El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 03 de noviembre de 2017

Proceso:                 Penal - Revoca sentencia condenatoria y absuelve

Radicación Nro. : 66001-61-06-484-2018-00402-01

Procesado: NELSON GIRALDO BOTERO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*.** [E]n el presente asunto no se cumplían con los requisitos exigidos en el artículo 381 C.P.P. debido a que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado en el fallo opugnado se cimentó con base en prueba de referencia. A lo que se debe aunar la vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hecho por parte de la Fiscalía, lo que a su vez generó un estado de dudas probatorias que debieron ser capitalizadas en favor del acusado, como bien lo ordena el aludido principio del *in dubio pro reo.* Siendo así las cosas, al asistirle la razón a los reproches formulados por el apelante, la Sala revocará el fallo confutado y en consecuencia absolverá al Procesado NELSON GIRALDO BOTERO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio y se pregonó su compromiso penal. Asimismo, como quiera que en la actualidad el aludido Procesado se encuentra detenido, se ordenara su inmediata liberación, salvo claro está, que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta # 1170 de octubre 31 de 2017. H: 3:00 p.m.

Pereira, tres (03) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:21 a.m.

Procesado: NELSON GIRALDO BOTERO

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Radicación # 66001-61-06-484-2018-00402-01

Procede: Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Decisión: Revoca fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida en las calendas del veintiocho (28) de agosto del 2.014 por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, dentro del proceso que se le siguió al ciudadano **NELSON GIRALDO BOTERO,** quien fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el libelo acusatorio, los hechos que concitan la atención de la Judicatura tuvieron ocurrencia en horas de la noche del 10 de septiembre del 2.008 al interior de una vivienda ubicada en la manzana 26 # 21 del barrio *Villas del Prado* de esta localidad, y están relacionado con una serie de abusos de tipo erótico sexual a los que fue sometida la menor **B.M.Y.** de 10 años de edad por parte de su tío NELSON GIRALDO BOTERO.

Según se afirma en el escrito de acusación, la agresión de tipo erótico-sexual de la cual fue víctima la menor **B.M.Y.** tuvo ocurrencia en el momento en el que ella salía del baño, siendo interceptada por NELSON GIRALDO BOTERO, quien la sujetó para así llevarla hacia el interior de una habitación contigua, lugar en el que le quitó los calzones, la acostó en una cama, en la cual, además de acariciarle las nalgas, procedió a besuquearle y manosearle lascivamente tanto los senos como la vagina.

Una vez que el sátiro satisfizo su lujuria, la cual parecer fue interrumpida por los llamados de la madre de niña, quien la requería para que hiciera una diligencia en una tienda del vecindario, le advirtió a la menor que no le dijera nada a sus padres sobre lo acontecido entre ellos, para así evitar verse metido en un problema.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. En las calendas del 13 de febrero del 2.012, ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, la Fiscalía le imputó cargos al entonces indiciado NELSON GIRALDO BOTERO, por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.
2. El escrito de acusación data del 30 de marzo del 2.012, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 6 de junio de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía acusó a NELSON GIRALDO BOTERO como presunto autor material del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 209 y 211, # 2º, del C.P.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 19 de julio de 2.012, mientras que la audiencia de juicio oral, después de una serie de múltiples aplazamientos, se celebró el día 9 de abril de 2.014, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio, razón por la que en contra del Procesado se procedió a librar las correspondientes ordenes de captura, las cuales se hicieron efectivas.
4. El 28 de agosto del 2.014 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.
5. Surtido el proceso de reparto, el conocimiento de la actuación le fue asignado el 19 de septiembre del 2.014 al Despacho # 2 de esta Corporación Judicial, pero en las calendas del 24 de julio del 2.017 el titular de ese Despacho decidió declararse impedido. Dicha declaratoria de impedimento fue aceptada mediante providencia del 27 de julio del 2.017, por lo que la actuación pasó a conocimiento del Despacho # 1, cuyo titular fue designado como nuevo magistrado ponente.
6. Una vez que el nuevo magistrado ponente radicó el correspondiente proyecto en el que se desataba la alzada, al percatarse que uno de los miembros de la Corporación se encontraba disfrutando de unos permisos compensatorios por turnos de habeas corpus, procedió a ordenar la correspondiente integración de una Sala de Conjueces, a fin que analizaran el proyecto radicado en la Secretaría del Tribunal.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida contra del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO por parte del Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del 28 de agosto del 2.014, la cual se declaró la responsabilidad penal del aludido Procesado por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado NELSON GIRALDO BOTERO fue condenado a purgar una pena de 144 meses de prisión. Igualmente en dicho fallo al hoy reo se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales por no cumplirse con los requisitos legales para la procedencia de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por la Juzgadora de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO, se fundamentaron en la absoluta y total credibilidad que se le concedió a una entrevista rendida por la víctima **B.M.Y.** la que ingresó al proceso como prueba de referencia admisible. Según el sentir de la *A quo,* lo narrado por la menor ofendida en la entrevista de marras, se le debía conceder credibilidad, debido a que se estaba en presencia de un relato espontáneo y coherente en el que la menor expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos; a lo que se debía aunar que no existía razón alguna para que la menor se inventara lo acontecido ya que no se pudo advertir de su parte resentimiento, animadversión ni animo alguno de querer causarle daño al procesado con sus dichos.

De igual forma, la Jueza de primer nivel adujo que los dichos de la menor ofendida habían sido corroborados con los testimonios rendidos por los sus padres, LINA MARÍA YÉPEZ y JOHN MORALES YÉPEZ, y por la psicóloga PATRICIA INÉS MENESES, quienes dentro del ámbito de sus respectivos roles se enteraron por boca de la victima de lo acontecido, tanto es así que el relato que Ella ofreció fue catalogado como lógico y coherente en la valoración psicológica que le fue realizado.

Con base en lo anterior, la *A quo* llegó a la conclusión que si bien es cierto que lo dicho por la víctima en la entrevista debía ser catalogado como prueba de referencia, también era cierto que dicha prueba de referencia no era única, en atención a que en el proceso existían otras pruebas, los testimonios de los padres de la menor y de la psicóloga forense, con los cuales se ratificaba todo lo dicho por la agraviada en la entrevista.

Ante tal situación, la Jueza de primer nivel fue de la opinión que con tales pruebas se probaba más allá de toda duda razonable que el Procesado fue la persona que abusó sexualmente de su sobrina.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada, se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en favor del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO se debió reconocer el *in dubio pro reo* debido a que la Fiscalía no cumplió con la carga procesal que le asistía de demostrar la responsabilidad penal endilgada en contra del aludido encausado.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, expuso el recurrente que el fallo de condena se basó en una prueba de referencia, como lo fue una entrevista absuelta por la victima que se introdujo al proceso debido a que la ofendida no acudió al juicio a rendir testimonio, la cual carece de respaldo probatorio porque las personas que rindieron testimonio en el juicio para corroborar lo consignado en esa entrevista, o sea los padres de la agraviada y los servidores públicos que la atendieron acorde con sus competencias, no les constaba nada de lo acontecido, ya que no fungieron como testigos directos de esos eventos sino como meros testigos de oídas al replicar lo que a ellos le narró la ofendida.

Con base en los anteriores argumentos el recurrente solicitó la revocatoria del fallo confutado, y que en consecuencia se absuelva al Procesado de los cargos endilgados en su contra.

**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 Penal con categoría de Circuito que hace parte de uno de los Circuitos que integran 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.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿La *A quo* incurrió en yerros en la apreciación del acervo probatorio debido a que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO contradecía los requisitos exigidos por el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. por fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia?

De igual forma, la Sala también percibe como problema jurídico coyuntural el siguiente:

¿En el fallo confutado se incurrió en una vulneración del principio de la congruencia debido a que se acusó y se declaró la responsabilidad penal endilgada en contra del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO por un delito completamente diferente de aquel que en verdad se logró demostrar con las pruebas allegadas al proceso?

**- Solución:**

**1. La vulneración del principio de congruencia:**

El principio de congruencia en materia procesal penal, el cual se encuentra consagrado en el artículo 448 C.P.P. hace parte de ese cumulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como Debido Proceso, el cual exige que entre la acusación y la sentencia deba existir una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto factico-normativos, deben ser los mismos o afines a aquellos por los cuales en la sentencia se ha declarado la responsabilidad criminal del acriminado, razón por la cual se ha dicho que la acusación se erige como el límite de la sentencia, la que por regla general no puede desbordarse de los parámetros trazados en el libelo acusatorio[[1]](#footnote-1).

Sobre las características de este principio, de vieja data la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Muy sintéticamente debe comenzar por recordarse que el principio de congruencia ha sido conceptualizado como aquél límite para el Estado a la hora de definir el proceso penal, en tanto lo que se imputa al momento de concretar los cargos ostenta carácter vinculante y no puede ser desbordado por el fallo en detrimento del procesado o de los demás sujetos que intervienen en la actuación.

Es que, entre la imputación delictiva que el Estado jurisdiccional hace a una persona y la decisión que define en el fondo la controversia penal se establece un nexo de causa y efecto vinculante, de manera que como presupuesto general ello supone la elaboración de un juicio de identidad fáctica -hecho histórico objeto de investigación- y jurídica -nominación que al mismo da la ley, con todas las circunstancias que lo modifican-, en el entendido de que solamente se mantiene el marco conceptual construido a partir de esos dos elementos siempre y cuando la sentencia sea respetuosa de los linderos por el mismo fijados…”[[2]](#footnote-2).

Acorde con lo hasta ahora expuesto, acorde con lo dicho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a modo de ilustración, se podría presentar una vulneración del principio de la congruencia en los siguientes eventos: a) Cuando se profiere una sentencia por un delito diferente de aquel por el cual el Procesado fue acusado, o respecto de personas diferentes de aquellas que fueron acusadas, o que se pregonen en contra del Procesado circunstancias específicas de agravación punitiva no consignadas en la acusación, o que se desconozcan las mismas en el fallo; b) En los eventos en los que el contexto factico de la sentencia desconozca o difiera del núcleo factico de la acusación; c) En aquellas hipótesis en las que pruebas practicadas en el juicio logran demostrar que la Fiscalía incurrió en un error en la calificación jurídica dada a los hechos en el libelo acusatorio, y a pesar de ello tozudamente se profiere un fallo en consonancia con esa errónea calificación jurídica.

Frente a lo anterior, la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La norma, que regula el principio de congruencia, exige que esta se presente desde una doble connotación: la fáctica (hechos) y la jurídica (delitos), de tal forma que se vulnera la consonancia cuando se condena (i) por hechos o por delitos distintos a los precisados en la acusación, (ii) por un delito del cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en la acusación, (iii) por un delito deducido en la acusación, pero el juez deduce una circunstancia de mayor punibilidad no precisada en aquella, y, (iv) el juez desconoce una circunstancia de atenuación deducida en la acusación (sentencia del 29 de junio de 2006, radicado 24.529).

La consonancia entre acusación y fallo debe estar dada en relación con lo personal -partes e intervinientes-, lo fáctico -hechos y circunstancias- y lo jurídico -modalidad delictiva-, de tal forma que la ausencia de identidad sobre tales aspectos impide proferir fallo de condena y el juzgador no puede extralimitar su actuación más allá de ese marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía (sentencia del 15 de mayo de 2008, radicado 25.913).

En ese contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la Fiscalía vinculan al juzgador y la única posibilidad de controversia permitida a las partes e intervinientes es la concedida en el artículo 339, exclusivamente para que formulen observaciones sobre el cumplimiento de las exigencias del artículo 337…”[[3]](#footnote-3).

Al aplicar lo anterior al caso en comento, a fin de verificar si en efecto ha tenido o no ocurrencia una vulneración del principio de congruencia, observa la Sala que la Fiscalía, en el escrito de acusación adiado el 30 de marzo del 2.012, le enrostró cargos al Procesado NELSON GIRALDO BOTERO por haber incurrido en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 209 y 211, # 2º, del C.P. perpetrados en contra de la menor **B.M.Y.** de 10 años de edad. Por lo que acorde con la calificación jurídica dada a los hechos con los cuales se edificó la acusación, a la Fiscalía le asistía la carga de demostrar en el juicio, más allá de cualquier duda razonable, que los actos lujuriosos que supuestamente el Procesado perpetró en contra de la integridad sexual de la menor **B.M.Y.** fueron consensuados, pero que por la edad de la ofendida, quien para entonces era menor de 14 años, el consentimiento brindado por ella para acceder a dichos comportamientos libidinosos se encontraba viciado y por ende carecía de validez, ya que no detentaba de la capacidad para auto determinarse en asuntos de tipo erótico-sexual.

A pesar de lo anterior, vemos que si analizamos las pruebas que la Fiscalía allegó al juicio para probar su teoría del caso, se podría concluir que el Ente Acusador no cumplió con la carga probatoria que le correspondía en atención a que dichas pruebas demostraron la ocurrencia de un delito completamente diferente de aquel que fue objeto de la acusación, de lo cual por desgracia no se percató la Jueza de primer nivel, quien actuando en contra de la realidad probatoria, procedió a proferir una sentencia condenatoria la cual en sus ámbitos facticos y normativos se encontraba en consonancia con la errónea calificación jurídica que en la acusación la Fiscalía le dio a los hechos, pero que, se reitera, abismalmente discrepaba de la realidad real acreditada en el juicio.

Para demostrar la anterior afirmación, vemos que la Fiscalía adujo al proceso como pruebas las siguientes: a) Los testimonios de oídas de los padres de la agraviada, LINA MARÍA YÉPEZ y JOHN MORALES YÉPEZ; b) Una entrevista absuelta por la ofendida **B.M.Y.** la cual fue introducida al juicio como prueba de referencia admisible por la investigadora CLAUDIA LORENA PEÑA, y c) Los dichos de la psicóloga forense PATRICIA INÉS ESCOBAR. A juicio de la Sala, al apreciar en conjunto lo adverado por esos testigos, se desprendería lo siguiente:

Esa noche del 10 de septiembre del 2.008 la menor **B.M.Y.** se encontraba en casa de su abuela, cuando se vio en la necesidad de ir a uno baño que estaba en la 2ª planta del inmueble con la finalidad de hacer una necesidad fisiológica. Estando en dicho sitio, sintió como su tío, o sea el ahora Procesado NELSON GIRALDO BOTERO, irrumpió el baño, sujetándola por las manos y los pies, para así poder llevarla hacia el interior de una habitación contigua, en donde además de amordazarla y maniatarle, la despojó de sus prendas de vestir para luego proceder a manosearle y besuquearle los bustos, la región vaginal, las nalgas y otras partes del cuerpo.

De igual manera, de las pruebas aludidas, se desprende que las actividades lujuriosas del sátiro se vieron interrumpidas ante los llamados de la madre de la menor, quien la estuvo requiriendo para que fuera hacia una tienda para hacer que hiciera un mandado, relacionado con la compra de unas hogazas de pan.

Para la Sala, de lo acreditado por las pruebas antes aludidas se avizora que el encuentro libidinoso que la ofendida sostuvo con el ahora Procesado no fue producto de algo consensuado sino de una agresión alevosa cuyo factor primordial fue la violencia física a la que la menor fue sometida y reducida, lo que a su vez permitió que su atacante pudiera manosearle y besuquearle sus partes pudendas, si se tiene en cuenta que: a) El agresor irrumpió en el baño en donde Ella hacia una necesidad fisiológica; b) La sujeto de sus manos y pies para poder llevarla hacia el interior de una habitación contigua; c) La maniató y amordazó.

Tal situación nos estaría indicando que el acervo probatorio habido en el proceso demostraba la ocurrencia de un delito completamente diferente de aquel que fue objeto tanto de la acusación como de la sentencia, como lo es el delito de acto sexual violento, tipificado en el artículo 206 C.P. el cual se caracteriza, contrario al reato de actos sexuales con menor de 14 años, por la presencia del factor violencia, sea esta física o moral, la cual es utilizada por el sujeto agente como mecanismos para poder vencer la resistencia del sujeto pasivo, lo que no acontece en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, si se tiene en cuenta que dicho reato se describe el comportamiento abusivo de una persona, quien, por métodos diferentes a los de la violencia, consigue que una persona quien por su minoría de edad no está en capacidad de otorgar su consentimiento en asuntos lúbricos, para que se lo conceda, y de esa forma sostener con ella relaciones carnales o actos sexuales.

Sobre las diferencias habidas entre las modalidades básicas de los antes aludidos delitos, la Corte, de vieja data, ha expuesto lo siguiente:

“Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (art. 303 del Código Penal) la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cuál se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

En cambio, cuando el menor de catorce (14) años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo…[[4]](#footnote-4)”.

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto el Ente Acusador desde un principio incurrió en una errónea calificación jurídica dada a los hechos que fueron objeto de la acusación[[5]](#footnote-5), lo que generó unas catastróficas consecuencias a sus aspiraciones procesales, ya que no pudo demostrar válidamente uno de los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir sentencia condenatoria, como lo es la ocurrencia del delito por el cuál al acusado le fueron endilgados cargos, que en el caso *subexamine* sería el reato de actos sexuales con menor de 14 años, debido a que las pruebas practicadas en el juicio oral si bien eran indicativas de demostrar la ocurrencia de un delito atentatorio contra la libertad sexual, dicho reato, como bien lo pudo demostrar la Colegiatura, resultó ser uno completamente distinto a aquel por el cual el acriminado fue acusado: acto sexual violento.

Dicha situación tan peculiar ha generado una especie de incongruencia entre la acusación y lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, lo que conspiraría de manera negativa para que el fallador de instancia pudiera llegar a ese absoluto grado de conocimiento que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio, puesto que en su psiquis existirían varias hipótesis respecto del delito: a) La plasmada en la acusación; b) Lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, en detrimento de lo expuesto en el escrito de acusación.

Por lo tanto, la consecuencia procesal que generaría una vulneración del principio de la congruencia en aquellos eventos en los que en el juicio se demuestre un delito completamente diferente de aquel que fue objeto de la acusación, siempre y cuando no sea posible acudir a la medida extrema de la variación de la calificación jurídica por parte del Juez del Conocimiento[[6]](#footnote-6), es que tal dislate germinaría la semilla de la duda razonable, la cual tiene que ser capitalizada en favor del Procesado, acorde con los postulados del principio “*in dubio pro reo*”, plasmado en el inciso 4º del artículo 29 C.N. y el artículo 7º C.P.P. lo que a su vez implicaría que en favor del acusado se debe proferir un fallo absolutorio, como bien lo ha admitido la Corte en los siguientes términos:

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta ostensible que no todos los presupuestos reseñados se satisfacen, pues es evidente que la fiscalía mantuvo la imputación fáctica y jurídica tal como la propuso en la audiencia de formulación de acusación, es decir, que siempre aseguró que los procesados desplegaron actos encaminados a poner a la ofendida en incapacidad de resistir y nunca le pidió al juez de conocimiento que fallara por un comportamiento punible diferente. **Lo anterior era ya más que suficiente para que el juez no pudiera hacer cosa distinta a absolver por la conducta acusada, si apreciaba que la fiscalía no le trajo el convencimiento necesario para condenar**…”[[7]](#footnote-7).

A modo de corolario, la Colegiatura es de la opinión que como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada los hechos por parte del Ente Acusador, en el fallo opugnado se incurrió en una vulneración del principio de la congruencia, lo que implicaba que el Procesado debió ser merecedor de una sentencia absolutoria en aplicación en su favor de los postulados que orientan el principio del *“in dubio pro reo”.*

**2. Los yerros de apreciación probatoria:**

Para poder resolver el problema jurídico propuesto por el recurrente, acorde con la realidad probatoria analizada y debatida en el fallo confutado, la Sala tendrá en cuenta que el juicio de responsabilidad criminal efectuado en contra del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO tuvo como uno de sus pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que la Jueza de primer nivel le concedió a una entrevista absuelta por la víctima **B.M.Y.** la cual fue aducida al juicio como prueba de referencia admisible ya que la agraviada, a pesar de haber sido citada en debida forma, no compareció al juicio a rendir testimonio.

Ante tal situación, se torna imperioso por parte de la Sala determinar si en el presente asunto se está en presencia de una prueba única de referencia, que incidiría para que en contra del Procesado no fuera posible poder dictar un fallo de condena, como bien lo ordena el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. o si por el contrario, dicha prueba de referencia se encuentra acompañada de otros medios de conocimiento que al ser apreciados de manera conjunta conduzcan hacia la acreditación de manera indubitable del compromiso penal endilgado en contra del Procesado, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Como punto de partida, tenemos que acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. 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 las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley…”[[8]](#footnote-8).

Es de anotar que por contrariar la prueba de referencia, varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[[9]](#footnote-9), 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 únicamente en pruebas de referencia admisibles. Pero es de anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[10]](#footnote-10), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba de referencia, con tales medios de conocimiento, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente si se podría proferir un fallo de condena.

Acorde con lo anterior, es de precisar que tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte a la denominada teoría de *“la prueba de corroboración periférica”*, la cual, según la Corte[[11]](#footnote-11), 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.

(::::)

En todo caso, debe tener claro la Fiscalía que la admisión de prueba de referencia, sin posibilidades de ejercer el derecho a la confrontación, no sólo implica la limitación de los derechos del procesado, sino además la obligación de realizar una investigación especialmente meticulosa, bien para hacer frente a la restricción consagrada en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal y para brindarle al juez mejores elementos de juicio para decidir sobre un tema de tanta trascendencia para los derechos fundamentales como lo es la responsabilidad penal.

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

(:::::)

Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable…”[[12]](#footnote-12).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, reitera la Sala que el juicio de responsabilidad que en el fallo opugnado se predicó en contra del encausado NELSON GIRALDO BOTERO, se fundamentó en la credibilidad que la Jueza de primer nivel le concedió a una entrevista absuelta por la menor ofendida **B.M.Y.** en la cual hizo una serie de sindicaciones y señalamientos en contra del Procesado de marras como la persona que la manoseó y besuqueó con fines lujuriosos una noche en la que Ella y su madre estaban de visita en la casa de su abuela.

De igual forma, vemos que en el fallo confutado la Jueza de primer nivel adujo que los dichos extraprocesales de la menor ofendida no estaban huérfanos en el proceso, en atención que los mismos se encontraban corroborados con los testimonios rendidos por los Sres. LINA MARÍA YÉPEZ y JOHN MORALES YÉPEZ, y por la psicóloga forense PATRICIA INÉS ESCOBAR, los cuales, en sentir de la *A quo* de una u otra forma podían dar fe de todo lo que la menor agraviada dijo en contra del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO en una entrevista que rindió ante la Policía Judicial.

Tal situación, en un principio le hace a la Sala colegir que en efecto, tal como lo reclama el recurrente, el juicio de responsabilidad penal pregonado en contra del Procesado CESAR ANTONIO GARCÍA en esencia se fundamentó en una prueba de referencia admisible, como lo fue la entrevista absuelta por la menor **B.M.Y.** cuyos dichos extraprocesales se encontraban acreditados de manera periférica con lo atestado por otras personas que de una u otra forma tuvieron conocimiento de lo acontecido entre la agraviada y el procesado.

Pero al llevar a cabo un análisis de los testimonios rendidos por las personas que, en sentir de la *A quo,* avalaban la credibilidad de los dichos extraprocesales de la menor ultrajada, la Sala es de la opinión, al igual que el apelante, que esas pruebas carecen del poder de convicción que se requiere para fungir como pruebas de corroboración periférica, porque se está en presencia de sujetos que deben ser considerados como simples y meros testigos de oídas, como bien aconteció con los Sres. LINA MARÍA YÉPEZ y JOHN MORALES YÉPEZ, padres de la agraviada, a quienes no les constaba nada de lo acontecido, ya que lo único que hicieron en el proceso fue fungir como una especie de caja de resonancia, al replicar todo lo que a Ellos a su vez le había dicho su hija al día siguiente de haber ocurrido lo sucedido entre ella y el ahora Procesado NELSON GIRALDO BOTERO.

Capítulo aparte merece lo atestado por la perito PATRICIA INÉS ESCOBAR, quien rindió testimonio en calidad de sicóloga forense, y en tales condiciones expuso que después de atender a la menor **B.M.Y.** cuatro años después de ocurrido los hechos, llegó a la conclusión consistente en que su relato debía ser considerado como lógico y coherente. De igual forma la perito en su testimonio hizo un relato de todo lo que la agraviada le había contado a Ella respecto de lo que le sucedió esa noche con su lujurioso tío.

Al apreciar lo dicho por la perito PATRICIA INÉS ESCOBAR, a fin de determinar su valor suasorio, la Colegiatura no puede pasar por alto que acorde con la doctrina jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que la información suministrada al juicio por el perito en lo que atañe con sus experticias debe ser catalogada como prueba directa y no como de referencia, debido que la misma es producto de lo que los peritos de manera directa y con inmediatez percibieron con sus propios sentidos[[13]](#footnote-13); Asimismo, en dicha línea jurisprudencial también se tiene por establecido que al perito le está vedado expresar opiniones respecto de los hechos o de la responsabilidad criminal del procesado, lo cual se torna en inadmisible por contrariar el tema objeto de la prueba pericial.

Sobre lo anterior, la Corte se expresó de la siguiente manera:

“Plurales han sido los pronunciamientos de esta Sala donde se ha dicho que los testimonios de peritos expertos en sicología o siquiatría no son de referencia, porque, aunque generalmente obtienen información de la persona sujeta a examen, la razón de ser de su experticia no son los hechos de los cuales tienen conocimiento, ni la responsabilidad del enjuiciado, sino aspectos especializados que interesan al proceso, verbigracia la confiabilidad de su relato, siendo esta particularidad la que los distingue del testigo técnico…”[[14]](#footnote-14).

Por lo tanto, si analizamos a fondo lo atestado por la perito PATRICIA INÉS ESCOBAR, vemos que en su declaración existe una mezcla de contenidos directos con otros de referencia. Así tenemos que, en lo que tiene que ver con las conclusiones a las que llegó la perito respecto a que en su opinión se debería considerar como lógico y coherente el relato que a Ella le dio la menor ofendida, es obvio que tales aseveraciones deben ser consideradas como una prueba directa, por ser las mismas producto de los análisis que la perito le efectuó a la agraviada, con los cuales expresó su opinión experta. Pero ello no acontece con lo atestado por la perito sobre lo que la menor le dijo sobre los lujuriosos abusos perpetrados en su persona por parte de su tío, porque en dichos eventos lo único que la perito hizo fue transmitir al juicio una información relacionada sobre unos hechos que le fueron suministrados por la persona que atendió, la cual además de estar vedada, ya que como bien se dijo en el precedente citado párrafos anteriores: *el perito no puede expresar opiniones sobre los hechos*, debe ser considerada como prueba de referencia, porque, se reitera, por intermedio del perito se está incorporando al proceso una declaración que fue rendida por la menor agraviada por fuera del juicio oral.

De lo antes expuesto, la Sala válidamente puede concluir que en el presente asunto no estaban dadas las condiciones para que con base en lo atestado por los Sres. LINA MARÍA YÉPEZ; JOHN MORALES YÉPEZ y PATRICIA INÉS ESCOBAR, se pudiera corroborar de manera periférica los señalamientos que la ofendida hizo en contra del Procesado en una entrevista que se introdujo al proceso como prueba de referencia admisible, por tratarse de simple y meros testigos de oídas, a quienes en nada le constataba lo acontecido, siendo lo único que hicieron fue replicar lo a que Ellos les contó la ofendida.

Ahora bien, no puede desconocer la Colegiatura que la perito PATRICIA INÉS ESCOBAR llegó a la conclusión consistente que el relato que le oyó decir a la víctima debería ser considerado como lógico y coherente, pero para la Sala tales conclusiones *per se* no son absolutas ni suficientes para que con ellas pueda ser posible llegar a ese grado absoluto de convicción que se requiere para poder proferir un fallo de condena, debido a que por el simple hecho y mero hecho de que un relato sea lógico y coherente, ello no quiere decir automáticamente que el mismo sea veraz, puesto que una mendacidad bien estructurada o una tergiversación de la realidad, también pueden ser lógicas y coherentes.

Por ello, se torna obligatorio para el fallador de instancia el deber de cotejar lo dicho por el perito con el resto del acervo probatorio, a fin de determina si le asiste o no la razón a sus afirmaciones y conclusiones. Pero en el caso en comento, vemos que las únicas pruebas habidas en el proceso con las cuales eventualmente se podría cotejar lo atestado por la perito, vendrían siendo unas pruebas de escaso poder suasorio, como lo serían los testimonios de oídas absueltos por los Sres. LINA MARÍA YÉPEZ y JOHN MORALES YÉPEZ, quienes obtuvieron la información de lo narrado por Ellos de la misma fuente que le sirvió de base a la perito para expedir su opinión experta.

Ante tal situación, la Sala colige que el fallo confutado, en lo que tiene que con sus cimientos probatorios, contraría las prohibiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. ya que dicho proveído se fundamentó única y exclusivamente en una prueba de referencia admisible, como lo fue la entrevista rendida por la menor **B.M.Y.** la cual no fue debidamente corroborada por las demás pruebas habidas en el proceso.

Siendo así las cosas, la Colegiatura es de la opinión que le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra de la sentencia opugnada, porque en efecto la Jueza de primer nivel al momento de la apreciación del acervo probatorio incurrió en los yerros denunciados en la alzada, los cuales le impidieron darse cuenta que se encontraba en presencia de una prueba de referencia única con la cual le era imposible proferir un fallo de condena.

**- Conclusiones:**

Acorde con lo expuesto en los párrafos anterior, la Colegiatura concluye que en el presente asunto no se cumplían con los requisitos exigidos en el artículo 381 C.P.P. debido a que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado en el fallo opugnado se cimentó con base en prueba de referencia. A lo que se debe aunar la vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hecho por parte de la Fiscalía, lo que a su vez generó un estado de dudas probatorias que debieron ser capitalizadas en favor del acusado, como bien lo ordena el aludido principio del *in dubio pro reo.*

Siendo así las cosas, al asistirle la razón a los reproches formulados por el apelante, la Sala revocará el fallo confutado y en consecuencia absolverá al Procesado NELSON GIRALDO BOTERO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio y se pregonó su compromiso penal. Asimismo, como quiera que en la actualidad el aludido Procesado se encuentra detenido, se ordenara su inmediata liberación, salvo claro está, que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

En mérito de todo lo antes lo 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: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del 28 de agosto del 2.014, en la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado **NELSON GIRALDO BOTERO** por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior se absolverá al Procesado NELSON GIRALDO BOTERO de los cargos por los cuales en el presente asunto fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador

**TERCERO: ORDENAR** la inmediata liberación del Procesado NELSON GIRALDO BOTERO, salvo que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

**CUARTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**HERNANDO TORRES PÉREZ**

Conjuez

**ALEXÁNDER ZAPATA LARGO**

Conjuez

1. Las excepciones a dicha regla general se presenta en aquellos eventos en los cuales el Juez Cognoscente puede proferir una sentencia por un delito diferente de aquel que fue objeto de la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación, siempre y cuando en el fallo no se desconozca el núcleo factico de la acusación y que la nueva calificación jurídica por su punibilidad sea más favorable a los intereses del Procesado. (Sentencia del 22 de febrero de 2.017. SP2390-2017 Rad. # 43041) [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de julio de 2007. Rad. # 26468. M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 21 de marzo de 2.012. Rad. # 38256. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de marzo de 1.988. Proceso # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-4)
5. Si se parte de la base que la Fiscalía desde un principio tuvo en su poder la entrevista absuelta por la menor **B.M.Y.** con la cual soportó el escrito de acusación. [↑](#footnote-ref-5)
6. Lo cual no es posible, por no darse los requisitos jurisprudenciales requeridos para la variación de la calificación jurídica, debido a que en los delitos de marras, además de estar consignados en el Código Penal en capítulos diferentes, lo que implicaría una variación del núcleo factico de la acusación, el reato de acto sexual violento es de mayor entidad punitiva por ser reprimido con una pena mayor que aquella con la que es sancionado el delito actos sexuales con menor de 14 años. Al respecto se pueden consultar entre otros los siguientes proveídos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo dieciséis de 2.011. Rad. # 32685; Providencia del 27 de junio de 2012. Rad. # 32650; Sentencia del 22 de febrero de 2.017. SP2390-2017 Rad. # 43041. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. # 28649. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 septiembre de 2011. Rad. # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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. [↑](#footnote-ref-10)
11. Teoría que ha sido desarrollada, entre otras, en las siguientes decisiones: Providencia del junio 4 de 2013. Rad. # 40893; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-12)
13. Lo cual es producto de la línea jurisprudencial que en tal sentido ha trazado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como se desprende entre otras de: La Sentencia del 17 de septiembre de 2008, Rad. # 29.609; la Sentencia del 29 de febrero de 2008. Rad. # 28257; la Sentencia del 9 de diciembre de 2.010. Rad. # 34434; la Sentencia del 18 de mayo de 2011. Rad. # 33651; la Sentencia del 10 junio de 2015. SP7248-2015. Rad. # 40478; la Sentencia del 2 de diciembre de 2015. SP16559-2015. Rad. # 45824; la Sentencia del dieciocho 18 de mayo de 2016. SP6569-2016. Rad. # 43482. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 26 de febrero de 2014. AP-822-2014. Rad. # 36624. [↑](#footnote-ref-14)