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 ABUSIVO / GARANTÍA DEL ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL / NO PONERLA EN CONOCIMIENTO DEL DECLARANTE NO VICIA LA VALIDEZ O EFICACIA DEL TESTIMONIO / PSICOLOGÍA CLÍNICA Y PSICOLOGÍA FORENSE / DIFERENCIAS / PRUEBA DE REFERENCIA / DEFINICIÓN LEGAL / VALOR PROBATORIO / PRUEBA DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA / DEBE DEMOSTRAR O HACER MÁS CREÍBLE LO AFIRMADO EN LA PRUEBA DE REFERENCIA / POR ENDE, NO PUEDE LIMITARSE A REPETIR LO SOSTENIDO EN LA DECLARACIÓN EXTRA PROCESAL.**

Según afirma el recurrente, las pruebas tachadas como de ilegales son las diferentes entrevistas y demás declaraciones que la menor agraviada, de manera previa al juicio, absolvió ante diferentes entidades, las que ingresaron al proceso como prueba de referencia admisible. En dichas declaraciones, según decir del apelante, en momento alguno se le informó a la ofendida del derecho consagrado en el artículo 33 de la Carta relacionado con que no podía declarar en contra de su padre…

… en el evento que sea cierto que en la entrevista que la menor agraviada absolvió ante la Comisaria de Familia no se le haya puesto en conocimiento del derecho que tenía de no declarar en contra de su padre, la Sala es de la opinión que pese a haberse presentado esa mácula en momento alguno se vulneró el debido proceso y en consecuencia dicha evidencia declarativa no podía catalogarse de ilegal o de ilícita y por ende no era factible ordenar su exclusión del proceso. (…)

… como bien lo ha hecho saber la Corte Constitucional…

“Por consiguiente, el alcance de la excepción al deber de declarar, la Corte Suprema tiene por sentado que lo fundamental, para garantizar su cabal respeto, es no obligar a la persona a testificar, sino velar porque lo haga en forma libre y voluntaria, razón por la cual no resulta trascendente el olvido de ponerle de presente el derecho a no declarar…”.

… las notorias diferencias habidas entre la psicología clínica y la psicología forense, debido a que pese a que ambas especialidades de la psicología tienen como común denominador la valoración del estado mental del sujeto examinado, es de anotar que la primera de ellas tiene un fin eminentemente terapéutico, que no es otro que el mejorar la calidad de vida de las personas; mientras que la segunda su finalidad es la de analizar las repercusiones jurídicas de los trastornos mentales, para de esa forma orientar y facilitar al Juez en la toma de ciertas decisiones. (…)

… 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, quien por cualquier razón no acudió al juicio a rendir testimonio, 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.

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, se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado 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. (…)

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, 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…”.

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 JLPA, se fundamentó única y exclusivamente en las atestaciones absueltas, entre otros, por los Sres…, quienes lo único que hicieron fue fungir como una especie de caja de resonancia al transmitir todo lo que Ellos le oyeron decir a la menor ofendida respecto del abuso sexual del cual fue víctima por parte de su licencioso padre. De igual manera no existe duda alguna que a ninguno de esos testigos les consta nada de lo que la joven agraviada les contó a Ellos, porque, acorde con el relato de la ofendida, cuando esos hechos lujuriosos tuvieron ocurrencia, la víctima y el victimario se encontraban a solas.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Aprobado mediante acta #617 del 09 de julio de 2019. H: 07:50 a.m.

Pereira, doce (12) de Julio de Dos mil Diecinueve (2.019).

Hora: 08:54 a.m.

Procesado: JLPA

Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

Radicación # 66001-600-87-85-2012-000-02

Procede: Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira

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

Temas: Prueba de referencia; validez probatoria del dictamen pericial psicológico clínico frente al dictamen del perito psicólogo forense; violación del principio de la congruencia y eventual ilegalidad de las entrevistas por no hacerse mención de la garantía del artículo 33 de la Carta.

Decisión: Revoca fallo confutado y se absuelve al Procesado

**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 condenatoria proferida en las calendas del nueve (9) de Febrero de 2.015 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso que se le siguió al ciudadano JLPA, quien fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión del reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con los medios de conocimiento aducidos al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación (FGN), se tiene que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en el municipio de Marsella en el mes de octubre del año 2.011, y están relacionados con un abuso sexual del cual fue víctima la adolescente *“D.P.V.”*, de trece años de edad para ese entonces, de cuya autoría se señaló como el supuesto perpetrador al Sr. JLPA, de cincuenta y tres años de edad para esas calendas, quien detentaba la condición de padre de la menor agraviada.

Según se adujo en el libelo de la acusación, para esa época la menor *“D.P.V.”* estuvo en una reunión familiar que tuvo lugar en una finca ubicada en el área rural del municipio de Marsella. Y después que el ágape finalizó, Ella salió en compañía de su padre, JLPA, quien, con el pretexto de llevar una natilla hacia el sitio en donde Él residía: una vivienda ubicada en la Cr. 11 # 11-27 del barrio *Villarrica*, le pidió el favor que lo acompañara a ese lugar. Y una vez que estuvieron en el interior del inmueble, el Sr. JLPA de manera grotesca procedió a cortejar a su hija, a quien manoseó y besuqueó, para luego llevarla hacia una habitación en donde copuló carnalmente con Ella.

Una vez que el sátiro satisfizo sus apetitos libidinosos con su prole, le advirtió que debía guardar silencio so pena de perder el apoyo económico que Él le prodigaba, e igualmente se comprometió en regalarle un teléfono móvil celular de las especificaciones requeridas por Ella.

Los anteriores hechos lujuriosos e incestuosos salieron a la luz pública a partir del 30 de diciembre del 2.011, calendas en las cuales la joven *“D.P.V.”* fue internada en la *E.S.E. Hospital San José* del municipio de Marsella, debido a que sufría de fuertes cólicos y presentaba una hemorragia vaginal, y al ser revisada la adolescente por los galenos que la atendieron, se dieron cuenta que Ella se encontraba embarazada y que como patología presentaba un aborto espontáneo incompleto.

Como consecuencias de tales hallazgos, la menor fue interrogada sobre lo que le había sucedido, y a partir de ese momento sindicó a su padre, JLPA, como la persona que había abusado sexualmente de Ella.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. La Fiscalía en las calendas del 28 de febrero de 2.012, acudió ante el Juzgado 2º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, con el propósito que se librara una orden de captura en contra del entonces indiciado JLPA. De igual manera, la vigencia de dicha orden de captura posteriormente fue prorrogada por parte del Juzgado 3º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las calendas del 22 de febrero de 2.013.
2. Como quiera que dichas órdenes de captura no se hicieron efectivas, en las calendas del 21 de mayo de 2.013, la Fiscalía convocó ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Marsella, con funciones de control de garantías, la práctica de una audiencia preliminar en la cual le imputó cargos al Sr. JLPA, por intermedio de un Letrado designado por el entonces indiciado, por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 208 y 211, # 5º y 6º, del Código Penal. De igual manera en esas vistas preliminares al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
3. El escrito de acusación data del 18 de julio del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 24 de agosto de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía acusó a JLPA como presunto autor del reato acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, tipificado en los artículos 208 y 211, # 5º y 6º, del Código Penal.
4. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 24 de octubre 2.013, mientras que la audiencia de juicio oral, se celebró los días 10, 11 y 12 de febrero de 2.014, 6 y 14 de noviembre de 2.014. Una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente el 9 de febrero del 2.015 se profirió la sentencia condenatoria, 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 9 de febrero del 2.015 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado JLPA, por haber incurrido en la comisión del reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, quien como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal por el que resultó llamado a juicio fue condenado a purgar una pena de 17 años de prisión.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado JLPA CESAR, fueron los siguientes:

* Las pruebas habidas en el proceso demostraban que la menor *“D.P.V.”* había sido víctima de un abuso sexual, debido a que cuando tenía la edad de 13 años se encontraba embarazada.
* Con el certificado de registro civil de nacimiento se demostró la relación de parentesco habida entre la ofendida y el Procesado, en atención a que este último es el padre de la menor agraviada.
* Pese a que la menor agraviada no acudió al juicio para rendir testimonio, se le debía conceder credibilidad a lo que Ella le dijo sobre lo acontecido a varias personas que si declararon en el juicio, entre ellas: Su tía SANDRA PATRICIA VALENCIA; El Comisario de Familia CARLOS ALBERTO VILLEGAS; La médico legista LUZ MARÍA ORTIZ; el psicólogo ANDRÉS LAZO; La trabajadora social OLGA LUCIA LARA, y el perito psicólogo forense JAIRO ROBLEDO.
* Los dichos de la menor agraviada deben ser catalogados como creíbles, debido a que lo que Ella le dijo a las personas que declararon en el juicio, se trataba de un relato uniforme que en su esencia no sufrió alteraciones en lo que tenía que ver con los señalamientos efectuados en contra del Procesado; aunado a que según criterio del perito JAIRO ROBLEDO, dicho relato debía ser considerado como lógico y coherente.
* No se le debía creer a lo declarado por la Sra. SANDRA PATRICIA VALENCIA, cuando expuso que la menor en una ocasión le dijo que sostuvo un noviazgo con un tal *“SEBASTIAN”*, quien al parecer seria la persona que la embarazó, debido a que la testigo se contradice asimismo respecto a lo que había dicho sobre que su sobrina no tenía novios, aunado a que ese tal *“SEBASTIAN”* nunca fue ubicado y que para la fecha en la cual la ofendida le dijo tales cosas a su tía había absuelto una entrevista ante el psicólogo JAIRO ROBLEDO, en la que mantuvo en firme los señalamiento que hizo en contra de su padre.
* No podían ser de recibo lo dicho por el psicólogo que la defensa llevó al juicio como perito, o sea el Dr. JAIRO SÁNCHEZ, quien expuso que la menor no había sido víctima de un abuso sexual, debido a que ese perito no explicó las técnicas que utilizó en el momento en el que valoró a la menor, lo que le permitió llegar a tales conclusiones.
* En el proceso no se presentó el vicio de incongruencia denunciado por la Defensa, debido a que la Fiscalía acusó al Procesado por la comisión del delito de acceso abusivo con menor de 14 años agravado y pidió condena por ese reato.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, consistió en denunciar la ocurrencia de unos errores en los que en su parecer incurrió el Juzgado *A quo* al momento de la apreciación del acervo probatorio, lo que le impidieron que se diera cuenta que en el proceso lo único que existían era un cúmulo de dudas, razones que debieron haber sido capitalizadas en favor del Procesado según lo ordena el principio del *in dubio pro reo.*

Para demostrar la tesis de su inconformidad, el recurrente expuso los siguientes argumentos:

* El juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado se sustentó única y exclusivamente con base en una prueba de referencia, la cual consistió en lo que la menor ofendida, quien no fue al juicio a absolver testimonio, le dijo a varias personas que replicaron en el proceso sus declaraciones, entre ellos los psicólogos, una trabajadora social y una médico forense. Razón por la que lo declarado por esas personas, en momento alguno constituye prueba directa en contra del Procesado.
* Con los dichos de una persona que no acudió al juicio a rendir testimonio era imposible que se pudiera proferir un fallo de condena, debido a que la Defensa no tuvo la oportunidad de rebatir lo que Ella dijo en contra de su padre, en especial sobre ciertas circunstancias que eran esenciales para el proceso, como lo es la fecha en la cual ocurrieron los hechos. Lo que a su vez dificultó la estrategia defensiva.
* La credibilidad de las declaraciones de la menor ofendida solamente se sustentaron en el testimonio del perito psicólogo JAIRO ROBLEDO, quien dijo que el relato de la perjudicada debía ser considerado como lógico y coherente, pese a que ese perito en su testimonio de igual manera también expuso que no se atrevía a manifestar si era cierto que el padre de la adolescente agraviada abusaba sexualmente de su hija, por ser algo que escapaba de la órbita de sus funciones ya que ello era propio del resorte del Juzgador de instancia.
* Lo consignado en la historia clínica sobre los señalamientos que la menor hizo sobre su padre como el sujeto que la había accedido carnalmente hacia unos dos meses, debió ser apreciado como una prueba de referencia de 2º grado, ya que la persona con quien se introdujo al juicio dicho documento no le constaba nada de lo que en tales términos adujo la menor, debido a que Ella se lo dijo fue a la Dra. ALBA HOYOS, quien no acudió al proceso a declarar.

De igual manera, al momento de la apreciación del acervo probatorio no se tuvo en cuenta lo que la menor le dijo a los galenos en esa historia clínica sobre que había tenido encuentro sexuales sin protección y sin planificación.

* No existían razones plausibles para que se le concediera credibilidad a las declaraciones de la menor agraviada debido a que ella incurrió en múltiples contradicciones a partir del momento en el que de manera genérica dijo que los hechos ocurrieron en octubre del año 2.011, pero en un principio expuso que los sucesos acaecieron un domingo y luego que un sábado.
* Aunque no existe precisión sobre la fecha en la que ocurrieron los hechos, ya que se habla solo del mes de octubre de 2.011, lo cual incidió para que todo quedara en el limbo, la Defensa allegó al juicio los testimonios de NELSON RIVERA; SONIA LUCRECIA SÁNCHEZ y LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, los que no fueron valorados debidamente en el fallo confutando, con los cuales se demostró que para esa época el Procesado estaba aspirando a una curul en el concejo municipal de Marsella, razón por la que se encontraba inmerso en una ardua campaña y correrías políticas, la cual tuvo su momento cumbre el 23 de octubre cuando tuvo lugar los acto político de clausura de la campaña política.
* La ofendida adujo que antes de la ocurrencia de los hechos, los que según Ella databan del mes de octubre del año 2.011, estuvo en una reunión familiar en la que se celebraba el cumpleaños de un hermanito, en el proceso se demostró que ese hermano no cumplía años en el mes de octubre sino en el mes de junio. De igual manera, según las pruebas testimoniales, la reunión de marras se debió al bautizo de un hijo del procesado, la cual tuvo lugar no en el mes de octubre sino en el mes de diciembre del año 2.011, como bien lo atestó LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, quien fue designado como padrino del menor bautizado.

Tan cierto es que la reunión familiar en la que se celebraba el bautizo sucedió en el mes de diciembre, que al ser cotejado ese acontecer con lo dicho por la menor ofendida, se tiene que Ella adujo que se dirigió con su padre a llevar una natilla al domicilio de este último, lo cual se compagina con la tradición de que en el mes de diciembre es común que la gente reparta ese tipo de postres.

* Las declaraciones que la menor rindió en las entrevistas que absolvió ante la comisaria de familia y otras autoridades, deben ser consideran como ilícitas, ilicitud esta que se extendería a las demás pruebas que se alimentaron de ese medio de conocimiento, debido a que la menor no fue informada del derecho consagrado en el artículo 33 de la Carta relacionado con que no podía declarar en contra de su padre. Además esas declaraciones no respetaron los parámetros consagrados en los artículos 145 y 150 del Código de infancia y de la adolescencia, porque las mismas no contaban con el consentimiento informado de la menor ni de un adulto.
* Lo esgrimido en el fallo para no concederle credibilidad a lo que la Sra. SANDRA PATRICIA VALENCIA declaró sobre lo que la menor agraviada le dijo un mes de abril del 2.012 cuando le contó que lo dicho en contra de su padre era falso y que a escondidas había sostenido un noviazgo con un tal *“SEBASTIÁN”*, desconoció que la testigo de marras también expuso que al enterarse de lo que su sobrina le dijo, procedió a hacer las indagaciones del caso, y así pudo constatar que en efecto Ella andaba con un muchacho para arriba y para abajo, quien ante lo acontecido se había esfumado del panorama.
* En el devenir del proceso se presentó una vulneración del principio de congruencia, que aqueja la situación fáctica demostraba en el juicio, debido a que, aunque la Fiscalía acusó y pidió condena por un delito de acceso carnal abusivo, de igual manera no se podía desconocer que las pruebas con las cuales el Ente Acusador sustentó sus pretensiones acreditaban la existencia de que la menor fue accedida carnalmente gracias a unos actos de violencia física y moral.
* No existían razones valederas para que se descalificara el testimonio absuelto por el psicólogo JAIRO SÁNCHEZ, quien se trata de un profesional con más de 30 años de experiencia, en la que ha desarrollado el ejercicio de su profesión en la atención de niños, que tiene tres maestrías en esa materia y que no ha tenido ningún cuestionamiento en el ejercicio de su actividad profesional.

De igual manera el perito traído por la Defensa si explicó las técnicas utilizadas cuando entrevistó a la menor y dio una explicación plausible de sus conclusiones, las cuales tenían que ser diferentes a las que llegó el perito psicólogo que la Fiscalía llevó al juicio, debido a que la menor no le dijo al Dr. JAIRO ROBLEDO las mismas cosas que le contó al psicólogo JAIRO SÁNCHEZ.

Con base en los anteriores argumentos el recurrente solicitó la revocatoria del fallo confutado, y que en consecuencia se absuelva al Procesado JLPA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio criminal.

**LA REPLICA:**

Durante el término del traslado concedido a los no recurrentes, la Fiscalía presentó sus correspondientes alegatos en los cuales se opuso las pretensiones del apelante y en consecuencia solicitó la confirmación del fallo opugnado con base en los siguientes argumentos:

* Pese a ser cierto que la menor agraviada no acudió al juicio a rendir testimonio, no se puede desconocer la credibilidad que dimana de las diferentes declaraciones que previamente había absuelto, las cuales mantienen una adecuada estructura interna, tanto es así que sus dichos fueron catalogados como lógicos y coherentes por parte del perito psicólogo Dr. JAIRO ROBLEDO.
* El apelante dice que lo declarado por la victima debe ser apreciado como prueba de referencia, pero tales aseveraciones desconocen el especial valor probatorio que merecen los testimonios de las personas que tuvieron la oportunidad de hablar directamente con la ofendida. Además, por tratarse la agraviada de una menor de edad que ha sido víctima de un delito sexual, no se puede desconocer que acorde con las voces del artículo 44 de la Carta es un sujeto de especial protección constitucional.
* El Juzgado de primer nivel atinó cuando descalificó lo declarado por el perito psicólogo que la Defensa llevó al juicio, porque ese experto no supo dar razón de las técnicas empleadas cuando examinó a la víctima, ni explicó los fundamentos científicos con los que sustentaba sus conclusiones.
* Estuvo acertado el Juzgado *A quo* cuando no le concedió credibilidad a los testimonios absueltos por NELSON RIVERA; LUCRECIA RAMÍREZ y SANDRA PATRICIA VALENCIA, porque los dos primeros testigos se trataban de amigos del Procesado, quienes de manera infructuosa pretendieron ponerlo por fuera del escenario de los hechos; mientras que la última testigo acudió a la tesis del *niño fantasma,* la cual nunca se pudo acreditar, cuando adujo que la ofendida le dijo que tuvo un noviazgo clandestino con un tal *“SEBASTIÁN”,* con quien sostuvo relaciones carnales íntimas.

**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 avizora la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte del recurrente, como de lo dicho por los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentran viciadas de ilicitud e ilegalidad las diferentes declaraciones extraprocesales rendidas por la víctima, debido a que dichos medios de conocimiento se recaudaron sin el consentimiento informado de la menor o de su representante legal, aunado a que a Ella no se le hicieron las advertencias del artículo 33 de la Carta, respecto del derecho que le asistía a la víctima de no declarar en contra de su padre?

¿Incurrió en yerros de apreciación probatoria el Juzgado de primer nivel cuando descalificó el testimonio rendido por el perito psicólogo que la Defensa llevó al juicio?

¿En el proceso tuvo lugar una violación del principio de la congruencia, como consecuencia de la errónea calificación jurídica que la Fiscalía le dio a los hechos jurídicamente relevantes por los cuales el Procesado fue llamado a juicio?

¿El fallo de primer nivel se sustentó únicamente en pruebas de referencia, lo que acorde con lo regulado en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. hacía que fuera imposible poder proferir una sentencia de condena en contra del Procesado JLPA?

**- Solución:**

**1. Los yerros de apreciación probatoria.**

**1.1. La ilicitud de las entrevistas absueltas por la menor ofendida.**

Una de las tesis de la inconformidad propuesta por el recurrente en la alzada gira en torno a denunciar que el juicio de responsabilidad pregonado en contra del Procesado se sustentó en pruebas ilegales que vulneraron el debido proceso, las que debieron haber sido excluidas de proceso, acorde con lo regulado en el inciso final del artículo 29 de la Carta y el articulo 23 C.P.P.

Según afirma el recurrente, las pruebas tachadas como de ilegales son las diferentes entrevistas y demás declaraciones que la menor agraviada, de manera previa al juicio, absolvió ante diferentes entidades, las que ingresaron al proceso como prueba de referencia admisible. En dichas declaraciones, según decir del apelante, en momento alguno se le informó a la ofendida del derecho consagrado en el artículo 33 de la Carta relacionado con que no podía declarar en contra de su padre; aunado que esas entrevistas no contaban con el consentimiento informado de la menor ni de un adulto que fungiera como su acudiente.

Frente a lo anterior, la Sala en principio dirá que en la actuación procesal no figura la entrevista que la menor perjudicada rindió, a instancias de la policía judicial, el 4 de enero del 2.012 en la comisaria de familia de Marsella, debido a que al parecer por un *olvido* esa evidencia no fue introducida por la Fiscalía al proceso con el testimonio del Sr. CARLOS ALBERTO VILLEGAS CARDONA, quien para la época de los hechos fungía en el cargo de comisario de familia, y declaró sobre lo que le oyó decir a la ofendida cuando absolvió la entrevista de marras.

Lo antes expuesto quiere decir que la Sala desconoce si en efecto en ese acto procesal se le informó o no a la ofendida del privilegio constitucional que le asistía de no declarar en contra su ascendiente; aunque no está de más decir que en el devenir del juicio se generó un debate suscitado por la Defensa en el que cuestionó en términos similares a los expuestos en la alzada, la ilegalidad de la entrevista de marras. Lo cual fue refutado por la Fiscalía, quien en su réplica dio a entender que en efecto esa entrevista al parecer se recepcionó en un formato en el que no se le comunicaba a la declarante los derechos que tenía según el artículo 33 de la Carta, pero pese a ello, el Ente Acusador era de la opinión que en momento alguno se había incurrido en las máculas denunciadas por la Defensa.

Luego, en el evento que sea cierto que en la entrevista que la menor agraviada absolvió ante la Comisaria de Familia no se le haya puesto en conocimiento del derecho que tenía de no declarar en contra de su padre, la Sala es de la opinión que pese a haberse presentado esa mácula en momento alguno se vulneró el debido proceso y en consecuencia dicha evidencia declarativa no podía catalogarse de ilegal o de ilícita y por ende no era factible ordenar su exclusión del proceso.

La razón de lo dicho en el párrafo anterior, radica en que la Defensa con sus reproches incurrió en una errónea hermenéutica sobre el verdadero alcance y significado de lo consignado en el artículo 33 de la Carta, por lo siguiente:

* Dicha norma no consagra una omisión sino una prohibición, en el sentido de que nadie puede ser obligado o compelido a declarar en contra de su cónyuge, de ciertos parientes o consanguíneos; como bien lo ha hecho saber la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Bajo esta perspectiva, el deber que imponen la Constitución y la Ley, que debe ser cumplido por el funcionario judicial al momento de recepcionar el testimonio es el de no obligar, constreñir, forzar, presionar u obligar al testigo a declarar en contra de las personas contenidas en el artículo 33 Superior. Por consiguiente, lo trascendente es que durante el acto judicial no sea transgredido el derecho fundamental, vale decir, que se respete la garantía.

Por consiguiente, el alcance de la excepción al deber de declarar, la Corte Suprema tiene por sentado que lo fundamental, para garantizar su cabal respeto, **es no obligar a la persona a testificar, sino velar porque lo haga en forma libre y voluntaria, razón por la cual no resulta trascendente el olvido de ponerle de presente el derecho a no declarar**…”[[1]](#footnote-1).

Lo antes expuesto nos quiere decir que la Defensa, para obtener éxito en sus pretensiones exclusorias, no debía demostrar la omisión, o sea que a la ofendida no se le puso de presente el derecho de marras, lo que se tornaba en irrelevante, máxime cuando tal olvido podía ser enmendado con las premisas que orientan el principio *“Pro Infans”*; sino que debía acreditar que la menor fue compelida a declarar en contra del autor de sus días, lo cual brilla por su ausencia en el presente asunto, ya que de lo atestado por CARLOS ALBERTO VILLEGAS CARDONA, en su calidad de comisario de familia, se desprende que cuando la ofendida declaró, lo hizo de manera consciente y voluntaria, sin que nadie la coaccionará para que dijera las cosas que dijo en contra de su ascendiente como el despreciable ser que abusó sexualmente de ella.

* El derecho consagrado en el artículo 33 Superior y regulado en los artículos 68 y 385 C.P.P. no es un privilegio que redunde en favor de los Procesados, sino de los testigos, quienes tienen la posibilidad de decidir si declaran o no en un proceso en contra o a favor de su cónyuge o de ciertos consanguíneos.

Lo antes expuesto nos quiere decir que el Procesado carecería de legitimación para reclamar por el incumplimiento o la conculcación de derechos que no tiene por no ser titular de los mismos, como bien acontece con la aludida garantía fundamental consagrada en el artículo 33 de la Carta.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la supuesta ausencia del conocimiento informado que según decir del apelante algunos de los peritos, en especial el psicólogo GERMÁN ANDRÉS LAZO, omitieron de ponerle en conocimiento a la ofendida o a sus acudientes en el momento en el que la entrevistaron, la Sala considera que la gravedad de la supuesta omisión no ha sido de las connotaciones que de manera hiperbólica la Defensa ha querido hacer parecer, porque en muchos casos, pese a que no tenga lugar ese conocimiento informado, se puede dar una tácita aprobación del mismo por parte de las personas atendidas por los peritos, como bien aconteció en el caso en estudio.

Para comprender lo antes dicho, bien vale la pena que se tenga en cuenta que el conocimiento informado es una especie de deber que le asisten a los peritos para poner en conocimiento de las personas que van a atender sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas del acto investigativo que irán a llevar a cabo, para de esa forma obtener la autorización que los habilitaría para poder llevar a cabo ese procedimiento[[2]](#footnote-2).

Pero en muchas ocasiones las personas cuando acuden a los servicios de un perito forense ya saben a lo que van, e igualmente son conscientes de los procedimientos que dichos expertos llevarán a cabo así como de la finalidad de los mismos, por lo que cualquier tipo de autorización se tornaría en fútil e irrelevante, lo que sería una consecuencia del principio jurídico que reza *«que lo sustancial debe primar sobre lo procedimental»*, consagrado en el artículo 228 de la Carta.

En el caso en estudio, se tiene que cuando la ofendida, en compañía de su acudiente, SANDRA PATRICIA VALENCIA, fue atendida por el psicólogo GERMÁN ANDRÉS LAZO, lo hizo de manera consciente y voluntaria. A lo que se le debe aunar que cuando acudió a ese experto, sabía y conocía de las actividades que iba a realizar y de los fines de la misma, las cuales estaban relacionadas con los hechos denunciados en contra del ahora Procesado JLPA.

Lo hasta ahora expuesto, es suficiente como para concluir que en el presente asunto tuvo lugar una especie de autorización tácita de la agraviada respecto de la entrevista que le iba a efectuar el perito GERMÁN ANDRÉS LAZO.

Siendo así las cosas, la Sala es de la opinión que no pueden ser de recibo los argumentos invocados por la Defensa para aseverar que las entrevistas absueltas por la Ofendida deban ser consideradas como pruebas ilícitas por supuestamente vulnerar el debido proceso, y por ende no existía razón válida alguna para que dichas pruebas deban ser excluidas de la actuación procesal.

**1.2. La errónea valoración del testimonio rendido por el Dr. JAIRO SÁNCHEZ, quien fue llevado por la Defensa al juicio en calidad de perito psicólogo.**

En el devenir del proceso, la Defensa llevó al juicio, en calidad de perito al psicólogo JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES, quien atestó sobre el haber entrevistado a la adolescente “D.P.V.” sobre lo acontecido con su padre, lo que a su vez le permitió concluir que no podía afirmar, desde un ámbito psicológico, que la joven haya sido abusada sexualmente.

Es de anotar que las conclusiones a las que llegó el perito de la Defensa, fueron descalificadas por el Juzgado de primer nivel, con base en el argumento consistente en que ese experto no explicó las técnicas que utilizó en el momento en el que valoró a la menor, lo que le permitió llegar a tales conclusiones. Lo cual a su vez fue reprochado por el apelante, quien adujo que no existían razones valederas para que se descalificara el testimonio absuelto por el psicólogo JAIRO SÁNCHEZ, quien además de tratarse de un profesional con más de 30 años de experiencia, si explicó las técnicas utilizadas cuando entrevistó a la menor y dio una explicación plausible de sus conclusiones, las cuales tenían que ser diferentes a las que llegó el perito psicólogo que la Fiscalía llevó al juicio, debido a que la menor no le dijo al Dr. JAIRO ROBLEDO las mismas cosas que le contó al psicólogo SÁNCHEZ GRAJALES.

Frente a la anterior controversia, la Sala dirá que en un principio es posible que le asista algo de razón a los reproches formulados por la Defensa, debido a que el psicólogo JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES si explicó las técnicas que empleó en su experticia, las que se fundamentaron en una entrevista estándar que le efectuó a la joven “D.P.V.”, en la cual la indagó sobre su vida sexual y si había tenido encuentros íntimos-carnales con su padre.

Pero de igual manera, la Sala no puede desconocer que la credibilidad del perito hizo aguas y zozobró cuando fue torpedeaba por la Fiscalía a partir del momento en el que lo sometió a un acucioso contrainterrogatorio, en el cual el experto, en vez de responder las preguntas que se le formulaban, entró en un conflicto con la Fiscalía por la incisivas preguntas que el representante del Ente Acusador le hizo, lo que le generó cierto malestar que repercutió en que fueran gaseosas y evasivas las respuestas que daba frente a las preguntas que se le hacían sobre los métodos y procedimientos que utilizó en su experticia, lo que posteriormente sirvieron de fundamento a sus conclusiones.

De igual manera la Sala no puede desconocer que el Dr. JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES llegó al proceso en calidad de psicólogo clínico, lo que en un comienzo incidía, como bien lo expuso el recurrente, para que sus conclusiones fueran un tanto distintas de las que llegó el perito psicólogo de la Fiscalía, JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, por tratarse este ultimo de un perito forense[[3]](#footnote-3).

Lo anterior se debe a las notorias diferencias habidas entre la psicología clínica y la psicología forense, debido a que pese a que ambas especialidades de la psicología tienen como común denominador la valoración del estado mental del sujeto examinado, es de anotar que la primera de ellas tiene un fin eminentemente terapéutico, que no es otro que el mejorar la calidad de vida de las personas; mientras que la segunda su finalidad es la de analizar las repercusiones jurídicas de los trastornos mentales, para de esa forma orientar y facilitar al Juez en la toma de ciertas decisiones.

Por ello se puede concluir que la diferencia habida entre ambas especialidades se encuentra en el contexto de la evaluación (clínico o judicial) y en el objetivo de la intervención (asistencial o pericial): el objetivo de la intervención clínica es el diagnóstico y tratamiento de los desórdenes mentales dentro de un contexto asistencial o de ayuda; mientras que el objetivo de la actuación forense es realizar una valoración psico-legal en un contexto judicial.

De igual manera, la Sala no puede pasar por alto otra de las diferencias fundamentales habidas entre la psicología clínica y la forense, y es que en la primera opera el secreto profesional, consagrado en el # 5 de la Ley # 1.090 de 2.006[[4]](#footnote-4), o sea que al psicólogo clínico, por regla general, le está vedado divulgar o revelar las intimidades y confidencias que su paciente le haya confiado, salvo que exista consentimiento de su parte. Mientras que tal confidencialidad, propia del secreto profesional, no opera en el escenario forense, en el que no tendría razón de ser tal prohibición porque el psicólogo forense, al ser una especie de auxiliar de la administración de justicia, tiene el deber de poner a disposición de la Judicatura toda la información íntima que haya obtenido de las personas que atiende o examina, para que de esa forma el Juez pueda tomar las decisiones que en su leal saber y entender considere pertinente.

La anterior diferencia habida entre ambas especialidades de la psicología tiene amplias repercusiones en el proceso, debido a que si el Dr. JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES fue llevado por la Defensa al proceso en calidad de psicólogo clínico, acorde con lo regulado por el aludido principio de la confidencialidad, el cual, reiteramos, es una manifestación del secreto profesional consagrado en el artículo 74 de la Carta, le estaba vedado y por ende prohibido declarar sobre las confidencias que la joven “D.P.V.” le dijo sobre su vida sentimental, en especial de sus supuestas andanzas amorosas con el misterioso *“SEBASTIAN”,* con quien, según atestaciones del psicólogo SÁNCHEZ GRAJALES, la adolescente de marras había sostenido devaneos eróticos-sexuales.

Por lo tanto, la única manera habida para que el Dr. JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES pudiera declarar o revelar las intimidades y confidencias que de su vida sexual le contó la menor “D.P.V.”, es que necesariamente por parte de la joven de marras, o de su representante legal, debía de haber una autorización expresa, conocida por la doctrina como *acto de liberación del privilegio*, para que el Dr. SÁNCHEZ GRAJALES pudiera proceder en tal sentido. Y como quiera que en el proceso no se acreditó por parte de la Defensa tal acto de liberación del privilegio, lo atestado por el Dr. JAIRO SÁNCHEZ, por contrariar el debido proceso, se encontraría viciado de ilicitud por vulnerarse el secreto profesional y el derecho fundamental de la intimidad que le asistía a la adolescente “D.P.V.”.

Las consecuencias procesales que genera que una prueba se encuentre viciada, ya sea de ilicitud o de ilegalidad, por contrariar el debido proceso, es que la misma deba ser excluida de la actuación procesal, tal como lo preceptúa el inciso final del artículo 29 de la Carta y el articulo 23 C.P.P. lo que nos quiere decir, acorde con lo hasta ahora dicho, que al testimonio del Dr. JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES se le debió aplicar la sanción procesal de exclusión probatoria, como en efecto lo hará la Colegiatura en el presente fallo de 2ª instancia.

Es de anotar que la solución de exclusión probatoria a la que ha acudido esta Sala de Decisión cuando se irrespetan o desconocen los privilegios de confidenciabilidad que genera el secreto profesional, es algo que no ha sido ajeno a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual en un caso puesto a su conocimiento, en el que unos médicos y auxiliares médicos decidieron atestiguar sobre lo que a Ellos les comentó una paciente en el momento en el que la atendían, llegó a la siguiente conclusión:

“En este caso, el médico, el fiscal y los juzgadores olvidaron flagrantemente el derecho al secreto profesional, que no se traduce en un privilegio para el profesional que recibe la confidencia, sino que apunta a preservar los derechos fundamentales de la intimidad, la honra y el buen nombre de la persona confidente. La estructura dinámica del secreto profesional es la de un derecho-deber, porque salvaguarda el derecho a la intimidad de la persona que se ve obligada a confiar en el profesional, quien correlativamente tiene el deber de protegerlo y no comunicarlo a terceros, ni aún a las autoridades, tanto por respeto al confidente como en virtud del interés público en el correcto ejercicio de las profesiones.

(:::)

No sería del caso entrar a analizar la trascendencia procesal de los datos revelados, porque el secreto profesional se protege como contenido pero singularmente también como forma o medio de preservación de otros derechos básicos, de modo que cualquier divulgación, relacionada con la vida privada de la paciente y que necesariamente ella haya tenido que confiar al médico en la anamnesis para conservar su salud o su vida, lastimaría el derecho a la intimidad…” [[5]](#footnote-5).

En suma, acorde con lo antes expuesto, la Sala es de la opinión consistente en que si bien es cierto que existían plausibles razones para descalificar las conclusiones a las que llegó el Dr. JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES en su calidad de perito psicólogo clínico, de igual, como consecuencia de las máculas que aquejaban a esa prueba, la misma debió haber sido excluida del proceso acorde con la sanción procesal regulada en el inciso final del artículo 29 de la Carta y el articulo 23 C.P.P.

**2. La edificación del juicio de responsabilidad penal pregonado en contra del Procesado JLPA con base únicamente en pruebas de referencia.**

Mediante el siguiente cargo la Defensa cuestiona la legalidad del juicio de responsabilidad que en el fallo opugnado se hizo en contra del Procesado JLPA, el cual, en sentir del apelante, contraría las disposiciones consagradas en inciso 2º del artículo 381 C.P.P. debido a que se sustentó solamente en una prueba de referencia, como lo fue todo aquello que la menor ofendida le dijo a los galenos del hospital San José del municipio de Marsella; a los médicos legistas; a los psicólogos; a los investigadores de la policía judicial y a la comisaría de familia.

Para poder encontrarle una solución al problema jurídico planteado por el recurrente, la Sala en un principio observa que en efecto el juicio de responsabilidad criminal que en el fallo opugnado se pregonó en contra del Procesado JLPA estuvo cimentado en las declaraciones extraprocesales rendidas por la adolescente “D.P.V.” las cuales deben ser apreciadas como prueba de referencia admisible, acorde con la hipótesis del testigo no disponible consagrada en el ordinal b del artículo 438 C.P.P. en atención a que la ofendida no acudió a declarar al juicio pese a haber sido citada para tales menesteres, ya que, según decir de la Sra. SANDRA PATRICIA VALENCIA, tía de la agraviada, no lo quiso hacer porque supuestamente *«no le quería seguir haciéndole más daño al papá»*.

Ante lo incuestionable de que el fallo opugnado tuvo como uno de sus sustentos una prueba de referencia admisible, se torna imperioso por parte de la Sala determinar si en el presente asunto se está o no en presencia de una prueba única de referencia, lo que incidiría 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, 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, quien por cualquier razón no acudió al juicio a rendir testimonio, 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.

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[[6]](#footnote-6), se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado 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 anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[7]](#footnote-7), que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario cuando esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo consignado en una prueba de referencia, con dichos 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[[8]](#footnote-8), 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….” [[9]](#footnote-9).

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 JLPA, se fundamentó única y exclusivamente en las atestaciones absueltas, entre otros, por los Sres. JOHNNY DE JESÚS MORALES SANTANA, médico del hospital San José del municipio de Marsella; LUZ MARINA ORTIZ SALAZAR, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF); JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, psicólogo forense del INMLCF; CARLOS ALBERTO VILLEGAS CARDONA, comisario de familia de la comisaria de familia de Marsella; OLGA LUCIA LARA GONZÁLEZ, trabajadora social de la comisaria de familia de Marsella; GERMAN ANDRÉS LAZO, psicólogo tanto de la comisaria de familia como del hospital San José del municipio de Marsella, y SANDRA PATRICIA VALENCIA, tía de la menor agraviada, quienes lo único que hicieron fue fungir como una especie de caja de resonancia al transmitir todo lo que Ellos le oyeron decir a la menor ofendida respecto del abuso sexual del cual fue víctima por parte de su licencioso padre. De igual manera no existe duda alguna que a ninguno de esos testigos les consta nada de lo que la joven agraviada les contó a Ellos, porque, acorde con el relato de la ofendida, cuando esos hechos lujuriosos tuvieron ocurrencia, la víctima y el victimario se encontraban a solas.

Ahora, a fin de determinar si los dichos extraprocesales de la menor agraviada se encuentran corroborados por alguna de las pruebas directas o indirectas habidas en el proceso, observa la Sala que del acervo probatorio no existe ningún medio de conocimiento que corrobore, así sea indiciariamente los señalamientos que de manera extraprocesal la menor agraviada efectuó en contra de su padre como la persona que había abusado sexualmente de Ella, pues insistimos, a ninguno de los testigos que declararon les consta nada de lo que a Ellos les narró la ofendida.

Frente a lo anterior, se podría decir que las declaraciones extraprocesales de la menor agraviada se encuentra corroboradas periféricamente por: a) Lo declarado por el perito psicólogo JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, cuando adujo que los dichos de la ofendida debían ser considerados como lógicos y coherentes, aunado a que Ella presentaba una afectación psicológica a raíz de lo que se investiga; b) Lo consignado en el dictamen médico legal efectuado por la médico forense LUZ MARINA ORTIZ SALAZAR.

Pero la Sala es de la opinión que lo conceptuado por el perito psicólogo JAIRO ROBLEDO VÉLEZ no es suficiente como para corroborar las declaraciones que de manera extraprocesal absolvió la menor ofendida por lo siguiente:

* Por el simple y mero hecho que un relato sea lógico y coherente, ello no quiere decir que sea cierto y por ende creíble, porque de igual manera un relato mendaz o implantado también puede ser lógico y coherente.
* Si bien es verdad que el perito en su dictamen expresó que la ofendida presentaba una afectación psicológica, de igual manera el experto nunca precisó en qué consistía esa afectación psicológica, aunado a que la misma bien pudo tener otras causas diferentes que no fueron explicadas satisfactoriamente por el perito, tales como: el aborto o el descubrimiento de la situación de embarazo de la menor, de quien se decía que no tenía novio, etc…

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta el testimonio absuelto por la tía de la menor agraviada, es decir, la señora SANDRA PATRICIA VALENCIA, quien adujo que el comportamiento asumido por su sobrina fue normal, lo que nos hace concluir que no percibió en su sobrina síntomas que pudieran indicar que se encontraba afligida por lo acontecido, lo cual afectaría las opiniones expresadas por el psicólogo JAIRO ROBLEDO VÉLEZ sobre los conflictos internos que aquejaban a la menor agraviada, respecto a lo acontecido con su padre.

Finalmente en lo que tiene que ver con el dictamen médico legal de la médico forense LUZ MARINA ORTIZ SALAZAR, vemos que todo lo que la menor agraviada le dijo a esa perito se encuentra consignado en la anamnesis de su experticia, y si a ello le adicionamos que en materia de ciencias de la salud, la anamnesis es la información que un paciente le suministra a su médico para la confección de un historial clínico, para que así el galeno pueda analizar su situación clínica y poder establecer un diagnóstico.

Ahora, sin desconocer que la información que *“el paciente”* le suministra al perito es una de las herramientas basilares para que el forense puede emitir el dictamen pericial, de todo formas, en lo tiene que ver con la anamnesis, al ser escindida del cuerpo del dictamen pericial, no existe duda alguna que debe ser considerada como prueba de referencia, en atención a que por intermedio del perito se está allegando al juicio una declaración que fue rendida por la menor agraviada por fuera del juicio oral, frente a la cual la Defensa no pudo ejercer debidamente sus derechos de confrontación y de contradicción.

Sobre el valor probatorio de la anamnesis, bien vale la pena traer a colación lo dicho por la Corte en los siguientes términos:

“Es pertinente resaltar que la anamnesis a la cual alude el médico Prada Moreno, corresponde al relato de Fernanda Romero, de manera que respecto de los sucesos declarados, el galeno no actúa como testigo directo de los mismos, pues únicamente los reproduce, de modo que los falladores de primera y segunda instancia erraron al valorar lo expuesto por la víctima como si se tratara de una prueba directa, es decir, como si hubiera comparecido a declarar en el juicio, cuando lo cierto es, como ya se ha destacado, que no únicamente no asistió al debate, sino que privó al procesado de su derecho de confrontación

Conforme a las reglas del sistema penal acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004 no basta para proferir una sentencia de condena, como lo hicieron los falladores en este caso, establecer una coincidencia entre la denuncia (no incorporada legalmente al proceso), la anamnesis y el examen sexológico para concluir que se cometió el delito de acceso carnal violento, pues era imprescindible contar con la declaración de la víctima dentro del juicio, a fin de soportar la decisión judicial respetando los derechos del acusado….”[[10]](#footnote-10).

Por otra parte, la Sala no puede pasar por alto que la ofendida en sus relatos extraprocesales no expuso una fecha precisa en la cual ocurrieron los hechos, ya que solo adujo que estos acaecieron un día cualquiera del mes de Octubre del año 2.011, después que Ella estuvo en una reunión familiar que tuvo lugar en una finca ubicada en el área rural del municipio de Marsella. Lo cual a su vez puso en calzas prietas la estrategia de la Defesa, debido a que se encontraba en serias dificultades para refutar los señalamientos indeterminados cronológicamente que la Ofendida efectuó en contra del Procesado. Tanto es así que la Defensa acudió a los testimonios absueltos por los Sres. NELSON RIVERA CIFUENTES; SONIA LUCRECIA RAMÍREZ y LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, pruebas testimoniales estas que en opinión de la Colegiatura minaron en algo la credibilidad de los dichos extraprocesales absueltos por la Ofendida, por lo siguiente:

* Según los testigos NELSON RIVERA CIFUENTES y SONIA LUCRECIA RAMÍREZ, el Procesado en el año 2.011 aspiraba a una curul en el Concejo Municipal de Marsella, y para el mes de octubre de esa anualidad se encontraba inmerso en una ardua campaña electoral y en corredurías políticas, las cuales eran más intensas los fines de semana, debido a que para esas fechas los campesinos de las áreas rurales acudían al casco urbano del municipio de Marsella.
* Acorde con el testimonio de LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, el ágape familiar, del que hace mención la menor ofendida, tuvo lugar fue en el mes de diciembre de 2.011, el cual consistió en un almuerzo que se hizo por el bautizó de un hijo del Procesado JLPA, de quien el testigo fungía como padrino.

Ahora, si bien es cierto que los anteriores testigos son amigos de vieja data del Procesado, tal situación *per se* no es suficiente para que de manera automática se descalificara la credibilidad de sus dichos, pues esas circunstancias relacionadas con los vínculos de amistad o de compadrazgo que Ellos tienen con el Procesado, lo único que incide es para que sus dichos sean apreciaran con un mayor rigor, ya que acorde con las reglas de la sana lógica, se espera que los amigos de unas las partes, que vayan a declarar en un proceso lo hagan en su favor y no en su contra. Pero es obvio que una vez superado esas razones de desconfianza, los dichos de los amigos o parientes de alguna de las partes pueden tener el mismo valor probatorio que emanaría de cualquier otra prueba.

Por lo tanto, si apreciamos con mayor rigor los testimonios de los Sres. NELSON RIVERA CIFUENTES y SONIA LUCRECIA RAMÍREZ, la Sala encuentra que no existe razón válida alguna para descalificar la credibilidad sus testimonios porque en el proceso no existe prueba que refute lo atestado por ese par de testigos, quienes en momento alguno incurrieron en contradicciones graves en sus dichos; como tampoco existían razones plausibles para considerar como irracional o inverosímil todo lo que Ellos dijeron respecto de las andanzas proselitistas en las que se encontraba ocupado el Procesado en el devenir del mes de octubre de 2.011[[11]](#footnote-11).

De igual manera, al cotejar las declaraciones extraprocesales absueltas por la menor “D.P.V.” con lo atestado por LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, considera la Sala que existen razones plausibles que inciden para poner en tela de juicio que los hechos hayan ocurrido en el mes de octubre del año 2.011, y más por el contrario al parecer la reunión familiar bien pudo haber tenido lugar en el mes de diciembre de esa anualidad, como lo asevera el testigo LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, porque si la ofendida adujo que al finalizar la reunión familiar le entregaron a los asistentes natillas, es de anotar, como bien lo expuso el apelante, que es de público conocimiento que es una tradición que esa clase de postres se reparten en temporada decembrina, más exactamente en el devenir de las novenas navideñas.

Es más, la Sala es de la opinión que los dichos de los Sres. NELSON RIVERA CIFUENTES; SONIA LUCRECIA RAMÍREZ y LUIS HERMIDES SÁNCHEZ, tenían mayor solvencia probatoria que las declaraciones extraprocesales absueltas por la menor ofendida “A.C.C.V.” debido a que lo atestado por los testigos de descargos fue sometido al tamiz de la contradicción y de la inmediación, lo cual no aconteció con las declaraciones rendidas por la agraviada, las cuales son poco respetuosa de los postulados que orientan los principios de la inmediación, contradicción y de la confrontación.

Por lo tanto, acorde con lo dicho con antelación, la Sala es de la opinión que las pruebas de descargos mellaban la credibilidad de lo declarado por la Ofendida respecto que los hechos lujuriosos tuvieron ocurrencia en el mes de octubre del año 2.011.

A modo de corolario, la Sala colige que el fallo confutado, en lo que tiene que con sus cimientos probatorios, contraría las prohibiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. en atención a que dicho proveído se fundamentó única y exclusivamente en una prueba de referencia admisible, como lo fueron las declaraciones extraprocesales absueltas por la menor “A.C.C.V.” las cuales en momento alguno se encontraban corroboradas por ninguna de las pruebas allegadas al proceso.

**3. La vulneración del principio de la congruencia.**

En el devenir del proceso la Defensa reclamó que en el mismo tuvo lugar una vulneración del principio de la congruencia, porque en su opinión la Fiscalía acusó y solicitó la declaratoria de la responsabilidad criminal del Procesado JLPA por incurrir en la presunta comisión de un delito de acceso carnal abusivo, pero dichas peticiones se sustentaron en pruebas que demostraban un supuesto fáctico diferente, en el sentido que la víctima fue accedida carnalmente como consecuencia de unos actos de violencia física y moral a los que resultó sometida por parte del perpetrador.

Tal tesis propuesta por la Defensa, que dio lugar a una de las hipótesis con las que sustentó la alzada, fueron rechazadas por parte del Juzgado de primer nivel, quien adujo que en el presente asunto no tuvo lugar una vulneración del principio de la congruencia, debido a que el fallo se encontraba en consonancia con las pretensiones punitivas de la Fiscalía, quien acusó al Procesado por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y pidió condena por ese reato.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que le asiste razón a los reproches formulados por el recurrente, porque en efecto, desde un ámbito eminentemente factual, no existe duda alguna que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JLPA se cimentó en unas premisas fácticas que no se compadecen ni se corresponden con la realidad factual demostrada por las pruebas allegadas por el Ente Acusador al proceso. Lo que a su vez generó la incongruencia fáctica denunciada por el apelante, porque las pruebas debatidas en el proceso demostraban unos hechos completamente diferentes de aquellos con los cuales se declaró la responsabilidad criminal del acusado.

Para demostrar la anterior hipótesis, se torna necesario tener en cuenta que el principio de congruencia en materia procesal penal, el que se encuentra consagrado en el artículo 448 C.P.P. hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como Debido Proceso, el cual exige que entre la acusación y la sentencia deba existir una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos demostrados en el proceso y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto fáctico-normativos, deben ser los mismos o afines a aquellos por los que en la sentencia se ha declarado la responsabilidad criminal del acriminado. Razón por la cual se ha dicho que la acusación se erige como el límite de la sentencia, la que por regla general no puede desbordarse de los parámetros trazados en el libelo acusatorio.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto ha tenido lugar una especie de divorcio entre los hechos demostrados en el proceso respecto de aquellos en los cuales se erigió la acusación y se profirió el fallo de condena, porque el sustento fáctico, así como la calificación jurídica que al mismo se le dio, se fundamentó en aducir que la menor ofendida había sido víctima de un delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años; lo que a su vez difiere radicalmente de lo demostrado con las pruebas que la Fiscalía allegó al juicio, las cuales demostraban que si bien es cierto que la joven agraviada tenía una edad menor de catorce años, la relación carnal que tuvo con el sátiro no fue consensuada sino producto de unos actos de violencia física y moral a los cuales fue sometida por parte del pedófilo.

Para poder llegar a la anterior conclusión, solo bastaba con analizar las diferentes declaraciones extraprocesales absueltas por la joven “D.P.V.” las cuales son claras y precisas en establecer que la relación carnal que sostuvo con su depravado padre no fue consensuada, ya que opuso resistencia a las pretensiones lujuriosas de su incestuoso ascendiente, quien se valió tanto de la violencia física como la moral para poder acceder carnalmente y así satisfacer su libido con Ella.

Prueba de lo anterior la obtenemos de lo dicho por la menor en todas esas declaraciones extraprocesales, en las que expuso que después que finalizó el ágape que tenía lugar en una finca, salió de ese sitio en compañía de su padre, quien le pidió que la acompañara hacia su residencia para dejar una natilla que habían repartido en la aludida reunión familiar. Pero que una vez que estuvieron en el domicilio del autor de sus días, dicho sujeto empezó a seducirla y a manosearla, pero como Ella expresó su repugnancia ante las pretensiones libidinosas de su padre, ahí fue cuando dicho desnaturalizado personaje procedió a conducirla a la fuerza hacia el interior de una habitación, en donde en contra de su voluntad la desvistió para luego, pese a la resistencia que ofreció, proceder a accederla carnalmente en una cama.

Es más, la agraviada en sus declaraciones también expuso que luego que los hechos se consumaron, su padre le estuvo haciendo reproches porque Ella no se dejó, e igualmente la amenazó con quitarle la ayuda económica que le suministraba en caso que contara lo sucedido.

Para la Sala, del contenido de las atestaciones extraprocesales absueltas por la menor agraviada, de bulto y sin necesidad de hacer un gran esfuerzo intelectual, se desprende que se estaba en presencia de un episodio de ribetes y de connotaciones erótico-sexuales que se cometió mediante el empleo de la violencia física, la cual fue utilizada por el sátiro como medio para poder vencer la resistencia ofrecida por la victima ante su embestida lujuriosa. Por lo que al hacer el correspondiente proceso de adecuación típica de esos hechos jurídicamente relevantes, no existe duda alguna que esos reprochables comportamientos se adecuaban en el delito de acceso carnal violento (artículo 205 C.P.), reato este que se caracteriza por consignar en su modelo descriptivo a la violencia, sea esta física o moral, como el instrumento del que se vale el sujeto agente para doblegar la oposición presentada por el sujeto pasivo, para de esa forma poder satisfacer con ella sus apetencias libidinosas[[12]](#footnote-12).

Pese a que de las atestaciones de la menor “D.P.V.” sin hesitación alguna se desprendía que Ella fue víctima de un delito de acceso carnal violento perpetrado por su depravado e incestuoso padre, con escozor la Sala observa como la Fiscalía, con la connivencia del Juzgado *A quo,* de manera errada calificaron dichos aberrantes hechos en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años (artículo 209 C.P.), reato este que en momento alguno consagra el factor de la violencia como uno de sus elementos o ingredientes esenciales, y más por el contrario se caracteriza por describir una conducta en la el que sujeto pasivo le otorga o le concede su consentimiento al sujeto agente para que pueda satisfacer con ella su lujuria, pero con la connotación consistente en que dicho consentimiento se encuentra viciado por la inmadurez de la víctima.

Respecto a las diferencias habidas entre los antes aludidos delitos, la Corte, de vieja data, ha expuesto lo siguiente:

“Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (art. 303 del Código Penal) la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cuál 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.

En cambio, cuando el menor de catorce (14) años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo…[[13]](#footnote-13)”.

En términos similares, la Doctrina se ha expresado de la siguiente forma:

“Como lo señalamos en el capítulo referente al bien jurídico, los delitos sexuales abusivos se caracterizan por que el sujeto pasivo da un consentimiento a las relaciones sexuales, pero dicho consentimiento se presume, de Derecho, como invalido.

**En ese sentido, no es concebible una conducta en donde concurran consentimiento (propio del delito sexual abusivo) y violencia o intimidación (propio del delito sexual de violación), toda vez que la violencia es una imposición de fuerza con el fin de anular la voluntad del sujeto pasivo**….”[[14]](#footnote-14).

Es de resaltar que a nivel del proceso el yerro en el que incurrió la Fiscalía en la calificación jurídica dada a los hechos con los cuales sustentó la acusación, generó consecuencias aciagas en contra de sus pretensiones punitivas, por cuanto tal inexcusable equivoco resultó siendo la fuente generadora de unas máculas que socavaron las bases estructurales del debido proceso, por lo siguiente:

* En el ámbito fáctico se ocasionó una vulneración del principio de la congruencia, debido a que el Procesado fue condenado por un delito distinto de aquel que supuestamente demostraron las pruebas allegadas al proceso, si tenemos en cuenta que la piedra angular en la que se soportó el juicio de responsabilidad criminal que en el fallo opugnado se pregonó en contra del acusado, radicó en la absoluta y total credibilidad que se le concedió al testimonio de la víctima, del cual se extraía que supuestamente el acriminado se valió de la violencia física para vencer la resistencia que la agraviada le ofreció, para de esa forma poder satisfacer su libido.

Pero extrañamente vemos que, pese a lo anterior, como ya se dijo en párrafos anteriores, el Procesado terminó siendo declarado penalmente responsable por un delito sexual: actos sexuales abusivos con menor de 14 años (artículo 209 C.P.), que es totalmente ajeno al aberrante episodio lujurioso e incestuoso que según los dichos de la víctima el acusado perpetró mediante el empleo de la violencia en contra de la agraviada.

Al estar plenamente demostrado en el proceso la inexcusable inconsonancia fáctica en la que incurrió la Fiscalía en la acusación, para la Sala no existe duda alguna que en últimas todo ello generó una vulneración del debido proceso por conculcarse el principio de la congruencia, pues se reitera que el delito por el cual se declaró la responsabilidad criminal del acusado no se adecuaba típicamente con el contenido de lo que supuestamente demostraron las pruebas debatidas en el juicio, con las cuales se acreditaba la presunta comisión de un delito completamente diferente.

La consecuencia que a nivel del proceso podría generar semejante mácula es que el fallador de instancia, al momento de proferir la sentencia, no podía llegar a ese absoluto grado de conocimiento o de convicción que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio, puesto que en su psiquis existirían varias hipótesis respecto del delito: a) La plasmada en la acusación; b) Lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, en detrimento de lo expuesto en el escrito de acusación.

Tal situación, conspiraría de manera negativa para que en contra del procesado pudiera ser posible proferir un fallo de condena, debido a que de la misma germinaría la semilla de la duda razonable, la que como es bien sabido debe ser capitalizada en favor del acusado, acorde con los postulados del principio del *“in dubio pro reo”*, plasmado en el inciso 4º del artículo 29 C.N. y el artículo 7º C.P.P.

Ahora, de lo acotado en los párrafos precedentes se podría decir que el dislate en el que incurrió la Fiscalía en la acusación, el cual fue acolitado por el Juzgado *A quo* en el fallo opugnado, se encuentra enmendado si se aplica los postulados de denominada teoría de *“la congruencia flexible”,* la cual faculta al fallador de instancia para que la Judicatura pueda condenar por un delito diferente del consignado en la acusación, siempre y cuando dicho reato, desde el ámbito de la punibilidad, sea más beneficioso para los intereses del acusado; o en su defecto se podría acudir a la declaratoria de nulidad del proceso, a fin de enmendar la vulneración del derecho a la defensa y del debido proceso que le asisten al acusado.

Frente a lo anterior, la Sala dirá lo siguiente:

1) Si nos atenemos a lo dicho en los párrafos anteriores, en donde se concluyó que el Procesado por aplicación del principio del *in dubio pro reo* debió ser beneficiario de un fallo absolutorio, debido a que las pruebas con las cuales fue acusado no satisfacían el cumplimiento de los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para que se pudiera proferir en su contra un fallo de condena, tal situación tornaría en inviable la declaratoria de la nulidad del proceso, debido a que la absolución debe primar o prevalecer sobre la declaratoria de nulidad cuando con esta última lo que se busca reestablecer garantías del procesado, como bien lo ha hecho saber la Corte en los siguientes términos:

“No obstante, tal como ha sido indicado por la Sala, la Corte se ha orientado por sostener que de llegarse a presentar tensión entre las alternativas de declarar la ineficacia de lo actuado a consecuencia de encontrar acreditada la configuración de vicios de estructura o de garantía que afectan exclusivamente al procesado, y la de excluirlo de responsabilidad penal, en sede extraordinaria debe resolverse a favor de la opción que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que la del derecho a la absolución por los cargos que le fueron formulados, como finalidad superior perseguida por la garantía fundamental de defensa técnica y material….”[[15]](#footnote-15).

2) Pese a que el delito por el cual se declaró el compromiso penal endilgado al acusado, desde el ámbito de la punibilidad, es mucho más beneficioso para los intereses del procesado que aquel cuya ocurrencia supuestamente se demostró con los medios de conocimiento aducidos al juicio, de todas maneras no se satisfacían los requisitos exigidos para la procedencia de la denominada *teoría de la congruencia laxa o flexible,* la cual habilitaría a la Judicatura para condenar por un delito diferente del consignado en la acusación o por el que verdaderamente se acreditó con los medios de conocimiento aducidos en el juicio, si se tiene en cuenta que acorde con la Corte, para la procedencia de la teoría de marras es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos:

“Según lo ha definido la Sala, es procedente variar la calificación jurídica para condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación, incluso cuando no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, a condición de que la nueva conducta corresponda al mismo género, la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes **y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, siendo la inmutabilidad de los hechos presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa**….”[[16]](#footnote-16).

Y en el caso *subexamine* no se satisface el requisito relacionado con el respeto de la inmutabilidad del núcleo fáctico de la acusación, debido a que los delitos de acto sexual violento y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, pese a que amparan el mismo interés jurídico, como bien se dijo en párrafos anteriores, son reatos que en su estructura típica son completamente diferentes, lo que implica que cuando erróneamente se declare la responsabilidad criminal por uno de ellos, pese a que probatoriamente se demostró la ocurrencia del otro, se esté alterando por mutación el núcleo fáctico de la acusación, como bien aconteció en el presente asunto cuando en la sentencia opugnada se declaró la responsabilidad criminal del Procesado por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años con base en pruebas que demostraban otro acontecer delictivo, lo que generó una mutación del contexto factual respecto de un episodio en el cual se cometió un delito sexual mediante el empleo de la violencia, con la que se doblegó la resistencia de la víctima, hacia otro completamente diferente en el que no tuvo ocurrencia dicha violencia, en atención a que el encuentro erótico-sexual acontecido entre víctima y victimario se llevó a cabo de manera consensuada, pero que el consentimiento de la víctima se encontraba viciado.

En suma, al estar demostrado que en el presente asunto tuvo lugar una flagrante vulneración del debido proceso por haberse conculcado el principio de la congruencia, la consecuencia procesal es que la Fiscalía no podía salir airosa en sus pretensiones punitivas, lo que implicaba que el Procesado, pese a lo aberrante de lo acontecido, tenía que ser absuelto de los erróneos cargos por los cuales fue llamado a juicio criminal.

**- Conclusiones:**

De lo dicho a lo largo y ancho del presente provisto, la Sala es de la opinión que parcialmente le asiste la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra de la sentencia confutada, porque en efecto el fallo confutado es desconocedor del debido proceso como consecuencia de haberse vulnerado el principio de la congruencia. A lo que se le debe sumar que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado JLPA se sustentó exclusivamente con base en una prueba de referencia única, lo cual contrariaba las prohibiciones que en tal sentido se encuentran consignadas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P.

Siendo así las cosas, la Sala revocará el fallo confutado, para en su lugar absolver al Procesado JLPA de los cargos por los cuales fue llamado a juicio y se pregonó su compromiso penal. Asimismo, como quiera que en la actualidad en el fallo opugnado se libraron unas ordenes de captura en contra del Procesado, como consecuencia de lo resuelto y decidido, se ordenara por Secretaría la inmediata cancelación de dichas ordenes de captura.

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 en las calendas del nueve (9) de Febrero de 2.015 por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso que se le siguió al ciudadano JLPA, quien fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión del reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior se absolverá al Procesado JLPA de los cargos por los cuales en el presente asunto fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

**TERCERO:** Ordenar la inmediata cancelación de las ordenes de captura que en el fallo de primer nivel fueron libradas en contra de JLPA.

**CUARTO:** Declarar que contra de la presente decisión 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**

*Con aclaración de voto*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Corte Constitucional: Sentencia # T-117 del de marzo de 2013. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-1)
2. En las ciencias de la salud, dicha obligación es una consecuencia del derecho que tienen los pacientes a la información. [↑](#footnote-ref-2)
3. Es de anotar que el Dr. JAIRO ROBLEDO VÉLEZ, adujo que la víctima, como consecuencia de lo acontecido, presentaba una afectación psicológica; lo que al parecer fue refutado por el Dr. JAIRO SÁNCHEZ GRAJALES, quien expuso que no podía afirmar que la joven haya sido abusada sexualmente. [↑](#footnote-ref-3)
4. ARTÍCULO 2º DE LOS PRINCIPIOS GENERALES. Los psicólogos que ejerzan su profesión en Colombia se regirán por los siguientes principios universales:

   5. Confidencialidad. Los psicólogos tienen una obligación básica respecto a la confidencialidad de la información obtenida de las personas en el desarrollo de su trabajo como psicólogos. Revelarán tal información a los demás solo con el consentimiento de la persona o del representante legal de la persona, excepto en aquellas circunstancias particulares en que no hacerlo llevaría a un evidente daño a la persona u a otros. Los psicólogos informarán a sus usuarios de las limitaciones legales de la confidencialidad. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del siete (7) de marzo de 2.002. Proceso # 14043. M. P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver entre otras: Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del 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-7)
8. Teoría que ha sido desarrollada, entre otras, en las siguientes decisiones: Providencia del 4 de junio de 2013. Rad. # 40893; Sentencia del 4 de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. 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-10)
11. Aunque, pese a la existencia del principio de la libertad probatoria, habría sido mejor que la Defensa allegara las pruebas documentales provenientes de la organización electoral, con las cuales podía demostrar con mayor solvencia probatoria que el Procesado, para el año 2.001, se había inscrito por un partido político como aspirante a una curul del ayuntamiento municipal de Marsella. [↑](#footnote-ref-11)
12. En tal sentido se puede consultar, lo que en términos similares, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 del 2008. Rad. # 20413 y en la Sentencia del 10 de agosto de 2.016. AP5148-2016. Rad. # 35714. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de marzo de 1.988. Rad. # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-13)
14. MONTOYA VACADIEZ, DIEGO MAURICIO: El delito sexual abusivo con menor de catorce años en el ordenamiento colombiano. *Derecho Penal Contemporáneo*. *Revista internacional # 67. Abril-Junio 2.019*. Página # 171. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de octubre de 2.013. Rad. # 32983. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 22 de agosto de 2.018. SP3580-2018. Rad. # 46227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-16)