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: ACCESO CARNAL AGRAVADO / VALORACIÓN PROBATORIA / HISTORIAS CLÍNICAS / PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD / NO ABARCA LOS CONCEPTOS MÉDICOS / TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA / DEBE SER CIRCUNSTANCIADO.**

… la Fiscalía expuso que el Juzgado de primer no apreció en su debida dimensión el contenido de la historia clínica de la menor agraviada elaborada por el hospital san Vicente de Paul, porque desconoció la presunción de autenticidad que ampara a ese tipo de documentos, el que de contera fue valorado de manera fraccionada…

Frente a lo anterior, la Sala dirá que sí bien es cierto que la historia clínica es un documento privado sometido a reserva, el que según los términos del artículo 10º de la ley # 2.015 del 2.020 se presume auténtico, de igual manera es menester aclarar que dicha presunción de autenticidad solo cobija todo aquello que tiene que ver con las condiciones de salud del paciente, y no abarca lo que concierne con la opinión experta realizada por los médicos que atienden al paciente…

Lo antes expuesto tiene amplias repercusiones en el proceso en lo que tiene que ver con la incorporación a la actuación procesal de una prueba documental que contenga una historia clínica, porque aquellos aspectos que se encuentren cobijados por la presunción de autenticidad no se requerirá de ningún testigo de acreditación, y por ende ingresaran directamente al proceso sin la necesidad de acudir a un testigo de acreditación; pero en lo que corresponde con la opinión experta dada por los médicos tratantes, por tratarse de la documentación de una declaración de ciencia absuelta por una persona que podría catalogarse como testigo experto, a fin que se hagan valer los principios de la contradicción, la inmediación y la confrontación, en esos eventos si se requiere que el galeno comparezca al juicio a fin que ratifique y aclare el contenido de las opiniones y valoraciones que consignó en la historia clínica.

… al apreciar el testimonio de la ofendida, observa la Sala que estamos en presencia de un relato que se podría catalogar como de genérico e indeterminado y parco, por cuanto la ofendida en ningún momento ofreció detalles sobre cómo y de qué forma se dio la relación que sostuvo con el procesado…

Para la Sala tal situación conspiraría en contra del grado de credibilidad que ameritaría el testimonio absuelto por la menor agraviada, por cuanto en esos escenarios, por tratarse de un delito de alcoba, prácticamente se estaría en presencia de un testimonio que se podría catalogar como de único, del cual, por su carácter de excepcional, se requiere que sea más responsivo al ofrecer una narración mucho más enriquecedora y circunstanciada…

**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 # 684

Pereira, cuatro (4) de agosto dos mil veintidós (2.022)

Hora: 3:50 p.m.

Procesado: DAOG

Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Radicación # 66682-60-00-085-2008-00122-01.

Procede: Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento.

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de sentencia absolutoria.

Temas: Valoración de las historias clínicas. Criterios para la apreciación de los testimonios de los menores de edad que han sido víctimas de un delito sexual.

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 la Fiscalía en contra de la sentencia proferida en las calendas del veinte (20) de mayo de 2.019 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento, dentro del proceso que se le siguió al ciudadano DAOG, quien fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido del libelo acusatorio se extrae que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura están relacionados con una denuncia que en las calendas del 19 de febrero de 2.018 el ciudadano EARB instauró en contra del Sr. DAOG, a quien sindicó de haber abusado sexualmente de la menor “Y.M.R.B”, quien para ese entonces tenía 12 años de edad.

Según expuso el quejoso EARB, a eso de las 14.30 horas del 14 de febrero de 2.018 regresó del trabajo a su vivienda ubicada en la Cra. 24 # 19-42 del barrio “la Hermosa”del municipio de Santa Rosa de Cabal, y como quiera que no encontró a su hija “Y.M.R.B”, de manera infructuosa, empezó a indagar por su paradero.

Afirmó el denunciante que cuando su hija por fin se apareció, procedió a preguntarle sobre el sitio en donde se encontraba, y ahí fue cuando Ella le dijo que estaba en la casa de su vecino — DAOG de 33 años de edad — con quien desde hacía unos tres meses venía sosteniendo una relación sentimental, lo que dio lugar para que en dos ocasiones diferentes se ayuntara carnalmente con dicho fulano.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se surtieron ante el Juzgado Único Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, con funciones de control de garantías, en las calendas del 11 y el 12 de septiembre de 2.018, en las cuales la Fiscalía le endilgó cargos al ciudadano DAOG, por incurrir en la presunta comisión del delito acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo. De igual manera, en dicha vista pública al procesado de marras se le definió la situación jurídica con la medida se aseguramiento de detención preventiva.
2. Una vez presentado el libelo acusatorio, su conocimiento le correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, ante el cual se surtieron las siguientes audiencias: a) El día 23 de noviembre de 2.018 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación; b) El 04 de marzo de 2.019 tuvo lugar la audiencia preparatoria; c) El juicio oral se celebró los días 30 de abril y 08 de mayo de 2.019; c) El 20 de mayo de 2.019 se anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter absolutorio, e inmediatamente se dictó la sentencia absolutoria, en contra de la cual la Fiscalía se alzó de manera oportuna.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del (20) de mayo de 2.019 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento, mediante la cual se absolvió al procesado DAOG de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, los que tenían que ver con la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para poder proferir el fallo absolutorio, se fundamentaron en aducir que del contenido de las pruebas debatidas en el juicio solamente surgían dudas del compromiso penal enrostrado al procesado DAOG, quien en consecuencia debía hacerse acreedor de los postulados que orientan al principio del *in dubio pro reo*.

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

* Con las pruebas allegadas al proceso no se demostró la ocurrencia del acceso carnal, por cuanto el médico legista — JOSÉ FERNANDO SERNA — expuso que no le realizó examen sexológico alguno a la agraviada porque el medico que la atendió en urgencias ya lo había hecho, y tal actividad se consignó en la historia clínica, de la cual el médico forense hizo mención.

Acorde con lo anterior, lo consignado en la historia clínica debe ser apreciado como prueba de referencia debido a que el galeno que la elaboró no compadeció al juicio a rendir testimonio, y de lo habido en ese documento hizo mención fue un testigo que no participó en los exámenes efectuados a la menor agraviada.

De igual manera, el Juzgado *A quo* expuso que en el evento que fuera factible que al proceso se allegara lo consignado en esa historia clínica, se debía tener en cuenta que la Fiscalía no demostró que el desgarro que la ofendida presentaba en la región himeneal hubiese sido producto de una relación sexual, y por ende ese desgarro pudo suceder por cualquier otra causa.

* La Fiscalía renunció al testimonio del técnico en sistemas ALEXÁNDER LINCE CARDONA, quien estuvo a cargo de la extracción de una información consignada en un teléfono móvil-celular, en el que se dice que aparecían consignadas unas conversaciones, unas imágenes de la menor desnuda y del asta viril del procesado.
* De lo atestado por la Sra. MARÍA AMÉRICA BENJUMEA, madre de la menor ofendida, se tiene que su hija “Y.M.R.B” le contó a ella, luego de que su padre la amenazará con zurrarla con una correa, que en efecto había sostenido relaciones sexuales con el Sr. DAOG.
* La menor “Y.M.R.B” declaró que Ella había sostenido de manera consensuada relaciones carnales con el procesado DAOG, pero en su testimonio no ofreció una descripción ni mayores detalles de: El sitio en donde ocurrieron esos encuentros íntimos; que tipo de actividades estuvo realizando cuando ingresó al domicilio del acusado; porque fue a la casa del procesado; que significaba para ella una relación sexual; que hizo el procesado para que ella creyera que eran novio.

Asimismo, se debía tener en cuenta que la menor adveró que había copulado con el procesado porque su padre no le creyó lo que le dijo respecto de que estaba en la *internet*. Sumado a que hizo ese tipo de manifestaciones producto del miedo que la embargaba porque su padre la amenazaba con azotarla con una correa.

**LA ALZADA:**

La inconformidad expresada por la Fiscalía en el recurso de apelación, se cimentó en denunciar la ocurrencia de unos yerros en los que incurrió el Juzgado de primer nivel al momento de la apreciación del acervo probatorio, el cual, en sentir de la recurrente, cumplía a cabalidad con los requisitos probatorios necesarios para que en contra del procesado se pudiera dictar una sentencia condenatoria.

En tal sentido la Fiscal recurrente adujo en la alzada lo siguiente:

* Se le debió conceder credibilidad a lo atestado por la menor “Y.M.R.B”, quien expuso como el vecino la conquistó, lo que dio lugar para que a finales del mes de noviembre del 2.017 o a principios del año 2.018 entre ambos surgiera una relación sentimental en la que en tres ocasiones sostuvieron relaciones sexuales con preservativo.

Acorde con lo anterior, la recurrente expuso que al apreciar el testimonio de la menor ofendida el Juzgado incurrió en una excesiva rigurosidad al exigirle que indicará los pormenores de todo lo acontecido en el devenir de la relación sentimental, para de esa forma descalificar la credibilidad de sus dichos, lo cual se constituye en un despropósito ya que hasta un adulto sentiría vergüenza de narrar esas intimidades, razón por la cual la menor decidió guardar silencio cuando fue interrogada sobre esos tópicos.

A lo anterior, se le debe aunar que cuando la agraviada declaró en el proceso no incurrió en imperfecciones ni en contradicciones, por lo que se tenia que dar por probado que el procesado se valió de un ardid que le permitió el poder sostener relaciones carnales con ella, al hacerle creer una falsa expectativa de un noviazgo.

* Se ignoraron la existencia de pruebas que demostraban que tanto la víctima como el victimario intercambiaban mensajes de datos de contenido erótico. Entre las pruebas preteridas por el Juzgado *A quo* se encontraba el testimonio de la Sra. MARÍA AMÉRICA BENJUMEA, madre de la menor ofendida, quien expuso que se dio cuenta de una información habida en un teléfono móvil-celular consiste en la remisión de material pornográfico que el procesado le hacía llegar a su hija.

Al desestimar el Juzgado *A quo* las pruebas que demostraban esa situación, desconoció una realidad latente en estos tiempos, en virtud de la cual es normal que las parejas intercambien o compartan entre ellas contenidos de tipo erótico-sexual, como bien aconteció en el presente asunto.

* Se apreció de manera incorrecta las pruebas documentales habidas en el proceso que demostraban que la menor agraviada presentaba un desgarro en el himen producto de las relaciones sexuales que sostuvo con el procesado.

La prueba valorada incorrectamente por parte del Juzgado se primer nivel se trata de la historia clínica de la menor ofendida, la cual tiene presunción de veracidad y por ende su contenido no podía ser fraccionado, lo cual quiere decir que de haberse apreciado en toda su integridad revelaría que la menor fue llevada por urgencias a un centro asistencial, en donde el médico que la atendió, después de examinarla, determinó la existencia de una lesión reciente a nivel del himen.

Pese a ser cierto que quien elaboró la historia clínica no compareció al proceso a rendir testimonio, tal falencia se enmendó con el testimonio del médico forense JOSÉ FERNANDO SERNA RÍOS, quien como consecuencia de sus calidades se encontraba en plena capacidad de refrendar el examen efectuado a la víctima por uno de sus pares, de tal manera como sí el mismo hubiese examinado a la ofendida.

De igual manera se debe de tener en cuenta, si bien es cierto, que el médico forense JOSÉ FERNANDO SERNA RÍOS no le realizó a la menor un examen sexológico, ello se tornaba innecesario porque tal situación implicaría revictimizar a la ofendida, aunado a que en la historia clínica se encontraban consignados los hallazgos encontrados en sus genitales.

Acorde con lo anterior, la recurrente expuso que al demeritarse lo consignado en la historia clínica, el Juzgado *A quo* lo único que hizo fue asumir una posición lesiva para los intereses de la víctima, desconociendo que se trata de una menor de edad afectada por la comisión de un delito sexual, con lo cual se le estaría enviando un mal mensaje a la sociedad sobre el tratamiento que se le debe dar a las personas que han sido víctimas de esa clase de reatos.

Acorde con todo lo anterior, la recurrente deprecó por la revocatoria del proveído opugnado, para que en su lugar se declare la responsabilidad penal del procesado acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio criminal.

**LAS RÉPLICAS:**

Al intervenir como no recurrente, la Defensa se opuso a las pretensiones del apelante, y en consecuencia deprecó por la confirmación del fallo opugnado, porque la Fiscalía en la alzada lo único que ha hecho es proponer una tesis confusa que solo busca desviar la realidad con la proposición de temas ilegales que calificó como yerros de valoración probatoria.

En ese orden de ideas, el no recurrente adujo:

* El Juzgado *A quo* apreció de manera correcta el testimonio de la menor ofendida, por cuanto de lo declarado por ella se podía extraer la no ocurrencia del acceso carnal porque cuando fue interrogada sobre ese acontecimiento no supo dar una explicación plausible. A lo que se le debía sumar que ella dijo lo que dijo en contra del procesado como consecuencia de las amenazas de sufrir una azotaina a las que era sometida por parte de su padre.
* No se pueden tener como válidos los argumentos esgrimidos por la apelante respecto a que el Juzgado ignoró apreciar las pruebas que contenían unas supuestas imágenes de contenido erótico-sexual que el procesado le remitió a la menor agraviada, por la sencilla razón consistente en que la Fiscalía desistió de la práctica de esa prueba.
* El Juzgado hizo bien al no valorar el contenido de la historia clínica, razón por la cual se debe de tener en cuenta que con las críticas formuladas por la recurrente lo único que se pretende es que se acepte como válido lo consignado en un documento que no fue objeto de contradicción porque el médico que lo elaboró no fue citado al juicio para que rindiera testimonio.

Además, se debe de tener en cuenta que la historia clínica por ser el resultado de un examen efectuado por parte de un profesional experto en medicina debe ser apreciada como prueba pericial, y por ende para que dicho documento pueda ser considerado como válido tiene que cumplir con los requisitos de ley, entre ellos que el perito comparezca a testificar en el juicio porque de lo contrario lo consignado en ese documento se constituye en una prueba de referencia.

De igual manera, pese a que el galeno que elaboró la historia clínica no fue citado para que compareciera al juicio, tal situación no avalaba para que su ausencia fuera suplida por el médico-forense, quien se abstuvo de practicarle a la menor el correspondiente examen sexológico.

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

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

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, y de lo replicado por los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico el siguiente:

¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en yerros al momento de la apreciación del acervo probatorio, que le impidieron que se diera cuenta que las pruebas debatidas en el proceso cumplian con los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado DAOG se pudiera dictar una sentencia condenatoria?

**- Solución:**

Al efectuar una análisis de la controversia surgida en el presente asunto, la Sala observa que la misma gira en torno a la valoración del acervo probatorio, por cuanto mientras que el Juzgado de primer nivel, secundado por la Defensa en sus alegatos de no recurrente, es de la opinión consistente en que de las pruebas habidas en el proceso solo manaban serias dudas razonables respecto del compromiso penal endilgado al procesado DAOG, quien en consecuencia resultó absuelto de los cargos por los cuales fue llamado a juicio al hacerse beneficiario del apotegma del *in dubio pro reo.*

Como sabe, tal postura ha sido refutada por la Fiscalía en la alzada, quien propuso la tesis consistente en que el Juzgado de primer nivel incurrió en yerros al momento de valorar el acervo probatorio, con el cual — en sentir de la Fiscal recurrente — se satisfacían con el cumplimiento de los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado DAOG pudiera ser factible dictar una sentencia condenatoria acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Estando en claro en que consiste la controversia que a la Colegiatura le correspondería dilucidar, la Sala desde ya anunciará que no le asiste la razón a la tesis de la inconformidad formulada por la Fiscal recurrente, porque en momento alguno el Juzgado de primer nivel incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por la Fiscal apelante, y en consecuencia el fallo confutado será confirmado.

Lo anterior la Colegiatura lo dice con base en los siguientes argumentos:

**- La errónea valoración de la prueba documental que contiene la historia clínica de la menor ofendida.**

Mediante el presente cargo, la Fiscalía expuso que el Juzgado de primer no apreció en su debida dimensión el contenido de la historia clínica de la menor agraviada elaborada por el hospital san Vicente de Paul, porque desconoció la presunción de autenticidad que ampara a ese tipo de documentos, el que de contera fue valorado de manera fraccionada, lo que impidió para que el Juzgado *A quo* se diera cuenta que con esa prueba, en la cual se decía que la menor ofendida presentaba una desfloración a nivel del himen, se demostraba la ocurrencia de los hechos lúbricos de los cuales había sido víctima la menor perjudicada.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que sí bien es cierto que la historia clínica es un documento privado sometido a reserva[[1]](#footnote-1), el que según los términos del artículo 10º de la ley # 2.015 del 2.020 se presume auténtico, de igual manera es menester aclarar que dicha presunción de autenticidad solo cobija todo aquello que tiene que ver con las condiciones de salud del paciente, y no abarca lo que concierne con la opinión experta realizada por los médicos que atienden al paciente, o sea aquella valoración que surge como consecuencia de los procedimientos médicos efectuados por los galenos y de sus hallazgos, por cuanto la misma se constituye en una especie de declaración de ciencia dada por el médico que se podría asemejar a una especie de dictamen pericial, la cual se encuentra documentada en la historia clínica.

Tal situación, le hace a la Sala concluir que la historia clínica es un documento hibrido que en su contenido se encuentra conformado por una parte constitutiva y otra declarativa, en donde la presunción de autenticidad solo abarcaría aquellos aspectos que tienen que ver con las condiciones de salud del paciente, los cuales se pueden catalogar como constitutivos, por tratarse de *«actos de voluntad con el propósito de producir determinados efectos jurídicos…»[[2]](#footnote-2)*; pero no cobija aquellos aspectos declarativos de ciencia, entre los que se encuentra la documentación de la opinión expresada por el médico sobre el tratamiento al que deben someterse los pacientes como consecuencia de los hallazgos que le fueron encontrados luego de examinarlos, como bien aconteció en el presente asunto respecto de la valoración sexológica a la que fue sometida la agraviada, en virtud de la cual se le encontró un desgarro, no se sabe si reciente o antiguo, en la región himenial.

Lo antes expuesto tiene amplias repercusiones en el proceso en lo que tiene que ver con la incorporación a la actuación procesal de una prueba documental que contenga una historia clínica, porque aquellos aspectos que se encuentren cobijados por la presunción de autenticidad no se requerirá de ningún testigo de acreditación, y por ende ingresaran directamente al proceso sin la necesidad de acudir a un testigo de acreditación[[3]](#footnote-3); pero en lo que corresponde con la opinión experta dada por los médicos tratantes, por tratarse de la documentación de una declaración de ciencia absuelta por una persona que podría catalogarse como testigo experto, a fin que se hagan valer los principios de la contradicción, la inmediación y la confrontación, en esos eventos si se requiere que el galeno comparezca al juicio a fin que ratifique y aclare el contenido de las opiniones y valoraciones que consignó en la historia clínica.

Al aplicar todo lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que la Fiscalía con lo reclamado pretende que se tenga como prueba documental el contenido de una historia clínica de la ofendida en la que se consignó que ella presentaba un desgarro a nivel del himen, sin que acudiera al juicio a rendir testimonio el médico que atendió a la menor agraviada, quien al examinarla encontró esos hallazgos.

Para la Sala, lo tesis propuesta por la Fiscalía es algo que no puede ser de recibo, porque la única manera para que se pudiera apreciar el contenido declarativo o de ciencia de lo consignado en la historia clínica es que al juicio compareciera el médico que rindió la opinión experta que se documentó, valga la redundancia, en ese documento, lo cual, como se sabe, nunca sucedió en el caso *subexamine* como consecuencia de una torpeza en la que incurrió el Ente Acusador, quien, de manera errada, citó al juicio a la enfermera ESPERANZA ARBELÁEZ, la que fue clara en adverar que ella no fue la persona encargada de examinar y valorar a la paciente, pues quien hizo esas labores fue la Dra. ESPERANZA BOTERO.

Tal situación nos hace colegir que, como consecuencia de un lamentable error, se citó al proceso a la persona equivocada, y por ende la opinión de ciencia consignada en la historia clínica, por no haber superado los filtros de la contradicción, inmediación y confrontación, carecería de cualquier tipo de poder suasorio o de convicción.

Ahora bien, la Fiscalía, a fin de que al proceso se pudiera allegar el contenido de la historia clínica de la ofendida[[4]](#footnote-4), pretendió corregir sus yerros con el testimonio del médico forense JOSÉ FERNANDO SERNA RÍOS, quien hizo mención de ese documento cuando absolvió testimonio. Pero para la Sala tal postura resulta inadmisible ya que con la misma se vulneraría el principio de la inmediación de la prueba testimonial — consagrado en el artículo 402 C.P.P. según el cual: *El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir* — si partimos de la base consistente en que el galeno SERNA RÍOS no fue la persona encargada de examinar a la paciente y redactar la historia clínica, puesto que no tuvo arte ni parte en su elaboración. A lo que se le debe aunar que en momento alguno ese testigo fue convocado al juicio para que reemplazara al testigo experto que elaboró la historia clínica, o sea la Dra. ESPERANZA BOTERO, por cuanto la Fiscalía ni descubrió ni solicitó el testimonio de esa médica; sumado a que el Dr. JOSÉ FERNANDO SERNA lo único que hizo con su declaración fue pretender justificar un dislate en el que por dejadez incurrió al momento de evaluar a la menor perjudicada, a quien no le hizo ningún tipo de valoración sexológica dizque para evitar revictimizarla porque a Ella ese tipo de examen ya se lo habían hecho los médicos que la atendieron en urgencias, y esos resultados se encontraban consignado en la historia clínica, y por ende consideró como innecesaria la valoración sexológica de la agraviada; lo que para la Sala se constituyó en un desatino, porque era necesario complementar lo plasmado en la historia clínica, para de esa forma determinar sí la desfloración que presentaba la víctima se podía catalogar como reciente o antigua, sí era total o parcial, y su ubicación según las esferas del reloj.

En suma, la Sala considera que en el presente asunto el Juzgado de primer nivel procedió de manera acertada al no valorar el contenido de lo consignado en la historia clínica de la menor agraviada, en la que se hace mención de que ella presentaba un desgarro a nivel del himen.

**- Los yerros en la valoración de las pruebas que demostraban que el procesado contactaba mediante un teléfono-móvil celular a la menor agraviada.**

Adujo la recurrente que el Juzgado de primer nivel no valoró en forma adecuada las pruebas que demostraban que el procesado y la menor agraviada de manera reciproca se remitían entre ambos mensajes de texto vía teléfono móvil-celular, en los cuales conversaban y se intercambiaban fotografías de tipo erótico-sexual.

Ante lo anterior, la Sala considera que la recurrente se encuentra equivocada, porque pese a que del contenido de lo declarado por la adolescente “Y.M.R.B” se tiene que la menor agraviada sostenía un intercambio epistolar con una persona que dijo ser el procesado DAOG, en el que la ofendida le remitía fotografías de ella desnuda, y a su vez el procesado le enviaba *videos-clip* de su miembro viril; lo cual fue confirmado por la Sra. MB, quien adujo que cuando revisó el teléfono móvil - celular asignado a su hija, encontró en el mismo fotografías de su prole en estado de desnudez, y un vídeo en el que una persona, a quien solo le vio el cuerpo, que exhibía su asta viril, razón la cual procedió a poner a disposición de la Fiscalía dicho teléfono para que extrajeran del mismo esa información.

De igual manera no se puede pasar por alto que el teléfono le fue entregado al perito JOHNNY ALEXÁNDER LINCE, a quien le encomendaron la misión de extraer la información consignada en ese aparato, pero vemos que la realidad procesal nos enseña que dicho perito no pudo declarar en el juicio sobre los hallazgos que encontró en las entrañas del susodicho teléfono porque la Fiscalía de manera inaudita desistió de su testimonio.

Para la Sala, con lo acontecido, la Fiscalía prácticamente se hizo *harakiri* o *seppuku*,porque al renunciar al testimonio del perito JOHNNY ALEXÁNDER LINCE prácticamente mandó al limbo la única prueba con la cual se podría verificar lo atestado tanto por la menor “Y.M.R.B” como por la Sra. MB, y por ende, como consecuencia de semejante torpeza, los dichos de esas testigos carecerían de corroboración probatoria respecto de sí en verdad en el aludido teléfono móvil-celular, del cual se desconoce el # del abonado, se encontraban o no fotográficas del cuerpo de una menor desnuda y vídeos de un fulano manipulándose el asta viril; sumado a que también se desconocería sí en efecto el procesado fungía o no como uno de los interlocutores de esas conversaciones, o sí esos mensajes le fueron remitidos efectivamente a un móvil utilizado por el procesado, o sí el perfil que figuraba a nombre de un tal *“ALEX”*,como destinatario y remisor de esos mensajes, correspondía al del procesado DAOG.

En ese orden de ideas, la Sala es de la opinión consistente en que la credibilidad de lo declarado por la menor “Y.M.R.B” y la Sra. MB, sobre la información consignada en el teléfono-móvil celular de la víctima respecto del intercambio epistolar que sostenía con el acusado, debe ser catalogada como una especie de ínsula que se encuentra rodeada de un inmenso océano de orfandad probatoria, lo que en ultimas afectaría el poder suasorio o de convicción de esas pruebas testimoniales.

**- La valoración del testimonio** **absuelto por la menor “Y.M.R.B”.**

Censuró la recurrente la valoración que el Juzgado de primer nivel le efectuó al testimonio absuelto por la menor “Y.M.R.B”, para de esa forma demeritar la credibilidad de sus dichos, por cuanto, en sentir de la apelante, el Juzgado *A quo* incurrió en un despropósito a exigirle a la víctima que debía indicar todos los pormenores de lo acontecido en el devenir de la relación sentimental que sostuvo con el procesado.

Para poder determinar sí el Juzgado de primer nivel incurrió o no en el yerro de valoración probatoria denunciado por la apelante, la Sala considera necesario llevar a cabo un análisis de lo declarado por la menor “Y.M.R.B” en el juicio.

En tal sentido la menor agraviada declaró lo siguiente:

* A finales del año 2.017 empezó a sostener una amistad con el procesado quien era su vecino, lo que aconteció a partir del momento en el que dicho sujeto se ofreció en recogerla del colegio en un vehículo.
* Dicha amistad se consolidó porque sostenía interlocuciones con el vecino mediante el teléfono móvil-celular. En el devenir de dichos diálogos ella accedió a los requerimientos que el vecino le hacía para que le remitiera fotos desnudas, quien a su vez también hacia lo mismo.
* Con el vecino, con quien se encariño, sostuvo tres encuentros carnales íntimos en los cuales utilizaron preservativo, los que tuvieron lugar en la residencia de ese personaje, y acaecían cuando él se encontraba a solas en ese inmueble.
* El último ayuntamiento carnal tuvo lugar en horas de la tarde del 13 de febrero de febrero de 2.018, y aconteció porque Ella aprovechó el momento que su madre no se encontraba en su casa, para de esa forma dirigirse hacia el domicilio del vecino.
* Luego de que copuló con el vecino, regresó a su casa y ahí se encontró a su padre molesto, quien empezó a requerirla para que le dijera en donde andaba, y como quiera que su papá la desarmó en una mentira que le dijo sobre que andaba haciendo una tarea en el internet, no le quedó otra opción diferente que la de admitir que estaba en casa del vecino con quien sostenía una relación sentimental.

Ahora, al apreciar el testimonio de la ofendida, observa la Sala que estamos en presencia de un relato que se podría catalogar como de genérico e indeterminado y parco, por cuanto la ofendida en ningún momento ofreció detalles sobre cómo y de qué forma se dio la relación que sostuvo con el procesado, ni mucho menos fue específica en el tema de las circunstancias en las que se dieron los ayuntamientos carnales habidos entre ellos, tanto es así que cuando fue interrogada sobre ese tema en específico prefirió guardar silencio.

Para la Sala tal situación conspiraría en contra del grado de credibilidad que ameritaría el testimonio absuelto por la menor agraviada, por cuanto en esos escenarios, por tratarse de un delito de alcoba, prácticamente se estaría en presencia de un testimonio que se podría catalogar como de único, del cual, por su carácter de excepcional, se requiere que sea más responsivo al ofrecer una narración mucho más enriquecedora y circunstanciada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que ocurrieron los hechos.

Pero vemos que ello no aconteció con el testimonio de la menor “Y.M.R.B”, quien, como se sabe, rindió un relato genérico y parco de lo acontecido entre ella y el procesado, sin ofrecer mayores detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ello sucedió, por cuanto, se reitera, frente a esa situación tan especifica la ofendida prefirió guardar un sonoro silencio.

Acorde con lo anterior, considera la Sala que con un testimonio de semejantes ribetes no era factible que se pudiera desvirtuar la presunción de inocencia que desde un principio ha acompañado al procesado en el devenir del proceso.

**- Conclusiones:**

Todo lo antes expuesto es suficiente para que la Colegiatura llegue a la conclusión consistente en que en el presente asunto el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de valoración probatoria denunciados por la Fiscal apelante, por cuanto de las pruebas debatidas en el proceso no se satisfacían con los presupuestos probatorios necesarios requeridos por el artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado DAOG pudiera ser posible dictar una sentencia condenatoria; y por ende sí se incurrieron en dislates los mismos son una consecuencia de la manera tan facilista de como el Ente Acusador asumió su rol en el devenir del presente proceso.

Siendo así las cosas, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la inconformidad expresada por el apelante.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la audiencia de lectura de la presente decisión de 2ª instancia, la Sala, por economía procesal, se abstendrá de llevar a cabo dicha vista pública por ser esta un acto procesal que se puede considerar como un tanto innecesario e irrelevante, y en tal sentido se ordenara que por Secretaría, acorde con lo regulado en el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022, se lleve a cabo la notificación personal del presente proveído mediante la remisión de copias del mismo a la dirección de correo electrónico suministrada por las partes e intervinientes.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Dual 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 (20) de mayo de 2.019 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con funciones de conocimiento, mediante la cual se absolvió al procesado DAOG de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, los que tenían que ver con la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones.

**TERCERO: 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.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Artículo 34 de la ley 23 de 1.981. [↑](#footnote-ref-1)
2. DEVÍS ECHANDÍA, HERNANDO: Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II, pagina # 500. 6ª Edición. 2.015. Editorial Temis. Bogotá D.C. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 1º de junio de 2017. SP7732-2017. Rad. # 46278. [↑](#footnote-ref-3)
4. Frente a lo cual la Sala tiene sus serias dudas, porque de lo habido en el proceso se desprende que en momento alguno la Fiscalía allegó a la actuación procesal, como prueba documental, el contenido de la historia clínica de la menor agraviada, elaborada por el hospital san Vicente de Paul. [↑](#footnote-ref-4)