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 / PRUEBAS DE REFERENCIA / DEFINICIÓN / CRITERIOS PARA CALIFICARLA COMO TAL / ESCASO VALOR PROBATORIO / PRUEBA DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA.**

… acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso, o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Corte se ha expresado de la siguiente manera: “La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley…”.

Ahora bien, a fin de precisar cuándo, ante una declaración rendida por fuera del juicio, se puede estar en presencia de una prueba de referencia, de igual manera la Corte ha establecido los siguientes criterios: “En el mismo sentido, esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153). (…)

Es de anotar que por contrariar la prueba de referencia, varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen decantado que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. (…)

“En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado mediante acta No. 047 del 30 de enero de 2019. H: 1:40 p.m.

Pereira, enero treinta y uno (31) de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 10:00 a.m.

Procesado: J.R.A.

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

Radicación # 66001-60-00-035-2014-03836-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

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

Decisión: Revoca fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del veintiocho (28) de agosto de 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **J.R.A.**, por incurrir en la comisión del reato de tentativa de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Del contenido del escrito de acusación, se tiene que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en esta municipalidad a eso de las 16:30 horas del 6 de septiembre del 2.014, al interior de una vivienda ubicada en la manzana 1 # 13 del barrio *“Pardo Leal”*, y están relacionados con una supuesta tentativa de abuso sexual que el ciudadano J.R.A., de 71 años de edad[[1]](#footnote-1), intentó cometer en contra del menor "J.A.G.H.” de 6 años de edad para ese entonces[[2]](#footnote-2).

Según se extracta del libelo acusatorio, para la fecha en la cual ocurrieron los hechos, el Sr. J.R.A. se encontraba adelantando unas labores de pintura en el inmueble antes aludido, y aprovechando que en la habitación en la cual llevaba a cabo esas actividades se encontraba el menor *"J.A.G.H.”*, le hizo saber de sus libidinosos deseos de querer practicarle una felación, razón por la que procedió a bajarle los pantalones al menor de marras, pero no pudo conseguir su propósito lubrico, como consecuencia de la reacción del infante, quien de improvisto abandonó el sitio de los hechos para alertar de lo acontecido tanto a su abuela como a su madre, las cuales a su vez procedieron a ponerse en contacto con la Policía, cuyos miembros, al hacer acto de presencia en el teatro de los acontecimientos, procedieron a capturar de manera inmediata al señalado como sátiro.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 7 de septiembre de 2.014 ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, con funciones de control de garantías, el cual se encontraba en esta capital en turno de disponibilidad, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado, se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de tentativa de acto sexual abusivo con menor de 14 años, y se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. Presentado en tiempo el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual, el 24 de noviembre del 2.014, se realizó la audiencia de formulación de la acusación en la que la Fiscalía acusó al Procesado J.R.A. como presunto autor del reato de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en grado de tentativa.
3. La audiencia preparatoria se celebró el 19 de enero de 2.015, mientras que el juicio oral tuvo ocurrencia el 2 de junio de 2.015, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio.
4. La sentencia condenatoria se profirió el 28 de agosto de 2.015, en contra de la cual la Defensa, de manera oportuna, interpuso y sustento un recurso de apelación.
5. Estando el proceso en esta Colegiatura para desatar la alzada, el Juzgado *A quo*, mediante proveído adiado el 25 de octubre de 2.018, luego de reconocerle en favor del Procesado unas redenciones punitivas, procedió a ordenar su excarcelación por haber cumplido la totalidad de la pena que le fue impuesta.

**LA PROVIDENCIA CONFUTADA:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del veintiocho (28) de agosto de 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado J.R.A., por incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en grado de tentativa. Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado J.R.A. fue condenado a purgar una pena de 54 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos acorde con las disposiciones prohibitivas consagradas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Las razones, tanto de hecho como de derecho, que sirvieron de fundamento para que en el fallo de primer nivel se declarara la responsabilidad criminal endilgada al acusado J.R.A., se fundamentaron en establecer que de las pruebas allegadas al proceso se cumplían con todos los presupuestos necesarios para proferir en contra del Procesado un fallo de condena, por lo siguiente:

* Pese a que la víctima no acudió a rendir testimonio, ya que según lo atestado por su madre, JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ, se encontraba traumatizado por lo acontecido, se allegó, a modo de prueba de referencia, por intermedio de la investigadora DIANA CAROLINA ARISTIZÁBAL, una entrevista en la cual expuso las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos.
* En el juicio se recibió el testimonio de la madre de la víctima, JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ, quien expuso que el menor le dijo que el Procesado le había bajado los pantalones con la intención de practicarle una felación.
* Del contenido de lo aseverado por la perito psicóloga CAROLINA JARAMILLO, se tiene que el relato que el menor ofendido le suministró respecto de lo acontecido, guardaba lógica y coherencia.
* No existían razones para dudar de la veracidad y credibilidad de las declaraciones del menor agraviado, ya que su relato es concordante con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como ocurrieron los hechos.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo,* la Defensa alegó que en el presente asunto no se cumplían los requisitos probatorios para poder proferir un fallo condenatorio, debido a que el juicio de responsabilidad penal pregonado en contra del acusado, contrariaba las disposiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. en atención a que el mismo se estructuró solamente con base en pruebas de referencia.

Para demostrar la anterior afirmación, el apelante adujo que el testimonio de la víctima sería la única prueba directa de los hechos, pero el menor agraviado, por estrategia de la Fiscalía, amparada en el prurito de evitar la supuesta revictimización, no fue llevado al juicio para que rindiera testimonio, por lo que las pruebas testimoniales que se llevaron al proceso para suplir tal situación, entre ellas los testimonios de JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ y DIANA CAROLINA ARISTIZÁBAL, no les constaba nada de lo acontecido, por no ser testigos directos de los hechos, y en consecuencia debieron ser apreciadas como prueba de referencia.

Igual situación de prueba de referencia aconteció con el testimonio rendido por el perito forense JAIRO ROBLEDO, quien al no ser la persona que elaboró el informe base de opinión pericial, ya que ello lo hizo la Dra. CAROLINA JARAMILLO. Por ende, al declarar el Dr. JAIRO ROBLEDO sobre el contenido de un informe base de opinión pericial, en cuya elaboración no tuvo arte ni parte, es lógico que sus dichos debieron ser considerados como prueba de referencia.

Por otra parte, el apelante adujo que en el fallo no se apreció en debida forma la prueba pericial antes anotada, ya que no se tuvo en cuenta que en el informe base de la opinión pericial, la psicóloga adujo que carecía de elementos de juicio para pronunciarse sobre la coherencia interna del relato vertido por la víctima, y como quiera que la coherencia interna se tornaba en el meollo esencial del dictamen, puesto que hace relación con los hechos investigados y los elementos constitutivos del delito, no era factible que se pudiera dictar una sentencia de condenada con base en un dictamen pericial que adolecía de semejantes falencias.

Finalmente, el apelante expuso que se le debió conceder credibilidad a las manifestaciones del Procesado, en las cuales se desprende que todo lo acontecido bien pudo ser producto de un malentendido, lo que tuvo lugar a partir del momento en el que el acusado, ante lo molestoso que se había vuelto el infante, para quitárselo de encima le dijo *“que lo tenía mamado”*, lo cual fue tergiversado y malinterpretado por el menor cuando fue a ponerle las quejas a su madre.

Con base en los anteriores argumentos, el recurrente solicitó la revocatoria del fallo opugnado y la subsecuente absolución del procesado respecto de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**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 Penal 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 avizoran 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, considera la Sala que de los mismos se desprende como problema jurídico principal, el siguiente:

¿Se incurrieron en errores al momento de la apreciación del acervo probatorio, que incidieron para que no se tuviera en cuenta que con las pruebas aducidas al proceso no se satisfacían con el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado J.R.A.?

**– Solución:**

Para poder resolver el anterior problema jurídico que nos ha sido propuesto por el recurrente, acorde con la realidad probatoria analizada y debatida en el fallo confutado, para la Sala no existe duda alguna que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado J.R.A. tuvo como uno de sus pilares fundamentales el total y absoluto grado de credibilidad que el Juzgado de primer nivel le concedió a una entrevista absuelta por la víctima *"J.A.G.H.”* la cual fue aducida al juicio por parte de la Fiscalía como prueba de referencia admisible por detentar el agraviado la condición de víctima menor de edad de una agresión de tipo erótico-sexual.

Ante tal situación, se torna imperioso por parte de la Sala determinar si en el presente asunto se está o no en presencia de una prueba de referencia admisible, la que eventualmente por su condición de única podría repercutir para que en contra del procesado no fuera posible poder dictar un fallo de condena, como bien lo ordena el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. o si por el contrario, dicha prueba de referencia se encuentra acompañada de otros medios de conocimiento que al ser apreciados de manera conjunta conduzcan hacia la acreditación, de manera indubitable, del compromiso penal endilgado en contra del procesado, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Como punto de partida para poder resolver los anteriores interrogantes, tenemos que acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso, o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley…”[[3]](#footnote-3).

Ahora bien, a fin de precisar cuándo, ante una declaración rendida por fuera del juicio, se puede estar en presencia de una prueba de referencia, de igual manera la Corte ha establecido los siguientes criterios:

“En el mismo sentido, esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

(::::)

En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado……”[[4]](#footnote-4).

Es de anotar que por contrariar la prueba de referencia, varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[[5]](#footnote-5), tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen decantado que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. Pero es de aclarar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[6]](#footnote-6), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba de referencia, con tales medios de conocimiento, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

Acorde con lo anterior, es de precisar que tal línea de pensamiento jurisprudencial ha servido de soporte a la denominada teoría de *“la prueba de corroboración periférica”*, la cual, según la Corte[[7]](#footnote-7), llevada al escenario de la prueba de referencia, especialmente en los casos de delitos sexuales, consiste en lo siguiente:

“En el derecho español se ha acuñado el término “*corroboración periférica*”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.

(::::)

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros…….”[[8]](#footnote-8).

Finalmente, se hace necesario tener en cuenta que como consecuencia de las características antes anotadas que son propias de la prueba de referencia, o sea por contrariar los derechos a la contradicción, a la inmediación y a la confrontación, por regla general la misma no es admisible como medio probatorio, pero por razones de justicia material en el artículo 438 C.P.P. se consagraron una serie de eventos en los que de manera excepcional si sería procedente su la admisibilidad. Pero es de anotar, como bien lo ha establecido la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[9]](#footnote-9), que aquella parte que de manera excepcional pretenda aducir al juicio una prueba de referencia, adquiere la carga de acreditar su admisibilidad acorde con cualquiera de las hipótesis consagradas en el aludido artículo 438 C.P.P. Lo cual quiere decir, *a contrario sensu*, que en aquellos eventos en los que se haya aducido al juicio una prueba de referencia inadmisible, o sin que se haya cumplido con la carga de demostrar su admisibilidad, dicho medio de conocimiento, por los vicios de ilegalidad que lo aquejan y por atentar en contra del debido proceso[[10]](#footnote-10), no tendría ningún tipo de valor probatorio, y en consecuencia debe ser excluido del proceso acorde con la sanción procesal consagrada en el inciso final del artículo 29 de la Carta en consonancia con lo reglado en el artículo 23 C.P.P.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, reitera la Sala que el juicio de responsabilidad que en el fallo opugnado se predicó en contra del encausado J.R.A., se fundamentó en la credibilidad que el Juzgado *A quo* le concedió a una entrevista absuelta por el menor ofendido, aportada al juicio como prueba de referencia admisible, acorde con la hipótesis consagrada en el artículo 3 de la ley # 1.652 de 2.013[[11]](#footnote-11), la que modificó el artículo 438 C.P.P. al incluir un ordinal adicional a esa norma.

En dicha entrevista, la cual data del 6 de septiembre de 2.014, la victima sindicó al Procesado J.R.A. como la persona que le bajó los pantalones con el lujurioso propósito de pretender practicarle una felación, en el momento en el que Él observaba como el encausado llevaba a cabo unas labores de pintura en una de las habitaciones de la casa de su abuela.

Ahora bien, a fin de determinar si lo dicho por la víctima en la entrevista de marras, de una u otra forma se encuentra corroborado periféricamente por alguna de las otras pruebas allegadas al proceso, o si por el contrario estamos en presencia de una prueba de referencia de naturaleza única, la Sala encuentra lo siguiente:

* De lo atestado por la perito psicóloga CAROLINA JARAMILLO TORO, en especial de lo consignado en el informe base de su opinión pericial, se tiene que al ser entrevistada la victima por la perito, el examinado se negó a ofrecer un relato sobre lo acontecido, y solamente le expuso que: *«él dijo que me iba a bajar los pantalones para ver si yo estaba con calzoncillos y después casi de otra cosa, pero no quiero hablar más de eso….».*
* Acorde con las declaraciones de la investigadora DIANA CAROLINA ARISTIZABAL, vemos que sus atestaciones se centran en ofrecer una narración respecto de cómo se dieron las circunstancias en las cuales Ella le recepcionó la entrevista al menor *"J.A.G.H.”*, la cual posteriormente fue aducida al proceso como prueba de referencia.
* La testigo JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ, adujo que el día de los hechos su hijo, o sea la víctima, se encontraba en casa de su abuela, de quien es vecina, debido a que Ella estaba adelantando los preparativos para su fiesta de cumpleaños[[12]](#footnote-12). Igualmente la testigo expuso que en la casa de la abuelita se encontraba el Procesado, quien había sido contratado para que llevara a cabo unas labores de pintura y unas mejoras locativas.

Finalmente, la testigo expuso que cuando se encontraba organizando todo lo relacionado con el agasajo del cumpleaños, su hijo se apareció, para decirle: *«mami lo que pasa es que mire mami que ese señor que está arreglando la casa dijo que me iba a bajar los pantalones y me iba a chupar el pipi….».* Lo cual, fue reiterado posteriormente cuando fue entrevistada por la psicóloga forense, a quien le manifestó que su hijo le contó que*: «el señor le iba a bajar los pantalones y le quería chupar el pipi….».*

* El procesado J.R.A., cuando rindió testimonio en el juicio, admitió que efectivamente el día de los hechos se encontraba realizando unas labores de pintura en una habitación, y que ahí también estaba presente el menor, quien estaba molestando mucho, razón por la cual procedió a reprenderlo para que lo dejara en paz, al decirle: *“estese quieto que usted está cansando mucho», «que muchachito tan mamón»*.

Al efectuar un análisis de las anteriores pruebas, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* El testimonio rendido por la detective DIANA CAROLINA ARISTIZABAL, no le aporta nada útil ni relevante al proceso, debido a que se está en presencia de una testigo de oídas, ya que a Ella no le consta nada de lo acontecido, si se tiene en cuenta que su declaración solamente se centra en expresar como se llevó a cabo la entrevista al menor, en la cual la víctima le contó sobre lo que le sucedió con el procesado.
* Situación similar acontecería con el testimonio rendido por la Sra. JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ, pero con la salvedad consistente en que se trata de un testimonio que se puede catalogar como hibrido, porque: a) Es testigo directo de ciertas circunstancias colaterales o adyacentes, tales como la presencia del procesado en el sitio de los hechos, en el cual se encontraba realizando labores de pintura, así como la presencia de su hijo en ese mismo lugar; b) Es un testigo de oídas frente a lo acontecido, de lo cual no le consta nada, porque lo narrado por Ella sobre ese tópico corresponde a lo que a su vez le había dicho su hijo.
* Al confrontar la versión absuelta por la víctima en la entrevista que rindió ante la policía judicial, con lo que le dijo a su madre, JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ, y lo que escasamente le contó a la psicóloga forense, CAROLINA JARAMILLO TORO, encuentra la Sala unas inconsistencias y contradicciones, ya que en la aludida entrevista el agraviado adujo que el ahora Procesado le bajó el pantalón para luego proceder a pretender practicarle una felación; lo cual discrepa de lo que le dijo a la Sra. JENNIFER JOHANA HERNÁNDEZ, quien expuso que hijo le contó que el procesado le dijo que le iba a bajar los pantalones para luego practicarle una felación.

De todo lo antes expuesto, se puede colegir que en la actuación no existen pruebas que corroboren de manera periférica las incriminaciones que el agraviado efectuó en contra del Procesado en la entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, porque nos encontramos en presencia de testimonios de oídas, los cuales lo único que hicieron fue replicar lo que el agraviado les había dicho a Ellos. Además, al cotejar lo que el ofendido le contó a los testigos de oídas con lo que le dijo a la Policía Judicial, se observa una seria incongruencia e inconsistencia, que afecta al núcleo esencial de lo acontecido al generar sobre el un manto de dudas e incertidumbres, pues no sabemos si el procesado desplegó una acción con la que irrumpió en el ámbito de la esfera amparada bajo la egida del interés jurídico de la libertad, integridad o formación sexual, al bajarle los pantalones con el lubrico propósito de practicarle una felación. O si por el contrario solamente se está en presencia de una simple y mera baladronada que el procesado hizo para quitarse de encima a un niño molestoso que no lo dejaba laborar en paz, cuando le dijo, sin que ello se diera, que le iba a bajar los pantalones para chuparle el asta viril; lo cual, obviamente no es delictivo, porque expresar ese tipo de opiniones, respecto de lo que se piensa o quiere hacer y no se hace, por regla general, acorde con la teoría de la acción, no implica una modificación o trasformación del mundo fenomenológico externo.

Ahora bien, frente a lo anterior se podría decir que lo que la víctima dijo en la entrevista rendida ante la Policía Judicial se encuentra corroborado por el testimonio rendido por la perito psicóloga CAROLINA JARAMILLO TORO, cuando adujo que su relato debía ser considerado como lógico y coherente, lo cual si bien es cierto, también es verdad que tales afirmaciones hay que tomarlas con beneficio de inventario si se tiene en cuenta que lo que la perito adujo, al expresar que como quiera que el menor se negó a ser entrevistado, para dar su opinión experta acudió a la entrevista que el ofendido había rendido ante la Policía Judicial, razón por lo que la misma estaba circunscrita con la coherencia externa del relato y no con la interna.

Tal situación tiene amplias repercusiones negativas en el poder suasorio que dimanaría del dictamen pericial rendido por la perito CAROLINA JARAMILLO TORO, por tratarse de una experticia que quedó a medias, si tenemos en cuenta que el perito psicólogo al momento de emitir su opinión experta, lo debe hacer con base tanto en la coherencia externa como en la interna que amerita el relato dado por el paciente, las cuales son dos factores diferentes, como bien lo ha hecho saber el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en las diferentes guías en las que se han consignado los protocolos a seguir en las evaluaciones Psiquiátricas o Psicológicas efectuadas a los menores de edad que han sido presuntas víctimas de delitos sexuales:

“El evaluador deberá analizar si el relato ofrecido por la víctima tiene coherencia interna, es decir, si la narrativa muestra una sucesión de hechos concatenados de tal forma que puede llegar al resultado de los hechos investigados; si tiene coherencia externa, o sea, si es concordante con la realidad en que se mueven los actores; si el uso de términos y conceptos de temporalidad, espacialidad, frecuencia y otras capacidades cognitivas son acordes con el desarrollo evolutivo del menor; si el respaldo afectivo es coherente con las ideas que expresa; y si tiene espontaneidad, detalles, contextualización en tiempo y espacio de acuerdo a la edad….”[[13]](#footnote-13).

Lo antes expuesto nos quiere decir que un dictamen pericial incompleto de tipo psicológico que adolezca de semejantes falencias, no es prenda de garantía suficiente como para pretender dar por corroborado lo que la víctima dijo en la aludida entrevista que depuso ante la Policía Judicial.

En suma, lo dicho hasta ahora es suficiente para concluir que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra de la sentencia opugnada, ya que el fallo confutado se erigió con base en una prueba de referencia única, como fue lo que el ofendido dijo en una entrevista que absolvió ante la Policía Judicial, la que de contera carecía de corroboración en los demás medios de conocimiento aducidos al proceso. Lo cual a su vez contrariaba las disposiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. las cuales prohíben que una sentencia condenatoria pueda únicamente *«fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia….»*.

Ante tal situación, y como consecuencia del estado de dudas e incertidumbres que aquejaba al proceso frente a lo acontecido, puesto que hasta ahora no sabemos con total y absoluta certeza si el Procesado le bajó los pantalones a la víctima con la proterva intención de practicarle una felación, o si por el contrario ello nunca llego a ocurrir por ser consecuencia de unas fanfarronadas de mal gusto que el Procesado le dijo a la víctima para quitársela de encima porque no lo dejaba laborar en paz, la Sala es de la opinión que dicho estado de dudas razonables debe ser capitalizado en favor del Procesado acorde con los postulados del principio del *in dubio pro reo.*

Siendo así las cosas, la Colegiatura revocara el fallo opugnado y en su lugar absolverá al Procesado J.R.A. de los cargos por los cuales en el presente asunto fue llamado a juicio por el Ente Acusador.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del veintiocho (28) de agosto de 2.015, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado J.R.A., por incurrir en la comisión del reato de tentativa de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**SEGUNDO:**  **ABSOLVER** al Procesado J.R.A. de los cargos por los cuales fue llamado a juicio en el presente asunto por parte de la Fiscalía General de la Nación.

**TERCERO:** Declarar que 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**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Acorde con lo estipulado entre las partes, se tuvo como probado que el ahora Procesado había nacido el 29 de agosto de 1.943. [↑](#footnote-ref-1)
2. Según las estipulaciones probatorias, se dio por probado que el menor de marras nació el 6 de septiembre del 2.008. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 septiembre de 2011. Rad. # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver entre otras: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del seis (6) de marzo de 2.008. Rad. # 27477; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Providencia del 4 de junio 2013. Rad. # 40893. [↑](#footnote-ref-6)
7. Teoría que ha sido desarrollada, entre otras, en las siguientes decisiones: Providencia del junio cuatro (4) de 2013. Rad. # 40893; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-8)
9. Al respecto, se puede consultar, entre otros, los siguientes fallos: Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Sentencia del 9 de octubre de 2.013. Rad. # 36518; Sentencia del 28 de mayo de 2014. SP6700-2014. Rad. # 40105; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sobre este tópico, se puede consultar la Sentencia del 16 de noviembre de 2016. SP16564-2016. Rad. # 44113. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-10)
11. La cual estableció como prueba de referencia admisible la entrevista forense efectuada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos relacionados con violencia o abuso sexual. [↑](#footnote-ref-11)
12. La testigo se refiere al onomástico del menor *"J.A.G.H.”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses: Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses en Niños, Niñas y Adolescentes Presuntas Víctimas de Delitos Sexuales. Página # 25. Versión 01, febrero de 2010. [↑](#footnote-ref-13)