TRIBUNAL SUPERIOR
Medellin

NULIDAD DE LA ACTUACION – FALTA DE REGISTROS EN PRUEBA TESTIMONIAL. La falta de los registros integrales y fieles de los testimonios, suplidos con las anotaciones casi textuales tomadas por la Jueza, tenidas así en cuenta para proferir la sentencia condenatoria, se traduce en violación del derecho de contradicción y de defensa; y por ende del debido proceso, lo que conlleva a nulidad de la actuación.

Delito	Actos Sexuales con Menor de 14 Años
Acusado	Edgar Efrén Aristizabal
Radicado	No. 05-001-60-00206-2009-51115
Procedencia	Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín
Instancia	Segunda
Magistrado Ponente	César Augusto Rengifo Cuello
Decisión	Decreta Nulidad.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil once (2011)

Procede la Sala en esta oportunidad a decidir en relación al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de mayo del año que transcurre, por la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, condenó, luego de un juicio oral, a EDGAR EFREN ARISTIZABAL, como autor de un delito de actos sexuales con menor de catorce años.

ACONTECER FÁCTICO

Grosso modo, los hechos jurídicamente relevantes son los siguientes:

El 5 de septiembre del año dos mil nueve, en la carrera 2 Este N° 10 A-57, urbanización "Prados del Este", ubicada en el corregimiento de San Antonio de Prado de la ciudad de Medellín, en las horas del mediodía cuando la infante Y.L.V. jugaba en las afueras del inmueble por los lados de la piscina, fue invitada por Edgar Efrén Aristizábal, papá de su amiguito Alejo, para que subiera al segundo piso a ver televisión y unos pajaritos que él tenía; la niña ingresó a la casa, allí Edgar Efrén la cargó, le quitó el pantalón y los pantys y le hizo tocamientos en su vagina con el pene, hechos estos que luego la menor le contó a su hermanita L.F.L.V., quien a su vez se los refirió a sus padres. Procediendo éstos en el acto a llevar a la menor al hospital del corregimiento, donde le hicieron la respectiva evaluación médica a la niña, advirtiendo únicamente el médico que los muslos de la niña olían a semen, por lo que toma muestras de frotis de las piernas, y posteriormente por sugerencia del médico se presenta la respectiva denuncia penal.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia se llevan a cabo actos de investigación e identificación, y se solicita la captura de Edgar Efrén Aristizábal. Al hacerse efectiva la misma, se realizan ante un Juez de Control de Garantías las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

El cargo formulado fue la comisión del delito de Actos sexuales con menor de catorce años, no aceptado por el imputado.

Posteriormente la Fiscalía presentó escrito de acusación conforme al cargo imputado y formuló en audiencia pública la acusación ante la Jueza 2ª Penal del Circuito de Medellín con funciones de Conocimiento, según lo previsto en el artículo 209 del Código Penal (modificado por la Ley 1236/08).

Efectuadas las audiencias: preparatoria, de juicio oral, enunciación del sentido condenatorio del fallo, individualización de la pena y finalmente de

lectura de la sentencia, el defensor del condenado interpone el recurso de alzada contra esa decisión.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

La Juez de primera instancia al analizar la prueba: la acordada y practicada en el juicio, entre ésta fundamentalmente el testimonio de la menor víctima ***Y.L.V.****, el de su hermana L.F.L.V., y el progenitor de éstas, José Rodrigo López, al igual que con la atestación de la funcionaria del Cuerpo Técnico de Investigación Adriana Cecilia Martínez Medina, profesional en Administración y Psicología, que recepcionó entrevista a la menor, concluye que en la actuación emerge absolutamente claro e incuestionable, más allá de cualquier duda, que el acusado EDGAR EFRÉN ARISTIZABAL, fue la persona que realizó actos sexuales a la menor* ***Y.L.V.***

En cuanto de esas atestaciones se desprende que el hoy acusado tocó con su pene la vagina de la menor. En forma directa con el testimonio de la menor víctima, aunado a las atestaciones de su hermana, padre y del médico Gabriel Hernando Medina, quien refiere lo comunicado por la menor cuando le prestaba la respectiva atención médica. En fin, que de la forma tan inmediata como se traslada la información en cadena de lo sucedido a la menor, emerge como razonablemente imposible que todo se hubiese ideado simplemente para perjudicar al acusado.

Aparte que con la entrevista realizada por la investigadora y psicóloga a la menor, no ingresada al juicio, se complementa la prueba directa, aunque en su recepción no se hubiesen aplicado todos los pasos del protocolo SATAC, puesto que esto no se hizo en un ámbito clínico, sino forense y no se pretendía presentar un concepto o medición.

No considerándose imposible la ocurrencia del hecho por haberse realizado en la casa del acusado donde se encontraba su esposa y varios amigos, por cuanto el entorno festivo, charla, licor y música en que estaban sugiere que éstos no se percataron de lo sucedido, adicionalmente que del contenido

de estas atestaciones permite observar inconsistencias que claramente denotan el ánimo de favorecer al procesado.

Si bien la hermana mayor de la víctima no fue testigo directo de la agresión sexual, su relato de lo acontecido, comunicado por Y.L.V., si fue inmediato al suceso, evidenciado así que algo irregular había ocurrido, siendo esto ratificado tiempo después con la entrevista recepcionada por la investigadora y psicóloga a la menor afectada; no puede admitirse que el progenitor de Y.L.V., ideó los hechos simplemente para perjudicar al acusado, por cuanto su reacción frente a lo sucedido o comentado por sus hijas fue inmediata, evidenciando su angustia y espontaneidad cuando acude donde su vecina para buscar el servicio médico; además, no fue por iniciativa de él que se presentó la denuncia, sino del médico, quien concluyó la necesidad de informar a las autoridades.

Reiterando que no tiene cabida la tesis de la imposibilidad de ejecución del hecho, pues al analizar armónicamente los relatos, nada impedía que en algún momento el acusado llamara desde la terraza a la menor que jugaba en la zona exterior a las viviendas, como tampoco que para la pequeña fuese creíble la excusa de la vista de alguna mascota para atender el llamado; aparte que el ambiente de música y licor que se vivía en el primer piso de la vivienda incidía en que para los amigos y esposa del acusado pasara inadvertida la comisión de la conducta delictiva.

DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO DE ALZADA

El defensor del acusado en la sustentación del recurso de alzada, contrario a lo expuesto por el a-quo en la sentencia, refiere:

En primer lugar expone que la prueba de cargo fundamental para la sentencia es el testimonio de la menor YLV, pues los demás testigos no son pruebas directas.

Fundamentación esta de la sentencia, en la que la Jueza parte además de supuestos inexistentes, en cuanto afirma existe en el juicio la declaración de

la menor víctima, cuando la misma no aparece en los registros; dado que tanto éste testimonio como el de su hermana, si bien se recepcionaron por el sistema de video de la empresa EDATEL, tales registros por fallas técnicas no aparecen en el juicio; de manera que la Juez hace alusión a los mismos con base en las anotaciones que ella iba tomando cuando éstas personas declaraban.

Es decir, el fundamento de la sentencia son pruebas mutiladas, actividad bastante equivocada, pues se hace imposible tener un reflejo fiel de lo ocurrido, dado que algún detalle pudo haberse escapado a la Jueza.

Si bien es cierto que se conocen los interrogatorios y contrainterrogatorios formulados a estos tres testigos, pues se enviaban por fax en escritos, no existe un registro de las respuestas, no siendo procesal, ni legalmente válido acudir a las notas tomadas por la Jueza, quien debió aplicar el inciso final del artículo 10 del C. de P. Penal.

Siendo necesario la corrección de la irregularidad decretando la nulidad parcial de lo actuado, a efecto de practicar nuevamente las pruebas cuyo registro no aparece. Esto como manifestación del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de inmediación, cuando se dispone que sólo se estimará como prueba la producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de Conocimiento.

Esto por cuanto no puede desconocerse que igualmente la defensa tomó notas de la práctica de estas pruebas con miras a formular el contrainterrogatorio, advirtiendo que una de las preguntas fue: ¿Alguien te ha dicho que tienes que decir? Y la respuesta fue: "Si". Acto seguido se le pregunta: ¿Quién? Y respondió: "Una señora". Pero nada de esto aparece en las anotaciones de la señora Jueza; tampoco nada dijo en relación a la contradicción presentada entre la respuesta dada al Ministerio Público, cuando preguntó a la menor víctima: ¿Si la persona que la había tocado era joven o mayor de edad?, que contesta: "Joven"; y la respuesta que expuso en la entrevista respecto al agresor, cuando dijo que era "grande y viejo".

De otro lado, aún obviándose tal irregularidad en las pruebas de cargo, tampoco con esas notas escritas de la Jueza es posible arribar al conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado si tenemos en cuenta que las expresiones de la menor son confusas, imprecisas y escuetas. Además, hay contradicción en lo manifestado a su hermana y progenitor, con lo dicho en la entrevista.

Puesto que en la entrevista dice que el acusado la invitó a ver unos pajaritos, mientras que a su hermana le dijo que la invitación fue a ver unos perritos.

Asimismo refiere que Edgar Efrén la sentó en una mesa y ahí la violó; significando esto, de ser cierto, que el hecho ocurrió en la Sala de la casa, precisamente donde estaban su esposa y sus amigos, lo que imposibilitaba la ocurrencia del abuso sexual.

A la vez, no se puede estimar como indicio de la ocurrencia de los actos sexuales, que la menor fuese vista por su hermanita con los cachetes colorados; puesto que ésta precisamente estaba jugando en el exterior del inmueble, actividad física desplegada que indudablemente dejó sus cachetes colorados.

No puede desconocerse, al valorar la prueba recaudada, que la hermana de la víctima en su testimonio refiere que a su padre Edgar Efrén no le cayó bien desde que lo conoció, lo que se erige en un motivo para que éste con sus hijas pretendan perjudicar al acusado.

También la hermana de la víctima dice que la menor entró a la casa de Edgar Efrén a ver películas en el computador; pero al estar éste aparato en la sala de la casa, imposible se tornaba la agresión sexual, pues precisamente el computador era utilizado para colocar la música que amenizaba la reunión.

No se tuvo en cuenta que las muestras tomadas a la menor resultaron negativas para semen.

Se concedió un valor probatorio al testimonio de la investigadora psicóloga Adriana Cecilia Martínez, cuando ésta claramente manifestó que no aplicó la

técnica o protocolo SATAC, y es evidente que la menor víctima no tiene claro conceptos a los que se refiere; aparte que la investigadora no acudió al sitio de los hechos.

Erró la Jueza cuando desconoce los testimonios de las personas que se encontraban en el sitio de los hechos libando licor con el acusado; quienes por cierto no observaron a la menor ingresar a la casa. Son coherentes, y si no son contundentes, al menos dejan la duda probatoria en la actuación con relación al acontecimiento.

Como la prueba directa o de cargo, la de la menor, es inexistente; e inexactas las anotaciones de la juez con relación a la prueba de cargo, emerge la duda en la actuación, la que debe resolverse a favor del acusado.

CONSIDERACIONES

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín para conocer de la alzada interpuesta.

Dado que el recurso interpuesto se orienta a cuestionar tanto la existencia de la conducta como la responsabilidad penal del acusado en la comisión de la misma, corresponde a la Sala abordar a plenitud el análisis de las pruebas atinentes a tales aspectos, y que fueron sustento de la sentencia impugnada.

Claro está, que en orden lógico procesal nos corresponde inicialmente dilucidar el problema jurídico atinente a la nulidad parcial de la actuación planteado por la defensa.

Cual no es otro que el de resolver si corresponde declarar parcialmente la nulidad de la actuación por la pérdida de los registros de los testimonios de la víctima y su hermana L.F.L.V., que fueron suplidos con las anotaciones, al parecer, casi textuales tomadas por la Jueza, tenidas así en cuenta para proferir la sentencia condenatoria?

Es de advertir que los testimonios de Y.L.V. y L.F.L.V., se practicaron en el juicio con la presencia e intervención de todas las partes e intervinientes legitimados, con pleno respeto del principio de inmediación, en cuanto fueron producidas en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a la confrontación y contradicción ante la Jueza de conocimiento.

Otra cosa lo es, el que el registro visual y de audio de tales testimonios, por fallas técnicas en la empresa EDATEL, hubiese desaparecido y no fuese posible su recuperación oral.

En fin, es indiscutible, contrario a lo argumentado por la defensa, que tales testimonios tuvieron existencia en el juicio, pues los mismos fueron producidos o practicados en el trámite del mismo.

Ahora, en cuanto a la forma de reconstrucción de las declaraciones de las menores testigos de cargo, debe decirse, ante la existencia escrita del interrogatorio y contrainterrogatorio que se hizo a las menores de edad, que en tal aspecto de los cuestionamientos ningún problema se presenta.

Es en relación a las respuestas que dieron las menores a los interrogantes hechos por las partes e intervinientes que se presenta problema en la actuación; en cuanto sólo se cuenta al respecto con las anotaciones, muy personales, que hizo de las mismas la Jueza de conocimiento.

Si bien las preguntas eran sumamente concretas, y por esto las respuestas eran de muy escasas palabras, facilitándose así el que la Jueza hiciera anotaciones muy similares a las respuestas dadas por las menores de edad. Esto no significa, que se cuente en la actuación con la totalidad e integralidad de todas las respuestas que integran la versión de las menores.

En fin, que las partes e intervinientes quedan plenamente supeditadas a lo acotado al respecto de las anotaciones de las respuestas a que haga alusión la Jueza de conocimiento, como único dogma o la verdad totalmente revelada. Siendo esto la única fuente de valoración, pues no se conoce otra; de ahí, que imposible para las partes se torne atacar el análisis probatorio

efectuado por la jueza, en caso de aceptarse sus anotaciones como lo relevante e importante de la versión de las menores.

La libertad de análisis o valoración de las atestaciones de las menores, se limita a lo expuesto o anotado por la jueza, de ahí, que las posibilidades de la defensa, a efecto de disentir de la valoración dada a tales versiones, se restrinja, en cuanto no se conoce la integralidad de las atestaciones; lo que a su vez, impide a la defensa jurídicamente atacar, por yerros en la valoración de tales atestaciones la providencia de primera instancia y posiblemente en casación en caso de confirmación de la sentencia condenatoria.

La inexistencia de registros fieles de los testimonios de la menores imposibilita la controversia a la defensa y por ende se afecta el debido proceso.

La imposibilidad de conocer la integralidad de tales atestaciones fundamentales para el proferimiento de la sentencia impugnada, no permite a la defensa conocer cuales son los aspectos relevantes o trascendentes que tuvo en cuenta la Jueza de conocimiento al momento de emitir la decisión impugnada; y en consecuencia se restringe el derecho de la defensa a controvertir lo expuesto por la jueza, como analizar de forma diferente, favorable a los intereses de su representado, lo expuesto fielmente por las testigos de cargos, directos e indirecto o de referencia.

De manera entonces, que la irregularidad presentada conlleva consecuencias que afectan el debido proceso y en este, la garantía de controvertir y de defensa.

Es incuestionable, que en tales circunstancias, por ejemplo, a la defensa se le imposibilita proponer o argumentar con relación a un probable error de hecho por falso juicio de identidad respecto al testimonio de las menores de edad, pues al ignorarse la integralidad de tales atestaciones, ¿cómo exponer que en la valoración de esas pruebas se ha desconocido parcialmente su contenido?; o que la valoración integral del contenido de tales testimonios no permite llegar a la conclusión a la que arribó la Juez de conocimiento?.

Jurídicamente se torna imposible o sumamente difícil para la defensa, por desconocimiento de la integralidad de las mencionadas atestaciones invocar, con algo de claridad y certeza, el cercenamiento o distorsión de estas pruebas al momento de ser valoradas por la Jueza de Conocimiento.

En síntesis, la falta de los registros integrales de los testimonios de las menores de edad, fundamentos de la sentencia condenatoria impugnada, se traduce en violación del derecho de contradicción y de defensa; y por ende del debido proceso.

De manera entonces, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 457 de la Ley 906/04, se impone decretar la nulidad parcial de la actuación a partir inclusive de las alegaciones finales del juicio, a efecto de reconstruir en forma integral las atestaciones de las menores de edad o se vuelva a recepcionar en el juicio los testimonios de las hermanas Y.L.V. y L.F.L.V., como formas de subsanarse la irregularidad presentada con la inexistencia de los registros comentada. La demás prueba practicada en juicio conserva su validez.

En mérito de lo expuesto el ***TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,*** *Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

RESUELVE:

Decretar la nulidad *de la presente actuación a partir inclusive de las alegaciones finales del juicio, a efecto de reconstruir en forma integral las atestaciones de las menores de edad, Y.L.V. y L.F.L.V, o se vuelva a recepcionar en el juicio sus testimonios, y subsanarse así, la irregularidad que con efectos sustanciales se ha presentado.*

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Y la misma queda notifica en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

JAMES SANZ HERRERA