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 – 19 de diciembre de 2017

Proceso:                 Penal - Revoca sentencia condenatoria y absuelve

Radicación Nro. : 660016000036200703094-01

Procesado: LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 381 C.P.P. PARA PODER PROFERIR UN FALLO DE CONDENA.** [E]l juicio de responsabilidad criminal pregonado en el fallo opugnado en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, básicamente se cimentó en una prueba ilegal que debe ser excluida del proceso, lo que a su vez redundaría en favor de los intereses del acusado, debido a que como consecuencia de la exclusión, la única prueba de cargo que existiría en contra del acusado solamente sería el testimonio rendido por la médico forense LIGIA INÉS AGUILAR, respecto de los hallazgos encontrados a la víctima como consecuencia del examen sexológico que se le practicó, lo cual no sería lo suficientemente contundente como para desvirtuar la presunción de inocencia que siempre ha acompañado al acriminado, ya que con esa prueba *per se* no es posible llegar a la conclusión consistente que el acriminado haya sido la persona que le causó a la agraviada los desgarros antiguos que presentaba a nivel del himen, máxime cuando la perito admitió que esa clase de traumas también podrían ser ocasionados por otros elementos diferentes a la introducción del asta viril. Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, porque en efecto con las pruebas habidas en el proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA. Ante tal situación, la Sala revocará la sentencia confutada, y en consecuencia se absolverá al Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**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 por acta #1412 del 18 de Diciembre 2017. H: 11:40 a.m.

Pereira (Risaralda), diecinueve (19) de Diciembre de Dos mil Diecisiete (2.017).

Hora: 8:13 a.m.

Procesado: LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Radicación # 660016000036200703094-01

Procede: Juzgado 3º 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 proferida en las calendas del quince (15) de Septiembre del 2.014 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA por incurrir en la comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con el reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con los medios de conocimiento aducidos al proceso, se tiene que los hechos tuvieron ocurrencia en el barrio *“El Dorado I”* de esta municipalidad, al interior de un inmueble identificado con la nomenclatura urbana de la manzana 3ª casa # 8, durante el periodo comprendido entre el año 2.006 hasta mediados de noviembre del año 2.007, y están relacionados con unos abusos de tipo erótico-sexuales a los que de manera reiterada fue sometida la niña *“A.T.B.B.”*, de 10 años de edad para ese entonces, por parte de su tío LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, de 52 años.

Según se aduce en la acusación, que los atropellos libidinosos a los que era sometida la menor por parte de su sátiro tío, tenían ocurrencia en la gran mayoría de las veces en las que la infante acudía al inmueble ubicado en el barrio *“El Dorado I”* con la finalidad de visitar a su abuela, oportunidades estas que eran aprovechadas por LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA para abusar sexualmente de ella al manosearle, toquetearle y besuquearle sus partes pudendas, o para accederla carnalmente.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las calendas del 8 de julio del 2.013, la Fiscalía le enrostró cargos a LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con el reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.
2. El escrito de acusación data del 2 de septiembre del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el 3 de diciembre de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía acusó a LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA por los mismos reatos endilgados en su contra en la audiencia de formulación de la acusación.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 20 de mayo del 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró el 3 de septiembre de esas calendas, 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 encausado se libró una orden de captura. Posteriormente, el 15 de septiembre del 2.014 se profirió la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 15 de Septiembre del 2.014, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA por incurrir en la comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con el reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA fue condenado a purgar una pena de 150 meses de prisión, e igualmente 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 LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, se fundamentaron en establecer que las pruebas aducidas por la Fiscalía, a pesar de su precariedad, satisfacían a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado, por lo siguiente:

* Con las estipulaciones probatorias se acreditó que la víctima para la época de los hechos tenía una edad de 10 años.
* Con el dictamen sexológico emitido por la perito, se demostró que la menor presentaba una desfloración antigua en el himen, lo que en opinión de la experta, a su vez se tornaba compatible con lo dicho por la ofendida en la anamnesis respecto el haber sido víctima de un abuso sexual.
* La existencia de una entrevista absuelta por la ofendida ante la Defensoría de Familia, la que se adujo al proceso como prueba de referencia, en la que la menor hizo un relato claro, puntual, conciso y preciso de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se llevaron a cabo los abusos perpetrados por su tío.
* Los dichos de la menor ofendida en dicha prueba de referencia se le debía otorgar credibilidad, debido a que no fueron infirmados ni refutados, además de que su versión de lo ocurrido resultaba armónica con los demás medios de conocimiento aducidos al juicio.
* No existían razones para dudar de la admisibilidad de la prueba de referencia, por lo que no era necesario que se acreditara la indisponibilidad del testigo, debido a que la tendencia en los eventos en los que un menor de edad sea víctima de un delito sexual es la de propiciar por la protección de los derechos de los niños para de esa forma evitar su victimización secundaria en determinadas circunstancias cuando acudan al juicio a rendir testimonio.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada, se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en el proveído confutado se incurrieron en una serie de errores en la apreciación del acervo probatorio que incidieron para que se profiriera un fallo de condena en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, a pesar de que las pruebas allegadas al proceso no cumplían con los requisitos necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente adujo los siguientes argumentos:

* Se tergiversó el contenido del dictamen sexológico practicado a la ofendida, con el cual lo único que se demostró es que la menor posiblemente haya sido víctima de un abuso sexual, pero ello necesariamente no quiere decir que el Procesado haya sido el perpetrador de tales atropellos.

Además, de lo dicho por la agraviada en la anamnesis del dictamen sexológico, lo único que se desprende es que hizo una serie de sindicaciones en contra de un tío como su abusador, pero en momento alguno en tal sentido efectuó un señalamiento específico en contra del Procesado.

* La entrevista absuelta por la víctima no estaba soportada en otros medios de conocimiento que acreditaran lo aducido en la misma.
* Es cierto que en el proceso se introdujo una entrevista rendida por la víctima como prueba de referencia, pero se desconoció que era dudosa la admisibilidad de esa prueba así como el valor probatorio que ameritaría la misma, debido a que en el proceso se demostró que estaban disponibles el testimonio de la ofendida como el de su madre, pero la Fiscalía decidió desistir de la práctica de esas pruebas; además, dicha entrevista no fue aducida al proceso por la persona a quien se le encomendó la labor de recepcionarla, o sea la investigadora LUZ MIRIAM HERNÁNDEZ, sino por una persona ajena a ese encargó como lo fue la defensora de familia MARINA AGUDELO ZAPATA, quien a su vez admitió que editó lo declarado por la menor con el propósito de hacer más entendible o comprensible su relato.

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 este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

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

**- Problema Jurídico:**

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:

¿Incurrió el Juez *A quo* en errores en la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron darse cuenta que en el presente asunto no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena, en atención a que el juicio de responsabilidad criminal endilgado en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA solamente se fundamentó en una prueba de referencia única de dudosa admisibilidad, como lo fue la entrevista absuelta por la víctima “A.T.B.B.”?

**- Solución:**

Para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido 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 edificado en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA tuvo como uno de sus pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que el Juez de primer nivel le concedió a una entrevista absuelta por la víctima “A.T.B.B.” la cual fue aducida al juicio por parte de la Fiscalía con el argumento consistente en que se trataba de una prueba de referencia admisible por detentar la agraviada la condición de víctima menor de edad de una agresión de tipo erótico-sexual.

Ante tal situación, se torna imperioso por parte de la Sala determinar si en el presente asunto se está o no en presencia de una prueba de referencia admisible, la que eventualmente por su condición de única repercutiría 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 para poder resolver los anteriores interrogantes, 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…….”[[1]](#footnote-1).

Ahora bien, a fin de precisar cuándo ante una declaración rendida por fuera del juicio se puede estar en presencia de una prueba de referencia, de igual manera la Corte ha establecido los siguientes criterios:

“En el mismo sentido, esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

(::::)

En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado……”[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3), 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 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. Pero es de aclarar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[4]](#footnote-4), 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 se puede 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[[5]](#footnote-5), 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.

(::::)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros…….”[[6]](#footnote-6).

Finalmente, se hace necesario tener en cuenta que como consecuencia de las características antes anotadas que son propias de la prueba de referencia, o sea por contrariar los derechos a la contradicción, a la inmediación y a la confrontación, por regla general la misma no es admisible como medio probatorio, pero por razones de justicia material en el artículo 438 C.P.P. se consagraron una serie de eventos en los que de manera excepcional si sería procedente su admisibilidad. Pero es de anotar, como bien lo ha establecido la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[7]](#footnote-7), que aquella parte que de manera excepcional pretenda aducir al juicio una prueba de referencia, adquiere la carga de acreditar su admisibilidad acorde con cualquiera de las hipótesis consagradas en el aludido artículo 438 C.P.P. Lo cual quiere decir, *a contrario sensu*, que en aquellos eventos en los que se haya aducido al juicio una prueba de referencia inadmisible, o sin que se haya cumplido con la carga de demostrar su admisibilidad, dicho medio de conocimiento, por los vicios de ilegalidad que lo aquejan y por atentar en contra del debido proceso[[8]](#footnote-8), no tendría ningún tipo de valor probatorio, y en consecuencia debe ser excluido del proceso acorde con la sanción procesal consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con lo reglado en el artículo 23 C.P.P.

Frente a lo anterior, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“Así, como sucede con cualquier otra prueba para que pueda ser apreciada en el juicio oral, es claro que en materia de admisibilidad de la prueba de referencia también rige el principio de legalidad, en la medida en que sólo se acogerán aquellas que se encuentran incluidas en las previsiones del artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Según esta disposición, únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) ha fallecido. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos y; por último, con ocasión de la puesta en vigencia de la Ley 1652 de 2013 e) cuando el declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los definidos en los artículos 138 (acceso carnal violento en persona protegida), 139 (actos sexuales violentos en persona protegida), 141 (prostitución forzada o esclavitud sexual), 188 A (trata de personas), 188C (tráfico de niños, niñas y adolescentes) y 188 D (uso de menores de edad para la comisión de delitos), del mismo código……”[[9]](#footnote-9).

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 LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, se fundamentó en la credibilidad que el Juez de primer nivel le concedió a una entrevista absuelta por la menor ofendida, aportada al juicio como prueba de referencia admisible, en la cual la agraviada formuló una serie de sindicaciones y señalamientos en contra del Procesado como la persona que en varias ocasiones, las veces en la que Ella iba a visitar a su abuelita, se aprovechaba de las oportunidades en las que ambos estuvieran a solas para manosearla, toquetearla y besuquearla con fines lujuriosos, e incluso hasta llegar a los extremos de accederla carnalmente.

Pero al analizar las circunstancias en virtud de las cuales la entrevista absuelta por la ofendida “A.T.B.B.” fue introducida al juicio por la Fiscalía como prueba de referencia admisible, observa la Colegiatura que el Ente Acusador se fundamentó en la hipótesis de admisibilidad consagrada en el literal *“e”* del articulo 438 C.P.P. en virtud de la cual se debe considerar como prueba de referencia admisible «*las entrevistas forenses rendidas por los menores de edad que hayan sido víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal»*; lo cual en un principio seria válido, debido a que efectivamente en el presente asunto estábamos en presencia de una niña de 10 años de edad que supuestamente había sido víctima de unos abusos sexuales perpetrados por un lascivo pariente cercano, de no ser por el detalle consistente en que para la fecha en la cual se recepcionó la entrevista de la menor “A.T.B.B.”, o sea el 13 de diciembre del 2.007, aún no había entrado en vigencia la ley # 1.652 de 2.013, en virtud de la cual, en su artículo 13, se adicionó el articulo 438 C.P.P. al introducirse una nueva hipótesis para la admisibilidad de las pruebas de referencia.

Lo antes expuesto nos quiere decir que la entrevista absuelta por la menor agraviada, la que fue apreciada como la prueba de referencia con la cual se cimentó el fallo confutado, se adujo al proceso con base en una hipótesis de admisibilidad que no estaba vigente para la época en la cual la misma se recepcionó, por lo que es obvio que en el presente asunto por parte de la Fiscalía, con la aquiescencia del *A quo,* sofísticamente se le pretendió dar efectos retroactivos a lo reglado en el artículo 13 la ley # 1.652 de 2.013, lo cual no era posible ni factible por tratarse de una ley procesal con efectos sustantivos, {debido a que regulaba una serie condiciones para que fuera factible que en virtud de ciertas hipótesis una entrevista pudiera ser considerada como pruebas de referencia admisible}, las que por regla general solo rigen hacia el futuro, o sea a partir de la fecha de su promulgación o sanción, y de manera excepcional tendrían efectos retroactivos solamente para beneficiar al procesado acorde con los postulados del principio del *favor rei*, consagrado en el inciso 3º del artículo 29 de la Carta, el artículo 6º, inciso 2º, del C.P. y en el artículo 6º, inciso 2º, del C.P.P.

Tal situación, nos hace concluir que si la Fiscalía pretendía introducir al proceso la entrevista rendida por la víctima como prueba de referencia admisible, no podía acudir al artículo 13 la ley # 1.652 de 2.013, y en consecuencia tenía la carga probatoria de demostrar alguna de las hipótesis de admisibilidad excepcional de las pruebas de referencia que estaban vigentes para esa época, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial……”[[10]](#footnote-10).

Pero es de anotar que la Fiscalía no cumplió con dicha carga probatoria, y lo más extraño es que la agraviada si estaba disponible y presta a declarar, como bien lo acotó la Defensa cuando adujo que las testigos habían comparecido a la sala de audiencias[[11]](#footnote-11), y a pesar de tal situación vemos que la representante del Ente Acusador decidió desistir tanto del testimonio de la víctima como el de su señora madre, porque en su opinión su teoría del caso se encontraba satisfecha con las pruebas de cargo aducidas al juicio, lo que le cercenaba a la Defensa la oportunidad de hacer valer sus derechos a la contradicción y a la confrontación, razón por la que lo dicho por la Fiscalía fue objeto de una serie de reclamos efectuados por el Defensor, *quien adujo que la Fiscalía con esa estratagema estaba actuando de mala fe*; pero vemos que tales reparos formulados por la Defensa, que ameritaban un pronunciamiento de la Judicatura, inexplicablemente fueron ignorados por el Juez Cognoscente, quien asumió una aptitud de mutismo y de inercia ante lo que acontecía en su presencia[[12]](#footnote-12), como si fuera un simple y mero convidado de piedra.

En suma de todo lo expuesto hasta ahora, considera la Sala que con la irregular aducción al proceso de una prueba de referencia respecto de la cual no se acreditaron debidamente alguna de las hipótesis relacionadas con su admisibilidad excepcional, la que a su vez sirvió de fundamento al fallo condenatorio, se vulneró flagrantemente el debido proceso, lo que a su vez tornaba en ilegal dicha prueba, la cual debe ser excluida del proceso acorde con lo ordenado en el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con lo reglado en el artículo 23 C.P.P.

Ahora bien, en el remoto de los casos en los que de manera descabellada se diga que por aplicación del principio *“pro infans”* las declaraciones extraprocesales rendidas por la victima si debían ser consideradas como prueba de referencia admisible, acorde con lo reglados por la ley # 1.652 de 2.013, de todos modos en el presente asunto no se cumplirían con las condiciones exigidas por la Ley de marras para que esa entrevista pueda ser catalogada como prueba de referencia admisible por lo siguiente:

* A fin de preservar los derechos del menor de edad y de garantizar tanto la originalidad como la autenticidad de la entrevista, la Ley # 1.652 de 2.013 exige que la misma sea llevada a cabo en *una cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima*, y que tal acto sea *grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito*.

En el presente asunto, vemos que la entrevista absuelta por la ofendida no se llevó en una cámara *gesell* o un espacio similar, sino, como bien lo admitió la testigo MARINA AGUDELO ZAPATA, en las instalaciones del *ICBF.*

Además, la originalidad y la autenticidad de la entrevista se encuentra en tela de juicio porque la misma no se grabó en un medio técnico o audiovisual, que sería lo ideal, sino que se documentó de manera escrita; a lo que se debe aunar que la Defensora de Familia, MARINA AGUDELO ZAPATA, admitió que editó apartes de lo declarado por la menor, con el loable objetivo de hacer más comprensible o entendible lo que Ella narraba, lo que pudo distorsionar la originalidad de dicha prueba, debido a que las ediciones efectuadas por la Defensora de Familia operarían como una especie de prisma frente a muchos apartes de la realidad de lo declarado por la víctima.

* Ley # 1.652 de 2.013 exige que los funcionarios que cumplan funciones de Policía Judicial tengan una capacitación y un entrenamiento especial en el manejo de entrevistas forenses absueltas por menores de edad. Por lo que es obvio que en los casos en los que la Fiscalía pretenda aducir a un proceso una entrevista forense como prueba de referencia, tiene la previa obligación de acreditar la capacitación de quien cumpla funciones de policía judicial en tales tópicos, el que, a su vez, por ser el encargado de la creación de la evidencia en la cual se documentó la entrevista, por regla general seria la persona a quien le asistiría la misión de acudir al juicio en calidad de testigo de acreditación con la finalidad de que por intermedio suyo se introduzca la entrevista como prueba de referencia.

En el caso en estudio se tiene que la Fiscalía en momento alguno cumplió con su obligación de acreditar la capacitación de la funcionaria del C.T.I. LUZ MIRIAM HERNÁNDEZ en tales menesteres, a quien se le encomendó la misión de la recepción de la entrevista absuelta por la menor “A.T.B.B.”. ni acudió a la investigadora de marras para que fungiera como testigo de acreditación, ya que se valió de una persona ajena a ese rol, como lo sería la Defensora de Familia, para con dicha funcionaria hacer valer en el juicio la aludida entrevista como prueba de referencia.

Para la Sala, todo lo dicho con antelación es suficiente para concluir que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en el fallo opugnado en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA, básicamente se cimentó en una prueba ilegal que debe ser excluida del proceso, lo que a su vez redundaría en favor de los intereses del acusado, debido a que como consecuencia de la exclusión, la única prueba de cargo que existiría en contra del acusado solamente sería el testimonio rendido por la médico forense LIGIA INÉS AGUILAR, respecto de los hallazgos encontrados a la víctima como consecuencia del examen sexológico que se le practicó, lo cual no sería lo suficientemente contundente como para desvirtuar la presunción de inocencia que siempre ha acompañado al acriminado, ya que con esa prueba *per se* no es posible llegar a la conclusión consistente que el acriminado haya sido la persona que le causó a la agraviada los desgarros antiguos que presentaba a nivel del himen, máxime cuando la perito admitió que esa clase de traumas también podrían ser ocasionados por otros elementos diferentes a la introducción del asta viril.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante, porque en efecto con las pruebas habidas en el proceso no se cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA. Ante tal situación, la Sala revocará la sentencia confutada, y en consecuencia se absolverá al Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Finalmente, como quiera que en contra del Procesado de marras se libraron una serie de órdenes de captura, como consecuencia de lo resuelto y decidido en el presente fallo de 2ª instancia, se ordenará la inmediata cancelación de las mismas.

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 parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad en las calendas del 15 de Septiembre del 2.014, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA por incurrir en la comisión de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso con el reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados, y en consecuencia se absolverá al Procesado de marras de los cargos por los cuales en el presente asunto fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

**SEGUNDO:** Ordenar la inmediata cancelación de las órdenes de captura libradas en contra del Procesado LUIS ENRIQUE BAÑOL OSPINA.

**TERCERO:** 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

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

(CON IMPEDIMENTO)

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 septiembre de 2011. Rad. # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver entre otras: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del seis (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-4)
5. Teoría que ha sido desarrollada, entre otras, en las siguientes decisiones: Providencia del junio cuatro (4) de 2013. Rad. # 40893; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Al respecto, se puede consultar, entre otros, los siguientes fallos: Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Sentencia del 9 de octubre de 2.013. Rad. # 36518; Sentencia del 28 de mayo de 2014. SP6700-2014. Rad. # 40105; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sobre este tópico, se puede consultar la Sentencia del 16 de noviembre de 2016. SP16564-2016. Rad. # 44113. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 2 de julio de 2.014. SP. 8611-2014. Rad. # 34131. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866. [↑](#footnote-ref-10)
11. Registros # 00:58:00 al # 01:10:00. Es de resaltar que en ese momento se dijo que la menor agraviada, para ese entonces, detentaba la condición de mayor de edad. [↑](#footnote-ref-11)
12. Registros 02:10:11 al # 02:10:15. [↑](#footnote-ref-12)