



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	05 001 60 00207 2013 00440
Acusado	William Andrés Chicué Triana (padrastro de la víctima)
Delito	Concurso (Art. 31 CP) Accesos carnales abusivos con menor de 14 años, agravado (Arts. 208 y 211-5 CP)
Víctima	LVPM, con 8 años para los hechos.
Hechos	Durante los años 2012 y 2013 Carrera 47 N° 90-59, Barrio Moravia, Medellín
Juzgado <i>a quo</i>	Treinta (30) Penal del Circuito de Medellín
Asunto	Se resuelve recurso de apelación contra sentencia condenatoria proferida el 20 enero 2020 (f. 224-238)
Consecutivo	SAP-S-2020-017
Aprobado por Acta	N° 089 de 8 de julio de 2020
Audiencia de exposición	Miércoles 15 de julio de 2020; Hora 8:30 am
Decisión	Confirma sentencia de condena. Se reactivan órdenes de captura
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, quince (15) de julio de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso adelantado en contra del ciudadano WILLIAM ANDRÉS CHICUÉ TRIANA, acusado por el concurso de delitos (Art. 31 CP) de Accesos carnales abusivos con menor de 14 años, agravado (Arts. 208 y 211-5 CP).

2. DERECHOS A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS

Como medida de protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, y en especial de delitos sexuales, se suprime de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, por cualquier medio, el nombre de la víctima¹.

¹ En CSJ SP, 13 febrero 2008, rad. 28.742, se expresó: “La Sala omite el nombre de la víctima por la prevención natural de no divulgar datos que la identifiquen o puedan conducir a su identificación. En el Código del menor existía la prohibición expresa de no publicar esos datos en las providencias judiciales (artículo 301 del Código del Menor, Decreto 2737 de 1989); sin embargo, el artículo 301 del C. del M. fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y Adolescencia) que rige a partir del 8 de mayo de 2007./Con todo, la Sala Penal de la Corte

Para efectos de la redacción de esta providencia se utilizará las iniciales del nombre².

3. IDENTIFICACION DEL ACUSADO

Es el ciudadano WILLIAM ANDRÉS CHICUÉ TRIANA, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 71'272.083 de Itagüí, Antioquia, nacido en La Virginia, Risaralda, el 3 de septiembre de 1981. Con orden de captura vigente.

4. HECHOS, ACTUACION PROCESAL, FALLO IMPUGNADO DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACION

Durante los años 2012 y 2013 cuando la niña LVPM contaba ocho (8) años de edad, su padrastro, el aquí acusado ciudadano WILLIAM ANDRÉS CHICUÉ TRIANA, en repetidas ocasiones abusó sexualmente de ella mediante penetraciones anales ocurridas cuando vivieron en la Carrera 47 N° 90-59, Barrio Moravia de la ciudad de Medellín, en momentos de la madrugada que aprovechaba para pasarse a la habitación y cama de la niña quien siempre se quedaba paralizada del miedo ante la agresión del varón.

La sentencia de condena se dictó por parte del Juzgado 30 Penal del Circuito de Medellín en la data de 24 de enero de 2020 (f. 224-238). Se le condenó a la pena privativa de la libertad de prisión de 240 meses (20 años), sin derecho a subrogado ni prisión domiciliaria. Se reactivaron las órdenes de captura en su contra.

El señor abogado defensor, doctor GILBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, interpuso y sustentó recurso de apelación (f. 241-246).

Los ejes temáticos de la impugnación, por medio de la cual pretende la revocatoria de la condena para mutarla por una absolutoria, son los siguientes: (i) la menor rindió entrevista grabada el 9 octubre 2013, la que se proyectó en juicio, es prueba de referencia; también se valoró la declaración de la niña MARIANA VANEGAS PULGARIN, a quien su amiguita le contó lo sucedido, también es prueba de referencia (f. 241); (ii) no hay testigos directos de los hechos, así que no hubo forma de confrontación (C-537-2006, T-1099 de 2003); (iii) se dice en la sentencia que la versión de los profesionales es directa y de referencia, lo cual es contradictorio, pues no puede ser y no ser al mismo tiempo (f. 243); (iv) no se pudo contrainterrogar a la niña LVPM (f. 243); (v) según el Art. 381 del CPP la

continúa con esa línea de pensamiento (no publicar el nombre del menor víctima de delitos sexuales) en razón a que estima que la determinación contribuye con la finalidad del código de la Infancia y la Adolescencia relativa a garantizar a niños, niñas y adolescentes su pleno y armonioso desarrollo en la comunidad (art. 1 de la Ley 1098 de 2006)". Así mismo, en CSJ AP, 24 marzo 2010, rad. 33.433, dijo la alta Corporación: "Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respecto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47, numeral 8°; 192 y 193, numeral 7° de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)"; reiterado en CSJ SP, 16 marzo 2011, rad. 32.685; CSJ AP, 7 abril 2011, rad. 35.179.

² Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

sentencia no se puede fundamentar en prueba de referencia (f. 244); (vi) se aumenta exageradamente la pena, además no se dice cuántas veces fueron los accesos (f. 245), y (vii) por duda probatoria se debe absolver a su patrocinado (f. 240).

5. FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta puntual a los argumentos presentados por el abogado defensor impugnante. No hubo intervención de los no apelantes.

6. SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA MENOR QUE INGRESÓ COMO PRUEBA DE REFERENCIA

En este asunto se proyectó la entrevista de la menor, video que se presentó con testigo de acreditación, el doctor CESAR AUGUSTO CASTAÑO GONZALEZ, en sesión de juicio oral de 16 mayo 2019 (f. 170). No fue posible la comparecencia de la niña en juicio, pues al parecer se encuentra en la República de Panamá.

Expresa el canon 438 de la Ley 906 de 2004:

Artículo 438. **Admisión excepcional de la prueba de referencia.** Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

(...).

e) Literal adicionado por la Ley 1652 de 2013, artículo 3º. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo Código [**Nota:** Declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-177 de 2014].

(...).

Este artículo consagra la **excepción residual admisible o cláusula residual incluyente para la prueba de referencia legalmente admisible**³.

El Art. 16 del CPP consagra el principio de inmediación; el Art. 17 *ibídem*, el principio de concentración, en el artículo 379 del CPP vuelve a regularse el principio de inmediación, al señalar: “*El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*”, y en el canon 454 se recaba en el principio de concentración.

Cuando se trata de declaraciones de niños, niñas y adolescentes (NNA), víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado.

En la providencia CSJ SP 3332-2016, rad. 43.866 de 16 marzo 2016, se explica que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes **reglas**: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira

³ CSJ SP rad. 30.598 de 19-02-09.

toda la actuación penal; (ii) la Ley 906 de 2004, en sus artículos 146 y 206, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la fiscalía tiene la **obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas**, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria.

La Fiscalía cumplió con **realizar el descubrimiento**⁴ de la declaración anterior al juicio oral.

No hay ningún yerro en la admisión de la prueba ni en su valoración como prueba de referencia legalmente admisible.

7. LA ENTREVISTA RECIBIDA A LA NIÑA. LA LEY 1652 DE 12 JULIO 2013 Y LA PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD

Las manifestaciones vertidas por la víctima menor de edad antes del juicio oral **pueden ser recibidas por cualquier persona** sin que el sistema procesal penal reclame calidades profesionales determinadas en el entrevistador, más allá de las que requiere una adecuada y respetuosa conducción de esta actividad investigativa en la que prevalecen los derechos fundamentales de los menores, eso sí, exige la ley y la jurisprudencia de la Corte lo ha reiterado, que se documenten debidamente⁵.

La entrevista rendida por la víctima menor de edad antes del juicio, no se convierte en “*pericia*” por el solo hecho de ser recibida por un investigador que ostente la condición profesional de sicólogo o por un experto en esa área asignado para que la reciba, pues la calidad de profesional **solo facilita la conducción del acto de investigación y disminuye el riesgo** de que se formulen preguntas sugestivas, capciosas o repetitivas que puedan conducir a la implantación de versiones o a la indeseada revictimización⁶.

El literal e.) del Art. 438 del CPP, adicionado por la Ley 1652 de 12 julio 2013, artículo 3º, admite también como prueba de referencia, cuando: “*Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código*”.

El párrafo del Art. 275 CPP, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013, expresa que: “*También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código*”.

⁴ CSJ AP, 30 sep. 2015. Rad. 46153; CSJ SP 1664-2018, rad. 48.284 de 16 mayo 2018.

⁵ CSJ SP 14844-2015 de 28 octubre 2015, rad. 44.056; CSJ SP 1783-2018, rad. 46.992 de 23 mayo 2018.

⁶ CSJ SP 1783-2018, rad. 46.992 de 23 mayo 2018; CSJ SP 1664-2018, rad. 48.284 de 16 mayo 2018.

Se debe aclarar que el Art. 2° de la Ley 1652 de 2013 que adiciona el Artículo 206-A al CPP/2004 sobre entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188-A, 188-C, 188-D, relacionados con violencia sexual, establece el procedimiento para efectuar entrevista forense a los menores víctimas de esas conductas, lo cual dista del testimonio rendido en juicio, que es una labor investigativa en cabeza de la Fiscalía, pero no se regula el procedimiento probatorio del juicio, en donde el único requerimiento es que el menor esté acompañado de autoridad especializada, —en la práctica **se recurre al defensor de familia**—, para que en su presencia y junto con el control que también ejerce el juez, las partes formulen sus preguntas (Art. 193 CIA) con la posibilidad de utilizar medios tecnológicos (Art. 194 CIA)⁷.

La causal de aceptación de prueba de referencia prevista en el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013 que adicionó el literal e) del Art. 438 del CPP, está supeditada a la verificación que se trate de menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188-A, 188-C, 188-D, del Código Penal⁸.

Ahora bien, con respecto a estas disposiciones, se debe explicar:

Primero: Con el párrafo del artículo 275 de la Ley 906 de 2004, lo que se hizo fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de “*elemento material probatorio*” y, con ello, consagró normativamente la posibilidad que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, “*podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado*”⁹.

Segundo: La norma del Art. 438 CPP no se puede aplicar acrítica y automáticamente.

La explicación de pertinencia como requisito esencial de la solicitud de la prueba de referencia, tratándose de menores víctimas de delitos sexuales, tiene su razón de ser en la obligación que tiene el Estado de brindar especial protección a los niños, principalmente cuando su edad y la naturaleza del delito hagan obligatoria la intervención en procura de la protección de su dignidad, integridad y demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, especialmente, evitando la revictimización¹⁰.

Tercero: Se debe seguir también aquí, como en todas las demás causales, la regla general de la recepción de la declaración directamente en juicio con lo cual se asegura la confrontación de la prueba como baremo constitucional y legal de control de la prueba por todas las partes.

⁷ CSJ AP 4771-2016, rad. 48.198 de 27 julio 2016.

⁸ CSJ AP, 30 septiembre 2015, rad. 46.153; CSJ SP 14844-2015, rad. 44.056 de 28 octubre 2015.

⁹ CSJ AP 5013-2014, rad. 44.066 de 27 agosto 2014; CSJ AP 1001-2016, rad. 47.303 de 24 febrero 2016.

¹⁰ CSJ SP 1664-2018, rad. 48.284 de 16 mayo 2018; CSJ SP 1783-2018, rad. 46.992 de 23 mayo 2018.

No se puede aplicar automáticamente en la medida que vulnera el derecho de confrontación (Art. 250 Carta Política; artículos 8º, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, estatuto que los retoma de los artículos 14 y 8º del Pacto Internacional y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente)¹¹.

Recuérdese que el derecho de confrontación se compone de¹²:

- (i) Poder interrogar a los testigos de cargo.
- (ii) Estar frente a frente con los testigos de cargo.
- (iii) Comparecencia necesaria de testigos a juicio.
- (iv) Control de la incorporación de la prueba, es decir, que se pueda intervenir en su práctica bien en el interrogatorio o en el conainterrogatorio, para que se aporte al proceso consolidada con fundamento en la intervención de las partes.

Cuarto: Si bien es cierto hay que conciliar la norma con el canon 44 de la Carta Fundamental, no es suficiente que se diga que el niño, niña o adolescente será revictimizado pues es deber de la parte demostrar, fáctica, probatoria y argumentativamente dicha situación. No es suficiente la palabra de la parte (fiscal o defensor). Se requiere un incidente de demostración que la práctica de la prueba perjudica al menor de edad declarante, en cuyo caso será admisible la prueba de referencia.

Es más, durante la práctica del interrogatorio se puede constatar *in situ* el evidente perjuicio para el niño, niña o adolescente víctima del delito, en cuyo caso el juez puede acceder, ante la evidencia de los hechos, que no se reciba la declaración y en su lugar permitir y decretar la entrevista como prueba de referencia legalmente admisible.

Así pues, no es suficiente con que la parte diga genéricamente que se evitará la revictimización para que la prueba se admita como de referencia.

Ahora bien, una cosa es atacar el fallo por la admisión de prueba de referencia, caso en el cual la vía a seguir es la del error de derecho por falso juicio de legalidad, y otra muy distinta es atacarlo porque la condena se basó únicamente en prueba de referencia, evento éste en el que la ruta correcta es el falso juicio de convicción¹³.

Quinto: La admisión excepcional de las manifestaciones realizadas por el niño, niña o adolescente posible víctima de un delito sexual, fuera del juicio, requiere del agotamiento del procedimiento propio de la prueba de referencia cuando se introduce a través del investigador que las recepcionó, lo cual obliga a la Fiscalía a realizar un mayor esfuerzo investigativo ante la imposibilidad de basar la sentencia únicamente en prueba de referencia (art. 381 de la Ley 906 de 2004)¹⁴.

¹¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Petruzzi versus Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999), entiende que “dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

¹² Bedoya Sierra, Luis Fernando, *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral: análisis a la luz del derecho a la confrontación*, Medellín, Comlibros, 2013.

¹³ CSJ AP 1001-2016, rad. 47.303 de 24 febrero 2016.

¹⁴ CSJ SP 1783-2018, rad. 46.992 de 23 mayo 2018.

8. LOS SIGNOS Y CIRCUNSTANCIAS COMPATIBLES CON EL ABUSO SEXUAL

En la niña LVPM se encontraron signos compatibles con el abuso sexual.

En efecto, se tiene:

Uno: La médico legista, doctora CATALINA LOTERO QUIJANO, explica que el 10 julio de 2013 valoró a la niña LVPM, que tiene entre 8 y 9 años de edad, himen anular íntegro, no elástico, lo que significa que no ha sido desflorada, pero halló ano hipotónico con borramiento de pliegues, no hay noticias de desnutrición, parásitos, enfermedad crónica, estreñimiento, **así que la falta de tono en el ano de la niña da cuenta de una penetración reiterada que se compadece con el relato brindado en la anamnesis**; explica la experta que los pliegues del ano son una mucosa que al estirarse va perdiendo elasticidad pues no está preparada para albergar un objeto mayor, razón por la cual **se pierden los pliegues o bordes**.

La médica legista encontró entonces rastros de una manipulación sexual a nivel del ano de la víctima.

Dos: YURY SANTA CARDONA (Trabajadora Social de AMADEUS) comenta que la niña era muy temerosa de revelar el “**secreto**” dado a conocer a sus amiguitas MARIANA y VALENTINA.

Tres: El investigador CESAR AUGUSTO CASTAÑO GONZALEZ, dice que para el momento de la entrevista la niña era temerosa, retraída, con ojos llorosos, inhibida, y que al suceso se refería como “*me hacía eso*”; que se sentía mal al hablar de lo que le hacía su padrastro.

Cuatro: La psicóloga, doctora CLAUDIA STELLA RODRIGUEZ TORRES, refiere las condiciones emocionales en que recibió a la niña para brindarle atención especializada; describió la angustia, desasosiego, desazón y desolación de la niña producto del atentado sexual del cual fue víctima; que advirtió de manera directa síntomas de abuso sexual en la niña; advirtió la vivencia de experiencias traumáticas asociadas al abuso sexual; es generalizado su temor a los hombres; que incluso en el juego de arenas se inhibía para tomar en sus manos la figura representativa del hombre que representaba a su agresor, que no se atrevía a tocar el muñeco masculino, terminó por desconfiar de las personas pues no encontró apoyo ni protección en su progenitora; sentía que su amiga la había traicionado por haber contado “**el secreto**”; advirtió la profesional que la niña quería regresar al hogar pero también se le notaba el temor al encontrar allí a su agresor, razón por la cual en estas situaciones es fácil y comprensible la retractación, pero en el caso de la niña LVPM no se dio. Como signos asociados a un abuso sexual encontró: inseguridad, rebeldía, temor, desconfianza de los adultos y en particular de los hombres; se aleja de los hombres lo que se advirtió en los juegos, todo lo cual fue advertido por otra colega psicóloga de la institución; la niña diferencia la verdad de la mentira; en conclusión, sus narraciones hacen parte de narraciones vividas y no de fantasías.

9. EL TEMOR REVERENCIAL DE LA NIÑA PARA CON SU PADRE SOCIAL

A través de varios declarantes, LIGIA DEL SOCORRO TRUJILLO MUÑOZ (Trabajadora Social de la Comisaría Cuarta de Familia), YURY SANTA CARDONA

(Trabajadora Social de AMADEUS) y BEATRIZ ELENA MARIN LONDOÑO (Comisaria Cuarta de Familia), se estableció que el implicado, padre social de la menor, es una persona que ejerce violencia en contra de NINI JOHANNA, madre de la menor.

YURY SANTA CARDONA (Trabajadora Social de AMADEUS) comentó de los actos violentos del implicado en contra del personal de AMADEUS, la institución que brindó protección a la niña LVPM.

En este contexto, es que se explica el silencio de la niña en revelar los abusos de que era víctima y solamente los cuenta a su amiguita VALENTINA de la misma edad, pero con el compromiso de “*guardarle el secreto*”, y todo porque a las niñas se les brindó una charla precisamente sobre abusos sexuales, situación frecuente en hogares disfuncionales.

También ese sometimiento y temor reverencial a la figura del padre social es que se entiende que la niña quedaba “*paralizada*” cuando el varón en las madrugadas entraba a su cama y la accedía y ella simplemente consentía por miedo a alguna agresión por las amenazas que profería en su contra, o por miedo “*a que le pegara*”, según sus propias palabras consignadas en el video de la entrevista (10:47, video 2).

Sobre el tema, la Defensora de Familia, doctora BEATRIZ ELENA MARIN LONDOÑO, explica que la madre de la niña nunca le brindó apoyo ni la protegió, lo cual es más que evidente en la medida que ni siquiera compareció a juicio.

La doctora YURY SANTA CARDONA (Trabajadora Social de AMADEUS), dice que el diálogo con la niña fue muy complicado, fue reacia a expresar lo que le ocurría, que la niña era tímida, reservada, retraída, triste con dificultad para expresar sus sentimientos y con miedo para revelar el “**secreto**” dado a sus amiguitas MARIANA y VALENTINA.

10. PRUEBA DIRECTA Y DE REFERENCIA QUE BRINDAN LOS EXPERTOS QUE EXAMINARON A LA MENOR VÍCTIMA

Desde muy temprano la Corte sentó la doctrina en el sentido que la prueba pericial no puede motejarse como prueba de referencia en lo que respecta a sus observaciones y exámenes, esto es, sobre lo percibido por ellos como base de su dictamen¹⁵, pues (y aquí se ofrece respuesta al censor en el argumento que la misma prueba no puede ser directa y de referencia):

Uno: El perito declara sobre sus propias percepciones y suministra un conocimiento personal¹⁶, su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que, *vr. gr.*, en el caso del legista, percibe directamente¹⁷. En otras palabras, cuando el perito, dentro del estudio realizado, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia de algún diagnóstico en particular, será testigo directo de esos síntomas¹⁸.

¹⁵ CSJ SP 1664-2018, rad. 48.284 de 16 mayo 2018.

¹⁶ CSJ SP rad. 25.920 de 21-02-07; CSJ SP rad. 28.257 de 29-02-08; CSJ SP rad. 29.606 de 17-09-08; CSJ SP rad. 30.612 de 03-02-10; CSJ SP rad. 36.023 de 21-09-11

¹⁷ CSJ SP rad. 34.703 de 14 diciembre 2011; CSJ AP rad. 42.039 de 09 octubre 2013

¹⁸ CSJ SP 2709-2018 de 11 julio 2018, rad. 50.637; CSJ SP 070-2019, rad. 49.047 de 23 enero 2019.

Adicionalmente, y esto es bien importante, al momento de sustentar las bases de la pericia puede hacer referencia a las fuentes de la información, esto es, puede indicar las fuentes de un conocimiento determinado, y aquí es donde relatará lo que le explicó el examinado sobre las causas que precisamente son objeto de pericia, etc.

El psicólogo que tiene la oportunidad de entrevistar a la niña víctima de delito sexual, al día siguiente de los hechos y pocos meses después de lo sucedido, quien podrá informar sobre su estado emocional, siendo **“testigo directo”** de los datos presenciados en relación con la afectación psicológica que presentaba, lo que, según determinados casos, se puede conectar de manera racional con los rastros que el médico legista puede hallar al examinar sus partes íntimas, dictamen que puede ser trascendental en tanto guarda sincronía con los acontecimientos narrados por la infante¹⁹.

Dos: La pericia constituye una prueba técnica que involucra conocimientos técnicos, artísticos o científicos en su práctica y conclusiones.

Los especialistas recopilan en sus evaluaciones todos los datos clínicos que presenta el paciente al momento de la entrevista (exploración de procesos mentales, estado de la memoria, del pensamiento, del lenguaje, sucesión detallada del episodio, contexto personal, familiar y social; conciencia al momento de la valoración y situación de las esferas afectivas, volitivas y cognitivas, entre otros); y proyectan un diagnóstico de su estado actual y las consecuencias negativas generadas en la salud de la víctima por la ilegal acción ejercida contra su humanidad; todo esto, de la mano de sus raciocinios, experiencias y especialidades²⁰, etc.

Tres: El peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica, técnica o artística que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Cuatro: El perito no depone sobre los hechos presuntamente delictivos, pero sí sobre su comprensión²¹ y sobre la veracidad de los relatos sobre los hechos²².

Cinco: Si el informe del perito se introduce en el juicio por el respectivo experto a través de su declaración jurada y se garantiza el derecho de contradicción sobre los mismos, entonces se valora como prueba directa, según los artículos 405 y 423 de la Ley 906 de 2004, en especial los preceptos 419²³ y 420²⁴ sobre *“las instrucciones para conainterrogar al perito”* y la *“apreciación de la prueba pericial”*, respectivamente.

¹⁹ CSJ AP 2057-2019, rad. 50.401 de 29 mayo 2019.

²⁰ CSJ SP rad. 33.651 de 18-05-11

²¹ CSJ AP rad, 30.355 de 15 de julio 2009; CSJ SP rad. 28.257 de 29 febrero 2008

²² CSJ SP, 29 febrero 2008, rad. 28.257; CSJ SP 7248-2015, rad. 40.478 de 10 junio 2015

²³ *“El conainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones: 1. La finalidad del conainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado. 2. En el conainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia”.*

²⁴ *“Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas”*

Seis: La razón de ser de peritos expertos en psicología o psiquiatría, entre otros, no es en manera alguna la facticidad puesta en su conocimiento por el paciente o la víctima, menos la responsabilidad o no del acusado, sino los aspectos de su ciencia que interesa dilucidar en el juicio oral para el caso concreto, tales como la personalidad, condición de salud, grado de afectación con la conducta ajena, y, de alguna manera los aspectos que permiten establecer la confiabilidad y credibilidad de quien hizo el relato, siendo precisamente esta característica la que distingue al perito del testigo experto²⁵.

Ahora bien, las declaraciones que realiza la víctima ante los expertos sobre las **circunstancias que rodearon los hechos**, constituyen prueba de **referencia**, porque una cosa son esas manifestaciones y otra muy distinta la prueba que sirvió de medio para su incorporación en el juicio oral²⁶.

Las manifestaciones previas al juicio oral se consideran prueba de referencia conforme satisfagan los presupuestos que la ley establece en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, en la medida que se trate de “(i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (v) cuando no es posible su práctica en el juicio”²⁷.

En conclusión, los relatos sobre la conducta investigada que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, **no son hechos que el experto perciba directamente**, razón por la cual estas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona (el perito) no pueda concurrir al juicio oral (artículo 437 de la Ley 906 de 2004)²⁸.

De ello se sigue que, si la o el menor concurre al juicio, las declaraciones anteriores, como las entrevistas y las entregadas a los peritos, se pueden emplear, en los términos del numeral 4° del artículo 403 de la Ley 906 de 2004, para impugnar la credibilidad del testigo o refrescar memoria, y no como prueba de referencia²⁹.

Así pues, **la conclusión del perito confirma, ratifica o corrobora la versión de la niña sobre la manipulación a nivel sexual** por parte de su padre social, el aquí procesado.

11. SOBRE LA DUDA RAZONABLE

La concurrencia de hipótesis alternativas a la propuesta por el acusador, que puedan catalogarse como **verdaderamente plausibles**, puede generar duda razonable³⁰. Esto es, puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis,

²⁵ CSJ SP, 21 febrero 2007, rad. 25.920; CSJ SP, 17 septiembre 2008, rad. 29.609; CSJ SP, 18 mayo 2011, rad. 33.651; CSJ SP, 21 septiembre 2011, rad. 36.023; CSJ AP, 10 octubre 2012, rad. 39.511; CSJ SP8611-2014, rad. 34.131 de 2 julio 2014

²⁶ CSJ AP-5785-2015 de 30 septiembre 2015 rad. 46.153; CSJ AP 1453-2018, rad. 44.632 de 12 abril 2018.

²⁷ CSJ SP 606-2017 de 25 enero 2017, rad. 44.950; CSJ AP 1453-2018, rad. 44.632 de 12 abril 2018.

²⁸ CSJ SP, 26 septiembre 2018, rad. 47.789; CSJ SP, 11 julio 2018, rad. 50.637; CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

²⁹ CSJ SP 791-2019, rad. 47.140 de 13 marzo 2019.

³⁰ CSJ SP 5295-2019, rad. 55.651 de 4 diciembre 2019.

verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante³¹.

Esto es, cuando concurren hipótesis factuales que descarten la responsabilidad penal, y que encuentren respaldo suficiente en las pruebas practicadas, al punto que puedan catalogarse como verdaderamente plausibles, debe declararse la existencia de duda razonable y emitir el correspondiente fallo absolutorio³².

El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia, la que debe ser desvirtuada más allá de duda razonable.

Existe duda razonable cuando la defensa presenta una **hipótesis alternativa**, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto de poder ser catalogada como "**verdaderamente plausible**"³³.

No hay modo de aplicar la duda razonable en una situación de esta naturaleza cuando la defensa no demostró en juicio una teoría alternativa plausible que demerite la teoría del caso de la Fiscalía.

La defensa no hizo postulaciones probatorias (f. 138), y los testigos de cargo ni sus testimonios fueron desacreditados a través de un adecuado contrainterrogatorio.

La teoría del caso fue demostrada por la Fiscalía.

12. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El Despacho de instancia, según el relato de la niña, logró determinar al menos tres accesos vía anal, la primera ocasión cuando estaba en primero; la segunda ocasión, cuando ya pasaba a segundo, y en tercero, ubicado en el interregno.

Aunque fueron muchos los accesos, apenas se lograron identificar tres.

Fue precisamente sobre esa base fáctica y probatoria que se determinó la sanción, pues sobre la pena base se hizo un incremento de 48 meses de prisión, para una sanción definitiva e 240 meses (20 años).

Por lo dicho es que la sanción no puede motejarse de exagerada.

La circunstancia de agravación quedó demostrada en la medida que el acusado hacía parte del núcleo familiar de la niña LVPM en su condición de compañero permanente de la madre de la niña, señora NINI JOHANNA, quien a su vez es el padre de su hermana menor, todos convivían juntos en el mismo hogar en el Barrio Moravia de Medellín. Estaban integrados de manera permanente a la unidad doméstica, situación aprovechada por el acusado para la comisión de los reatos sexuales en contra de la menor.

³¹ CSJ SP 1467-2016, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP 3168-2017, rad. 44.599 de 8 marzo 2017.

³² CSJ SP, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP, 4 diciembre 2019, rad. 55.651; CSJ SP 462-2020, rad. 56.051 de 19 febrero 2020.

³³ CSJ SP, 12 octubre 2016, rad. 37.175; CSJ SP 5295-2019, rad. 55.651 de 4 diciembre 2019.

13. CONCLUSIÓN

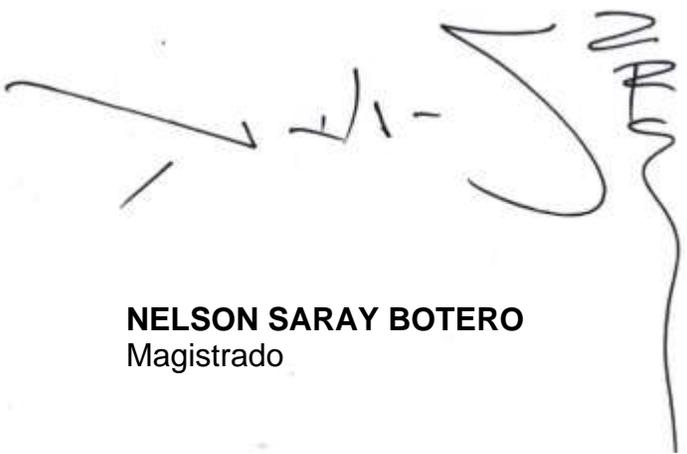
La sentencia de primera instancia valora en su integridad, y además individualmente, todas las pruebas, y encuentra elementos suficientes para predicar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, cumple con las previsiones legales.

Así entonces, se ha de confirmar en su integridad la sentencia objeto de censura.

14. DECISIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, SALA DE DECISION PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) CONFIRMA** en su integridad la sentencia de condena objeto de confutación en contra del ciudadano WILLIAM ANDRES CHICUÉ TRIANA, de condiciones civiles y naturales conocidas, por las razones expuestas; **(ii)** se reactivarán las órdenes de captura en contra del procesado; **(iii)** contra esta decisión que se notifica en estrados procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

AUSENCIA JUSTIFICADA
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado