como se puede ver, no se trata de aquellos casos en los que la, "... menor ha concurrido al juicio a declarar y por razones de su edad o cualquier otra razón, impide con su comportamiento el interrogatorio y contrainterrogatorio al guardar silencio o negarse a contestar las preguntas formuladas durante la práctica de su testimonio...", eventualidad en la que de acuerdo con la línea de pensamiento acuñada por el tribunal de cierre en materia penal, se habilitaría la incorporación de las entrevistas, declaraciones, y/o manifestaciones anteriores en condición de prueba de referencia admisible, bajo el entendido de la disponibilidad relativa del testigo, pese a acudir al juicio.

Sin perjuicio de lo que viene de analizarse en precedencia, y según se anticipó, la Sala confirmará la decisión de no autorizar el ingreso de la entrevista de la menor de edad bajo la figura del testimonio adjunto, siendo menester recordar en este punto con auxilio en la jurisprudencia especializada que, "La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, éstas solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica."⁵

⁵ CSJ, SP. SP606-2017, rad. 44950, (Aprobado Acta n° 17) del 25 de enero de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

No obstante, bajo las circunstancias aquí analizadas, esto es, ante la disponibilidad de la postulada víctima, toda vez que en ningún momento se mostró renuente, ni se negó a responder las preguntas formuladas durante el interrogatorio, estimamos prudente que se le permita a la Fiscalía usar la técnica aquí depurada, si es que considera necesario refrescar memoria frente al punto álgido que se viene discutiendo, pues, se insiste, aquella (la disponibilidad) "... existirá cuando ofrezca respuestas a las preguntas o conainterrogatorios, independientemente de lo que diga y no habrá disposición cuando guarde silencio sobre el tema, caso éste último en que es viable admitir lo declarado fuera de juicio oral, pero como testimonio de referencia, no como prueba directa, pero únicamente en cuanto a la conducta de guardar silencio, excepción ésta que no opera cuando se responde el interrogatorio."⁶

Como se puede colegir, nos encontramos de acuerdo con que se debe promover un ponderado y adecuado uso de las posibilidades que la técnica del interrogatorio y conainterrogatorio, incluso en casos de menores, permite, a saber, en punto de un adecuado ejercicio de refrescamiento de memoria, a fin de que aquel que opta por guardar silencio o se muestra renuente, evasivo, entre otras posibilidades de comportamiento durante su atestación, a través del cuestionario que hábilmente llegue a formular el sujeto procesal, retome o ratifique lo dicho inicialmente en su declaración anterior, sin caer en el facilismo de incorporar las entrevistas, declaraciones, o manifestaciones anteriores rendidas por fuera del debate público, evitando el desgaste y esfuerzo que obviamente implica el mencionado ejercicio dialéctico.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del **Tribunal Superior de Medellín**,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por parte del Juez Veintitrés Penal del Circuito de Medellín en el caso del epígrafe, en cuanto lo que fue objeto de apelación, y acorde a los motivos consignados en el acápite de las consideraciones.

⁶ *Ibíd.*

SEGUNDO: *Una vez leída esta decisión, contra la cual no procede ningún recurso, se ordena la inmediata remisión del expediente al juzgado de origen para que de la manera más expedita se continúe con el trámite del proceso.*

TERCERO: *El presente proveído se notifica en estrados.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Firmado Por:

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado

Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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: **9fdf6bed4b9e60d30ff436c2c9489fea94aa5d560cb9932a6b89819c2c4cfa4a**

Documento generado en 13/02/2024 04:54:27 PM

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