

Segunda Instancia Rdo. 0025-2017
CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA
Violencia Intrafamiliar
Sentencia Condenatoria
Apelación

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL
SALA PENAL**

Magistrado Ponente

LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA

Aprobado Acta No. 0135

San Gil, quince (15) de julio del dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia emitida el 15 de diciembre de 2016 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Gil con Funciones de Conocimiento, en virtud de la cual condenó al señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA a la pena principal de 72 meses de prisión, en calidad de autor del delito de Violencia Intrafamiliar

en perjuicio de su menor hijo P.B.S.CH.R¹. Asunto que se revisa de forma prioritaria en atención a la eventual prescripción que pudiera presentarse de no darse esta prelación.

II. HECHOS

El día 16 de julio de 2014, siendo aproximadamente las 18:00 horas, se encontraba la señora LUZ STELLA REMOLINA BALLESTEROS en la entrada de su residencia, ubicada en la carrera 7 N° 20-02 de San Gil, cuando arriba a dicho lugar el señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA, en estado de embriaguez, insultando y ofendiendo a la señora REMOLINA BALLESTEROS; en ese momento llega al sitio el menor P.B.S.CH.R., hijo del señor CHINCHILLA CHINCHILLA, y este le propina a P.B. un puño en la cara, manifestándole que no son amigos de fumar marihuana.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 17 de julio de 2014, en audiencias preliminares concentradas realizadas ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Gil con Función de Control de Garantías, se legalizó la captura del señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA, se formuló imputación en su contra por el delito de Violencia Intrafamiliar Agravado, conforme al inciso 2 del artículo 229 del Código Penal, cargo al cual no se allanó, y se le impuso medida de aseguramiento

¹ Se omite mencionar el nombre del menor de edad involucrado en este caso, de conformidad con el artículo 153 de la Ley 1098 del 2006.

no privativa de la libertad, previa suscripción de la diligencia de compromiso².

2. El 09 de octubre de 2014, la Fiscalía radicó el escrito de acusación³, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Gil⁴.

3. El 04 de mayo de 2015, después de varios aplazamientos de la diligencia de formulación de acusación, se llevó a cabo audiencia de verificación de preacuerdo⁵, el cual fue improbadado, por considerar el Juez de conocimiento que con el mismo se vulneraba el principio de legalidad, así como los derechos y garantías del menor víctima, decisión contra la cual la Fiscalía y la defensa incoaron el recurso de apelación.

4. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil con Funciones de Conocimiento, a través de auto calendado el 8 de septiembre de 2015, resolvió la impugnación contra la providencia que improbó el preacuerdo, confirmando dicha decisión y declarando la nulidad de la actuación desde la celebración del preacuerdo⁶.

5. El 03 de marzo de 2016, luego de diversos aplazamientos, se realizó la correspondiente audiencia de formulación de acusación⁷, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Gil con Funciones de Conocimiento, en la cual se acusó al señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA por el punible de Violencia

² Folios 3 a 5 de la Carpeta de Garantías.

³ Folios 1 a 4 de la Carpeta de Conocimiento.

⁴ Folio 5 de la Carpeta de Conocimiento.

⁵ Folios 51 a 63 de la Carpeta de Conocimiento.

⁶ Folios 15 a 31 de la Carpeta de Segunda Instancia.

⁷ Folio 84 de la Carpeta de Conocimiento.

Intrafamiliar Agravado en perjuicio de su menor hijo P.B.CH.R (Art. 229 inc. 2 del Código Penal); procediendo posteriormente el Ente Acusador al descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

En esta vista, la Fiscalía efectuó modificaciones y adiciones al escrito de acusación así: *“MODIFICA número de cédula de la representante de la víctima --- MODIFICA al escrito (sic) testimonio de CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA --- ADICIONA testigo el médico perito de medicina legal CARLOS CEDIEL DÍAZ GÓMEZ --- ADICIONA registro civil de nacimiento de la víctima 1007424022 --- ADICIONA informe pericial de clínica forense 22 -sep-2015”*.

6. La audiencia preparatoria se desarrolló el día 28 de abril de 2016⁸, en esta diligencia la Delegada de la Fiscalía y el Defensor acordaron las estipulaciones probatorias, así como también cada uno de ellos enunció los elementos materiales probatorios que harían valer en el juicio oral y efectuaron las correspondientes solicitudes probatorias, emitiéndose el respectivo auto de pruebas, sin que se interpusiera recurso alguno contra el mismo.

7. El juicio oral se llevó a cabo durante los días 26 de julio⁹ y 5 de octubre de 2016¹⁰, en el cual se practicaron las pruebas, la Fiscalía y el apoderado de la víctima solicitaron la condena del acusado, mientras la defensa deprecó la absolución; finalmente, se profirió sentido del fallo de carácter condenatorio. La sentencia se profirió el 15 de diciembre de 2016¹¹, siendo recurrida por el defensor del procesado¹².

⁸ Folio 88 de la Carpeta de Conocimiento.

⁹ Folio 93 de la Carpeta de Conocimiento.

¹⁰ Folio 111 de la Carpeta de Conocimiento.

¹¹ Folios 123 a 139 de la Carpeta de Conocimiento.

¹² Folios 142 a 146 de la Carpeta de Conocimiento.

IV. EL FALLO APELADO

El A quo, previo a dar inicio a sus consideraciones, realizó un relato de los hechos, para luego hacer un recuento de las actuaciones adelantadas, referirse a la teoría del caso de cada interviniente, enlistar las pruebas practicadas y sintetizar los alegatos de conclusión presentados por las partes.

Señaló que se logró demostrar que CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA golpeó a su menor hijo P.B.S.CH.R., el día 16 de julio de 2014, conforme a lo aseverado por el Agente de Policía PT Contreras Leal, quien expresa haber visto una lesión en la mejilla izquierda del menor, en concordancia con la valoración médico legal practicada a la víctima por parte del médico Carlos Cediél Díaz Gómez, quien tras evaluar la historia clínica de la atención de urgencias brindada a P.B., concluyó que este tenía un trauma menor consistente en un eritema facial de pómulo izquierdo, lo que le generó una incapacidad médico legal definitiva de un día sin secuelas; lesión que, según el Cognoscente, se derivó del golpe propinado por el acusado el día 16 de julio de 2014, siendo las 6 de la tarde.

Expresó que con el testimonio rendido por el Agente de Policía Javier Antonio Contreras Leal se constata que CARLOS JULIO CHINCHILLA agredió física y verbalmente a su menor hijo antes de que los uniformados acudieran al lugar de los acontecimientos, circunstancia que es informada por la progenitora de este último, la

señora LUZ STELLA, quien se encontraba discutiendo verbalmente con el procesado cuando arribaron los policiales.

Resaltó que Contreras Leal observó que el menor P.B.CH.R. tenía un golpe en su mejilla izquierda, producto del puño que le propinó su progenitor CARLOS JULIO CHINCHILLA, motivo por el cual fue capturado en situación de flagrancia.

Argumentó que si bien el Agente de Policía Contreras Leal no vio el momento en el que se produjo la agresión, si le fue posible identificar que previamente había ocurrido un hecho generador de violencia, pues desde sus sentidos percibió el grado de exaltación en que se encontraba el capturado, así como también el estado de ánimo del menor quien lloraba y mostraba haber sido golpeado en su mejilla izquierda, lo que sirve como prueba directa de la materialización del punible de Violencia Intrafamiliar.

Indicó que el médico adscrito a Medicina Legal, Carlos Cediél Díaz, describió en el dictamen de fecha 22 de septiembre de 2015, que el menor le relató que *“Mi papá estaba tomado y yo llegué de la calle. Tuvimos una discusión porque supuestamente yo no lo había saludado bien, que no lo saludara así porque no hemos metido marihuana los dos, y me dio un arepazo (sic) en la cara, ya no recuerdo en qué mejilla fue y hoy ya no tengo lesiones”* y que dicho perito registró en el dictamen que de la historia clínica de fecha 16 de julio de 2014, aportada al momento del análisis forense, se extrae: *“Valoración médico legal en menor de edad. Asiste en compañía de Policía de Infancia y Adolescencia y madre. Refiriendo ser agredido física y verbalmente por padre. Hechos ocurridos a las 18:30 horas de hoy...”*.

Adujo el Fallador que, con los elementos de prueba expuestos, esto es, la prueba testimonial y la pericial, basta para endilgarle la calidad de autor al señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA del delito de Violencia Intrafamiliar. No obstante, recalca que si bien el menor P.B.S.CH.R. y su progenitora se abstuvieron de declarar haciendo uso del derecho que les asiste, ello no le resta credibilidad a lo dicho por el testigo Contreras Leal, adscrito a la Policía Nacional, quien realizó el procedimiento de captura en flagrancia, el cual fue declarado legal por el Juez de Control de Garantías.

Concluyó que la Fiscalía, con los elementos aportados, logró demostrar mas allá de toda duda razonable que el acusado es responsable de la conducta endilgada, al causar maltrato físico y verbal a su menor hijo P.B.CH.R., comportamiento irregular, censurable y desarrollado de manera voluntaria que merece un fallo condenatorio.

Añadió que no se demostró la ingesta de alcohol por parte del acusado, por lo que se evidencia que cometió el ilícito con pleno conocimiento de sus actos, contrario a lo deprecado por su defensor.

Consideró que la conducta en que incurrió el acusado es típica, por encontrarse descrita en la norma, más exactamente, en el tipo de Violencia Intrafamiliar; de igual forma, es antijurídica, pues el procesado fracturó su núcleo familiar al maltratar de manera física a su menor hijo P.B.CH.R. y respecto de la culpabilidad, encuentra que en el proceder del señor CHINCHILLA CHINCHILLA concurren los presupuestos de imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otro comportamiento, toda vez que conocía la prohibición legal de su actuar, así como también obró con pleno uso

de sus facultades mentales, de manera consciente y dolosa, sin que medie ningún eximente de responsabilidad.

Así las cosas, luego de encontrar satisfechos los elementos de la conducta punible, en su expresión de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, abordó el ejercicio dosimétrico de la pena. Para el efecto y tomando como base lo consignado en la acusación, respecto de la norma infringida, que fue el artículo 229 incisos 1 y 2 del Código Penal, impuso al inculpado la pena principal de 72 meses de prisión, así como la accesoria de la interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena de prisión.

Finalmente, le negó al sentenciado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como también la sustitución de la prisión carcelaria por la domiciliaria.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor del procesado impugnó la sentencia con el fin de que sea revocada en todos sus apartes, aduciendo, en primer lugar, que el Juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta las razones por las que la señora LUZ STELLA REMONILA y su menor hijo P.B.S.CH.R. se rehusaron a declarar en el juicio oral, sino que le bastó con la declaración del médico legista, quien llevó a cabo la valoración médico legal del menor víctima, concluyendo que a este le correspondía una incapacidad médico legal de un día sin secuelas, y con el testimonio del Patrullero Contreras Leal, quien dio captura en situación de flagrancia al señor CHINCHILLA CHINCHILLA.

Argumentó que, en la sentencia impugnada, se dedujo la responsabilidad del procesado con la entrevista que rindió la víctima por fuera del juicio oral, la que, por lo tanto, no se pudo controvertir, de tal forma que, en su sentir, se vulneraron los derechos de defensa y contradicción.

Reiteró que no se valoró la retractación presunta o falta de interés por parte de la víctima y su progenitora, quienes dejaron abandonado el proceso y no declararon en el juicio, por lo que, en su concepto, existe duda sobre lo que realmente sucedió.

Destacó el censor que no se valoró la antijuridicidad material de la conducta, pues el Cognoscente sólo se refirió a ese tópico arguyendo que el comportamiento del acusado menoscaba el bien jurídicamente tutelado de la familia, derivado de la agresión física y psicológica ocasionada al menor, causando con ello la imposición de una sentencia desproporcionada frente a los hechos y a la sanción impuesta.

Resaltó que no existe certeza en cuanto a la autoría del enjuiciado en la conducta endilgada, por lo que se debe aplicar el principio de *in dubio pro reo* y proceder a revocar el fallo de primera instancia, o en su defecto, concederle el beneficio de la prisión domiciliaria, atendiendo la inexistencia de antecedentes penales y la buena conducta civil, social y familiar de su prohijado.

Luego de la exposición de un análisis sobre los principios y funciones de la pena, así como de la necesidad de la misma y la noción de la antijuridicidad y su clasificación, el recurrente consideró que la sanción impuesta era desproporcionada, toda vez

que a la víctima le fue dictaminado únicamente un día de incapacidad, aclarando que aunque no se requiere para la configuración del delito objeto de esta actuación que medie maltrato físico, no existen pruebas que determinen la veracidad de los hechos, pues el Patrullero Contreras Leal no fue testigo presencial de los mismos.

A juicio del apelante, el actuar de su defendido se encontraba dirigido a reprender a su hijo, haciendo uso de sus facultades de padre.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 381 de la Ley de Procedimiento Penal, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia del delito, así como de la responsabilidad penal del acusado.

Ese grado de convicción, según se desprende de la citada disposición, **debe alcanzarse con fundamento en las pruebas practicadas en el juicio que fueron solicitadas y decretadas legal y oportunamente, obviamente con observancia de los principios de contradicción, inmediación y publicidad. Si a la postre, de los medios de conocimiento aducidos no se supera la duda razonable, inexorablemente tendrá que absolverse al procesado, porque eso significa que no se pasó de la probabilidad de verdad, que es el grado de conocimiento necesario para acusar, el cual se torna insuficiente al momento de imponer una condena.**

En otras palabras, en el estadio propio de la sentencia debe pasarse de una situación de probabilidad, que es la que se declara al formularse acusación en contra de una persona, a un grado de convencimiento que supere toda incertidumbre, pues únicamente de ese modo podrá derruirse la presunción de inocencia, que más que una garantía puede considerarse como un derecho fundamental del acusado, con un clarísimo origen constitucional al tenor del artículo 29 de la Carta Política. Por supuesto, **el Juzgador sólo podrá basar su decisión en la prueba que, bajo los postulados de publicidad, inmediación y contradicción, haya sido practicada en la audiencia del juicio oral.**

2. De igual forma, como bien es sabido, el compromiso del sentenciador al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación, a menos que se evidencie en la providencia impugnada trasgresión de derechos y garantías de orden Constitucional.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros

temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.”¹³

Naturalmente, la actividad del Ad Quem también está limitada por la prohibición de desmejorar a la parte que apeló cuando esta ostenta la calidad de apelante único, en lo que se conoce como la no reformatio in pejus.

3. El señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA fue acusado por la Fiscalía General de la Nación de la presunta comisión del delito de Violencia Intrafamiliar, conducta punible por la cual fue condenado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Gil con Funciones de Conocimiento a la pena principal de 72 meses de prisión, por el maltrato del que, al parecer, fue víctima su menor hijo P.B.S.CH.R.

Al tenor de lo normado en el artículo 229 del Código Penal, incurre en esta conducta punible quien maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, de manera que se lesione, sin justa causa, el bien jurídico tutelado de la familia. Así mismo, de conformidad con el inciso 2 de dicho precepto normativo, el delito en comento se agrava cuando recaiga sobre un menor, adolescente, una mujer, una persona mayor de 60 años, o que se encuentre en situación de discapacidad o disminución física, sensorial y psicológica o quien se encuentre en estado de indefensión o en cualquier condición de inferioridad.

4. De acuerdo con los reproches planteados por el impugnante, el problema jurídico consiste en determinar si con los elementos

¹³ Casación Penal del 11/04/2007. Radicado 26128. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

materiales de prueba, legalmente incorporados y debatidos en el juicio oral, se logra desvirtuar, más allá de toda duda razonable, la presunción de inocencia de CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA, o si, por el contrario, dicho acervo probatorio no es suficiente para endilgarle responsabilidad penal al acusado por el punible de Violencia Intrafamiliar Agravado.

5. Sea lo primero indicar que se entiende la Violencia Intrafamiliar como:

“todo daño o maltrato físico, psíquico, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa, o cualquier forma de agresión contra el natural modo de proceder, con ímpetu e intensidad extraordinarias, producida entre las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, aunque no convivan bajo el mismo techo”¹⁴.

En este punto, es necesario resaltar que el tipo penal de Violencia Intrafamiliar requiere para su penalización que el comportamiento del sujeto activo genere un efecto antijurídico al afectar y desestabilizar la unidad y armonía familiar, en ese sentido, la Corte Constitucional al interpretar el artículo 42 de la Carta Magna estableció como un derecho, de índole Constitucional, el mantener la unidad familiar o los vínculos de solidaridad familiar, de manera que se preserve la armonía y la unidad por medio de la implementación de normas que eviten su desintegración, aún más, cuando su conservación se encuentra a cargo del Estado.

¹⁴ Sentencia C 368 de 2014, M.P Alberto Rojas Ríos.

Por lo tanto, la familia debe entenderse no sólo como el núcleo conformado por padre, madre e hijos, sino que incluye dentro de su composición otras calidades dadas por el vínculo consanguíneo o jurídico, tal como se prevé en el artículo 229 del Código Penal.

Así las cosas, cuando no se constate la transgresión a la unidad familiar con la actuación del procesado, dicha conducta no configuraría el delito de Violencia Intrafamiliar, pues no puede enjuiciarse cualquier acto disfuncional al interior del núcleo familiar, de manera que son punibles solamente aquellos episodios en los que, por medio de la violencia, se lesione o ponga efectivamente en peligro la relación o el vínculo familiar.

6. En este caso, la Colegiatura considera que la apelación se encuentra llamada a prosperar y, en consecuencia, se revocará la sentencia impugnada, toda vez que el A Quo, para proferir el fallo condenatorio en contra de CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA, tuvo en cuenta y valoró prueba de referencia no admisible.

7. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la prueba de referencia se define como **toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que verse sobre los sucesos objeto de debate** (artículo 437 del Código de Procedimiento Penal), **por lo que su admisibilidad es excepcional, únicamente en la eventualidad en que se configure alguna de las causales taxativas previstas por el legislador para tal fin** (artículo 438 ibídem), debido a su falta de inmediación y a la imposibilidad de que la parte en contra de la cual se aduce pueda confrontar al testigo; de igual modo, un mismo medio de convicción puede contener apartes que constituyan prueba de referencia y otros

que el testigo observó o percibió personalmente, es decir, prueba directa¹⁵.

En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso¹⁶:

“Por regla general, solo pueden ser valorados los testimonios practicados en el juicio oral. Las declaraciones rendidas por fuera de este escenario son inadmisibles como prueba, salvo que se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambió su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como “testimonio adjunto”. En ambos eventos, deben agotarse los trámites previstos para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio (CSJSP, 30 sep. 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre otras)”.

Así mismo, el Alto Tribunal ha reiterado¹⁷:

“Sobre el concepto de prueba de referencia, la Sala ha precisado que se trata de: (i) declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, (ii) que se llevan al juicio oral, (iii) como medio de prueba –para demostrar la veracidad del contenido de la declaración-, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio oral. Igualmente ha resaltado que con la prueba de referencia se puede afectar el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en las normas rectoras 8 y 16 de la Ley 906 de 2004.

Igualmente, ha resaltado que no puede confundirse la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral), con las pruebas utilizadas para demostrar la existencia y contenido de esa declaración, que puede ser testimonial, documental, etcétera. En esa misma línea, ha establecido las diferencias entre la prueba de referencia y las

¹⁵ Sentencia del 16 de mayo de 2018, radicado No. 50723 (SP6538-2018), Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

¹⁶ Sentencia del 4 de diciembre del 2019, radicado No. 55651 (SP5295-2019), Magistrada Ponente: Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

¹⁷ Auto del 8 de noviembre de 2017, Radicación N° 51410 (AP7577-2017), Magistrada Ponente: Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

declaraciones anteriores del testigo que, no obstante estar disponible en el juicio oral, se retracta o cambia su versión (CSJSP 606, 25 Ene. 2017, Rad. 44950, entre otras), donde también se establecieron las diferencias entre prueba de referencia y la utilización de declaraciones anteriores orientadas a refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad.

(...)

Igualmente se dejó sentado que si en la audiencia preparatoria está demostrada la no disponibilidad del testigo (como cuando ha muerto), en ese escenario puede resolverse sobre la admisibilidad de la prueba de referencia; pero cuando la causal de no disponibilidad se presenta en el juicio oral, es allí donde debe tomarse la decisión (CSJAP, 5785, 30 Sep. 2015, Rad. 46153)”.

Además, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estableció los presupuestos que se deben agotar para la incorporación de la prueba de referencia, así¹⁸:

“En la decisión CSJSP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 la Sala analizó el trámite que debe surtirse para la solicitud e incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia. Señaló:

Los pasos que deben seguir las partes para la incorporación de la prueba de referencia y la consecuente actuación del Juez.

El artículo 441 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la prueba de referencia, en lo pertinente, debe regularse “en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”. Así, la parte que pretende aducir como prueba una declaración anterior al juicio oral, a título de prueba de referencia, debe agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba, sin perjuicio de los requisitos específicos para la admisión de este tipo de declaraciones.

En consecuencia, deberá: (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea

¹⁸ Sentencia del 11 de julio de 2018, radicado No. 50637 (SP2709-2018), Magistrada Ponente: Dra. PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (v) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio”.

8. Dentro de este contexto, en el presente asunto, el Patrullero de la Policía Nacional Javier Antonio Contreras Leal, en su testimonio en el juicio oral, señaló que acudió al lugar de los hechos, junto con su compañero, tras el llamado que les hicieron por radio operador; que una vez allí fue abordado por la señora LUZ STELLA REMOLINA BALLESTEROS **quien le manifestó que** *“había tenido una discusión verbal con el señor esposo (refiriéndose a CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA) porque le había golpeado el hijo con un puño en la cara”*, observando dicho testigo, que en el sitio, en la vía pública, se encontraban discutiendo LUZ STELLA y CARLOS JULIO, mientras que el menor P.B.S.CH.R. estaba al lado de ellos, de sus padres, llorando y tenía una *“laceración”* o enrojecimiento en su mejilla izquierda, por lo que fue trasladado al Hospital del municipio de San Gil para su valoración, resaltando que CHINCHILLA CHINCHILLA *“se encontraba en alto grado de exaltación”*. En consonancia con lo anterior, en el contrainterrogatorio, el declarante en comento, tras ser indagado por el defensor respecto de si presenció los hechos, afirmó: *“testigos de cuando el padre golpea al niño no, porque cuando llegamos, la madre nos comentó la situación y observamos la salud del niño”*.

De dicho recuento, resulta evidente que con el testimonio rendido por el Pt Contreras Leal se incorporó al juicio prueba de referencia no admisible, en razón a que manifestó que no se encontraba

presente al momento de los hechos jurídicamente relevantes objeto de acusación, es decir, que no los percibió directa y personalmente a través de sus sentidos, como lo exige el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, por lo que, al respecto, narró lo que le contó la señora LUZ STELLA REMOLINA BALLESTEROS, quien sí fue testigo directo de los referidos hechos y compareció al juicio oral, pero se abstuvo de rendir su declaración en ese escenario, haciendo uso de la excepción al deber de declarar, consagrada en el artículo 33 de la Constitución Nacional, dado que el procesado es su esposo.

En consecuencia, se reitera, lo reseñado por LUZ STELLA al agente captor constituye una manifestación o declaración, de claro contenido incriminatorio, realizada por fuera del juicio oral, es decir, prueba de referencia, la que, como se dijo, es inadmisibile, como quiera que la Fiscalía no agotó el procedimiento o trámite previsto para su debida incorporación y valoración en el presente proceso, puesto que: i) en el escrito de acusación no descubrió la versión dada por REMOLINA BALLESTEROS al Patrullero Contreras Leal, cuando este acudió, junto con su compañero, al lugar de los acontecimientos a atender el caso; ii) no solicitó que esa declaración anterior de la progenitora de la presunta víctima se decretara como prueba de referencia¹⁹; y iii) no demostró la configuración de alguna de las causales taxativas previstas por el legislador para su admisión excepcional, de conformidad con el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁹ En ningún momento, ni en la audiencia preparatoria, ni en el juicio como prueba sobreviniente, una vez conocida la decisión de Luz Stella Remolina Ballesteros de no testificar en contra de su pareja, por el contrario, el Ente Investigador guardó silencio sobre el decreto de esa declaración anterior.

Sobre este último tópico, es dable resaltar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que resulta procedente que ingresen a la actuación como prueba de referencia las versiones anteriores al juicio oral, aunque en dicha vista pública el testigo manifieste expresamente su deseo de no declarar, en ejercicio del derecho constitucional previsto en el citado artículo 33 de la Carta Política, pero únicamente cuando se trate de la víctima del respectivo delito y la utilización de dicho privilegio no provenga de una decisión libre.

En este sentido, el Alto Tribunal señaló²⁰:

“En providencia CSJ SP3274–2020, 2 sep. 2020, rad. 50587, en aplicación de la perspectiva de género que permite contextualizar las diferentes manifestaciones de violencia infligidas a la mujer, en su mayoría, en el seno del núcleo familiar, la Corte admitió la posibilidad de valorar como prueba de referencia las versiones anteriores al juicio oral rendidas por la víctima, a pesar que en la vista pública manifieste su intención de hacer uso de la garantía constitucional de no incriminación, prevista en el canon 33 superior.

Por considerarlas relevantes para la resolución del caso bajo examen, se recuerdan algunas de las reglas que allí se fijaron a manera de conclusión:

(i) Si en el proceso existen elementos de juicio que permiten establecer que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no con ocasión de una expresión libre, producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino en virtud del sometimiento por presiones indebidas, amenazas u otro tipo actitudes claramente atentatorias de la libertad de decisión, con el fin de evitar que rinda testimonio en juicio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas en la calidad de prueba de referencia, toda vez que:

²⁰ Sentencia del 2 de junio de 2021, Radicado No. 53239 (SP2213–2021), Magistrado Ponente: Dr. FABIO OSPITIA GARZÓN.

a). a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, si la declaración anterior pretende introducirse como medio de prueba, por la imposibilidad de su práctica en el juicio, esa declaración constituye prueba de referencia;

b). en este evento, la no disponibilidad del testigo hace parte de las excepciones a la prohibición general de admisibilidad de prueba de referencia, al encajar en los eventos similares de que trata el literal b) del artículo 438 ídem, atinente a la indisponibilidad del declarante por actuaciones ilegales que impiden que su atestación sea escuchada en el juicio oral; y

c). si las acciones intimidatorias provienen directa o indirectamente del acusado, este no podría invocar la vulneración del derecho a la confrontación, toda vez que es su propia conducta la que impide que la versión de la víctima se reciba en el juicio, según las reglas del interrogatorio cruzado.

(ii) Si no logra demostrarse que el procesado (u otra persona) realizó acciones inequívocamente dirigidas a evitar que la víctima rinda testimonio, pero se infiere que la invocación de la garantía de no incriminación es producto de las secuelas del maltrato, de las presiones derivadas de la dependencia económica u alguna otra expresión de la relación de desequilibrio y sometimiento, dicho de otra manera, que no se trata de una decisión libre, sus declaraciones anteriores también pueden incorporarse como prueba de referencia. Ello, por cuanto el evento se inscribe en la cláusula abierta prevista en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida que la no disponibilidad del testigo es consecuencia del delito mismo” (Resaltados fuera de texto).

Dentro de este contexto, en el presente asunto no se reúnen los presupuestos necesarios para que se habilitara la utilización de la declaración anterior de LUZ STELLA REMOLINA BALLESTEROS como prueba de referencia, conforme con lo preceptuado en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (por tratarse de un evento similar de indisponibilidad del testigo), toda vez que LUZ STELLA no es la víctima del ilícito de Violencia Intrafamiliar endilgado al procesado y, en todo caso, la Fiscalía no acreditó que la decisión de

acogerse al privilegio constitucional de no declarar en contra de su esposo no fue libre y voluntaria, o en otras palabras, no existe ninguna evidencia de que la negativa a rendir dicho testimonio, fue producto de presiones o amenazas por parte del acusado o de un tercero o se debió a un fenómeno sistemático y estructural de violencia, sometimiento e intimidación en contra de REMOLINA BALLESTEROS, nada se dijo en ese sentido, ni mucho menos se aportó algún medio de convicción que permitiera comprobar la existencia de este tipo de situaciones.

Por consiguiente, la aludida declaración previa al juicio oral, efectuada por LUZ STELLA REMOLINA BALLESTEROS no puede ser valorada en esta actuación, pues de lo contrario se desconocerían las garantías legales y constitucionales del procesado, especialmente *“el derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación)”*²¹, de tal forma que el A Quo incurrió en un significativo error al tener en cuenta, para sustentar la sentencia condenatoria, un medio de convicción que adolecía de evidentes irregularidades en su incorporación.

9. En igual medida, el Médico Legista Carlos Cediél Díaz Gómez, tanto en su testimonio como en el Informe Pericial de Clínica Forense²², refirió que el menor P.B.S.CH.R., durante el examen médico que le practicó, le indicó: *“mi papá estaba tomado y yo llegué de la calle tuvimos una discusión porque supuestamente yo no lo había saludado bien”*. Así mismo, explicó el referido profesional que le

²¹ Sentencia SP105-2018. Radicación No. 43651.

²² El cual fue debidamente incorporado al juicio oral, como la evidencia No. 2 de la Fiscalía, con la declaración del Dr. Díaz Gómez, quien elaboró dicho dictamen pericial (Folios 112 y 113 de la Carpeta de Conocimiento).

dictaminó a P.B.S. una incapacidad médico legal de un día sin secuelas, precisando que llegó a tal conclusión porque *“el menor había dicho, que había sido golpeado por el papá porque habían tenido una discusión, que estaba referida para el día 15 de julio del 2014; sin embargo, yo lo examine el 22 de septiembre del 2015”*, aunado a la historia clínica aportada al momento de la valoración, con base en la cual pudo determinar que existió un trauma muy leve, consistente en un *“eritema facial del pómulo izquierdo”*, del que para la fecha en que hizo el referido reconocimiento ya no habían señales, es decir, que ya estaba resuelto satisfactoriamente.

En lo relativo a esta probanza es dable resaltar que la anamnesis o información sobre lo sucedido, que los pacientes o examinados le suministran a los profesionales de la salud que los valoran, constituye prueba de referencia, pues se trata de hechos que el experto no tuvo la oportunidad de observar, ni de percibir en forma personal, por lo que, con el fin de que esas narraciones puedan ser válidamente analizadas en el proceso penal, junto con el resto del acervo probatorio, tienen que ser incorporadas al juicio oral cumpliendo a cabalidad con todos los requisitos previstos para ello, tal y como se expuso en precedencia.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia ha resaltado²³:

“Esta conclusión, en la que los relatos de la persona examinada se integran a la prueba pericial, es contraria a la jurisprudencia de la Sala, según la cual los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no

²³ Sentencia del 13 de marzo de 2019, Radicación No. 47140 (SP791-2019), Magistrado Ponente: Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004). Así, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, que sintetizó lo expresado, entre otras, en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala definió que cuando el peritaje estaba compuesto, además de hechos que el perito percibe directamente, por información fáctica suministrada por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal. Esto señaló la Corte:

"... Pero si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probar los hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia..."

Y más recientemente el órgano de cierre de la jurisdicción penal reiteró²⁴:

"5.4 El carácter de prueba de referencia que posee la anamnesis.

(...)

*Es de aclarar que el entendimiento actual de la jurisprudencia (Cfr. a manera de ejemplo, CSJ SP2709–2018, 11 jul. 2018, rad. 50637 y CSJ SP5295–2019, 4 dic. 2019, rad. 55651, entre otras), explica que **las declaraciones de las víctimas incluidas en las valoraciones médicas son pruebas de referencia** y que los profesionales de la salud pueden acudir al juicio oral con los siguientes propósitos:*

(i) acreditar la existencia y el contenido de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, en sus valoraciones, que hayan sido admitidas como prueba de referencia;

²⁴ Sentencia del 2 de junio de 2021, Radicado No. 53239 (SP2213–2021), Magistrado Ponente: Dr. FABIO OSPITIA GARZÓN.

(ii) declarar sobre lo que hayan percibido directamente sobre cambios comportamentales de las supuestas víctimas, signos o huellas de violencia o algún otro dato relevante para la solución del caso, y

(iii) emitir opiniones especializadas en los términos de los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí previstos, entre los que se destacan la demostración de la base fáctica, la delimitación de las reglas técnico científicas aplicables y la explicación suficiente del paso de estos datos a las conclusiones emitidas por el experto.

(...)

Es importante aclarar que cuando se pretende utilizar el contenido de la anamnesis para probar hechos jurídicamente relevantes, de los cuales informa la víctima, no basta el testimonio de la profesional de la salud que firma el informe, sino que es necesario agotar los trámites legalmente previstos para su incorporación si lo pretendido es utilizarla como prueba de referencia.” (Resaltados fuera de texto)

En este orden de ideas, los relatos de los hechos que efectuó la presunta víctima P.B.S.CH.R. ante el perito Carlos Cediél y ante el médico que lo examinó inicialmente en el Hospital de San Gil (Santander)²⁵, tampoco pueden ser valorados con el fin de edificar la sentencia condenatoria en contra de CHINCHILLA CHINCHILLA, en razón a que la Fiscalía omitió el debido proceso probatorio para que fueran legalmente incorporados a la actuación, puesto que, dada la no comparecencia de P.B. a la audiencia de juicio oral con el fin de rendir su testimonio, el Ente Acusador no deprecó, como prueba sobreviniente de referencia, las declaraciones anteriores de dicho

²⁵ Esta versión que dio el menor, el mismo día de los acontecimientos objeto del presente proceso, se encuentra consignada en la historia clínica que estudió y tuvo en cuenta el Dr. Díaz Gómez para emitir su dictamen, relato que transcribió en su pericia en los siguientes términos: “Fue atendido en Hospital Regional de San Gil. 2014-07-16 20:51 horas. Motivo de consulta: Valoración médico legal en menor de edad. Asiste en compañía de Policía de Infancia y Adolescencia y madre. **Refiriendo ser agredido física y verbalmente por padre.** Hechos ocurridos a las 18:30 horas de hoy...”, lo cual también fue tenido en cuenta por el Juez de conocimiento al momento de proferir el fallo condenatorio materia de la impugnación, a pesar de que no permitió la incorporación en el juicio de la reseñada historia clínica.

menor, ni mucho menos demostró la configuración de una de las causales de admisión excepcional de la prueba de referencia, conforme al artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, el Cognoscente incurrió en otro yerro de apreciación probatoria, al otorgarle valor suasorio a lo narrado por P.B.S.CH.R. a los profesionales de la salud que lo examinaron, puesto que, se repite, esas declaraciones previas fueron introducidas al juicio sin el cumplimiento de las reglas establecidas con esa finalidad, confiriéndole el carácter de prueba a unos actos que jurídicamente no lo son, equívoco que resulta trascendente en el presente asunto, toda vez que el Fallador de instancia sustentó la condena en lo relatado por la presunta víctima.

10. Así mismo, con el testimonio del Patrullero de la Policía Nacional Javier Antonio Contreras Leal, la Fiscalía pretendía incorporar el informe de captura en flagrancia, el acta de derechos del capturado, la historia clínica de atención de urgencias del Hospital Regional de San Gil y el registro civil de nacimiento de P.B.S.CH.R.; sin embargo, el Juez de conocimiento, en la sesión del juicio oral del 26 de julio de 2016, indicó que *“la historia clínica debe incorporarla con el médico que la expidió y no a través de quien rindió el informe de captura en flagrancia, por lo cual el informe fue incorporado como prueba, la evidencia No. 1, y será valorado únicamente lo que tiene que ver con el informe de captura en flagrancia realizado por el agente y si hay documentos que no tienen que ver con el informe no serán tenidos en cuenta”*²⁶, frente a lo cual el Ente Acusador no hizo ningún pronunciamiento, de tal forma que finalmente solamente fueron incorporados al proceso, como

²⁶ Folios 93 a 102 y 128 de la Carpeta de Conocimiento.

evidencia No. 1 de la Fiscalía, el informe de captura en flagrancia²⁷ y el acta de derechos del capturado²⁸.

En lo atinente al valor probatorio de los informes de policía, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 23 de noviembre de 2017, radicado No. 45899²⁹, afirmó:

“A la luz de este marco teórico, para la Sala es claro que los informes presentados por los policiales: (i) contienen declaraciones, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos; (ii) pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en ellos se describe la participación del procesado en la conducta punible; (iii) su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 –literal k- de la Ley 906; (iv) además de sus propias versiones, es común que en los informes estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

En consecuencia, estas declaraciones documentadas pueden utilizarse (i) para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad; (ii) como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906; y (iii) como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión, en los términos referidos en los precedentes atrás relacionados” (Negrillas fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, el informe de captura en flagrancia de fecha 16 de julio de 2014, suscrito por los Patrulleros Carlos Pérez Serrano y Javier Contreras Leal, tampoco puede ser valorado probatoriamente en este asunto, como quiera que el uniformado

²⁷ Folios 95 a 97 de la Carpeta de Conocimiento.

²⁸ Folio 98 de la Carpeta de Conocimiento.

²⁹ Citada en auto del 7 de marzo de 2018, radicación No. 51882 (AP948-2018), Magistrada Ponente: Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

Contreras Leal compareció a rendir su testimonio al juicio oral, el aludido documento no fue utilizado por las partes para refrescar memoria o impugnar credibilidad y el declarante no se retractó ni cambió su versión.

En lo relativo al acta de derechos del capturado, la misma no tiene relación alguna con el tema de prueba y en esa medida, ningún aporte hace frente a la materialidad de la conducta punible objeto de acusación y la responsabilidad del aquí procesado en la comisión de la misma, puesto que lo único que se puede acreditar con dicho documento es que a CHINCHILLA CHINCHILLA se le respetaron sus derechos y garantías fundamentales al momento de ser aprehendido.

11. Ahora bien, al excluir de la valoración probatoria las declaraciones anteriores al juicio oral de LUZ STELLA REMOLINA BALLESTEROS y P.B.S.CH.R., por configurar prueba de referencia inadmisibles, tal y como se explicó ampliamente en precedencia, esta Colegiatura considera que el testimonio del Patrullero de la Policía Nacional Javier Antonio Contreras Leal y el dictamen pericial de Clínica Forense rendido por el Médico Legista Carlos Cediél Díaz Gómez, no ostentan el suficiente poder suasorio para endilgarle responsabilidad penal al señor CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA en la comisión del punible de Violencia Intrafamiliar Agravado objeto de acusación.

En efecto, con el testimonio del Pt Contreras Leal, sólo se logró acreditar que la señora LUZ STELLA le hizo un relato de los hechos, pero no su contenido ni, mucho menos, la veracidad del mismo, y que el día de los acontecimientos REMOLINA BALLESTEROS y

CHINCHILLA CHINCHILLA se encontraban discutiendo en la vía pública, el procesado estaba muy exaltado y el menor P.B. se hallaba junto a ellos llorando y tenía un eritema o enrojecimiento en su mejilla izquierda, pues estos aspectos fueron los únicos que pudo percibir directamente por medio de sus sentidos, circunstancias fácticas que, sin duda alguna, constituyen datos o hechos indicadores; no obstante, la Sala considera que analizados en conjunto, aunque tienen cierto grado de convergencia y concordancia en punto de que el aquí procesado pudo ser la persona que agredió físicamente a su hijo P.B.S.CH.R., esa no es la única posibilidad que es viable inferir lógica y razonablemente de los aludidos datos o hechos indicadores, en atención a que existe la probabilidad de que esa lesión hubiese sido causada por una persona distinta al acusado y que precisamente esto haya generado la discusión entre la pareja y la exaltación del procesado, puesto que ni siquiera se probó cuál era la razón de ese altercado.

Aunado a ello, la situación fáctica observada por el Patrullero Contreras Leal no permite determinar, ni directa ni indirectamente, las circunstancias modales en que se produjo el eritema en la mejilla izquierda de P.B., puesto que, se insiste, no presencié los hechos jurídicamente relevantes y por ende, no proporcioné mayor información sobre su ocurrencia, lo cual resulta esencial o estructural para establecer, con certeza racional, la tipicidad y antijuridicidad material de la conducta punible de Violencia Intrafamiliar, tal y como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia así³⁰:

“Esto último implica que el delito de violencia intrafamiliar no está exento de una valoración sobre la significativa lesión o puesta en peligro del bien

³⁰ Sentencia del 20 de marzo de 2019, radicación No. 46935 (SP964-2019), Magistrado Ponente: Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

jurídico, de manera que, si no se puede predicar un efectivo menoscabo en tal sentido, la acción deberá declararse atípica por su insignificancia, «*sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un [tema] atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito*».

(...)

Y, por otra parte, es menester reiterar que no cualquier acto violento entre miembros de una familia configura la conducta punible de violencia intrafamiliar sino solo aquel que ostente la trascendencia suficiente para menoscabar el bien objeto de amparo”.

En consecuencia, si bien es cierto, tal y como lo ha resaltado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en forma pacífica y reiterada, que aunque en el sistema acusatorio implementado por la Ley 906 de 2004, no se incluyó expresamente como medio de conocimiento al indicio, ello no impide que válidamente se pueda acudir a las inferencias indiciarias para la sustentación de la sentencia condenatoria³¹; sin embargo, en este caso en particular, analizados en conjunto los aludidos datos o hechos indicadores no son suficientes para conformar un sistema de probanzas indirectas que conduzcan al Juez al grado de convicción necesario para desvirtuar la presunción de inocencia, como quiera que subsisten serias dudas sobre quien fue realmente la persona que agredió a P.B. y especialmente, en cuanto a los detalles fácticos en que se produjo esa lesión.

Adicionalmente, la prueba pericial practicada en el juicio oral, ni individualmente ni en conjunto, tampoco permite superar ese grado

³¹ Ver, entre otras, sentencias del 30 de marzo del 2006, radicado No. 24.468, Magistrado Ponente: Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO y del 16 de marzo del 2016, radicado No. 37.504 (SP3459-2016), Magistrado Ponente. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

de incertidumbre, toda vez que el Médico Legista Carlos Cediél Díaz Gómez practicó la valoración de Clínica Forense cuando ya había transcurrido más de un año desde la ocurrencia de los hechos, por lo que dicho experto rindió su informe con base en la historia clínica de atención de urgencias, brindada al menor el día de los acontecimientos, sin que el Dr. Díaz Gómez hubiese observado de manera directa las lesiones que generaron la incapacidad médica de un día sin secuelas, ni mucho menos, pudo dar fe sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos jurídicamente relevantes, pues no los presencié, refiriéndose, en este aspecto, a lo que le contó el menor al momento de ser examinado, declaración anterior al juicio que, se reitera, no fue debidamente incorporada como prueba de referencia, previo cumplimiento de los requisitos y formalidades consagrados para tal fin por la Ley y la Jurisprudencia, es decir, que constituye prueba de referencia no admisible, acreditándose con la pericia en comento solamente que el menor P.B.S.CH.R. le hizo un relato de los hechos al médico legista, mas no se demostró el contenido del mismo, ni su veracidad.

12. Así las cosas, debido a la precariedad de la prueba incriminatoria en este asunto, para la Sala, en contraposición a lo argumentado por el A Quo, quien en forma errónea le otorgó poder demostrativo a la prueba de referencia inadmisibile, no se cumple el nivel de conocimiento exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar, por lo que, en concordancia con el principio de in dubio pro reo, que propugna: *“en caso de duda, resuélvase en favor del procesado”*, se revocará el fallo impugnado y, en su lugar, se absolverá a CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA del delito por el cual fue acusado.

Finalmente, es necesario resaltar que las falencias probatorias del Ente Acusador no pueden ser subsanadas por el Juez, ni siquiera acudiendo a principios de raigambre constitucional como la prevalencia de los derechos de los menores, ya que su aplicación no implica el desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de los enjuiciados.

En este mismo sentido, el órgano de cierre de la jurisdicción penal aseveró³²:

“De manera que la Corte no puede construir excepciones para "salvar" el proceso y para corregir deficiencias de la fiscalía, ni siquiera acudiendo al principio «pro infans”, con el cual se suelen solucionar tensiones entre los derechos de los menores y los adultos, sencillamente porque esa colisión no se presenta, puesto que la prevalencia de los derechos de los menores, un principio ciertamente importante, no significa la supresión absoluta de los derechos de los demás sujetos, entre ellos el de presunción de inocencia”.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Penal de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada, proferida el 15 de diciembre del año 2016 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de San Gil con Funciones de Conocimiento, por las razones consignadas en la parte motiva de la presente providencia.

³² Sentencia del 13 de marzo de 2019, Radicación No. 47140 (SP791-2019), Magistrado Ponente: Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

SEGUNDO: ABSOLVER a CARLOS JULIO CHINCHILLA CHINCHILLA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.074.052, expedida en San Gil, de la conducta punible de Violencia Intrafamiliar Agravada, por la que fue acusado por la Fiscalía. En consecuencia, **se dispone CANCELAR** las anotaciones que al respecto registren la Fiscalía General de la Nación, la Policía Nacional y las demás autoridades pertinentes.

TERCERO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse por las causales que señala el artículo 181 de la Ley 906 del 2004, dentro del término previsto en el artículo 183 ibídem, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 2010, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

CUARTO: NOTIFICAR el presente proveído a las partes e intervinientes, a través de sus correspondientes correos electrónicos³³ o, en su defecto, por medio de cualquier tecnología de la información y la comunicación TIC idónea para tal fin, para lo cual se deberá adjuntar en su integridad esta providencia. Lo anterior teniendo en cuenta la coyuntura generada por la pandemia del covid19 o coronavirus.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

³³ Esta forma de notificación se hará con apoyo en los artículos 28 y 31 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Los Magistrados,



LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA



MARÍA TERESA GARCÍA SANTAMARÍA



NILKA GUISSELA DEL PILAR ORTIZ CADENA

Con Salvamento de Voto



Jonaira Farina Chaves Silva
Secretaria