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: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS / DICTAMEN PERICIAL / CONFORMADO POR ENTREVISTA A LA VÍCTIMA Y CONCLUSIONES DEL PERITO / NULO VALOR PROBATORIO DE LA ENTREVISTA / EXCEPTO SI SE GARANTIZAN LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN, CONTRADICCIÓN Y CONFRONTACIÓN / EN ESE CASO NO ES PRUEBA DE REFERENCIA.**

… en muchas ocasiones, en lo que atañe con los informes periciales rendidos por los expertos en ciencias de la salud, dichos informes se encuentran compuestos por una entrevista que se le recibe a la víctima sobre lo acontecido, lo que se considera como anamnesis, la que, como ya se dijo, debe ser valorada como prueba de referencia; y las observaciones o conclusiones a las que llega el perito, lo que en últimas constituye su opinión experta, a su vez debe ser apreciado como prueba directa, pues se trata de todo aquello que al perito le consta acorde con su leal saber y entender. (…)

Estando claro que todo lo dicho por la menor ofendida a los expertos que la atendieron debe ser considerado como declaraciones extraprocesales, el tópico que ahora le correspondería a la Sala determinar es cómo ese tipo de evidencias pueden ser allegadas válidamente al proceso, ya que, como es bien sabido, por regla general, los elementos materiales probatorios — EMP — recopilados por las partes durante la etapa de investigación…, por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación, per se, no tienen ningún valor probatorio en la fase del juicio…

Pero dicha regla general tiene como excepción la consistente en que, en aquellos eventos en los cuales se garantice y respete la eficacia de los principios de inmediación, contradicción y confrontación, es posible que al proceso pueden ser allegados los elementos materiales probatorios que las partes tengan en su poder, los cuales en tales eventos sí tendrían la vocación de convertirse en medios de prueba.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que no nos encontramos en una hipótesis de prueba de referencia, porque es un hecho cierto el consistente en que la menor ofendida acudió al juicio a rendir testimonio, por lo que todo aquello que declararon otras personas respecto de lo que le oyeron decir a la agraviada sobre lo acontecido, carece de relevancia probatoria, como bien nos lo enseña el principio de la originalidad de la prueba…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta #532

Pereira, catorce (14) de junio dos mil veintidós (2.022)

Hora: 2:30 p.m.

Procesado: DGH

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Radicación # 66-045-60-00-061-2016-00200-01

Procede: Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía

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

Temas: Yerros en la valoración del acervo probatorio. Requisitos para allegar al proceso declaraciones extraprocesales. Elementos que componen un dictamen pericial

Decisión: Se confirma el fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por Defensa, en contra de la sentencia proferida en las calendas del diez (10) de agosto de 2.018 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, dentro del proceso que se le siguió al ciudadano DGH, quien fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

**ANTECEDENTES:**

Según lo consignado por parte de la Fiscalía General de la Nación (FGN) en el libelo acusatorio, se dice que los hechos tuvieron ocurrencia a eso de las 10:00 horas del 24 de septiembre de 2.016, en el interior de un inmueble ubicado en la Cra. 8ª # 12-02 del barrio “*los Patios”* del municipio de Apía, y están relacionados con un abuso sexual perpetrado por el ciudadano DGH, de 23 años de edad para ese entonces, en contra de su prima “*S.H.C.”*, quien tenía 10 años de edad.

Acorde con lo narrado en el escrito de acusación, se desprende que para esas calendas la menor “*S.H.C.”* le pidió permiso a su padre para visitar a su primo DGH en un taller de mecánica en el que este último laboraba; y que su pariente la invitó a desayunar en el domicilio en donde Él residía.

Estando en dicho sitio, DGH, luego de haber puesto a calentar un chocolate, procedió a llevar a la niña “*S.H.C.”* hacia el interior de una habitación, en donde la semidesnudó, para de esa forma proceder a manosearla y a besuquearle los senos y la vagina, e igualmente a pasarle el asta viril por las nalgas y por la vulva, al parecer con el propósito de accederla carnalmente.

Los anteriores hechos salieron a la luz pública debido a que la menor ofendida se los dijo a una amiguita, quien a su vez se los contó a una hermana de la menor agraviada, la cual procedió a denunciarlos ante la Comisaría de Familia.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Apía, con funciones de Control de Garantías, el día 14 de julio de 2.017 se celebraron las audiencias preliminares del caso en las que: a) Se le impartió legalidad a la captura del entonces indiciado DGH, la cual estuvo precedida de una orden librada para tales fines; b) Al Procesado se le imputaron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado (Artículos 209 y 211, # 5º, C.P.); c) Al encausado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención domiciliaria.
2. El escrito de acusación data del 06 de agosto de 2.017, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, ante el cual se celebraron las siguientes vistas públicas: a) El 19 de septiembre de 2.017 tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación; b) El 22 de noviembre de 2.018 se realizó la audiencia preparatoria; c) La audiencia de juicio oral se dio en sesiones celebradas los días 21 de febrero y 11 de abril de 2.018.
3. Después de anunciado el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio, el 10 de agosto de 2.018 se profirió la correspondiente sentencia, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del diez (10) de agosto de 2.018 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado DGH, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al procesado DGH, dicho ciudadano fue condenado a purgar una pena de 144 meses de prisión, sin que se le reconociera el derecho al disfrute de subrogados y sustitutos penales, en atención a que tal concesión estaba expresamente prohibida acorde con lo regulado en el artículo 199 del C.I.A.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer nivel para poder declarar el compromiso penal del procesado DGH, se fundamentaron en aducir que las pruebas debatidas en el juicio demostraban, de manera indubitable, tanto la existencia del delito como la responsabilidad penal del acusado, aunado a que las pruebas de la Defensa carecían de la suficiente entidad como para generar dudas sobre la ocurrencia de los hechos, lo que satisfacía el cumplimiento de los requisitos necesarios exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que se pudiera proferir una sentencia condenatoria.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado *A quo* expuso lo siguiente:

* Se le debe conceder credibilidad a lo atestado por la menor “*S.H.C.”*, por cuanto ofreció un relato claro y preciso en el que narró con detalles lo ocurrido con su primo, quien la invitó a su casa con el pretexto de ir a tomar chocolate, y estando en dicho sitio procedió a manosearla y a toquetearla en sus partes pudendas.
* Lo atestado por la menor agraviada no se encontraba huérfano en el proceso, ya que fue corroborado: a) El testimonio absuelto por LUISA FERNANDA HOLGUÍN CASTAÑO — hermana de la ofendida — quien expuso que una amiga de su fraterna le contó lo que Ella le había dicho sobre lo sucedido, razón por la que procedió a denunciar los hechos; b) El testimonio absuelto por GUSTAVO HOLGUÍN ÁLVAREZ — padre de la agraviada — quien adveró que para un sábado del mes de septiembre de 2.016 se encontraba en el pueblo con su hija, quien la pido permiso para ir a visitar a su primo DGH, a lo cual él accedió; pero que después, cuando se encontró con la niña, Ella estaba llorando, razón por la que la llevó al hospital en donde le diagnosticaron que tenía dengue; c) Las historias clínicas expedidas por el hospital *san Vicente de Paul*, las cuales dan cuenta que el 24 de septiembre de 2.016 la menor “*S.H.C.”* fue atendida en ese establecimiento porque padecía un cuadro de diarrea, vomito y dolor abdominal; d) Los testimonios absueltos por DIANA MARCELA TORO — Comisaria de Familia — CAMPO ELÍAS OCHOA — Médico Legista — y, GLORIA OSSA — psicóloga clínica — quienes dan cuenta de la atención que le brindaron a la menor ofendida en razón de los hechos denunciados.
* Pese a que de lo adverado por el galeno CAMPO ELÍAS OCHOA sobre la versión que le oyó decir a la menor sobre lo acontecido, afloraban una serie de inconsistencias respecto de la forma como ocurrieron los hechos, tal situación no demeritaba en nada que los mismos no hayan podido tener ocurrencia acorde con lo narrado por la víctima.
* Los testimonios rendidos por los Sres. FRANK OCAMPO; DORA GUTIÉRREZ y ALEJANDRO JIMÉNEZ, en su calidad de testigos de la Defensa, no le aportaban nada útil al proceso porque se trataba de testigos que no tenían conocimiento de los hechos, y que solo vinieron a declarar respecto de rumores que sobre lo acontecido circulaban por el pueblo.

**LA ALZADA:**

El recurso de apelación interpuesto por la Defensa se encuentra circunscrito en expresar su inconformidad con la apreciación que el Juzgado de primer nivel hizo del acervo probatorio, porque — en sentir del recurrente — se incurrieron en yerros al momento de la valoración de las pruebas habidas en el proceso, lo que incidió para que el Juzgado *A quo* no se diera cuenta que de esa pruebas solamente manaban serias dudas frente a la ocurrencia de los hechos que fueron narrados por la ofendida “*S.H.C.”*, lo que a su vez repercutía para que en contra del procesado DGH no fuera factible que se pudiera dictar una sentencia condenatoria.

Acorde con lo anterior, el apelante deprecó por la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente absolución del acusado DGH de todos los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el apelante expuso lo siguiente:

* Se incurrió en un error al momento de la apreciación del dictamen rendido por el galeno CAMPO ELÍAS OCHOA, ya que esa prueba pericial fue mutilada por el Juzgado *A quo,* quien no tuvo en cuenta las conclusiones a las que llegó el perito — el que adujo que los dichos de la menor debían ser valorados por un psicólogo forense — lo cual nunca sucedió — para solamente valorar lo que la menor le dijo al testigo sobre la forma como ocurrieron los hechos.

Por lo tanto, si solamente se valoró lo que la menor ofendida le declaró al perito, se está en presencia de algo que resultó ser errado, porque ese informe fue rendido por un profesional que no era idóneo por no ser un experto en la materia, ya que los dichos de la menor agraviada debieron ser valorados por un psicólogo forense, quienes son los calificados para poder decir si una persona está o no faltando a la verdad.

* No se apreció en debida forma el informe psicológico rendido por la perito GLORIA JANETH OSSA, del cual se extraen elementos de juicio de orden científico que apuntan a la no ocurrencia de los hechos por cuanto la menor negó el haber sido abusada por su primo, ya que dijo que el procesado solamente la acarició. Razón por la que la psicóloga expresó que no existían fundamentos para determinar si realmente existió un abuso, aunado a que la menor tenía un imaginario surrealista, lo que — en sentir del apelante — incidía para que pudiera llegar a mentir, como — en opinión del recurrente — lo ha venido haciendo en cada una de las declaraciones que ha rendido, en las cuales ha cambiado la versión dada sobre la forma cómo ocurrieron los hechos.
* El Juzgado de primer nivel dejó de valorar pruebas con las que se demostró que el procesado no incurrió en los actos de abuso sexual enrostrados en su contra. Así, se tiene que en el proceso el médico forense fue enfático en afirmar que no encontró en la agraviada lesión alguna, a lo que se le debe sumar que la agraviada rindió varias entrevistas, y en cada una de ellas difiere de lo que dijo en otras declaraciones en lo que tiene que ver con las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de cómo ocurrieron los hechos.

Finalmente, el recurrente expuso que en el presente asunto el Juzgado *A quo* debió declarar la nulidad del proceso por falta de una adecuada defensa técnica, porque a la Defensa de otrora, por parte del Juzgado de primer nivel, se le reprochó el no haber controvertido en el contrainterrogatorio lo atestado por la menor con base en la valoración rendida por la psicóloga GLORIA JANETH OSSA.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Promiscuo con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P., sería la competente para resolver la presente Alzada.

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

**- Problema Jurídico:**

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

¿Incurrió en yerros de apreciación probatoria el Juzgado de primer nivel al momento de valorar las pruebas habidas en el proceso, lo que repercutió para que no se tuviera en cuenta que el acervo probatorio no cumplía con los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del acusado DGH?

**- Solución:**

Al efectuar un análisis del contenido de la tesis de la inconformidad planteada por la Defensa en la alzada, observa la Sala que la misma se encuentra circunscrita en el ámbito de cuestionar la valoración que el Juzgado de primer nivel efectuó de las pruebas habidas en el proceso, porque — en sentir del recurrente — el Juzgado *A quo* no tuvo en cuenta una serie de pruebas con las cuales se demostraba que la menor ofendida incurrió en muchas y gravísimas contradicciones, inconsistencias e incongruencias en los diversos relatos que sobre lo acontecido rindió ante diferentes autoridades, lo cual — en opinión del apelante — ponía en tela de juicio la ocurrencia de los hechos lúbricos por los cuales se declaró el compromiso penal endilgado al procesado DGH, quien en consecuencia debió ser absuelto de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

A fin de determinar si le asiste o no la razón a la tesis de la inconformidad postulada por la Defensa en la alzada, la Sala en un principio tendrá como hechos ciertos, que se encuentran plenamente demostrados en el proceso con las pruebas debatidas en el juicio, los siguientes:

* Con las pruebas testimoniales allegadas al proceso, se demostró que el procesado DGH es primo de la menor “S.H.C.”, lo cual quiere decir que entre ambos existe una relación de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad[[1]](#footnote-1), lo que de una u otra forma repercutiría en la acreditación de la circunstancia específica de agravación punitiva, por lazos de parentesco, que se encuentra consagrada en el # 5º del artículo 211 C.P.
* Se encuentra acreditado que en horas de la mañana del día 24 de septiembre de 2.016, el Sr. GUSTAVO DE JESÚS HOLGUÍN ÁLVAREZ, en compañía de su hija “S.H.C.”, estuvieron en el casco urbano del municipio de Apía realizando una serie de diligencias, y que en horas del mediodía la menor “S.H.C.” tuvo un percance de salud, ya que presentaba un cuadro de vómitos y de diarrea, razón por la que fue atendida en las instalaciones del hospital *san Vicente de Paul*.
* Según valoración sexológica que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses — (INMLCF) — le efectuó a la menor “S.H.C.” en las calendas del 26 de octubre de 2.016, se conceptuó que la *paciente*: a) No presentaba huellas externas de lesión reciente; b) No presentaba lesiones extragenitales, genitales ni paragenitales; c) Tenía un ano normal y un himen integro no elástico.

Estando claro cuáles son los hechos que se encuentran plenamente acreditados en el proceso, el tópico que le correspondería ahora abordar a la Sala es el relacionado con determinar si el Juzgado de primer nivel incurrió o no en los yerros de valoración probatoria denunciados por el recurrente, los cuales, básicamente se encuentran circunscritos en las siguientes hipótesis: a) No se apreciaron aquellas pruebas que demostraban que la menor agraviada había rendido unas declaraciones en las que ofrecía versiones diversas y contradictorias sobre las circunstancias de tiempo y modo en las que ocurrieron los hechos, lo que ponía en tela de juicio la existencia de los hechos; b) No se valoró en su debida dimensión el dictamen rendido por la psicóloga GLORIA JANETH OSSA, del que se extraían elementos de juicio de orden científico que apuntaban a la no ocurrencia de los hechos; c) La validez del dictamen pericial rendido por el Dr. CAMPO ELÍAS OCHOA, por cuanto esa experticia fue rendida por un profesional que no era idóneo por no ser un experto en la materia.

Frente a los anteriores yerros que fueron denunciados por la Defensa en la alzada con el propósito de cuestionar la valoración del acervo probatoria efectuada por el Juzgado de primer nivel en el fallo confutado, la Sala desde ya anunciará que el recurrente se encuentra equivocado, porque en momento alguno el Juzgado *A quo* incurrió en dichos errores al momento de apreciar el acervo probatorio.

Para poder llegar a la anterior conclusión, necesariamente debemos tener en cuenta que el recurrente se queja porque el Juzgado de primer nivel no tuvo en cuenta unas pruebas que demostraban que la menor ofendida había rendido unas declaraciones mediante las cuales se contradecía al ofrecer una versión diametralmente opuesta y diversa respecto de la forma como ocurrieron los hechos. Así, tenemos que entre las pruebas que, según la Defensa, no fueron apreciadas en debida forma por el Juzgado *A quo*, estaba todo lo que la menor agraviada le contó al médico-legista CAMPO ELÍAS OCHOA — lo que se encuentra consignado en la anamnesis del dictamen pericial — sobre lo acontecido entre Ella y el procesado, relato del que se desprende que el encausado se valió de la violencia física para poder someterla, por cuanto, a fin de vencer su resistencia, le tapó la boca y la amarró con una cabuya para de esa forma poder hacerle las cosas que le hizo, V.gr. besuquearla; manosearle sus partes pudendas, y pasarle el asta viril por la región vaginal y anal.

Tal narrativa — aseveró el recurrente — difiere de lo que la ofendida atestó en el juicio, de donde se extrae que el procesado no hizo nada de eso, o sea que no la amarró con soga o cabuya alguna, ni se valió de la violencia para poder tener a su merced a la agraviada y de esa forma satisfacer su lujuria.

De igual manera — afirmó el recurrente — que el relato que la menor ofreció en el juicio no encontraba eco en lo que la agraviada le declaró a la psicóloga GLORIA JANETH OSSA, a quien le dijo que su primo, o sea el ahora procesado DGH, solamente la estuvo acariciando.

Como ya se dijo con antelación, la Sala considera que la tesis de la inconformidad formulada por el recurrente está destinada al fracaso, porque las pruebas de las cuales se duele el apelante que no fueron debidamente valoradas por el Juzgado de primer nivel, o sea aquellas en las que se consignan unas declaraciones extraprocesales rendidas por la menor agraviada, en momento alguno fueron allegadas válidamente al proceso, y por ende, so pena de violar del Debido Proceso, no podían ser tenidas en cuenta por parte del Juzgado *A quo* al momento de la apreciación del acervo probatorio.

Las razones por las cuales la Sala afirma lo antes dicho, se deben a que todo lo narrado extraprocesalmente por la menor agraviada, que fue consignado en la anamnesis de los diferentes informes base de la opinión pericial que hicieron parte de los testimonios rendidos por los expertos en el juicio, acorde con lo regulado en el artículo 437 C.P.P. debe ser considerado como prueba de referencia, por tratarse de una declaración que la víctima rindió por fuera del proceso, y de cuyo contenido el perito *«no actúa como testigo directo de los mismos, pues únicamente los reproduce…»[[2]](#footnote-2)*.

Frente a lo anterior, se torna necesario anotar que en muchas ocasiones, en lo que atañe con los informes periciales rendidos por los expertos en ciencias de la salud, dichos informes se encuentran compuestos por una entrevista que se le recibe a la víctima sobre lo acontecido, lo que se considera como anamnesis, la que, como ya se dijo, debe ser valorada como prueba de referencia; y las observaciones o conclusiones a las que llega el perito, lo que en últimas constituye su opinión experta, a su vez debe ser apreciado como prueba directa, pues se trata de todo aquello que al perito le consta acorde con su leal saber y entender.

Sobre lo anterior, la Corte ha dicho:

“En la decisión SP2709-2018, de 11 de julio del año en curso, proferida dentro de la casación 50637, la Sala, al analizar esta temática, hizo claridad en el sentido de que el componente fáctico de la opinión pericial, cuando la experticia recaía sobre aspectos de esta índole, solía estar dado, (i) por hechos percibidos directamente por el perito, como cuando emitía opiniones sobre la causa de muerte de una persona a partir de la observación y análisis personal de las heridas causadas, o (ii) por datos o información fáctica suministrados por otros medios de prueba, como declaraciones de testigos.

(:::)

Explicó igualmente, que cuando el perito tiene conocimiento personal y directo de los hechos sobre los cuales opinaba, como sucedía en el caso ya expuesto del médico legista que emitía opiniones sobre la causa de muerte a partir de la observación del cadáver, o del sicólogo que advertía la presencia en el menor entrevistado de síntomas del síndrome del niño abusado, la acreditación del hecho sobre el cual informaba podía cumplirse con el testimonio del perito, quien en estos casos fungía como testigo directo.

(:::)

**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**…”[[3]](#footnote-3).

Estando claro que todo lo dicho por la menor ofendida a los expertos que la atendieron debe ser considerado como declaraciones extraprocesales, el tópico que ahora le correspondería a la Sala determinar es cómo ese tipo de evidencias pueden ser allegadas válidamente al proceso, ya que, como es bien sabido, por regla general, los elementos materiales probatorios — EMP — recopilados por las partes durante la etapa de investigación, V.gr. entrevistas, interrogatorios de indiciados, opiniones periciales, etc… por contrariar los principios de inmediación, contradicción y confrontación[[4]](#footnote-4), *per se,* no tienen ningún valor probatorio en la fase del juicio, muy a pesar que los mismos en el devenir de la actuación procesal pueden servir de fundamento para la toma de ciertas decisiones, tales como la imposición de una medida de aseguramiento, la preclusión del proceso, la práctica de medidas cautelares, etc...

Pero dicha regla general tiene como excepción la consistente en que, en aquellos eventos en los cuales se garantice y respete la eficacia de los principios de inmediación, contradicción y confrontación, es posible que al proceso pueden ser allegados los elementos materiales probatorios que las partes tengan en su poder, los cuales en tales eventos sí tendrían la vocación de convertirse en medios de prueba.

En ese orden de ideas, se puede concluir que en lo que atañe con las declaraciones extraprocesales recaudas por las partes, las mismas de manera excepcional pueden ser allegadas al proceso, y tendrán vocación probatoria siempre y cuando se respeten los postulados que orientan los principios de inmediación, contradicción y confrontación; como en efecto lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“Excepcionalmente, es viable incorporar al debate oral las entrevistas rendidas con anterioridad al juicio oral, en los supuestos de prueba de referencia, esto es, cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas en el artículo 438, adicionado por el 3º de la Ley 1652 de 2013, igualmente si las declaraciones previas han sido utilizadas por las partes, bajo las previsiones del interrogatorio cruzado, como instrumento para refrescar la memoria o impugnar credibilidad (cánones 392.d y 393. b ejusdem, en su orden) y, por último, en aquellos eventos en que el testigo comparece a la audiencia pública de juzgamiento y cambia su versión anterior o se retracta de ella, caso en el cual ingresa como complemento del testimonio (CSJ SP606-2017, rad. 44950)…”[[5]](#footnote-5).

De lo hasta ahora expuesto, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones en lo que atañe con las hipótesis en las que válidamente se pueden incorporar al proceso las declaraciones extraprocesales recopiladas por las partes durante la indagación e investigación:

1. Para refrescar la memoria del declarante, en caso que el testigo presente alguna falla en el proceso de rememorización {ordinal d artículo 392 C.P.P.}; Pero es de aclarar que en estos eventos no tiene ocurrencia la introducción al proceso de la entrevista, pues lo único que se persigue con la misma es que el testigo precise o rememore hechos que no recuerda con claridad y precisión.
2. Como herramienta para impugnar la credibilidad del testigo {inciso 3º artículo 347 C.P.P.; ordinal b articulo 393 *ibidem* y artículo 403 *ejusdem*}, la que se da en aquellos eventos en los que el declarante incurre en contradicciones en sus dichos, o cuando se retracta de lo que sobre los tópicos adverados había declarado en una pretérita atestación, o de lo que respecto a la misma les dijo a otras personas. En estas hipótesis, o sea cuando la declaración extraprocesal es utilizada para impugnar la credibilidad del testigo, la misma necesariamente debe hacer parte del proceso al encontrarse liada con lo declarado por el testigo mediante la figura conocida como *“testigo adjunto”*[[6]](#footnote-6).

1. Como prueba de referencia admisible, acorde con la hipótesis del ordinal b del artículo 438 C.P.P., lo que sucedería en aquellas hipótesis en las que el testigo, ya sea por rebeldía o por contumacia, no se encuentra disponible, pese el haber sido citado oportunamente para que comparezca al juicio.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que no nos encontramos en una hipótesis de prueba de referencia, porque es un hecho cierto el consistente en que la menor ofendida acudió al juicio a rendir testimonio, por lo que todo aquello que declararon otras personas respecto de lo que le oyeron decir a la agraviada sobre lo acontecido, carece de relevancia probatoria, como bien nos lo enseña el principio de la originalidad de la prueba, según el cual:

“Este principio significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, para que sea prueba de este, pues si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacionan con aquel, se tratara de pruebas de otras pruebas; ejemplo de las primeras son las inspecciones judiciales sobre el bien objeto del litigio, los testimonios de quienes presenciaron el hecho por probar, el documento contentivo del contrato discutido; ejemplos de las segundas, son las declaraciones de testigos de oídas, es decir, que oyeron referir el hecho de quienes lo presenciaron….”[[7]](#footnote-7).

Asimismo, es preciso anotar que, ante la claridad y precisión de lo que narró la víctima sobre lo acontecido, en donde expuso cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como su licencioso primo, o sea el ahora procesado DGH, la invitó a su residencia dizque con el pretexto de tomar chocolate, y de cómo abusó de Ella cuando ambos estuvieron en ese lugar, no fue preciso ni necesario que se hiciera uso, como herramienta para refrescar su memoria, de todo aquello que Ella había declarado por fuera del proceso.

Finalmente, vemos que la Defensa en el juicio intentó confrontar lo atestado por la menor ofendida con todo aquello que declaró por fuera del proceso, y pese a las infundadas objeciones de la Fiscalía, las que se escudaban en el pretexto de que eso no fue tema del interrogatorio directo, y pese a que el Juzgado permitió que la menor fuera interrogada sobre esos tópicos, tenemos que frente a esos cuestionamientos la agraviada se limitó solamente a responder que no lo recordaba.

Pero, de igual manera, observa la Sala que ante la respuesta dada por la víctima a ese interrogante, la Defensa, de manera abrupta, decidió no hacer más preguntas y dar por terminado el contrainterrogatorio; lo que nos indicaría que al no impugnarse de manera adecuada la credibilidad de la testigo, todo aquello que declaró extraprocesalmente no ingresó al proceso, y por ende, a modo de apéndice, no haría parte de la declaración rendida por la ofendida, acorde con la figura del testimonio adjunto o acompañante.

Todo lo antes expuesto nos estaría indicando que no ingresaron válidamente al proceso todas aquellas declaraciones extraprocesales que, según el recurrente, la menor ofendida le rindió tanto al médico legista CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALEANO, como a la comisaria de familia DIANA MARCELA TORO OSORIO, y a la psicóloga clínica GLORIA JANETH OSSA, y por ende el Juzgado de primer nivel no podía hacer uso de dichas *“pruebas”* al momento de valorar el acervo probatorio, ya que de hacerlo estaría violando el debido proceso, en el contexto conocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina como *debido proceso probatorio*.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los reproches formulados por el recurrente para cuestionar la idoneidad del médico forense CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALEANO, a quien el apelante tachó de no ser un profesional experto en la materia, considera la Sala que tales reproches no pueden ser de recibo porque: a) La Fiscalía en su debida oportunidad, sin que la Defensa hiciera nada al respecto, acreditó en debida forma las credenciales que tenía el Dr. OCHOA CUCALEANO para poder fungir como perito, quien se trata de un médico cirujano egresado de la Universidad Nacional, que desde hace unos veinte años presta sus servicios como médico forense en el INMLCF; b) El Dr. CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALEANO fue convocado al proceso para que atestara sobre el examen sexológico que le practicó a la ofendida *“S.H.C.”* y, en tal sentido, rindió su opinión experta; por lo que la Sala no entiende ni comprende el por qué la Defensa, de manera desenfocada, cimentó sus inconformidades sobre algo para lo cual no se le pidió colaboración alguna al perito, si tenemos en cuenta que el recurrente sustentó su tesis en argumentos que daban a entender que aquel expresó su experticia a modo de perito psicólogo forense, con base en el simple y mero hecho de que este recomendó que la agraviada debía ser valorada por un experto en psicología forense; c) Si bien, pese a que el perito medico conceptuó que la menor ofendida no presentaba huellas externas de lesión reciente, ni presentaba lesiones extragenitales, genitales ni paragenitales, ello no quiere decir, como lo reclama el recurrente, que los hechos no ocurrieron, por cuanto el delito por el que el procesado fue llamado a juicio y posteriormente declarado penalmente responsable, es el reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, el cual se trata de un delito que no tiene a la violencia como componente esencial, ya que con esa conducta *«se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cual se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello…»[[8]](#footnote-8).*

Igual situación de desenfoque acontece con las inconformidades expresadas por el recurrente en lo que tiene que ver con los presuntos yerros de valoración probatoria en los que el Juzgado de primer nivel incurrió al momento de apreciar el testimonio rendido por la psicóloga clínica GLORIA JANETH OSSA, respecto del cual la Defensa argumentó que no se tuvo en cuenta la opinión dada por la experta cuando adujo que la menor tenía un imaginario surrealista, lo que —en sentir del apelante— incidía para que pudiera llegar a mentir, como —en opinión del recurrente— lo ha venido haciendo en cada una de las declaraciones que ha rendido, en las cuales ha cambiado la versión dada sobre la forma como ocurrieron los hechos.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que el recurrente malentendió y descontextualizó lo declarado por la psicóloga GLORIA JANETH OSSA, quien cuando expuso que la menor ofendida tenía un imaginario surrealista, en momento alguno quiso decir que Ella tenia una tendencia a la fabulación, sino que por el contrario tal situación tan peculiar era una consecuencia de la carga emocional que la aquejaba por el abandono de su madre, y era una forma de llenar con otras personas esos vacíos emocionales o afectivos que la agobiaban.

Para mayor precisión y claridad de lo antes expuesto, considera la Sala necesario transcribir lo que en verdad adveró la perito GLORIA JANETH OSSA sobre en qué consistía ese imaginario surrealista que en su opinión aquejaba a la menor “S.H.C.”:

“Señora Juez, los seres humanos tenemos unas construcciones en nuestro estado emocional y mental que cuando se ven alteradas utilizan los imaginarios como un recurso o mecanismo de defensa para idealizar la realidad inmediata a la que no tenemos acceso. Así por ejemplo, para hacerlo más fácil de comprender, cuando nosotros idealizamos que queremos ir a un paseo y no tenemos el recurso económico, buscamos mecanismos para poder llegar a ese paseo, y si no lo podemos lograr, cada vez que tenemos la oportunidad de estar solos o que algún amigo nos cuenta que fue, soñamos con ese paseo, imaginamos ese paseo, y podemos llegar a estados de soledad, de tristeza porque no lo logramos. Para el caso de los menores los imaginarios, en el caso de la menor SHC, el imaginario de afecto que ella tiene es que la lleva a ser recurrente en la búsqueda de afecto de las personas que se acercan a ella y que le manifiesta afecto aprecio, cariño, cuidado.

(:::)

Los imaginarios son los estados de la mente que le permiten al ser humano alternar lo que quiere en una realidad inmediata frente a la que tiene, es claro que un imaginario no se puede asumir para el caso de esta menor como un mecanismo de utilización manifiesta de un evento no vivido, solo imaginado, porque los patrones de conducta que se observan a la largo de los procesos trabajados con la menor dejan huella y dejan evidencia a través incluso de los juegos que la menor sí tuvo una alteración en el contacto físico con una persona mayor que ella y muy cercana a ella, que la menor se sintió frustrada. El imaginario puntual para este caso me permitió establecer que su realidad inmediata era buscar afecto en las personas cercanas a ella, su familia, hubo un proceso claro también en este caso es que la menor aparte de que buscó el afecto, dio el afecto y reconstruyó en su cabecita, en su mente, creó estados de afectos. De hecho, en algún momento ella llamó a su primo como su héroe, como su hermano que la salvaba, o sea que ella lo vio como alguien muy superior a ella. No se puede decir que es inventado el proceso de posible abuso porque fue la misma menor, fue el padre y la hermana los que manifestaron después que el familiar arrepentido había reconocido su falta, llamémoslo de alguna manera, y había querido resarcirse sobre el mismo evento. Qué podemos decir en este episodio puntual frente a los imaginarios para el caso de la menor SHC. Es que la niña buscaba afecto en sus familiares inmediatos, su imaginario de afectó lo apoyó en esa persona, pero también ese imaginario de afectó se convirtió después del evento postraumático en un imaginario de dolor, porque ya esa persona pasó de ser su héroe a ser su villano…”.

En suma, lo anterior es suficiente para que la Sala concluya que el Juzgado de primer nivel en momento alguno distorsionó, trastocó o cercenó lo declarado en el juicio por los Sres. CAMPO ELÍAS OCHOA CUCALEANO y GLORIA JANETH OSSA en sus respectivas calidades de medico forense y de psicóloga clínica.

Finalmente, en lo que corresponde con la tácita petición de nulidad procesal deprecada por el apelante, sustentada con base en el argumento consistente en la supuesta inadecuada o indebida estrategia defensiva asumida por la Letrada que estaba a cargo de la defensa técnica, la Sala dirá que tales reproches no serán atendidos por parte de la Colegiatura por cuanto el recurrente no cumplió a cabalidad con el deber que le asistía de sustentarlos en debida forma, sí partimos de la base que todo lo aducido por la Defensa en la alzada se ciñó a unos simples y meros lacónicos reclamos tangenciales en los que prácticamente no se dijo nada de nada de las razones de hecho o de derecho en las que anclaba su disenso, ni cómo, acorde con los postulados que orientan al principio de la transcendencia, los supuestos yerros en los que incurrió la Defensora de otrora pudieron repercutir en una carencia o falta de una adecuada defensa técnica.

A lo anterior, se le debe sumar que según la Corte:

“Los cuestionamientos que en sede de casación se realizan a la estrategia y la actividad emprendida por el letrado que ejerció la defensa en las instancias, o que no logró mejores resultados de cara a la situación del sentenciado, son insuficientes para fundar eventuales trasgresiones a sus garantías fundamentales y, en particular, del derecho a una adecuada representación técnica, pues, según tiene decantado, el ejercicio de la actividad defensiva es de medio, no de resultado y porque el ordenamiento le asegura al profesional del derecho autonomía y libertad en la escogencia de la técnica o estrategia a adoptar, entre las múltiples alternativas posibles de ser planteadas en el curso de la actuación procesal , de manera que no le impone al abogado derroteros a seguir en el curso de la gestión encomendada, ni le fija orientaciones de ninguna índole, pues son infinitas las eventualidades que pudieran ofrecerse, por supuesto imposibles de prever a través de reglas con las cuales determinar el camino a adoptar ante una incierta situación, lo que implicaría reglamentar tesis defensivas seguramente desarticuladas de la realidad surgida en cada proceso penal…”[[9]](#footnote-9).

Tal situación le hace a la Sala colegir que no fue adecuada la sustentación del recurso de apelación, por lo que al no cumplir el apelante con la carga procesal que le asistía, o sea la de sustentar en debida forma la alzada, es obvio que dicho recurso debe ser parcialmente declarado desierto, como bien lo ordena el artículo 179A C.P.P. lo que, en consecuencia, como ya se dijo, relevaría a la Sala de hacer cualquier tipo de pronunciamiento de fondo.

Como corolario de todo lo antes expuesto, la Sala concluye que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por el recurrente, ya que de las pruebas allegadas al proceso se cumplian a cabalidad con todo los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado DGH se pudiera proferir una sentencia condenatoria por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años.

Siendo así las cosas, al no hallarle razón a los reproches formulados por el recurrente, la Sala no tiene otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

Finalmente, a modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala prescindirá de dicho acto, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º de la Ley 2213 de 2.022.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida en las calendas del diez (10) de agosto de 2.018 por parte del Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Apía, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado DGH, por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado.

**SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en todo aquello que tiene que ver con la tesis propuesta con la que se propendía por la declaratoria de nulidad de la actuación procesal.

**TERCERO: DISPONER** que la notificación de la presente providencia se lleve a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º de la ley 2213 de 2.022.

**CUARTO: DECLARAR** que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley. Por otra parte, en lo que atañe con la decisión de declarar parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, solamente procedería el recurso de reposición, el cual, por estar en presencia de un trámite escritural por la forma como se llevará a cabo la notificación del presente proveído, deberá ser interpuesto y sustentado acorde con lo regulado en el artículo 189 de la ley 600 de 2.000.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Lo que se debe considerar como valido, acorde con los postulados que orientan al principio de la libertad probatoria consagrado en el artículo 373 C.P.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de mayo de 2.018. SP1664-2018. Rad. # 48284. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de eptiembre de 2.018. SP4179-2018. Rad. # 47789. M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículos 15, 16 y 379 C.P.P. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 17 de julio de 2019. SP2667-2019. Rad. # 49.509. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-5)
6. Respecto de la figura del testigo adjunto, se pueden consultar, entre otras, la sentencia del 9 de noviembre de 2.006. Rad. # 25738 y la sentencia del 21 de octubre de 2009. Rad. # 31.001. [↑](#footnote-ref-6)
7. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Pagina # 122, 6ª Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C. 2.015. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 08 de marzo de 1.988. Rad. # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 02 de marzo de 2.022. SP568-2022. Rad. # 60207. M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. [↑](#footnote-ref-9)