



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La Secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **HORACIO BAEZ MÉNDEZ**, por el punible **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO Y OTROS**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **21 de junio de 2022**.

Para notificar al procesado y los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO en lugar público de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el término de tres días, hoy 06 de julio de 2022, siendo las 8:00 a.m.

July Carolina Zárate Gordillo
Secretaria

RI 21-113A

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 539.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Horacio Báez Méndez** contra la sentencia condenatoria proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, a través de la cual lo declaró penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo y lo absolvió por el reato de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo; conforme a lo descrito en el artículo 179 del C. de P.P.

HECHOS

Fueron narrados por la juez de instancia de la siguiente manera: *El 14 de abril de 2015 el colegio Balbino García de Piedecuesta denunció ante la Fiscalía General de la Nación la presunta comisión de un delito sexual en contra de la infante AVBL – 8 años de edad- por parte de su padrastro Horacio Báez Méndez – 53 años de edad -, como quiera que la niña contó que el mencionado desde esa época y de tiempo atrás le introducía el pene en la vagina, le palpaba la misma y la besaba en la boca. La Comisaría de Familia denunció que el último ataque que perpetró el encausado en contra de la menor ocurrió el 12 de abril de ese año.*

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia del 1º de septiembre de 2018¹ ante el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bucaramanga, se adelantó la audiencia preliminar de formulación de imputación contra Horacio Báez Méndez, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo con acto sexual con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo. Los cargos no fueron aceptados.

Presentado el escrito de acusación correspondió por reparto al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, ante quien se adelantó la respectiva audiencia el 28 de enero de 2019². Entre el 9 de abril³ y 8 de mayo de 2019⁴, se llevó a cabo la preparatoria.

El juicio oral se desarrolló en las sesiones de 13 de junio⁵, 5 y⁶ 18 de julio⁷, 16 de septiembre⁸ de 2019, 14 de mayo⁹ y 8 de septiembre¹⁰ de 2020, oportunidad en la que se dio finalizada la práctica probatoria, se alegó de conclusión, se emitió el sentido del fallo y el traslado regulado en el artículo 447 del CPP. La lectura de la providencia tuvo lugar el 26 de enero de 2021.

SENTENCIA RECURRIDA

¹ Acta de audiencia, folios 196-197 expediente digital.

² Acta de audiencia, folios 176-177 expediente digital.

³ Acta de audiencia, folios 170-172 expediente digital.

⁴ Acta de audiencia, folio 168 expediente digital.

⁵ Acta de audiencia, folios 144-145 expediente digital.

⁶ Acta de audiencia, folio 132 expediente digital.

⁷ Acta de audiencia, folio 124 expediente digital.

⁸ Acta de audiencia, folio 91 expediente digital.

⁹ Acta de audiencia, folio 56 expediente digital.

¹⁰ Acta de audiencia, folio 51-52 expediente digital.

Mediante providencia del 26 de enero de 2021 el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga, declaró penalmente responsable a Horacio Báez Méndez del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, en consecuencia, le impuso pena privativa de la libertad consistente en ciento noventa y dos (192) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. A la par le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. De otro lado lo absolvió del delito del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo.

Como fundamento de su decisión señaló la juez de instancia que los elementos de convicción arrimados por la fiscalía, concretamente las diferentes valoraciones que se le realizaron a la menor víctima junto a las declaraciones de sus familiares, permitían inferir más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta y la responsabilidad que en ella le asiste al procesado, pues dan cuenta en concreto de los actos sexuales que desplegó el encartado en contra de quien era su hijastra, a quien tenía acceso no sólo porque vivían en el mismo hogar sino por al parecer la aquiescencia que mostraba la madre a los tocamientos realizados en contra de la niña.

Refirió que si bien existían contradicciones en el relato de la niña realizado ante los diferentes profesionales las mismas no resultaban trascendentales, pues en todo caso concordaban en el núcleo del mismo, esto es, quien era el agresor, cuáles eran los actos que se desplegaban en su contra, la multiplicidad de los mismos y el entorno en el que se desarrollaban.

Le dio credibilidad a las manifestaciones de la niña expresadas ante los diferentes profesionales como las que transmitió a dos de sus familiares que concurrieron al juicio oral, dado que, no advirtió motivos de animadversión que eventualmente justificaran señalamientos maliciosos en contra del encartado.

De otro lado, respecto de las agravantes acusadas, concluyó que sólo se encontraba acreditada la regulada en el numeral 2 del artículo 211, dada la posición de autoridad por ser el compañero sentimental de la madre de la víctima, no así la correspondiente a la contenida en el numeral 7º del mismo artículo, dado que no se demostró que la niña tuviera algún déficit cognitivo más allá de algunos problemas en la identificación de fonemas y en el desarrollo educativo, por su vinculación tardía al sistema escolar.

Determinó a partir de la valoración médico legal sexológica, que la niña no había sido objeto de acceso carnal abusivo y por lo tanto lo absolvió de tal reato.

Al momento de realizar la dosificación de la pena partió del mínimo del primer cuarto para el reato de actos sexuales abusivos agravado, esto es, 144 meses y le aumentó 24 meses por cada uno de los otros dos eventos del concurso homogéneo, para determinar una sanción equivalente a 192 meses de prisión, en consecuencia le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

EL RECURSO

Inconforme con la decisión adoptada, la defensa de Horacio Báez Méndez apeló con el propósito que se revoque y en su lugar se modifique la pena con respecto al concurso de delitos.

Como sustento de la alzada, el recurrente manifestó estar en desacuerdo respecto del proceso dosimétrico establecido por la juez de primera instancia, específicamente de la determinación del otro tanto en virtud del concurso homogéneo de actos sexuales, de un lado porque indica que no se puede concluir a partir de la prueba tres eventos puntuales de tocamientos ilícitos y de otra porque se desconoció las reglas fijadas en el artículo 31 del CP, dado que no se prevé que por cada evento se deba realizar el ejercicio del otro tanto, sino que éste debe ser un monto global adicionado al quantum ya fijado.

LA REPLICA

La Fiscalía ¹¹ solicitó confirmar la decisión de instancia pues, contrario a lo argumentado por la defensa la determinación de la pena se ajusta a la legalidad y a lo acreditado dentro del presente asunto, dado que se partió del mínimo del primer cuarto establecido para el reato por el cual se impuso la condena y se aumentó el otro tanto, teniendo en cuenta que fueron tres los episodios de agresión acreditados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. Conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación invocado por la defensa de **Horacio Báez Méndez** contra la sentencia condenatoria de 26 de enero de 2021, a través de la cual el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga lo condenó como autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado.

El recurso formulado por la defensa está dirigido a cuestionar la tasación de la pena establecida por el juez de instancia, con base en el

¹¹ Folios 2-3 expediente digital.

concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años, ello de un lado porque en su criterio no se demostró más allá de toda duda razonable que los eventos constitutivos de los actos sexuales fueran en realidad 3 y de otro lado, porque la determinación de adicionar 24 meses por cada uno de los hechos del concurso desconocería los parámetros del artículo 31 del CP.

Si bien el recurrente no controvierte la materialidad de la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, por la que finalmente fue condenado Horacio Báez Méndez, ya que la censura está dirigida a cuestionar únicamente el proceso dosimétrico adelantado por la Juez Sexta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bucaramanga de cara al concurso homogéneo, lo cierto es que el análisis a la que está convocada la Sala debe determinar por estar inescindiblemente ligado al recurso, si en efecto la Fiscalía acreditó la materialidad de la conducta y la atribución de esta a Horacio Báez Méndez, previo a estudiar si el concurso homogéneo también fue demostrado más allá de toda duda razonable.

Desde ya anticipa la Sala que revocará la decisión adoptada por la Juez Sexta Penal del Circuito de Bucaramanga dado que la condena, en contraposición del artículo 381 del CPP se basó exclusivamente en prueba de referencia, la que además se introdujo y valoró desconociendo el debido proceso, dado que no se cumplieron las reglas fijadas por el legislador tratándose de tal elemento de convicción. Ninguna otra prueba que no sea las versiones de la menor a terceros soportan la decisión y las referencias que hace la juez a prueba de corroboración periférica no tienen la entidad de tal, como se expondrá a continuación.

Si bien la juez de instancia hizo alusión en extenso a la prueba de referencia, a la jurisprudencia que se ha desarrollado en torno a tal medio de prueba, puntualmente en los delitos sexuales contra menores de edad y a la

posibilidad que ésta se incorpore en concreto, en los casos que los niños no comparecen a juicio, ello entre otras cosas para evitar su revictimización, no definió cuál o cuáles de los elementos de convicción introducidos por la fiscalía tenían ese carácter, cómo y cuándo se había cumplido con las reglas fijadas para su incorporación y valoración, ello al margen del hecho que la niña no concurrió al juicio al parecer porque su progenitora la raptó del hogar que la tenía al cuidado, y no se ha efectuado ninguna actuación administrativa para corregir dicha situación anómala.

Para la instancia la versión que la niña otorgó a Pedro Nel Gómez Moreno (psicólogo de la institución educativa donde cursaba 1º de primaria), Otonany Hansen Galvis Santiago (psicólogo del ICBF), Marcela Núñez Jaimes (psicóloga CAIVAS) con quien además se introdujo la entrevista registrada en video, a Leticia Tirado Ariza (comisaria de familia), a sus familiares Leonor Valencia y María Amelida Méndez Valencia, así como a los peritos Pedro Armando Cadena Morales y Myrta Cecilia Gómez Rojas, eran prueba contundente contra el acusado, pese a que en ninguna de tales oportunidades en las que se practicó el interrogatorio cruzado y se incorporaron las bases de opinión pericial y los documentos, la fiscalía solicitó tener los dichos de AVBL como prueba de referencia, no obstante desconocer la ubicación de la niña y que era factible su no concurrencia a juicio, como en efecto ocurrió.

Dentro de la valoración la juez de instancia tuvo en cuenta lo consignado por los peritos en la anamnesis, en el caso puntual de la sustentada por el doctor Pedro Armando Cadena Morales incluso se incorporó apartes de la entrevista que en su momento se le realizó a AVBL por parte del psicólogo Alberto Ruiz Mejía, profesional que ni siquiera concurrió al juicio. Igualmente tuvo en cuenta la versión que le expresó AVBL a la perito Mirtha Cecilia López Rojas, en ambos casos alusiones anteriores a juicio que la

fiscalía no solicitó tener como prueba de referencia, pese al cumplimiento de uno de los supuestos (artículo 438 literal e).

Sobre el particular sea del caso precisar, con apoyo en la línea citada en la providencia CSJ SP-358 de 2020 (radicado 53127) que:

*la Corte ha distinguido la base fáctica del dictamen pericial cuando lo conforman declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, de las percepciones directas del perito. Según lo anterior, el "perito es **testigo** de lo que percibe directamente," ha dicho la Sala, y sobre las declaraciones entregadas por terceros al perito, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, explicó lo siguiente:*

"...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..." (Se destaca)

Bajo ese entendido, se recordó en la misma decisión, con base en la SP del 28 de octubre de 2015, Radicado 44056, que cuando se trata de incorporar las declaraciones que conforman la base fáctica del dictamen, se debe cumplir con el siguiente procedimiento:

" (i) su descubrimiento probatorio en los escenarios procesales previstos por el legislador, (ii) la solicitud y justificación de su práctica, (iii) la acreditación de la causal de admisibilidad invocada, (iv) la indicación del medio de prueba que se pretendía utilizar como vehículo para acreditar su existencia y contenido, y (v) su incorporación en el juicio oral."

La juez de instancia, tal como se desprende de la sentencia impugnada entendió la pericia como un todo y terminó otorgándole el valor de prueba directa, pese a haber citado, como se indicó la jurisprudencia desarrollada sobre la prueba de referencia, lo mismo hizo con las versiones que la niña rindiera con los demás profesionales que la entrevistaron. La prueba de referencia atrás aludida no puede ser valorada por la Sala porque se incorporó y valoró por fuera de las reglas establecidas por el legislador, de un lado porque como se ha venido exponiendo la fiscalía nunca solicitó que fueran tenidas en cuenta como tales, ni superó por ende la carga argumentativa, lo que le impidió a la defensa ejercer su derecho de contradicción y de otra, porque la judicatura nunca permitió el ingreso de tales elementos de convicción, así sean parte de las pericias o de las entrevistas que se le hizo a la niña por parte de los diferentes psicólogos y profesionales.

Ahora, lo que sí es prueba directa y que la juez determinó como de corroboración periférica a efectos al parecer de superar la prohibición del artículo 381 del CPP, que impide condenar con prueba de referencia, no alcanza a sustentar una conclusión más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado, por las siguientes razones.

La primera es que de acuerdo a la conclusión sustentada en juicio por la psicóloga del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no es posible inferir un cambio comportamental en la niña o deducir, como lo hizo la juez de instancia, que la congoja y la tristeza evidenciada por la profesional fueran producto del delito sexual investigado, según lo expuso la profesional: *para efectos de la presente pericia, esta información y la escasamente obtenida de la madre sustituta, no son material ilustrativo suficiente para conceptuar de fondo sobre una posible afectación psíquica y mucho menos su carácter e igualmente, faltando la aplicación del protocolo SATAC-RATAC y sus resultados, respetuosamente se sugiere a la señora*

Comisaría, dar traslado de copia de esta base de opinión pericial a CAIVAS-Bucaramanga, a fin de que este ente investigador haga lo pertinente y lograda la actividad investigativa completa remita copia de dichas piezas procesales junto con solicitud expresa para nueva cita de evaluación psicológica a la menor, que permita determinar y esclarecer el asunto de la afectación psíquica y demás interrogantes que estime el fiscal asignado. Finalmente advertir, que ante la necesidad de conocer la historia de vida y desarrollo psicoevolutivo de la menor antes y durante el proceso de victimización aludido, sea recibida AVBL en compañía de su progenitora o en su defecto de la tía Leonor quien al parecer ha contribuido en la crianza de esta, pues la madre sustituta desconoce su pasado y estos datos, puesto que en gran medida esta información llevó a la suscrita a abstenerse de concluir sobre los efectos y consecuentes de este delito en la aludida víctima.

Lo anterior, porque como se desprende de la propia pericia, no se contó con elementos a partir de los cuales pudiera hacerse una comparación del estado anímico, rendimiento escolar o salud física de la niña antes y después de los hechos denunciados, lo cual permitiera tanto a la profesional en cuestión como a la judicatura deducir cambios que se pudieran atribuir a los actos sexuales acusados por la fiscalía al ahora encartado.

Es más, la pericia en cuestión lejos de corroborar los señalamientos que al parecer realizó AVBL en contra de Horacio Báez Méndez siembran dudas sobre tales, por ejemplo, el hecho que la niña no estuviera ubicada en espacio y tiempo, no manejara cantidades, ni conociera el valor del dinero, ello de cara a la teoría del caso de la fiscalía y el supuesto fáctico sustentado, que fuera acogido por la juez de instancia.

La declaración de la psicóloga Marcela Núñez Jaimés tampoco corrobora un cambio emocional de la menor, que pueda atribuírsele a la conducta enrostrada al procesado como erradamente lo argumentara la

instancia, principalmente porque la razón de la entrevista en general fue para conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar lo que implica que no tuvo la oportunidad de intervenir clínicamente a AVBL, además de no contar con un referente para comparar si la niña había o no cambiado por cuenta del delito sexual del que se decía víctima.

Respecto a lo observado por Marcela Núñez Jaimes esto fue lo que consignó:

- *los comportamientos observados durante esa diligencia, dice: AVBL llega a la unidad, entra por sus propios medios, su actitud al arribar es de tranquilidad, de expectativa, se muestra empática con la entrevistadora, al momento de la entrevista no se aprecia alteraciones en sus procesos mentales superiores, no se observan al momento de la entrevista signos ni síntomas de cuadro clínico psicopatológico. Aspectos importantes, proceso de entrevista, área conductual: AVBL se observa tranquila, triste, se sienta correctamente en la silla, gesticula de manera natural con sus manos acorde con el movimiento corporal, sostiene contacto ocular, su expresión corporal es coherente con su relato. Área cognitiva: AVBL posee inconvenientes en su lenguaje debido a deficiente pronunciación de ciertos fonemas, asimismo la niña manifiesta no saber leer, la menor posee la habilidad mental para narrar sus experiencias y describirlas así como expresar sus sentimientos, en la menor entrevistada se observa que aunque se hace entender con su capacidad de lenguaje, posee ciertas dificultades en la pronunciación de ciertos fonemas, contesta las preguntas que se le realizan, se observa que no se orienta en tiempo. Área social: a la fecha se encuentra residiendo en un hogar sustituto, lo que la deprime, refiere que desea saber cuándo retorna con su progenitora. Área emocional: refiere sentir tristeza y posteriormente lo jurídicamente relevantes.*

Incluso formuló como sugerencia la remisión de la niña a psicología forense de Medicina Legal porque: *Debido al desarrollo cognoscitivo de la menor en cuanto a su orientación respecto al tiempo, se genera una duda en cuanto a la cantidad de ocasiones en que esta fue agredida sexualmente por su padrastro Horacio.* En ambos casos se advirtió que la niña no se ubicaba en espacio y tiempo, tampoco en cantidades, lo cual generó dudas en ambas

profesionales en aspectos concretos de los señalamientos y su coherencia; además, si bien ambas profesionales adverbieron tristeza en la niña, no es posible asumir a partir de ello que tal aflicción fuera producto inexorable del delito sexual endilgado al procesado, pues en ninguno de los casos, se insiste, se tuvo a la mano datos adicionales, su historia clínica o familiar, ni el acompañamiento de un conocido que pudiera informar un antes y un después de AVBL.

Tampoco puede entenderse como corroboración lo señalado en juicio por los demás profesionales que participaron en la puesta en conocimiento de los presuntos hechos y en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, así: i) de un lado el psicólogo del Colegio Balbino García, Pedro Nel Gómez Moreno aportó datos que no cimientan una conclusión de responsabilidad penal frente a Horacio Báez Gómez, pues se limitó a indicar la actividad que realizó respecto de AVBL esto es un perfil psicológico, el contexto en que ello tuvo lugar y lo que pudo observar de la niña, esto es, que estaba *emocionalmente desprotegida, pues se le ve muy abandonada en su vestir, en su limpieza corporal y en sus útiles escolares, es muy alegre en presencia de su maestra y otros miembros del colegio*. Además, pese a advertirse que la niña había elaborado un dibujo del cual se desprendía, al parecer, los vejámenes a las que venía siendo sometida, el mismo no fue incorporado al perfil psicológico por él y las además alusiones a las manifestaciones de la niña que hacen parte del documento por el incorporado denominado "*evaluación psicológica*", constituyen prueba de referencia ilegal que no se valorará dado que al igual que las relacionadas anteriormente, no cumplieron con las exigencias legales para incorporarse como tal y menos valorarse.

ii) Con Leticia Tirado Ariza, Comisaria de Familia de Piedecuesta la fiscalía incorporó como prueba el informe psicosocial por ella elaborado, que contiene manifestaciones de la niña sobre los presuntos actos sexuales

atribuidos al aquí procesado, que fueron tenidos igualmente en cuenta por la instancia no obstante ser prueba de referencia no solicitada, incorporada y sustentada conforme a las reglas erigidas sobre el particular, ya analizadas; ahora sí ella es testigo directo del proceso de restablecimiento de derechos que inició y del protocolo que adelantó en tratándose de un delito sexual, ello resulta insuficiente para estructurar un señalamiento concreto en contra del actor, no resulta baladí además tener en cuenta que tal profesional señaló que no tenía las competencias profesionales para realizar una intervención psicosocial dado que no era psicóloga ni trabajadora social, que su función fue tomar la entrevista y activar la ruta administrativa y judicial de atención.

iii) De la sustentación de la pericia del doctor Pedro Armando Cadena Morales, no es posible corroborar los actos sexuales enrostrados al procesado y además a partir de ella se descartó el acceso carnal abusivo que acusara la fiscalía en su momento, ya que la niña tenía himen anular íntegro no elástico que descartaba penetración.

iv) De la declaración de Otonany Hansen Galvis Santiago tampoco es posible inferir algún aporte sustancial a la teoría del caso de la fiscalía, más allá del acompañamiento que como psicólogo de los hogares sustitutos de ICBF realizó en alguna oportunidad a AVBL, la referencia que tuvo tal profesional sobre el presunto abuso sexual provino de la madre sustituta y no de la niña directamente, lo por él percibido fue que niña se ubicaba en espacio y tiempo, no tenía competencias lecto -escritoras, tenía ciertos problemas de lenguaje y de comprensión del entorno. Si bien dentro del documento por él arrimado al expediente se alude a que la menor describe situaciones de maltrato atribuidas a su padrastro, no se especifica a qué clase de violencia hace referencia o el nombre de tal familiar, sin embargo, por la concomitancia con la convivencia con el procesado podría inferirse que se trata de éste, más allá de lo cual no es posible deducir que tal testimonio y el

documento se constituyan en corroboración periférica de los hechos jurídicamente relevantes.

v) Ahora, lo aportado por las familiares de la niña, Leonor Valencia y María Amelida Méndez Valencia, en lo que se refiere a las manifestaciones de la niña no resultan suficientes para deducir de allí la responsabilidad penal de encartado, porque por su generalidad no aportan circunstancias de tiempo, modo y lugar, más allá de la referencia a que Horacio Báez Méndez, padrastro de AVBL al parecer la tocaba en la vagina y que ello tenía lugar en la casa de Rosario, lugar en el que tenían, según la declaración de los testigos una habitación en arriendo junto con la progenitora de la niña y que no lograron obtener mayores datos, porque se ponía triste cuando abordaban el tema.

En síntesis, tal como se desprende de la propia sentencia emitida por la Juez Sexta Penal del Circuito de Bucaramanga, al margen de la prueba de referencia constitutiva de las versiones fuera del juicio aportada por AVBL a los diferentes profesionales que la atendieron, no es posible deducir más allá de duda razonable la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del procesado.

Tal prohibición de condenar con prueba de referencia no sólo se sustenta en el artículo 381 del CPP, constituye además una expresión de las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha adquirido el Estado, principalmente con la adherencia a la Convención Americana de Derechos Humanos que en el artículo 8º y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 prevén: i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio; (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo.

Adicionalmente, el núcleo del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional prevé que la persona tenga la posibilidad, entre otras cosas de: *presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*. Por ello sólo en casos excepcionales se permite la incorporación de declaraciones anteriores al juicio, respecto de los que la parte interesada debe cumplir una carga argumentativa adicional, lo que permite no sólo mostrar la satisfacción de los presupuestos de su aducción sino que su contraparte pueda oponerse a ello, debate que se cercena cuando como en el presente caso se incorporan sin cumplir tales presupuestos y además se valoran como fundamento de una decisión condenatoria.

Tal error de derecho no se puede superar apelando al principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política, pues precisamente para evitar la revictimización y una eventual impunidad, es que la fiscalía pudo argumentar y solicitar en su momento que desconocía el paradero de la niña, además de su corta edad para llevar a juicio los apartes de las pericias, entrevistas y evaluaciones profesionales que contenía manifestaciones de AVBL de contenido incriminatorio, como lo prevé el artículo 438 literal e del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, como no hizo uso de tal facultad, ello trajo como consecuencia que las declaraciones anteriores de la niña no se puedan apreciar válidamente, como lo asumió de manera equivocada la instancia a efectos de emitir una sentencia de carácter condenatorio.

Como la sentencia emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga se basó en prueba de referencia, que no se podía apreciar válidamente y lo que entendió como corroboración periférica no constituyen tal, es imposible deducir más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de Horacio Báez Méndez, en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en consecuencia se impone revocar parcialmente la sentencia del 26 enero de 2021 y absolverlo

por tal reato, la decisión respecto del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado se mantiene incólume, en tanto no fue objeto de cuestionamiento. Se dispondrá además su libertad inmediata y la cancelación de las órdenes o anotaciones que afecten o puedan menoscabar de alguna manera su libertad en relación con este diligenciamiento, con la advertencia que la orden de libertad solo producirá efectos si no es requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Revocar parcialmente la sentencia del 26 de enero de 2021 emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, en cuanto declaró penalmente responsable a **Horacio Báez Méndez** del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, y en consecuencia se dispone su libertad inmediata y la cancelación de las órdenes o anotaciones que afecten o puedan menoscabar de alguna manera su libertad en relación con este diligenciamiento, con la advertencia que la orden de libertad solo producirá efectos si no es requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente.

Igualmente se dispone el levantamiento de cualquier medida cautelar que se haya impuesto a Horacio Báez Méndez, como consecuencia del presente asunto.

Segundo.- La absolución en punto del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado se mantiene incólume, en tanto no fue objeto de censura.

Tercero.- Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en el término de Ley.

Cuarto.- Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro de proyecto 9 de junio de 2022