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: ACTO SEXUAL ABUSIVO / PRUEBA DE REFERENCIA / DEFINICIÓN / DECLARACIÓN RENDIDA FUERA DEL JUICIO ORAL / CALOR PROBATORIO / PRECARIO / PRUEBA DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA / SIRVE PARA DARLE CREDIBILIDAD.**

… 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 o refutar 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…

… 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 CSJ, 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…”

**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 #101

Pereira, once (11) de febrero dos mil veintidós (2.022).

Hora: 2:40 p.m.

Procesado: JAGO

Delito: Acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

Radicación # 66001-600-00-36-2016-01711-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

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

Temas: Prueba de referencia como requisito para poder proferir un fallo condenatorio. Corroboración de la prueba de referencia. Requisitos que debe cumplir un dictamen pericial psicológico en el tema de la coherencia interna y externa.

Decisión: Revoca el fallo opugnado y se absuelve al procesado de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**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 en las calendas del cinco (5) de abril de 2.019 por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso que se surtió en contra del procesado JAGO, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo escueto y lacónicamente consignado por la Fiscalía en el libelo acusatorio, se dice que el ciudadano JAGO, a partir del año 2.013, de manera reiterada y consuetudinaria, comenzó a abusar sexualmente de su menor hija *“M.S.A.G.”* hasta cuando la infanta cumplió la edad de 10 años en el año 2.016.

Los abusos acaecieron en las diferentes residencias en la cuales el Sr. JAGO habitó con la menor *“M.S.A.G.”* durante el tiempo que sostuvo una relación sentimental con la madre de la niña, o sea la Sra. MLNP, con quienes convivía.

Del libelo acusatorio se extracta que el Sr. JAGO, para saciar su libido con su menor hija “M.S.A.G.”, sacaba provecho de las ocasiones en las que ambos se encontraban a solas, para de esa forma proceder a: desnudarla, manosearle sus partes pudendas, besuquearla, introducirle los dedos en la vagina, pasarle el asta viril por los genitales, y exhibirle videos de explícito contenido pornográfico.

Al parecer, lo acontecido salió a la luz pública como consecuencia de que la Sra. MLNP, con el devenir del tiempo, se percató que la niña *“M.S.A.G.”* le profesaba cierto aborrecimiento al Sr. JAGO, y al indagarla del porqué de esa aversión hacia el autor de sus días, la menor decidió romper su silencio y contarle todo lo que le estaba sucediendo con el lascivo sátiro de su padre.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo ante el Juzgado 1º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, el 09 de agosto de 2.017, mediante las cuales: a) Al entonces indiciado JAGO se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo; c) Al procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. El escrito de acusación data del 14 de septiembre del 2.017, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 26 de octubre de esa anualidad se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía acusó a JAGO como presunto autor los delitos de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo-sucesivo, tipificados en los artículos 208, 209 y 211, # 2º y 7º, del Código Penal.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 21 de febrero de 2.018, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró el día 18 de febrero de 2.019. Una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones, se emitió el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente, el 05 abril de 2.019 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 por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del cinco (5) de abril de 2.019, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JAGO por incurrir en la comisión de los delitos de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo-sucesivo.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado en contra del procesado JAGO, dicho ciudadano fue condenado a purgar una pena de 322 meses de prisión, y por el monto de las penas impuestas y la naturaleza de los delitos por los que fue declarado penalmente el responsable, al procesado de marras no se le reconoció el disfrute de subrogados ni de sustitutos penales.

Los argumentos invocados por el Juzgado de primer nivel para poder declarar penalmente responsable al procesado JAGO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, básicamente se fundamentaron en aducir que de las pruebas debatidas en el proceso se satisfacían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para proceder de esa forma.

En tal sentido, el Juzgado *A quo* expuso lo siguiente:

* Con las estipulaciones probatorias se demostró la identidad y edad de la víctima, así como de los vínculos de consanguinidad que la liaban con el procesado.
* Al proceso se allegó como prueba de referencia admisible una entrevista rendida ante la Policía Judicial el 22 de abril de 2.016 por la menor “M.S.A.G.”. Esa entrevista se introdujo al proceso a fin de evitar la revictimización de la ofendida, como bien lo aconsejaron los médicos que la trataban.

En esa entrevista, la menor declaró sobre los reiterados abusos y atropellos sexuales a los que, desde el año 2.013, venia siendo sometida por parte de su padre, o sea el ahora procesado JAGO, las veces en las que ambos se encontraban a solas.

* Lo declarado por la menor “M.S.A.G.” en la entrevista que ingresó al proceso como prueba de referencia, se encuentra corroborado de manera periférica por: a) Lo que la ofendida le dijo a la perito JANETH FRANCO RIVERA, cuando está ultima le practicó un examen sexológico; b) El testimonio de la psicóloga CAROLINA JARAMILLO TORO, quien adveró que pese a las debilidades que afloraba en su coherencia interna el relato de la ofendida, este, desde el ámbito de la coherencia externa, debía ser considerado como lógico y coherente; c) La historia clínica del hospital mental de Risaralda (*Homeris)*, en la cual se habla de una paciente que padece de un *stress* postraumático, y que presentaba síntomas depresivos secundarios; c) Los testimonios absueltos por las Sras. MLNP; SANDRA MILENA VERA NIETO y MARTHA LUCIA GIRALDO LÓPEZ, quienes adveraron sobre el estado de tristeza, temor, soledad, introversión, mutismos y abatimiento que aquejaba a la niña “M.S.A.G.”, quien evitaba y esquivaba el estar con su padre.
* La no existencia de pruebas que demostraran que la menor “M.S.A.G.” mintió en todo aquello que dijo en contra de su padre, o que Ella haya sido inducida por parte de su progenitora para que procedería de semejante manera.

En lo que tiene que ver con la tasación de la pena de prisión que le fue impuesta al procesado como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal, o sea la pena de 322 meses de prisión, el Juzgado de primer aplicó los siguientes criterios: a) Se tomó como delito base el del acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años, por ser el de mayor gravedad, y se partió del primer cuarto de punibilidad; b) Al momento de individualizar la pena por ese reato, como consecuencia de los graves daños psicológicos causados a la víctima, sumado a que se estaba en presencia de un concurso homogéneo de delitos, se decidió no partir de la pena mínima, o sea la de 192, sino que ese mínimo se incrementó en 70 meses más, para de esa forma arrojar una pena de 262 meses de prisión; c) Como delito acompañante se tuvo el de actos sexuales con menor de 14 años, el cual, en lo que tenía que ver con el aumento de hasta otro tanto, se taso en 60 meses de prisión.

**LA ALZADA:**

Las inconformidades expresadas por la Defensa en contra de lo resuelto y decidido por el Juzgado de primer nivel, se encuentran circunscritas en dos frentes: a) El denunciar la valoración del acervo probatorio; b) El cuestionar la dosificación de las penas.

En lo que tiene que ver con las criticas que la apelante efectuó en contra de la apreciación que el Juzgado de primer nivel efectuó del acervo probatorio, la recurrente adujo que las pruebas debatidas en el juicio no arrojaban suficiente certeza para que en contra del procesado pudiera ser factible el poder proferir una sentencia condenatoria, y por ende JAGO debió haber sido absuelto de los cargos por los que resultó llamado a juicio.

Para poder demostrar la tesis de su discrepancia, la apelante expuso que el fallo opugnado se fundamentó en las afirmaciones y demás señalamientos que la menor “M.S.A.G.” efectuó en contra del procesado, que fueron corroboradas por lo que en el juicio atestó su madre, o sea la Sra. MLNP, y otras terceras personas.

Pero, expuso la recurrente, que existían razones para dudar de lo dicho por la Sra. MLNP, como consecuencia de las mendacidades en las que incurrió, lo que indicaba que todo fue producto de un montaje urdido con la finalidad de deshacerse del procesado, con quien Ella sostenía una relación conyugal; sumado a la actitud contradictoria que Ella asumió cuando se enteró de los supuestos atropellos sexuales que el procesado había cometido en contra de su hija, porque no hizo nada de lo que le correspondía, lo cual no era otra cosa diferente que la expulsar al acriminado del hogar conyugal y ponerlo en evidencia, ni ahondó en motivos para averiguar sobre las razones que ocasionaron el estado de depresión que aquejaba a la menor. Pero no hizo nada al respecto, ya que siguió conviviendo con JAGO como si nada hubiera sucedido, y extrañamente cuando ya no quería convivir con el procesado, como consecuencia de las supuestas infidelidades y de los presuntos malos tratos que le profería, ahí sí decidió proceder a impetrar la correspondiente denuncia en su contra.

Igualmente, expuso la recurrente que lo atestado tanto por la testigo MLNP como por otras personas que comparecieron al juicio, respecto a la aversión que la menor le profesaba a su padre, es contrariada por lo que MLN declaró en una entrevista el 21 de abril de 2.016, en la cual expuso que la niña era muy apegada a su padre, tanto es así que cuando él quería irse de la casa ella se ponía a llorar.

De igual manera, aseveró la recurrente que en el proceso no existían pruebas de los supuestos vejámenes y abusos sexuales a los que presuntamente la niña era sometida por parte del procesado, ya que no se probó que la infante haya sido accedida carnalmente, como bien se desprende de lo atestado por la perito JANETH FRANCO RIVERA en el examen sexológico practicado a la menor agraviada. Además, el hallazgo de pornografía en un computador, resultó ser muy conveniente porque ese dispositivo solo vino a aparecer en la casa de la denunciante mucho tiempo después de que él procesado fue capturado por las autoridades, sumado a que la menor ofendida había declarado que el procesado dizque le exhibía material pornográfico desde un teléfono celular y no desde un computador.

Por otra parte, en lo que tenía que ver con el testimonio de la Sra. SANDRA MILENA VERA NIETO, la apelante adujo que todo lo dicho por la testigo debía ser considerado como amañado y con un interés para perjudicar al procesado, porque guardó un mutismo y no dijo nada cuando se dio cuenta de los cambios comportamentales que presentaba su hermanita y de las cosas que le hicieron pensar mal del Sr. JAGO.

En lo que correspondía con lo declarado por la perito JANETH FRANCO RIVERA, la recurrente expuso que en el fallo opugnado no se tuvieron en cuenta las contradicciones en las que incurrieron la menor “M.S.A.G.” y la Sra. MLNP en lo que tenía que ver con la ocurrencia de los hechos, por cuanto inicialmente se dijo a la perito que los hechos sucedieron cuando la niña estaba en la edad de los siete u ocho años, pero después se adujo que esos hechos lúbricos databan desde cuando la menor tenía cuatro años.

Asimismo, expuso la recurrente que no se apreció de manera correcta la declaración de la psicóloga CAROLINA JARAMILLO TORO, quien, como consecuencia de la debilidad habida en la estructura interna del relato de la víctima, concluyó sobre: a) La menor credibilidad que ameritaría lo declarado por la niña “M.S.A.G.”, quien en su declaración no brindó detalles puntuales de lo acontecido, siendo lo único que hizo fue dar una escasa información; b) Que la menor mentía como consecuencia de las falencias que aquejaban sus dichos, en especial lo que callaba y su negativa de expresarse.

De igual manera, la recurrente, de manera subsidiaria, cuestionó la dosificación de las penas impuestas en el fallo confutado al procesado, las cuales consideró como incorrectas por lo siguiente:

* Las penas se tasaron con base en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pese a que en el proceso se demostró que ese tal acceso carnal no tuvo ocurrencia, y que lo que pudo tener lugar fue un acto sexual, porque, acorde con lo conceptuado por la perito JANETH FRANCO RIVERA, la menor presentada un himen festoneado no elástico sin lesiones antiguas o recientes.
* No existía razón valedera alguna para que el mínimo de la pena del delito base fuese incrementada en 70 meses, porque el estrés postraumático que aquejaba a la víctima en parte era una consecuencia de la ocurrencia del delito, y en parte porque también fue ocasionado por el descuido de la madre de la menor agraviada, quien no hizo nada para afrontar esa situación. A lo que se le debía sumar que existían serias dudas sobre la reiteración del comportamiento lujurioso del procesado en contra de la víctima.
* Es excesivo el incremento de 60 meses adicionales que se le efectuó a la pena básica por presentarse el concurso heterogéneo, porque los incrementos punitivos hechos por el delito concursante sobrepasaban la mitad de la pena del delito base.

**LA RÉPLICA:**

Al ejercer el derecho de réplica, el representante del Ministerio Público se opuso a las pretensiones de la apelante, y por ende solicitó la confirmación del fallo condenatorio opugnado, ya que al efectuar un análisis de las pruebas debatidas en el proceso, estas conducían para que se llegara a ese necesario grado de conocimiento, más allá de toda duda razonable, para que en contra del procesado se pudiera dictar una sentencia condenatoria.

En tal sentido, el no recurrente expuso lo siguiente:

* El testimonio de la menor ingresó válidamente al proceso como prueba de referencia admisible, como consecuencia de recomendaciones médicas que aconsejaban evitar la revictimización de la menor en el momento en el que fuera a declarar sobre lo que le había sucedido con su padre.
* La declaración de la menor encuentra respaldo en las demás pruebas habidas en el proceso, en especial: a) El testimonio de la perito CAROLINA JARAMILLO TORO; b) Los testimonios de MLNP; SANDRA MILENA VERA NIETO y MARTHA LUCIA GIRALDO LÓPEZ, quienes adveraron sobre el estado anímico que aquejaba a la niña y el repudio que profesaba ante la compañía de su padre.
* Pesa a que la psicóloga CAROLINA JARAMILLO TORO conceptuó que el relato de la víctima adolecía de una coherencia interna débil, de igual manera se debía de tener en cuenta que ello no se podía considerar como indicio de mendacidad, porque tal falta de coherencia interna pudo suceder: a) Como consecuencia del tiempo transcurrido entre los hechos y cuando la menor declaró; b) Como actos defensivos de disuasión de un evento traumático.

**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.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de la recurrente, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

¿Incurrió el Juzgado de primer nivel en yerros al momento de la valoración del acervo probatorio que le impidieron darse cuenta que las pruebas debatidas en el proceso no cumplian con los requisitos exigidos por parte del artículo 381 C.P.P. para que en contra del procesado JAGO se pudiera dictar una sentencia condenatoria?

¿Fueron tasadas de manera correcta las penas principales impuestas en contra del procesado JAGO como consecuencia de la declaratoria de su compromiso penal?

**- Solución:**

El eje central de la controversia formulada por la recurrente en contra de lo resuelto y decidido por parte del Juzgado de primer nivel en el fallo opugnado, gira en torno a determinar sí el Juzgado *A quo* incurrió o no en yerros de valoración probatoria al momento de la apreciación del acervo probatorio.

En tal sentido, en el fallo confutado se adujo que con los medios probatorios en el juicio, entre ellos lo declarado en una entrevista absuelta por la menor “M.S.A.G.”, que ingresó al proceso como prueba de referencia admisible, lo cual se encontraba corroborado por varias de las pruebas debatidas en el juicio, se satisfacía el cumplimiento de los requisitos requeridos por parte del artículo 381 C.P.P. para que fuera posible el poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado JAGO acorde con los cargos por los que fue llamado a juicio.

Tal hipótesis ha sido refutada por la Defensa en la alzada, al proponer la tesis consistente en que en el proceso solamente existían pruebas de dudosa credibilidad, las cuales no fueron valoradas en debida forma por parte del Juzgado de primer nivel, lo que impedía para que en contra del procesado JAGO pudiera ser posible el proferir una sentencia condenatoria.

A fin de determinar a quien le asiste la razón en la anterior controversia, la Sala procederá a efectuar un análisis de las pruebas habidas en el proceso, del cual, a grosso modo, se tiene que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en el fallo opugnado en contra del procesado JAGO se cimentó en la total y absoluta credibilidad que el Juzgado de primera instancia le concedió a una entrevista absuelta por la menor “M.S.A.G.”, que ingresó al proceso como prueba de referencia admisible, la que, en sentir del Juzgado *A quo*, se encontraba corroborada periféricamente por las demás pruebas debatidas en el juicio.

En tal sentido en un principio se dirá por parte de la Sala que no existe duda alguna sobre la admisibilidad como prueba de referencia de la entrevista absuelta ante la policía judicial, el 22 de abril de 2.016, por parte de la menor *“M.S.A.G.”*, por cuanto nos encontramos en presencia de la hipótesis contemplada en el ordinal *e* del artículo 438 C.P.P. que permite la admisión excepcional de ese tipo de pruebas en aquellos eventos en los que las víctimas de un delito en contra de la libertad, integridad y formación sexual sea menor de dieciocho años. Sumado a que con el propósito de evitar la revictimización de la menor ofendida, por consejo médico, se permitió que al proceso ingresara la aludida entrevista absuelta por la agraviada ante la policía judicial.

De igual manera, considera la Colegiatura, contrario a lo aducido por el Juzgado de primer nivel, que lo declarado por la menor *“M.S.A.G.”* en la aludida entrevista, que ingresó al proceso como prueba de referencia admisible, no se encuentra corroborado periféricamente, ni siquiera indiciariamente, por las pruebas debatidas en el juicio, y en consecuencia válidamente se podría concluir que la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado *A quo* en contra del procesado JAGO prácticamente se sustentó en una prueba de referencia, lo que contrariaría las prohibiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. las que son del siguiente tenor: *«La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia…».*

Para demostrar la anterior hipótesis, necesariamente se debe de tener en cuenta 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 o refutar 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[[1]](#footnote-1), 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 única y exclusivamente en pruebas de referencia.

Pero, pese a lo hasta ahora dicho, la Sala no puede desconocer, como bien lo ha establecido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ)[[2]](#footnote-2), 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 CSJ[[3]](#footnote-3), 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….”[[4]](#footnote-4).

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, tenemos, como ya se dijo en párrafos anteriores, que al proceso se incorporó como prueba de referencia admisible una entrevista que la menor “M.S.A.G.” absolvió el 22 de abril de 2.016 ante la policía judicial.

En dicha declaración extraprocesal la agraviada expuso lo siguiente:

* Los hechos libidinosos comenzaron a tener lugar desde el año 2.013, cuando ella tenía unos siete años de edad, y concluyeron en marzo de 2.016 cuando contaba diez años de edad.
* Los abusos tenían lugar después de que Ella regresaba del Colegio, y cuando ambos se encontraban a solas, ya que para esas horas la mamá estaba en el trabajo. En esas ocasiones el procesado la ingresaba a su habitación en donde la desnudaba, le manoseaba sus partes pudendas, la besuqueaba, le introducia los dedos en la vagina, le pasaba el asta viril por los genitales y las nalgas, y le exhibía, desde un teléfono móvil-celular, vídeos de contenido pornográfico.
* Guardó mutismo de lo acontecido porque su padre la tenía amenazada con azotarla, pero decidió romper su silencio por la rabia que sentía y porque no quería seguir conviviendo con Él ya que no se sentía bien por lo que le hacía.

Ahora, a fin de determinar sí lo declarado de manera extraprocesal por la ofendida se encuentra o no corroborado periféricamente por el resto del acervo probatorio, la Sala procederá a analizar el resto del acervo probatorio habido en el proceso.

De las pruebas debatidas en el proceso se tiene lo siguiente:

* La Sra. MLNP adveró que en el período comprendido entre los años 2.006 al 2.015 sostuvo una relación marital con el ahora procesado JAGO, la cual terminó como consecuencia de que JAGO le era infiel y se había vuelto muy agresivo. Pese a ello, expuso la testigo que ambos siguieron conviviendo en el mismo inmueble ya que él no quería irse de la casa, pero que permanecían en habitaciones diferentes.

Asimismo la testigo expuso que de esa relación procrearon a la niña “M.S.A.G.”, la cual desde que tenía como unos cinco años de edad permanecía callada, no hablaba con nadie y se mantenía a solas. Razón por la que fue atendida por el psicólogo del colegio al que asistía, y luego la empezaron a tratar en el “*Homeris”*.

Declaró la testigo que su hija, cuando tenía unos diez años, le había expresado cierta aversión que le profesaba al papá ya que no quería quedarse con él, tanto es así que un 10 de marzo de 2.016 Ella le dijo que quería que su padre se fuera de la casa, porque él era muy agresivo y vulgar, debido a que le gustaba andar por la casa en ropa interior; y como quiera que con el paso de los días la menor no quería ir al colegio, decidió hablar con Ella, lo que sucedió el 15 de marzo de 2.016, para ver que le sucedía, y ahí fue cuando la niña le contó todos los abusos sexuales que su padre le hacía, que Ella tenía siete años de edad, cuando ambos se encontraban a solas.

Tal situación suscitó para que el 22 de marzo de 2.016 procediera a mudarse del sitio en donde convivía con JAGO, y decidiera, el 23 de marzo de esa misma anualidad, denunciarlo penalmente por lo que le hizo a la niña.

La testigo también expuso que el procesado, como ropa, solía comprarle a la niña *tops* y *shorts*, y que cuando la veía la cargaba, le tocaba las piernas y le hacía cosquillas en el estómago y el cuello, hasta cuando Ella los separaba.

Finalmente, la testigo adveró que a raíz de lo acontecido la menor empezó a recibir atención médica en el *“Homeris”*, y que en la actualidad se encuentra medicada como consecuencia del trauma que la aqueja.

* La testigo SANDRA MILENA VERA NIETO, declaró que cuando tenía dieciséis años de edad convivio por el lapso de dos años con la Sra. MLN, quien es su madre, y el Sr. JAGO. Igualmente, la testigo adveró que sostuvo una relación distante con JAGO, porque no le gustaba la relación que él sostenía con su señora madre, pero que él se comportaba dentro de lo normal con ella, o sea con la Sra. MLN.

En lo que tenía que ver con la niña “M.S.A.G.”, la testigo expuso que no vio nada físico entre la niña y el Sr. JAGO, pero que desde cuando la niña tenía como unos ocho años se percató de unos cambios que tuvo la infante que no le gustaron, ya que empezó a ser tímida, no habla con nadie, se comía las uñas, y no le iba bien en el colegio.

Después de que se fue de la casa de su madre, la testigo declaró que visitaba con frecuencia a su hermanita y en esas visitas la sacaba a pasear, cuando de repente el Sr. JAGO le limitó a su hermana los permisos para que paseara con ella, bajo el argumento consistente en que estaba castigada o que tenía tareas pendientes por hacer del colegio.

Finalmente, respecto de lo eventos lúbricos, la testigo expuso que se enteró de ellos por boca de su madre, y que se ha abstenido de preguntarle a su hermanita sobre lo sucedido a fin de evitar revictimizarla.

* La testigo MARTHA LUCÍA GIRALDO LÓPEZ, expuso ser amiga de la Sra. MLN, y que en tal sentido, para el año 2.015, se encargaba de ir a buscar a la niña “M.S.A.G.” cuando salía del Colegio a eso de las 12:00 horas, y la cuidaba en su casa hasta cuando sus padres la iban a buscar a eso de las 17:00 o las 18:00 horas.

Igualmente declaró la testigo que la menor era muy callada y nerviosa, y que en algunas ocasiones le expresó que no se quería ir para su casa con su padre, pero que nunca le expresó el porqué.

* La perito JANETH FRANCO RIVERA, en su calidad de médico forense, expuso que le practicó un examen sexológico a la menor “M.S.A.G.”, el cual arrojó como resultado la presencia de un himen festoneado integro no elástico, sin lesiones recientes ni antiguas.

De igual manera, la perito adveró que como consecuencia del relato que le expresó la víctima, se estaba en presencia de una hipótesis de penetración vestibular con el pene con eyaculación vulvar.

* La psicóloga CAROLINA JARAMILLO TORO, después de analizar a la menor “M.S.A.G.”, de la cual pudo percibir que la aqueja un estado de ansiedad, expuso que su relato no podría ser considerado como espontáneo porque no ofreció detalles puntuales ni mayor información sobre lo acontecido, lo cual generaba una debilidad que afectaba la estructura interna de la coherencia del relato; pero, pese a ello, la perito conceptuó que había una lógica en la ocurrencia de los hechos y una coherencia externa que soportaba todo lo dicho por la menor.

Sobre las razones que incidieron para que la coherencia interna de lo que la menor le dijo a la perito debía ser considerada como débil en su estructura interna, la experta expuso que ello se podría deber a: los antecedentes de la menor; los conflictos familiares; el tiempo transcurrido desde los hechos; las necesidades de la no revictimización; las versiones que han podido irse mezclando con la influencia de lo ambiental; una reacción defensiva para disuadir un evento traumático, y que no este diciendo la verdad.

Ahora, al apreciar de manera integral y sistemática las anteriores pruebas, se tiene lo siguiente:

* A las testigos MLNP; SANDRA MILENA VERA NIETO y MARTHA LUCIA GIRALDO LÓPEZ, no les consta nada de lo acontecido. Así tenemos que la testigo MLNP lo único que hizo es contar sobre lo que le escuchó a su hija decir respecto de las atrocidades y aberraciones que su padre le hacía cuando ambos se encontraban a solas. A su vez la testigo SANDRA MILENA VERA NIETO procedió a replicar lo que le oyó decir a su madre sobre lo acontecido con su hermanita, pero, a fin de evitar revictimizar a su fraterna, se ha abstenido de pedirle que le cuente sobre lo que le hacía su padre.

Lo único que se tiene por probado con las atestaciones de las Sras. MLNP; SANDRA MILENA VERA NIETO y MARTHA LUCIA GIRALDO LÓPEZ es sobre los estados anímicos que aquejaban a la menor “M.S.A.G.”, de lo que se tiene que se trataba que era una infante poco sociable que no hablaba con nadie, callada, introvertida, circunspecta y tímida.

De igual manera, con los testimonios absueltos por las Sras. MLNP y MARTHA LUCÍA GIRALDO LÓPEZ, se demostró la existencia de cierta repulsión o de aversión que sentía la menor para estar en compañía de su padre.

Para la Sala, pese a estar demostrado los estados anímicos que aquejaban a la menor “M.S.A.G.” y los sentimientos de antipatía que Ella le prodigaba al procesado, de igual forma creemos que tales estados y sentimientos no necesariamente podrían tener su fuente ni estar asociados con los supuestos abusos sexuales que le prodigaba el procesado, porque los mismos podrían tener su génesis en otras causas diferentes a las del abuso sexual, entre las cuales bien podría descollar una especie de conflicto conyugal habido entre el procesado JAGO y la Sra. MLNP.

Decimos lo anterior por cuanto:

* No existe prueba alguna en el proceso que demuestre de manera indubitable que los estados anímicos que agobiaban a la menor tenían su fuente en un evento traumático de esas características y connotaciones. Tanto es así que sobre ese tópico la perito CAROLINA JARAMILLO TORO, al expresar su opinión experta, no dijo nada al respecto.
* Pese a ser cierto que en el proceso se allegó una historia clínica de la menor “M.S.A.G.” expedida por el *“Homeris”*, en la que se dice que se encuentra afectada de un *trastorno por un estrés postraumático”*, de igual manera no se puede ignorar que esa prueba documental es irrelevante e inocua porque en momento alguno fue descubierta ni deprecada por la Fiscalía en los estadios procesales que le concernían, y solamente se trajo al juicio con el único fin de justificar el por qué la ofendida no podía comparecer a rendir testimonio, para de esa forma evitar su revictimización.
* De lo declarado por la Sra. MLNP, se extrae que Ella sostenía un conflicto conyugal con el Sr. JAGO, en el sentido que Ella quería que JAGO se fuera del hogar marital, en tanto que Él no quería hacerlo. De igual manera, de lo atestado por MLN, también se desprende que su hija “M.S.A.G.” dizque era partidaria de que el Sr. JAGO se fuera de la casa. Pero es de anotar que pese a lo dicho por ella, al momento del contrainterrogatorio asumió una posición contradictoria ya que adujo que las veces en las que su entonces marido pretendía irse de la casa la niña se ponía a llorar, lo cual le daba mucho pesar.
* Según lo adverado por la Sra. MLNP, se tiene que su hija “M.S.A.G.” le contó que entre las razones por las cuales la niña le profesaba cierta antipatía a su padre, se encontraban las consistentes en que dicho fulano era muy agresivo y vulgar, debido a que le gustaba andar por la casa en ropa interior.
* La opinión dada por la perito JANETH FRANCO RIVERA, en su calidad de médico forense, frente al escenario del abuso sexual, no le aporta nada de gran relevancia para el proceso en lo que atañe con los hallazgos que encontró en la víctima, de lo cual se dice que la ofendida presentaba un himen festoneado integro no elástico, sin lesiones recientes ni antiguas.

De igual manera, se debe considerar como prueba de referencia todo aquello sobre lo que la perito hizo mención de lo que la ofendida le narró respecto de los hechos lujuriosos perpetrados en su contra por su padre, los que se encuentran consignados en la anamnesis del informe base de la opinión pericial.

Decimos lo anterior porque 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. Por lo tanto, sin desconocer que la información que *“el paciente”* le brinda 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 una prueba de referencia, en atención a que por intermedio del perito médico se está incorporando al proceso una declaración extraprocesal que fue rendida por la menor agraviada por fuera del juicio oral, frente a la cual la Defensa, como bien se sabe, 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….”[[5]](#footnote-5).

En suma, lo consignado en la anamnesis del informe pericial sexológico rendido por la experta JANETH FRANCO RIVERA debe ser considerado como una prueba de referencia que poco o nada corroboraría periféricamente lo que la ofendida declaró en una entrevista que fue introducida al proceso como prueba de referencia admisible.

* La perito CAROLINA JARAMILLO TORO conceptuó que se debía considerar como débil la coherencia interna del relato que le escuchó a la menor “M.S.A.G.”, porque no le ofreció detalles puntuales ni una mayor información sobre lo acontecido.

Es de resaltar que es deber del perito psicólogo o del psiquiatra forense, al emitir su opinión experta, el analizar el relato del “paciente” desde una doble óptica que comprendería tanto su coherencia interna como su coherencia externa. La coherencia interna se obtiene a partir de un relato fluido, hilado e hilvanado, sin que de su contenido se avizoren graves contradicciones e inconsistencias que tornen en verosímil la declaración; mientras que la externa está relacionada con la existencia de datos objetivos que apalanquen la verosimilitud del relato.

De igual manera, la perito, de manera especulativa[[6]](#footnote-6), expuso que las razones que pudieron incidir para que se considerada como débil la coherencia interna del relato de la víctima, podrían deberse a: los antecedentes de la menor; los conflictos familiares; el tiempo transcurrido desde los hechos; las necesidades de la no revictimización; las versiones que han podido irse mezclando con la influencia de lo ambiental; una reacción defensiva para disuadir un evento traumático, y que no esté diciendo la verdad.

Para la Sala, lo conceptuado por la perito CAROLINA JARAMILLO podría repercutir de manera negativa en la credibilidad que ameritarían las declaraciones extraprocesales absueltas por la menor “M.S.A.G.”, que se introdujeron al proceso como prueba de referencia admisible, porque si la versión de la agraviada adolecía de máculas que aquejaban su coherencia interna, es claro que le era imposible al perito el poder expresar su opinión experta respecto de: a) Sí se estaba o no en presencia de un relato que podría ser considerado como racional o verosímil; b) Las causas que pudieron ocasionar los malestares emocionales que agobiaban a la ofendida.

Lo anterior se tornaba aun más grave porque la perito no supo explicar satisfactoriamente las razones o motivos que incidieron en la falta de coherencia interna que aquejaba el relato absuelto por la víctima, tanto es así que ofreció una serie de múltiples explicaciones entre las cuales, entre otras, se encontraba la mendacidad.

Ahora bien, la Sala no puede desconocer que la perito dictaminó que el relato de la ofendida tenía coherencia externa, pero es de anotar que para llegar a la anterior conclusión, la perito se fundamentó no en lo que la agraviada le contó a ella, sino en las declaraciones previas que la ofendida le había rendido a otras autoridades, entre ellas, a la médica forense JANETH FRANCO RIVERA. Tal situación le hace inferir a esta Colegiatura que ello no tiene ninguna incidencia frente a la credibilidad o no que ameritaría el relato dado por la menor a la médica adscrita al INMLCF, máxime cuando en párrafos anteriores se dijo que ese relato por hacer parte de la anamnesis del dictamen pericial debía ser considerado como prueba de referencia.

De lo antes expuesto, la Sala válidamente puede colegir que las pruebas debatidas en el proceso carecían tanto de la solvencia como del poder suasorio que se requería para corroborar de manera periférica todo aquello que la menor “M.S.A.G.” dijo en una entrevista, que ingresó al proceso como prueba de referencia admisible, respecto de los abusos sexuales que le hacia el procesado JAGO.

Por lo tanto, estamos en un típico caso de orfandad probatoria, que generaría un maremágnum de dudas e incertidumbres en contra del compromiso penal endilgado en contra del acriminado, ya que la única prueba que podría comprometer la responsabilidad penal del procesado se trataba de una prueba de escaso poder suasorio por no haber superado los cedazos de la inmediación, de la contracción y de la confrontación.

Siendo así las cosas, para la Sala no existe duda alguna que en el presente asunto no era factible el poder dictar un fallo de condena por cuanto, en manifiesta contradicción de las prohibiciones consagradas en el inciso 2º del articulo 381 C.P.P. el fallo opugnado básicamente fundamentó el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del procesado JAGO en una prueba de referencia admisible, como lo fue la entrevista absuelta por la menor “M.S.A.G.”, la cual, de contera, en momento alguno se encontraban corroboradas por ninguna de las prueba allegadas al proceso.

En ese orden de ideas, al no cumplir las pruebas debatidas en el juicio los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para que se pudiera proferir una sentencia condenatoria, por cuanto de las mismas solo manaban dudas que debieron haber sido capitalizadas en favor del procesado, como bien lo ordena el principio del *in dubio pro reo*, consagrado en el artículo 7º C.P.P. a la Sala no le queda otra opción diferente que la de revocar el fallo opugnado, para en su lugar absolver al procesado JAGO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio criminal.

Como corolario de lo anterior, se ordenará la inmediata libertad del procesado JAGO, de quien se sabe que en la actualidad se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario. Pero es de resaltar que la libertad del procesado se encontrara condicionada a que en su contra no existan órdenes privativas de la misma expedidas por las autoridades competentes.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020[[7]](#footnote-7).

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 cinco (5) de abril de 2.019, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado JAGO por incurrir en la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo-sucesivo; para en su lugar **ABSOLVER** de esos cargos al aludido procesado JAGO.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** la inmediata libertad del procesado JAGO, salvo, claro está, que en su contra no existan ordenes privativas de la misma expedidas por autoridades competentes.

**TERCERO: DISPONER** como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, que la notificación de la presente providencian se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020.

**CUARTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado por los interesados dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-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. 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-5)
6. Decimos de manera especulativa porque las opiniones de los peritos psicólogos o psiquiatras no se soportan sobre un presupuesto de certeza sino de probabilidad o de posibilidad. [↑](#footnote-ref-6)
7. En tal sentido se puede consultar la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2.020 por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (C.S.J.), dentro del Rad. # 58318. AP3042-2020, así como lo resuelto por la C.S.J. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas # 1, en la Sentencia del 24 de agosto 2021. STP10780-2021. Rad. # 118709, en las cuales se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto # 806 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-7)