



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 101

(Sesión del 29 de septiembre de 2021)

Radicado: 05-001-60-00206-2017-49042
Procesado: Jorge Eleazar Castaño Flórez
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado
Asunto: Defensa apela sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 6 de octubre de 2021

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró la defensa contra la sentencia del 31 de agosto de 2020, por la cual el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín condenó a Jorge Eleazar Castaño Flórez a la pena de 16 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual, como autor responsable del delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustituta de la prisión intramural.

2. HECHOS.

El 1 de octubre de 2017, el menor DEHA¹ con 5 años de edad para esa época, fue accedido carnalmente por Jorge Eleazar Castaño Flórez, en la residencia

¹ Como esta sentencia, es pública, se omite el nombre del menor, se anotan solo sus iniciales y en adelante se le llamara "menor" para efectos de proteger sus derechos fundamentales

del sentenciado, ubicada en la calle 19 No. 88A-23 apartamento 201 de esta ciudad, mientras el niño se encontraba bajo el cuidado de sus tíos.

De este evento se enteró la madre del menor, María Teresa Atehortúa Ramos, al percatarse de las señales físicas y psicológicas que le dejó el acto al menor después de recogerlo en la casa del imputado.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Actuación procesal relevante

3.1.1 Audiencias preliminares. El 3 de octubre de 2017 se expidió orden de captura en contra de Castaño Flórez. El 4 de octubre de 2017 ante el Juzgado Veintidos Penal Minicipal de Medellín se legalizó el procedimiento de captura, se le formuló imputación por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y el 5 de octubre se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario. El imputado no se allanó a los cargos.

3.1.2 Acusación. El 26 de febrero de 2018 la Fiscalía acusó formalmente a Castaño Flórez como autor penalmente responsable del delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

3.1.3 Audiencia preparatoria. Se llevó a cabo el 22 de junio de 2018.

3.1.4 La audiencia del juicio oral se desarrolló en varias sesiones. 13 de agosto, 20 de noviembre, 10 y 14 de diciembre de 2018; 14 de febrero, 26 de marzo, 23 de abril, 20 de mayo y 14 de noviembre de 2019; 6, 11 y 13 de febrero, 16 de abril, 5 y 25 de junio, y 31 de agosto de 2020 cuando se anunció el sentido del fallo condenatorio.

conforme a lo dispuesto en los art. 33, 192 y 193.7 de la ley 1098/06, actual Código de Infancia y Adolescencia.

3.2 Sentencia impugnada

El 31 de agosto de 2020, el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín profirió sentencia condenatoria contra Jorge Eleazar Castaño Flórez por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, al considerar que la materialidad así como la responsabilidad del acusado fueron demostradas sustancialmente con el testimonio del menor DEHA, cuya valoración se sometió a los postulados de la sana crítica y a la confrontación con los demás elementos probatorios.

Respecto a la crítica de la defensa de que la declaración de la víctima recibida en juicio es mentirosa y fantasiosa, afirma el *a quo*, que a pesar de que la versión del menor presenta situaciones inverosímiles, estas no son razones suficientes para desacreditar el testimonio, pues se trata de un niño que no cuenta con pleno discernimiento para apreciar nítidamente cada detalle de los hechos ocurridos como lo es la precisión al ubicar fechas, horas, días, meses del año y otras circunstancias que no son relevantes para descartar la ocurrencia del abuso que sufrió DEHA por parte de su tío.

Para dar respuesta a la afirmación de la defensa de que solo existen pruebas de referencia que no logran desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, precisó que *“las declaraciones que recibían los psicólogos y psiquiatras sobre lo acontecido y en ejercicio de su función para registrarlas en su informe, no comportaban prueba de referencia, en tanto que su papel como peritos era analizar esas manifestaciones y comportamientos bajo los preceptos de la ciencia”*. Concluye que las pruebas técnicas y periciales traídas al proceso permiten evidenciar que DEHA fue accedido carnalmente vía oral y anal el 1° de octubre de 2017 por Castaño Flórez.

Afirma que la agravante punitiva que se le imputa al sentenciado se encuentra soportada en los medios de prueba, pues se colige que el acusado tiene un vínculo familiar con la víctima y su madre, lo cual le permitió confiarle el cuidado de su hijo desde que tenía un año de edad, tanto a Eleazar como a su esposa María Dioselina.

Concluye que se demostró más allá de toda duda razonable que el acceso carnal con menor de catorce años existió, pues la prueba de cargo es creíble, coherente, consistente y deja claro que el menor no mintió inicialmente frente a su progenitora ni luego en la entrevista. Además, se cumple con los requisitos acerca de la conducta punible y sus elementos estructurantes para condenar a Jorge Eleazar Castaño Flórez como autor penalmente responsable del delito que se le atribuye.

3.3 Del recurso

En término de ley, el defensor sustentó el recurso de apelación. Para el efecto expuso que en la sentencia condenatoria se soslayó la regla establecida en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Esto al darle valor suasorio a testimonios que no superaban el baremo impuesto por la norma para condenar y fundamentar la sentencia exclusivamente en pruebas de referencia.

Destaca que el relato narrado por DEHA presenta varias versiones de los hechos, contradicciones y alteraciones del mundo real volviendo incoherente y falso el testimonio. Afirma que los niños mienten y muchas veces entrecruzan la fantasía con la realidad o pueden llegar a ser influenciados por terceros, en este caso por el señor Chelvin Alexander Herrera, padre del menor, quien manipuló a su hijo para acusar a su tío Eleazar de la comisión del delito de acceso carnal abusivo, debido a que quería vengarse del procesado por haberlo amenazado al violentar a la madre del menor.

Critica el testimonio de Maria Teresa Atehortua, madre del menor, al afirmar que no es testigo directo de los hechos materia de investigación, que los supo porque su hijo le contó, por lo que no puede dársele valor suasorio alguno. Igualmente, predica que la declaración de la psicóloga Viviana Herrera Cortez no puede ser tenida como prueba técnica, pues se trata de una prueba de referencia inadmisibles, al no ser una prueba directa la declaración de un psicólogo. Afirma que lo mismo ocurre con los testimonios de la Dra. Monica Maria Castaño Arroyave, médica pediatra y Juan Guillermo Tabares Montoya, médico legista, ya que la primera en su diagnóstico profesional no llega a un

resultado concluyente sobre la fisura anal y el segundo no tiene sustento científico para basar su análisis.

En relación con la valoración de las pruebas presentadas, afirma la falta de certeza probatoria y la violación del principio de presunción de inocencia, dado que no se logró demostrar la responsabilidad penal del acusado y por tanto, toda duda debe resolverse a favor del procesado, emitiendo una sentencia absolutoria.

Concluye que en el presente caso el juez no llegó a un conocimiento más allá de toda duda razonable para condenar, ni tampoco cumplió la exigencia legal de que no puede condenarse exclusivamente con prueba de referencia.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

4.2. Problema jurídico

La Sala enfrenta un problema de tipo probatorio, centrado, de manera fundamental, en la valoración del testimonio de DEHA, respecto del que determinará si es o no creíble desde su coherencia interna y externa, y si sumado a las otras pruebas se supera el baremo para condenar.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico

² Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

Es necesario precisar que la competencia de la Sala en virtud del recurso de apelación se restringe a los aspectos impugnados y los que estén vinculados de manera inescindible con ellos, los mismos que se han planteado como problemas jurídicos que procedemos a resolver. De manera previa se establecerá como marco teórico la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³ que en asunto análogo al que corresponde revisar hoy dijo:

1.1. Las reglas aplicables al caso

Para solucionar este asunto, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas, que son producto del desarrollo jurisprudencial del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004.

1.1.1. La obligación de proteger los derechos de los niños y adolescentes no implica la eliminación de los derechos y garantías del procesado

Si bien es cierto el Estado tiene la obligación de brindarles especial protección a los niños y adolescentes, también lo es que ello no puede dar lugar a la eliminación de los derechos del procesado. Bajo esta premisa, es claro que los derechos de quienes comparecen en calidad de víctimas no incluyen la emisión obligatoria de un fallo condenatorio, ya que ello implicaría la negación del proceso como escenario dialéctico para la determinación de la responsabilidad penal. Lo que resulta determinante es que se adelante una investigación minuciosa y se siga el trámite judicial con rigor, para que, así, se establezca si hay lugar a la imposición de la correspondiente sanción (CSJSP, 20 oct. 2015, Rad. 44056; CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre otras).

1.1.2.

« [...]

1.1.3. Por regla general, las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral no pueden ser valoradas como prueba

Por regla general, solo pueden ser valorados los testimonios practicados en el juicio oral. Las declaraciones rendidas por fuera de este escenario son inadmisibles como prueba, salvo que se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambió su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como “testimonio adjunto”. En ambos eventos, deben agotarse los trámites previstos para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio (CSJAP. 30 sep. 2015, Rad. 46153; CSJSP, 25 ene 2017, Rad. 44950, entre otras).

1.1.4. La incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por menores de edad que comparecen en calidad de víctimas

Esta Corporación ha desarrollado diversos aspectos del tratamiento de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por niños que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales o de otros delitos graves.

En primer término, ha precisado que dichas declaraciones, cuando se presentan para demostrar la ocurrencia del hecho, la identidad del autor y otros aspectos relevantes para el juicio de responsabilidad, tienen el carácter de prueba de referencia. En tal sentido interpretó lo dispuesto en

³ SP 5295-2019 radicado 55651 del 4 de diciembre de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuellar

Radicado: 05-001-60-00206-2017- 49042
Sentenciado: Jorge Eleazar Castaño Flórez
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

la Ley 1652 de 2013 sobre la incorporación de las denominadas “entrevistas forenses”. (44056). Sobre el carácter de prueba de referencia, se ha resaltado

En el caso de declaraciones rendidas por menores de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso, la responsabilidad del acusado o cualquier otro aspecto relevante del tema de prueba, no cabe duda que constituyen prueba de referencia, porque (i) encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, según el desarrollo jurisprudencial de la misma (CSJ AP , 30 Sep. 2015, Rad. 46153 y los pronunciamientos allí relacionados); (ii) constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho la declaración, sin perjuicio de las demás expresiones del derecho a la confrontación, y (iii) la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etcétera. (CSJSP, 16 mar 2016, Rad. 43866).

Igualmente, la Sala ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda diferentes opciones a la Fiscalía para el manejo de los testimonios de los menores, y, asimismo, ha hecho hincapié en que el ente acusador tiene la responsabilidad de decidir el manejo que debe darle a este tipo de pruebas, según las particularidades del caso. A continuación, se resaltan las principales características de esas opciones.

1.1.4.1. No presentar al menor en el juicio oral, para evitar su doble victimización, y solicitar la incorporación de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia

Este tema fue desarrollado ampliamente en las decisiones 44056 de 2015 y 43866 de 2016. En esta última se concluyó que

[c]on la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral⁴. Así, es posible que en muchos casos la Fiscalía deba apelar a la presentación de estas declaraciones a título de prueba de referencia, como expresamente lo permite el artículo 3o de la ley en mención, y, en consecuencia, se vea avocada a asumir las cargas derivadas de lo estatuido en el varias veces citado artículo 381, lo que necesariamente obliga a realizar una investigación mucho más exhaustiva. Tras resaltar que la incorporación de declaraciones a título de prueba referencia activa la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la Sala hizo énfasis en la importancia de una adecuada investigación y de la relevancia que en estos casos tiene la prueba de corroboración. Se indicó:

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las

⁴ CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056; CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959, entre otras

circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.

4.3.1 Credibilidad del testimonio de DEHA

El menor y único testigo directo de los hechos, declaró cuando tenía cinco años de edad, que Jorge Eleazar Castaño Flórez tocó sus partes privadas. Los hechos ocurrieron en la casa del acusado cuando la mamá de DEHA lo dejó bajo el cuidado de sus tíos antes de irse a trabajar. Chela, la cónyuge de Eleazar, salió a la tienda y quedó el niño solo con el procesado, quien engañó al menor a cambio de un dulce para que ingresara en su habitación y poder accederlo carnalmente vía oral y anal.

La Corte Suprema de Justicia en reiteradas decisiones ha retomado el tema de la valoración probatoria cuando se trata del testimonio de los menores de edad en los casos de abuso sexual. Es así, como la Sala de Casación Penal sostuvo que:

“Como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

« [...]»

Es igualmente equivocado calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad. Es cierto, que la psicología del testimonio recomienda analizar con cuidado el relato de los niños, que pueden ser fácilmente sugestionables y quienes no disfrutan de pleno discernimiento para apreciar nítidamente y en su exacto sentido todos los aspectos del mundo que los rodea; pero, de allí no puede colegirse que todo testimonio del menor sea falso y deba desecharse. Aquí, como en el caso anterior, corresponde al juez dentro de la sana crítica, apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten los autos para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio”⁵.

⁵ Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23706, M.P. Marina Pulido De Barón.

Posteriormente, en otro fallo, la Corte admite sin vacilación la credibilidad del testimonio del menor aun cuando se hallen contradicciones entre las declaraciones obtenidas en distintos momentos procesales, verbigracia, cuando existen discordancias entre lo dicho en la entrevista durante las fases preliminares de investigación y lo dicho en el juicio oral. La Corte sostiene que el testimonio no puede ser invalidado por este motivo y, además, no se configura un falso raciocinio por parte del sentenciador cuando le otorga completo mérito probatorio en conjunto con otras pruebas: lo que destruye su valor y credibilidad es la verdadera contradicción, interna o externa, sobre aspectos esenciales relevantes. Los aspectos accesorios que presenten inconsistencias no destruyen la credibilidad del testimonio⁶.

Por otro lado, destacó el apelante que el padre del menor pretendía vengarse del acusado, por ello manipuló a su hijo para que testificara en su contra, pues entre Chelby (padre del niño) y Eleazar existe una enemistad derivada de amenazas que este último le ha proporcionado al padre por agredir físicamente a la madre de DEHA. La defensa afirma que el testimonio del menor se fundamenta en la rabia de su padre en contra del sentenciado y por esta razón no se le debe otorgar credibilidad, pues se pone en entredicho la aptitud probatoria de la declaración.

Frente a este hecho, la prueba permite afirmar que no existe incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones entre el agresor y el padre de la víctima que lleve a inferir la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria del testimonio del menor. De estas afirmaciones, evidentemente interesadas y sin ningún otro sustento probatorio no puede inferirse que Chelby Alexander hubiere fraguado una conspiración con tal fin.

Para responder a esta teoría conspirativa, resulta pertinente citar la afirmación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que al respecto dijo “*postular sin mayor sustento una teoría conspirativa impide, o por lo menos dificulta, la crítica racional*”⁵. La Sala no encuentra en la prueba, elementos con suficiente contenido suasorio que indiquen que este es un hecho cierto.

⁶ Sentencia del 30 de agosto de 2017, radicado 50584, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Al resolver un asunto similar, una Sala de Decisión de este Tribunal radicado 2011-61386⁷ del 8 de febrero de 2016, afirmó que la carga probatoria que se erige para la acreditación de la tesis de confabulación, montaje, falso positivo, o sugestionamiento, todas posibilidades incorporadas dentro del fenómeno de la conspiración, asciende a la posibilidad de la estructuración de una duda a partir de la línea argumentativa que se sustenta, lo cual implica, para quien sostiene tal proposición, probar con el correspondiente respaldo suasorio que le inspira, es decir, que no basta con la exclusiva proposición de la teoría conspirativa, sino que es menester sustentarla razonablemente desde el plano probatorio mediante elementos de convicción y juicios argumentativos.

4.3.2 El dictamen pericial como prueba de referencia

El médico legista Juan Guillermo Tabares Montoya del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses examinó al menor el lunes 2 de octubre de 2017 en Primer Reconocimiento Médico Legal. Durante la consulta el niño manifiesta dolor al defecar, presentando heces con sangre y quedando restos de sangre en el ano y escroto. Concluye el perito en los hallazgos clínicos que el relato de los hechos es compatible con las lesiones presentadas en la valoración, en la cual se aprecia dilatación del ano de un milímetro, ano con eritema y restos de sangre que persisten por 22 horas. Se procede a remitir al menor a una evaluación urgente con pediatría para continuar con el tratamiento diagnóstico y seguimiento con base a la historia clínica.

En la audiencia de juicio oral celebrada el 26 de marzo de 2019 se incorpora, mediante el testigo experto Juan Guillermo Tabares Montoya, el informe pericial de clínica forense No. UBUBK-DSANT-04451-C-2017 del 2 de octubre de 2017 y la remisión del paciente víctima de delito sexual para atención integral por los servicios de salud.

Frente a la prueba pericial incorporada en juicio nos preguntamos: ¿qué valor suasorio tiene el dictamen pericial del médico legista elaborado con

⁷ M.P. Nelson Saray Botero.

fundamento en el examen físico realizado al menor? Respecto de este interrogante ha dicho la Sala de Casación Penal⁸:

3.3.7 No ha sido pacífica la discusión jurídica en torno de la actividad de los peritos con relación a la prueba de referencia, en el sentido que en muchas ocasiones emiten sus opiniones expertas sobre la base de información suministrada por otros.

Los peritos médicos, por ejemplo, suelen conjugar entre sus elementos de estudio el relato de los pacientes, lo consignado en las historias clínicas, resultados de exámenes de laboratorio y literatura científica de variada índole.

Se trata de resolver el siguiente problema jurídico: En tales condiciones, cuando el perito rinde su testimonio en audiencia pública, actúa como testigo de referencia; ¿o la prueba pericial así producida puede tenerse como prueba de referencia?

3.3.8 Importa distinguir entre el informe pericial y la prueba pericial.

El informe pericial (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba. Este informe debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública; y cuando se obtiene en la fase investigativa, se sujeta a las reglas de descubrimiento y admisión en la audiencia preparatoria (artículo 414 ibídem). Sin embargo, es factible también que el informe pericial se rinda en audiencia pública, cuando así se solicita por la parte interesada (artículo 412 ibídem).

La prueba pericial es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación; y se rige por las reglas del testimonio (artículo 405 ibídem), pues las partes interrogan y conainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe.

3.3.9 En ningún caso – dice perentoriamente el artículo 415- el informe pericial será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

Si el perito estuviese impedido para comparecer físicamente a la audiencia, podrá utilizarse el sistema de tele-video conferencia- para que las partes, desde el recinto de la audiencia pública hagan el interrogatorio; sin no se dispone del sistema de audio video, la prueba pericial “se cumplirá en el lugar que se encuentre –el experto-, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo.” (Artículo 419 ibídem).

El interrogatorio tiene como finalidad que el perito explique a cabalidad su informe previo, que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el Juez.

En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de igualdad de armas, para que pueda preparar el conainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral.

3.3.10 Entre las labores de los médicos forenses oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la

⁸ Sentencia del 21 de febrero de 2007, radicado 25920, M.P. Javier Zapata O.

de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa. (Artículo 204 Ley 906 de 2004)

Generalmente, los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente y analizan la información por él suministrada y otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional.

Los resultados del examen son vertidos en un informe técnico científico. Este informe –como se ha señalado- no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y, por tanto, no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica escrita por los médicos tratantes y analizan la información suministrada por el mismo paciente.

Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contrainterrogado sobre el contenido del informe técnico científico; porque es en esta oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

« [...]

El médico cirujano cree en las anotaciones que el anesthesiólogo y el cardiólogo hacen en la historia clínica; y el cirujano procede contando con esa información. ¿Si esa información es decididamente útil en la actividad médica normal en búsqueda de la recuperación del paciente, por qué no admitirla entonces como base de la experticia que se rinde por otro facultativo en la audiencia del juicio oral, so pretexto de la configuración de una prueba de referencia?

Por supuesto, en el anterior, como en todos los casos, es factible enderezar la crítica contra la prueba pericial en igualdad de condiciones que respecto de todas las pruebas; no porque se trate de una prueba de referencia, sino por cualquiera de los factores que deben sopesarse en la apreciación de la prueba pericial (artículo 420 Ley 906 de 2004).

Conforme a la jurisprudencia citada, puede colegirse que el informe pericial, elaborado con fundamento en la observación del menor y en la historia clínica, es lo que ordinariamente hacen los expertos forenses. Por lo que debe admitirse como base de la experticia y por tanto puede catalogarse como conocimiento directo el testimonio rendido por el experto en juicio donde bajo las reglas de contradicción fue sometido al interrogatorio cruzado, para que explicara el informe y donde el testigo se refirió a lo que observó, conforme a los protocolos médicos, en el cuerpo del menor, por lo que puede concluirse que el perito, médico legista Juan Guillermo Tabares Montoya, es testigo directo de que existió una dilatación anal y eritema con rastro de sangre, deduciéndose un hecho indicador de que el niño fue accedido a través del ano.

El otro problema respecto de este tópico se refiere al valor suasorio que tiene la anamnesis. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha abordado el problema de la naturaleza jurídica y eficacia probatoria de los

relatos de los hechos insertos en la anamnesis de los informes sexológicos, psicológicos o psiquiátricos. Al respecto ha enseñado⁹:

El problema jurídico que se plantea en el presente caso se vincula directamente con el valor y eficacia probatoria de los relatos que los menores de edad víctimas de delitos sexuales suministran sobre los hechos investigados a los peritos, en las valoraciones sexuales, psicológicas o psiquiátricas, técnicamente denominados anamnesis.

« [...] Explicó igualmente, que cuando el perito tiene conocimiento personal y directo de los hechos sobre los cuales opinaba, como sucedía en el caso ya expuesto del médico legista que emitía opiniones sobre la causa de muerte a partir de la observación del cadáver, o del sicólogo que advertía la presencia en el menor entrevistado de síntomas del síndrome del niño abusado, la acreditación del hecho sobre el cual informaba podía cumplirse con el testimonio del perito, quien en estos casos fungía como testigo directo,

« [...] (ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del "síndrome del niño abusado", será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.»

« [...]

En síntesis, la Sala ha venido insistiendo en precisar, (i) que los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) que si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.

Así las cosas, lo que relata el menor al perito de la forma como ocurrieron los hechos, en la anamnesis, corresponde a hechos de los cuales el perito no es testigo directo, le corresponde escucharlos y transcribirlos en el informe pues no los percibió de manera directa; y de aceptarlos sería para verificar el testimonio del menor, su propio testimonio expresado en otro escenario incurriendo en autoconstatación. De lo que sí es testigo personal y directo el perito es de lo que observó en el comportamiento y secuelas físicas o psicológicas que patentice el menor examinado, hechos que para efectos probatorios corresponden a su observación personal y directa.

Concluimos que el testimonio del médico legista Juan Guillermo Tabares Montoya, tiene la calidad de testigo directo respecto a los hallazgos realizados

⁹ SP. 4179-2018 rad. 47789 26 de septiembre 2018 M.P José F. Acuña V.

en el cuerpo del menor, y de prueba de referencia, respecto de la anamnesis. Lo mismo ocurre con los testimonios de la médica pediatra Mónica María Castaño Arroyave, a quien se le remitió el paciente para que fuera evaluado y con la psicóloga Viviana Herrera Cortez, adscrita a la Fundación Jugar para Sanar, la cual relató lo que ocurrió en las 15 sesiones realizadas de forma semanal al niño DEHA, con ocasión al evento traumático que vivió.

La médica pediatra de Sura, Mónica María Castaño Arroyave, examinó al menor el lunes 20 de noviembre de 2017 y le realizó el correspondiente examen sexológico como segundo reconocimiento médico legal, encontrando una fisura anal a las 12 del reloj no sangrante. La testigo manifestó que a pesar de no poder corroborar si la lesión es consecuencia de un abuso sexual, existe una correlación probable entre lo relatado por DEHA y el hallazgo físico. En este punto hay que tener en cuenta que esta valoración médica se produjo 1 mes y 20 días después de la ocurrencia de los hechos, por ende, es razonable que las lesiones encontradas inicialmente ya hubiesen sanado o cicatrizado.

En cuanto al testimonio de la psicóloga Viviana Herrera Cortez, manifestó que se realizaron varias sesiones al menor de forma semanal desde el 10 de noviembre de 2017, aplicando una metodología de juego para abordar diferentes temáticas. El menor durante la terapia se mostró atento, con interés y coherente en sus manifestaciones, así mismo demostró sentimientos de miedo, tristeza e ira frente a lo sucedido y esto se refleja en comportamientos problemáticos que tuvo con posterioridad a los hechos. Infiere que el menor evidencia en su actuar las consecuencias de afrontar una situación traumática y por lo tanto requiere de un acompañamiento.

Ambas profesionales sanitarias declararon en juicio el 14 de diciembre de 2018, siendo interrogadas directamente por la Fiscalía y la defensa en donde explicaron sus informes y las conclusiones a las que llegaron. En suma, cuentan con la calidad de testigos directos respecto a los hallazgos físicos y psicológicos encontrados en el menor, en tanto que su papel como peritos era analizar esas manifestaciones y comportamientos bajo los preceptos de la ciencia.

4.3.3 Valoración de la duda probatoria

La defensa afirmó que contrario a la valoración del *a quo*, de la prueba se concluye que debe absolverse a su defendido por falta de certeza probatoria en la demostración de la responsabilidad criminal.

Para responder el cuestionamiento es preciso delimitar el concepto de duda probatoria. La sistemática procesal penal acusatoria desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no es cualquier duda la que debe llevar al operador judicial a declarar que la prueba practicada no es suficiente para que su convencimiento racional supere la exigencia impuesta por la ley para proferir sentencia condenatoria. El concepto de “conocimiento más allá de toda duda”¹⁰ para proferir sentencia condenatoria, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional¹¹ se concibe en términos de certeza racional, no absoluta, fundamentada en la prueba lícitamente practicada en el juicio, respecto de los aspectos centrales del delito y la responsabilidad del procesado, convencimiento al que debe llegarse después del ejercicio intelectual de la valoración probatoria y que impone, de no lograrse, la aplicación de principio constitucional y legal del *in dubio pro reo*.

Al respecto en reciente sentencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado¹²:

“(...) El artículo 29 de la Constitución Política establece que “toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. En el mismo sentido, el artículo 7o de la Ley 906 de 2004 dispone que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

El ordenamiento jurídico desarrolla de diversas maneras este derecho, entre ellas: (i) radica en la Fiscalía General de la Nación la carga de la prueba. (ii) Establece que la presunción de inocencia no podrá desvirtuarse con pruebas obtenidas con violación de derechos o garantías fundamentales (Art. 29 de la C.P. y 23 de la Ley 906 de 2004). (iii) incluye garantías para el procesado, que se erigen en límites a la actividad probatoria del Estado, tal y como sucede con el derecho a no declarar en su contra ni en contra de los parientes en los grados establecidos en la ley; la consagración del derecho a la confrontación y las consecuentes prohibiciones en materia de prueba de referencia; entre otras. (iv) Dispone que el conocimiento más allá de duda razonable es el estándar que debe

¹⁰ Artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

¹¹ Sentencia C-609 de 1996.

¹² S.P 19617-2017, rad 45899, del 23 de noviembre de 2017, M.P. Patricia Salazar Cuellar.

alcanzarse para que pueda tenerse por desvirtuada la presunción de inocencia (Art. 381 ídem); etcétera.

Frente a este último aspecto, la Sala se ha referido reiteradamente a la necesidad de precisar el concepto de duda razonable, para establecer el alcance del estándar de conocimiento previsto como presupuesto de la condena. Por su relevancia para la solución del presente caso, cabe destacar algunas precisiones sobre el concepto de hipótesis fácticas concurrentes y exculpatorias, cuando las mismas pueden considerarse como verdaderamente plausibles. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 8 marzo 2017, Rad. 44599, dijo:

El artículo 372 de la Ley 906 de 2004 dispone que “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”. En los aspectos relevantes, esta disposición es reiterada en el artículo 381 ídem.

La Sala es consciente de los debates suscitados en torno a lo que debe entenderse por duda razonable, y de la consecuente necesidad de desarrollar jurisprudencialmente dicho concepto.

En tal sentido ha planteado, por ejemplo, que puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante (SP 1467, 12 Oct. 2016, Rad. 37175, entre otras).

Por la dinámica propia del sistema regulado en la ley 906 de 2004, las hipótesis que potencialmente pueden generar duda razonable pueden ser propuestas por la defensa.

Conforme al marco establecido se afirma que los ataques de la defensa apelante están lejos de generar la duda probatoria que predica. La conclusión teórica de que el juez incurrió en falso juicio de raciocinio de los medios de prueba, que no logró desvirtuar totalmente la presunción de inocencia y de allí derivar que se han generado dudas que deben resolverse a favor del procesado, se queda en la elaboración hipotética que no concreta ataques reales a la valoración en el *sub judice*, no atacó de fondo las razones que tuvo el *a quo* para darle credibilidad al testimonio del menor y aplicó de forma indebida el principio *in dubio pro reo* a favor del procesado.

Colofón de la valoración probatoria es que el núcleo de lo narrado por el menor resulta creíble y confirmado por la prueba periférica. Su relato no fue minado con fundamento en los criterios consagrados en el art. 403 de la Ley 906/04. El relato del menor respecto de los hechos jurídicamente relevantes, se

Radicado: 05-001-60-00206-2017- 49042
Sentenciado: Jorge Eleazar Castaño Flórez
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

observa natural, coherente, fluido y creíble. Se considera que DEHA relató la secuencia fáctica conforme lo percibió y alcanzó a procesar de acuerdo a su edad, sin que se observe, ni de manera remota, motivos para mentir como lo afirma, sin probarlo, la defensa.

Se establece la admisibilidad y credibilidad de la declaración del menor como prueba directa, pues su testimonio fue claro, consistente, sin motivos para mentir y coherente internamente respecto de las circunstancias en las que ocurrió la agresión. Igualmente, que resultó coherente externamente al ser corroborada periféricamente por otras pruebas directas e indiciarias, que trascienden el contenido mismo de la declaración del menor como testigo directo de lo acontecido. Se concluye que se llegó al grado de conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado, cumpliéndose con las exigencias constitucionales y legales que materializan el debido proceso. En este orden se confirmará la sentencia objeto de recurso.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia por la cual el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con función de conocimiento de Medellín condenó a Jorge Eleazar Castaño Flórez a la pena de 16 años de prisión tras hallarlo penalmente responsable a título de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado: 05-001-60-00206-2017- 49042
Sentenciado: Jorge Eleazar Castaño Flórez
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Nelson Saray Botero', written in a cursive style.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Hender Augusto Andrade Becerra', written in a cursive style.

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado