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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR / DERECHO DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES / LA SANCIÓN DEBE SER MODERADA / EN ESE CONTEXTO PUEDE SER CAUSA DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD / LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO / PRUEBA DE REFERENCIA / NATURALEZA Y VALORACIÓN / PRUEBAS DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA.**

… considera necesario la Sala pronunciarse sobre un tema que de manera insular propuso la Defensa en su apelación, el que tiene que ver con el uso del derecho de corrección que tienen los padres respecto de sus hijos, ya que según decir de la apelante, lo acontecido podría ser considerado como una simple situación en la que una madre reprendió y corrigió a su hija por su mal comportamiento. (…)

… la legislación colombiana reconoce la facultad de corrección que tienen los padres de familia y en general los cuidadores frente a los malos comportamientos de sus hijos o aquellas personas que tienen a su cargo, de allí que el art. 262 del Código Civil señale que: “Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente.”. La norma en mención fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-371 del 25 de agosto de 1994, en la cual esa alta corporación dejó claro que esa frase “sancionarlos moderadamente”, no habilitaba al padre o cuidador para infligir daño físico o moral al menor. (…)

… considera la Colegiatura que es improcedente la aplicación de la aludida causal de exclusión de la responsabilidad penal consagrada en el # 5º del artículo 32 C.P. puesto que si bien es cierto que las pruebas habidas en el proceso no enseñan de manera indubitable que las supuestas razones por las cuales la Procesada reprendió a su hija al parecer se debieron porque dejó caer unos huevos que quebraron. Pero de igual manera dichas pruebas nos señalan que el castigo físico al que fue sometida la menor agraviada se tornaba un tanto irracional y desproporcionado…

… acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, 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. (…)

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 , 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…

Acorde con lo anterior, es precisar que tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte la denominada teoría de “la prueba de corroboración periférica”, la cual llevada al escenario de la prueba de referencia consiste en lo siguiente:

“(…) Empero, en la labor de apreciación probatoria el juzgador puede arribar al grado de conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad del acusado, utilizando la mencionada prueba de referencia, bajo el supuesto que al juicio oral, público y concentrado se allegaron otros elementos de conocimiento que confirman su contenido, en relación con los mencionados aspectos”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 529 del 11 de junio de 2019. H: 8:00 a.m.

Pereira, doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:05 a.m.

Procesada: MHJ

Delitos: Violencia intrafamiliar y omisión de denuncia particular

Rad. # 66682 60 00 065 2017 00026 01

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

Decisión: Confirma fallo confutado

**ASUNTO A DECIDIR:**

Corresponde a la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de la procesada **MHJ**,en contra de la sentencia adiada el 10 de diciembre de 2018, proferida por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal de la antes aludida, por incurrir en la comisión del delito de violencia intrafamiliar.

**ANTECEDENTES:**

De lo obrante en el expediente se puede extraer que el 28 de diciembre de 2016 eso de las 21:00 horas, miembros de la Policía de Infancia y Adolescencia del municipio de Santa Rosa de Cabal fueron alertados por el comandante de la Estación de Policía de la vereda *“Alto Vásquez”* de esa localidad, sobre un posible caso de maltrato infantil, ocurrido en una de las fincas del sector, razón por la cual se trasladaron al lugar, a donde llegaron para encontrar a una menor identificada como M.A.H. de 11 años de edad para ese entonces, quien manifestaba que su madre la había golpeado con un cable, razón por la cual ella salió corriendo de la casa, llegando hasta donde un vecino quien fue la persona que alertó a las autoridades. La infante exteriorizó no querer volver a su hogar pues no era la primera vez que la madre la castigaba físicamente, además adujo que su hermano mayor y otro hombre que vivía en una finca donde ellos habitaron antes, le tocaban sus partes íntimas.

Dada esa situación, la menor fue llevaba y puesta al cuidado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en donde, en entrevistas absueltas con las funcionarias de la institución, dio a conocer que en múltiples ocasiones había sido víctima de tocamientos de carácter libidinoso por parte de un señor de nombre LUIS ARNOVI, en cuya vivienda habitaron ella, su madre y su hermano desde enero hasta diciembre de 2016, situación que le informó a su mamá quien no hizo nada al respecto. Igualmente hizo saber que el día en que fue retirada de su hogar materno, en la tarde su hermano DIDIER, quien tenía 15 años en ese entonces, cuando se encontraban acostados viendo televisión le tocó los senos y le dijo que tuvieran relaciones sexuales, a lo que ella se negó saliendo de la casa y escondiéndose hasta que su progenitora llegó de trabajar. Una vez la madre arribó al hogar, la niña dice que le contó lo sucedido pero que ella no le creyó y le dijo que eran mentiras, que DIDIER no haría algo así. Posteriormente fue que le pegó por haber dejado caer 4 huevos.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El 19 de diciembre de 2017 ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal, se llevó acabo la audiencia de formulación de imputación en contra de la Procesada MHJ por los delitos de Violencia intrafamiliar agravada, de acuerdo a lo regulado por el inciso 2º del art. 229 del C.P. en concurso heterogéneo con el delito de omisión de denuncia de particular, tipificado en el art. 447 del C.P. cargos que no aceptó la señora MHJ. No se le impuso medida de aseguramiento.
2. La Fiscalía presentó el escrito de acusación el 15 de marzo de 2018, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, realizándose la audiencia de acusación el 6 de abril de ese año. En dicha diligencia, la Fiscalía le reiteró a la encartada los cargos que por el reato de Violencia intrafamiliar agravada en concurso heterogéneo con omisión de denuncia de particular le había enrostrado en la audiencia de formulación de la imputación.
3. Después de múltiples aplazamientos, la audiencia preparatoria se desarrolló en sesión celebrada el 15 de agosto de 2.018 y el juicio oral se llevó a cabo, después de haber sido varias veces aplazado, en sesiones desarrolladas el 19 de septiembre y el 20 de noviembre de 2.018, donde finalmente se anunció el sentido del fallo que resultó ser de carácter condenatorio pero solo por el delito de violencia intrafamiliar agravada, dándose lectura de sentencia el 10 de diciembre de ese año, en contra del cual la Defensa interpuso y sustentó de manera oportuna el recurso de apelación.

**LA SENTENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia adiada el 10 de diciembre de 2018, proferida por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la cual se declaró la responsabilidad criminal de la señora MHJ, por incurrir en la comisión del delito de violencia intrafamiliar agravada de acuerdo a lo consagrado en el numeral 2º del art. 229 del C.P. y se le absolvió por el delito de omisión de denuncia de particular establecido en el art. 441 de esa misma codificación.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, a la Procesada le fue impuesta una pena de 72 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena. Adicionalmente no se le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

Los argumentos invocados por el Juzgado *A quo* para declarar la responsabilidad criminal de la señora MHJ se basaron en:

* Lo atestado por el Subintendente JUAN ALEJANDRO TAPIAS quien acudió a la vivienda en donde se encontraba la menor la noche de los hechos, y quien pudo apreciar que esta lloraba inconsolablemente y tenía marcas de agresiones físicas en un brazo y una pierna, mismas que ella le dijo le fueron causadas por su madre por quebrar unos huevos, lo cual fue corroborado por la señora MHJ cuando el policial fue a preguntarle qué había sucedido.
* La entrevista que rindiera la menor M.A.H. quien no acudió al juicio, ante la Comisaria de Familia de Santa Rosa de Cabal, el 9 de marzo de 2017, en la que da cuenta de lo sucedido el día de los hechos, no solo respecto de las agresiones físicas de las que ella fue víctima a manos de su progenitora, sino de los tocamientos erótico sexuales que le hizo su hermano ese día en la tarde, y a los que también había sido sometida por otro hombre en meses pasados.

Todo lo anterior, adujo le Juzgado *A quo*, son pruebas suficientes para establecer más allá de toda duda que la Procesada fue la persona que agredió físicamente a la menor M.A.H. lo que se enmarca dentro del delito de violencia intrafamiliar dada la relación madre hija que existe entre víctima y victimaria, lo que deja clara la existencia de una unidad familiar entre ellas.

Respecto del delito de omisión de denuncia de particular, consideró el Juzgado de primer nivel que frente a ello la Fiscalía solo presentó pruebas de referencia, por cuanto al no haberse logrado la comparecencia de la menor víctima al juicio, lo único que se tiene frente a que Ella en efecto había informado a su progenitora sobre los supuestos tocamientos de que era objeto por parte de un hombre cercano a Ellas, es lo que dijo en la entrevista, por cuanto nadie presenció en oportunidad alguna esas manifestaciones, y quienes hablaron en el juicio sobre el tema, fueron claros en señalar que la niña les dijo que de ese asunto le había hablado a su madre en varias ocasione sin que esta hiciera nada.

**LA ALZADA:**

Inconforme con la decisión de instancia, la Defensora presentó escrito señalando que en el caso analizado no se contaba con suficientes elementos materiales probatorios para cimentar una sentencia condenatoria en contra de la señora MHJ, por el delito de violencia intrafamiliar, por cuanto no se presentó ninguna prueba directa de tal hecho dado que la menor, hija de la Procesada no acudió al juicio, como tampoco lo hizo el vecino a donde ella llegó después de la supuesta agresión.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

**- Competencia:**

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de ningún tipo de irregularidad sustancial o irrespeto de las garantías fundamentales que le asisten a los sujetos procesales, que de manera negativa pueda incidir para que la Sala se abstenga de desatar el presente recurso de apelación.

**- Problema jurídico a resolver:**

De los argumentos del disenso esgrimidos por la apelante, la Sala considera que nos ha sido propuesto el siguiente problema jurídico:

¿Se cumplían con los presupuestos probatorios necesarios para que con base en una prueba de referencia admisible se pudiera dictar una sentencia de tipo condenatorio en contra de la procesada MHJ, acorde con uno de los cargos por los cuales fue llamada a juicio por parte del Ente Acusador?

**- Solución:**

Antes de entrar a resolver el principal problema jurídico propuesto por la recurrente, considera necesario la Sala pronunciarse sobre un tema que de manera insular propuso la Defensa en su apelación, el que tiene que ver con el uso del derecho de corrección que tienen los padres respecto de sus hijos, ya que según decir de la apelante, lo acontecido podría ser considerado como una simple situación en la que una madre reprendió y corrigió a su hija por su mal comportamiento. Lo cual resulta de suma importancia que sea esclarecido dentro del presente asunto, porque en el evento en el que le asista la razón a lo aducido tangencialmente por la Defensa en la alzada, seguramente que el comportamiento endilgado en contra de la Procesada MHJ no sería punible, en atención a que el mismo se encontraría amparado bajo la égida de la causal de exclusión de la responsabilidad penal de actuar *«en legítimo ejercicio de un derecho»* consagrada en el # 5º del artículo 32 C.P.

Para resolver lo anterior, se empezará por mencionar que efectivamente la legislación colombiana reconoce la facultad de corrección que tienen los padres de familia y en general los cuidadores frente a los malos comportamientos de sus hijos o aquellas personas que tienen a su cargo, de allí que el art. 262 del Código Civil señale que: *“Los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente”*. La norma en mención fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-371 del 25 de agosto de 1994, en la cual esa alta corporación dejó claro que esa frase *“sancionarlos moderadamente”*, no habilitaba al padre o cuidador para infligir daño físico o moral al menor, de allí que en la referida decisión dijera:

“Para reprender al niño no es necesario causarle daño en su cuerpo o en su alma. Es suficiente muchas veces asumir frente a él una actitud severa despojada de violencia; reconvenirlo con prudente energía; privarlo temporalmente de cierta diversión; abstenerse de otorgarle determinado premio o distinción; hacerle ver los efectos negativos de la falta cometida. La eficacia de la sanción no estriba en la mayor intensidad del dolor que pueda causar sino en la inteligencia y en la firmeza con que se aplique, así como en la certidumbre que ofrezca sobre la real transmisión del mensaje implícito en la reprensión. En tal sentido, no se trata de ocasionar sufrimiento o de sacrificar al sujeto pasivo de la sanción sino de reconvenirlo civilizadamente en aras de la adecuación de sus posteriores respuestas a los estímulos educativos.

El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones sicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social.

[…]

De lo dicho se concluye que la función educativa a cargo de los padres y de las personas a quienes corresponda el cuidado del menor demanda una justa y razonable síntesis entre la importancia persuasiva de la sanción y el necesario respeto a la dignidad del niño, a su integridad física y moral y a su estabilidad y adecuado desarrollo sicológico.

Desde otro punto de vista, para que la sanción cumpla los objetivos que se propone, según lo expuesto, es necesario que se aplique sobre la base de motivos ciertos y probados, es decir, que sea **justa**. De lo contrario, producirá en el niño confusión y le causará temor infundado en relación con conductas que de su parte fueron correctas, perdiéndose íntegramente cualquier utilidad educativa.

Así mismo, la sanción ha de ser **proporcional** a la falta cometida, es decir, debe guardar relación con su gravedad y características. Por tanto, resulta injusto el castigo impuesto con exceso.

La sanción tiene que ser **oportuna,** esto es, el tiempo transcurrido entre la conducta sancionable y el castigo no puede ser tan amplio que el menor pierda la noción exacta acerca del motivo por el cual se lo sanciona.

[…]

En este caso, resumiendo los elementos de análisis que anteceden, la conformidad de la disposición acusada con los textos y con el espíritu de la Constitución fluye de manera espontánea, no sólo por la referencia al concepto genérico de **sanción**, que no incorpora necesariamente la violencia, sino por la expresa referencia al uso **moderado** que deben hacer los adultos de la facultad de sancionar a los menores.

A lo cual debe añadirse que, como lo expresó esta Corte en Sentencia C-344 del 26 de agosto de 1993 (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía), "la autoridad no ha desaparecido en la familia. Otra cosa es que deba ser una autoridad racional, que es la que se ejerce en bien de quien la soporta", en este caso los menores.

Así, pues, las palabras acusadas serán declaradas exequibles, siempre que las posibilidades de sanción que consagran excluyan toda forma de violencia física o moral sobre los menores…..”[[1]](#footnote-1).

Con lo que viene diciéndose queda claro que los padres tienen la potestad para corregir a sus hijos, entendiendo que es el hogar el primer medio de desarrollo social del niño, pero ello no lo pueden hacer de una manera desproporcionada y sin razón alguna, llegando incluso al punto de atentar contra su integridad física, psicológica, moral, etc., lo que de suceder, de manera flagrante desconocería lo establecido en el art. 44 Constitucional. De allí que la Corte Constitucional haya dicho:

“Si lo afirmado es cierto cuando se trata de establecer la metodología o los procedimientos que utilizan los padres para la formación de sus hijos, respecto de los cuales no se justifican los medios violentos, aparece como algo indubitable que la violencia de los padres no amparada siquiera en la mínima explicación del quehacer educativo y dirigida de modo indiscriminado contra quienes conforman el hogar, teniendo por únicas causas la irascibilidad y la sinrazón, es del todo ilegítima y representa, además de flagrante violación de los derechos fundamentales de los niños (artículo 44 C.P.), hecho punible que debe ser sancionado como lo dispone la normatividad.

El niño, por la debilidad que le es característica y por la indefensión en que se encuentra, es sujeto de especial protección constitucional. Las autoridades públicas tienen la obligación de velar, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, porque los niños no sean objeto de la brutalidad de sus padres y deben evitar a toda costa que sean aquéllos quienes sufran las consecuencias de los conflictos conyugales de éstos, tanto en el campo físico como en el moral.

El padre no tiene el derecho a disponer del cuerpo de su hijo para infligirle malos tratos, torturas, golpes o vejaciones, ni para privarlo de libertad, pues están de por medio la dignidad y la integridad del menor, que son objeto de prevalente amparo constitucional….”[[2]](#footnote-2).

Esas acciones desproporcionadas y por ende injustificadas que atentan no solo contra la integridad física sino también en contra de la integridad psicológica del menor son las que terminan enmarcándose dentro del maltrato infantil, en los términos de lo establecido en el inciso segundo del artículo 18 de la Ley # 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) el cual lo define como *“(…) toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.”*

Ese maltrato infantil del que se ha hablado, cuando se da al interior del núcleo familiar, puede llegar a enmarcarse dentro del reato de violencia intrafamiliar consagrado en el art. 229 del C.P. pues así lo ha dejado claro la Máxima Guardiana Constitucional cuando entre las consideraciones de la sentencia C-368 de 2014, por medio de la cual declaró exequible el artículo en mención, habló del maltrato infantil como una de las modalidades del maltrato al que se alude en esa norma.

De todo lo que se viene diciendo, es viable concluir que los padres y cuidadores de un menor tienen la potestad legal de corregirlo, puesto que ello hace parte de sus deberes como primeros educadores de los miembros de la sociedad, sin embargo desde distintos puntos de vista científicos, al igual que legal y jurisprudencialmente se ha dejado claro que los medios correctivos a usarse con un menor cuando deja de cumplir con sus deberes o ha infringido las normas sociales o las impuestas al interior de su núcleo familiar, escolar, entre otros, no pueden ser irracionales y desproporcionados, puesto que ello puede sobrepasar esa delgada línea que separa el derecho de corrección de la violencia intrafamiliar.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Colegiatura que es improcedente la aplicación de la aludida causal de exclusión de la responsabilidad penal consagrada en el # 5º del artículo 32 C.P. puesto que si bien es cierto que las pruebas habidas en el proceso no enseñan de manera indubitable que las supuestas razones por las cuales la Procesada reprendió a su hija al parecer se debieron porque dejó caer unos huevos que quebraron. Pero de igual manera dichas pruebas nos señalan que el castigo físico al que fue sometida la menor agraviada se tornaba un tanto irracional y desproporcionado, debido a que la ofendida la maltrataron con una correa con la que la golpearon en varias partes de su cuerpo, lo que no se compadecía ante la nimiedad de los hechos que originaron los maltratos físicos que fueron prodigados por la ahora Procesada.

Claro lo anterior, y teniendo en cuenta que el tema medular de la controversia que ha sido puesta a consideración de la Colegiatura básicamente gira en torno a lo relacionado con la prueba de referencia y su valor probatorio, la Sala procederá a efectuar un breve y somero análisis de ese tipo de pruebas, sus características, así como la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de su valor probatorio, lo que a su vez será confrontado con el acervo probatorio, para de esa forma determinar si estuvo acertada la decisión tomada por el Juzgado de primer nivel, en el sentido de edificar los cimientos de una sentencia condenatoria con base en una prueba de referencia admisible, la cual es respaldada por la Fiscalía, o si por el contrario le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada, quien en esencia alega que en el *subexamine* con ese tipo de pruebas no era suficiente para poder proferir en contra del acusado un fallo de condena.

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, 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 y de los elementos que la integran, de vieja data la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

**Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)**…”[[3]](#footnote-3).

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[[4]](#footnote-4), 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. 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[[5]](#footnote-5), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario este acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba testimonial de referencia, con dichas pruebas, 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 precisar que tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte la denominada teoría de “la prueba de corroboración periférica”, la cual llevada al escenario de la prueba de referencia consiste en lo siguiente:

“No obstante lo anterior, la Corte quiere reiterar que el citado artículo 381 de la Ley 906 de 2004, consagra una tarifa legal negativa al reglar la improcedencia de dictar fallo de naturaleza condenatoria, basado únicamente en prueba de referencia.

**Empero, en la labor de apreciación probatoria el juzgador puede arribar al grado de conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad del acusado, utilizando la mencionada prueba de referencia, bajo el supuesto que al juicio oral, público y concentrado se allegaron otros elementos de conocimiento que confirman su contenido, en relación con los mencionados aspectos.**

Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.

En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, los hechos y circunstancias de interés “para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”, entre ellos, los indicios, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.

**En síntesis, la sistemática procesal contenida en la Ley 906 de 2004, establece que el fallo de condena no se puede soportar en prueba de referencia, a menos que los hechos incriminantes para el acusado se puedan corroborar con otros elementos de juicio allegados al debate público y hubiesen sido susceptibles de confrontación**……”[[6]](#footnote-6).

Al aplicar este marco teórico-conceptual al asunto que concita la atención de la Sala, se tiene que en efecto lo narrado en una entrevista absuelta por parte de la menor M.A.H. se constituyó en uno de los pilares fundamentales con los cuales se edificó el fallo de condena efectuado en contra de MHJ, prueba esta que debe ser considerada como de referencia admisible, acorde con las hipótesis consagradas en los ordinales *b* y *e* del artículo 438 C.P.P. en atención a que se trata de una declaración rendida por fuera del proceso la cual ingresó a la actuación procesal como consecuencia de la imposibilidad de traer a la menor al juicio, sumado a que tampoco fue posible lograr la coordinación logística para que se hiciera de forma virtual.

Un análisis de lo dicho por la menor M.A.H. en la entrevista que absolvió ante la Comisaría de Familia de Santa Rosa de Cabal, le ofrece a la Sala un relato pormenorizado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrieron los hechos. Así tenemos que la mencionada niña en la entrevista de marras expuso que el día en el que ocurrieron los hechos, la autora de sus días había llegado de trabajar y la mandó por unos huevos y cuando llegó con ellos los dejó caer, razón por la cual su madre mando a su hermano a buscar la correa y cuando este se la trajo con ella le empezó a pegar duro, razón por la que ella salió corriendo hasta llegar a donde su vecino, quien al verla llorando le preguntó que sucedía y ella le contó que era que su madre le estaba pegando.

Las atestaciones absueltas por la menor víctima en la antes aludida prueba de referencia, son corroboradas de manera periférica con las siguientes pruebas:

* El testimonio rendido por el policial JUAN ALEJANDRO TAPIAS RUDAS, quien fue la persona encargada de acudir como primer respondiente al lugar donde se desplazó la niña ante los correazos que le estaban propinando. Dicho testigo adujo que se dio cuenta de que Ella presentaba en uno de sus brazos y en una de sus pantorrillas marcas de golpes aplicados con una correa, los cuales le dijo la menor le fueron propinados por su madre por haber quebrado unos huevos.
* De igual manera, el policial TAPIAS RUDAS, a fin de verificar qué era lo que había sucedido con la niña, y ante la negativa de esta a volver a su casa, se dirigió al inmueble donde vivía, para hablar con su madre, persona que le dijo que le había pegado por hacer un daño, pues había quebrado unos huevos, pero que eso no volvería a ocurrir y que la niña podía volver tranquila[[7]](#footnote-7).

Del anterior análisis que la Sala ha efectuado de las pruebas habidas en el proceso, se puede concluir, contrario a lo reclamado por la apelante, que en el presente asunto se estaba en presencia de una prueba de referencia admisible, como lo fue lo dicho extraprocesalmente por la menor M.A.H. lo que a su vez se encuentra corroborado periféricamente con el testimonio del Subintendente TAPIAS RUDAS, quien si bien es cierto no vio el momento exacto de los hechos, si pudo apreciar las huellas físicas que los correazos dejaron en el cuerpo de la víctima, lo que es a todas luces indicativo de que la Procesada excedió la facultad de corrección respecto de su hija, y terminó infligiéndole un castigo desproporcionado a su falta, que ha quedado claro, fue quebrar unos huevos, lo que por demás no sabemos si sucedió accidental o intencionalmente.

Por otra parte, no es cierto, como lo insinúa la apelante, que apartes de lo declarado por el policial JUAN ALEJANDRO TAPIAS RUDAS deba ser excluido del proceso, acorde con regulado en el artículo 23 C.P.P. por encontrarse viciado de ilegalidad por atentar en contra de la garantía que le asistía a la entonces indiciada de guardar silencio, en especial cuando el testigo de marras adujo que al indagar por lo acontecido, la madre de la niña le reconoció que en efecto había maltratado a su hija porque quebró unos huevos.

Decimos lo anterior, debido a que en el presente asunto no operan en favor de la Procesada los derechos consagrados en el numeral 3º del articulo 303 C.P.P. por ser esta una norma que regula el derecho que tienen todos los ciudadanos de ser informados de guardar silencio en caso de ser capturadas, ya sea en flagrancia o como consecuencia de una orden, lo cual nunca tuvo lugar en el caso *subexamine* porque en momento alguno la Procesada fue capturada por parte del primer respondiente. Además, dicha norma no procede en los procedimientos policiales, si partimos de la base que en el presente asunto lo que suscitó la intervención de la Policía fueron unos actos de violencia domestica denunciados por un vecino, que en últimas aquejaron la convivencia ciudadana. Lo que es indicativo que se estaba en presencia de un procedimiento policial, ejercido acorde con las directrices plasmadas en el artículo 20 del Código Nacional de Policía y Convivencia Ciudadana[[8]](#footnote-8), la cual, en uno de sus apartes establece:

“La actividad de Policía es una labor estrictamente material y no jurídica, y su finalidad es la de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren….”.

Finalmente, no se puede olvidar que la razón de ser de la norma consagrada en el aludido # 3º del artículo 303 C.P.P. tiene su fuente en el famoso fallo de «*Miranda contra Arizona»* proferido por la Suprema Corte de los EUA en 1.964, en el cual lo que en verdad se reprochaba son las insidiosas y fraudulentas maniobras efectuadas por la Policía para inducir a los sospechosos para que confesaran en interrogatorios amañados y amangualados, lo cual brilla por su ausencia en el presente asunto, ya que de lo atestado por el policial JUAN ALEJANDRO TAPIAS se desprende que la indiciada de manera espontánea y sin haber sido inducida, procedió a decirle que en efecto había maltratado a su hija como castigo por haber quebrado unos huevos.

Siendo así las cosas, la Sala válidamente puede concluir que las pruebas habidas en el proceso demostraban de manera indubitable que la procesada MHJ excedió los límites de su deber de corrección y terminó perpetrando en contra de su menor hija M.A.H. actos de violencia física, con los cuales socavó tanto la armonía doméstica, como la unidad y la sana convivencia que debe existir entre las personas que conforman un núcleo familiar, muestra de ello es que la niña, a pesar de las buenas relaciones y lo contenta que estaba viviendo con su mamá, según las voces de las señoras DORA LIBIA CARDONA GARCÍA y ERIKA JOHANA LÓPEZ CARDONA, testigos de la defensa, le indicó a la Policía que no deseaba volver a su casa dada la situación que allí estaba viviendo.

Por lo tanto, con lo acontecido, para la Sala no existe duda alguna que se afectó la unidad familiar, bien jurídico que puede ser vulnerado con cualquier forma de violencia, que no tiene que ser necesariamente física, que se ejerza en contra de uno de los miembros de la unidad doméstica, lo que dejó claro la Máxima Guardiana Constitucional al decir:

“De otra parte, para la adecuación típica del delito de violencia intrafamiliar, como lo enseña la teoría del delito, es necesaria la existencia de antijuridicidad material en la conducta. Señala el artículo 11 de la Ley 599 de 2000. "Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."

En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la familia, de tal forma que si la violencia, sea cual fuere el mecanismo para infligirla, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad, habrá antijuridicidad, elemento necesario para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la integridad física el bien jurídicamente protegido por este infracción penal…” [[9]](#footnote-9)

En suma, la Sala es de la opinión que no puede ser de recibo la tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente, ya que se reitera, contrario a lo reclamado por la apelante, todo lo dicho por la niña M.A.H. en la entrevista que absolvió ante la Comisaría de Familia de Santa Rosa de Cabal, obtiene eco en las demás pruebas de cargo, razón por la cual la Sala considera que no estamos en presencia de una prueba de referencia única, sino de una prueba cuyo poder suasorio se robusteció con el resto del acervo probatorio, el cual al ser analizado y apreciado conjuntamente tiene el suficiente poder de convicción que se requiere para poder desvirtuar la presunción de inocencia que desde el inicio del juicio acompañó a la señora MHJ.

Siendo así las cosas, concluye la Sala que el Juzgado *A quo* estuvo atinado en la apreciación del acervo probatorio y no incurrió en yerro alguno en la apreciación del acervo probatorio*,* el cual, si cumplía a cabalidad con todos los requisitos exigidos por los artículo 7º y 381 C.P.P. para poder edificar una sentencia condenatoria en contra del procesado*.*

Dado todo lo dicho hasta el momento, al no asistirle la razón a los reproches que la recurrente ha efectuado en contra del fallo confutado, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar, en todo aquello que fue objeto de impugnación, la sentencia proferida por el Juzgado *A quo*.

Finalmente, aunque no fue motivo de apelación lo que tiene que ver con la absolución a la procesada por el delito de omisión de denuncia de particular, determinación que se tomó bajo el entendido de que más allá de lo consignado en la entrevista no se presentó prueba alguna que respaldara eso de que la señora MHJ tenía conocimiento de los tocamientos libidinosos a los que supuestamente era sometida su hija por parte del señor LUIS ARNOVI; considera la Sala que tal decisión fue acertada pues es claro que al no haberse presentado la niña M.A.H., al juicio no hay nada más que respalde lo consignado en tal sentido en la referida entrevista.

Sin embargo, la Sala es de la opinión que teniendo en cuenta la posición de protección y garante de los derechos de los menores que sobre ellos tienen los padres, se equivocó la Fiscalía al momento de realizar la adecuación típica respecto a ese asunto, pues el hecho de que la víctima en todo momento hubiese tenido a su madre al tanto de lo que estaba sucediendo con el tal LUIS ARNOVI, y que Ella nada hiciera para que este hombre cesara las acciones libidinosas que perpetraba sobre la niña y por el contrario, a sabiendas de lo ocurrido, permitiera que este sujeto siguiera estando a solas con la pequeña, incluso autorizándolo a llevársela de la residencia hacía la ciudad de Pereira, incidía para que la Procesada tuviera su cuota de responsabilidad en las conductas libidinosas de las que era victimizada su hija, porque insistimos acorde con lo establecido en el inciso 2º y # 2º del articulo 25 C.P. Ella tenía sobre su hija una posición de garante, en virtud de la cual le asistía la obligación de proteger y de amparar a su hija de las apetencias lujuriosas del tal LUIS ARNOVI, pero no hizo nada al respecto y más por el contrario, según los dichos de las víctima, toleró que un hombre cercano a ellas, manipulara sexualmente a su hija, a cambio, aparentemente de algunas dádivas monetarias que el sátiro le daba a la niña y que Ella le entregaba a su madre cuando le contaba lo que este sujeto le hacía.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, en todo aquello que fue objeto de impugnación, la sentencia adiada el 10 de diciembre de 2018, proferida por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la cual fue declarada la responsabilidad criminal de **MHJ** por incurrir en la comisión del delito de violencia intrafamiliar.

**SEGUNDO:** Declarar que en contra de lo decidido por la Sala en sede de segunda 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

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Constitucional: Sentencia C-371 de 1994 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional: Sentencia T-116 de 1995 [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del seis de marzo de 2.008. Proceso # 27477. M.P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del junio cuatro (4) de 2013. Rad. # 40893. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-6)
7. Sección del juicio oral del 19 de septiembre de 2018, H: 00:41:09. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley # 1801 de 2016 [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional, sentencia C-368 de 2014, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos [↑](#footnote-ref-9)