



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428
DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado
PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ
PROCEDENCIA: Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello
OBJETO: Apelación sentencia condenatoria
DECISIÓN: Modifica
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Sentencia Nro. 012
Aprobada Acta Nro. 053

Medellín, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO POR TRATAR

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia Nro. 018 proferida el veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022), por la Juez Segundo Penal del Circuito de Bello, en la que condenó a **FERNANDO MORALES CRUZ**, como autor penalmente responsable del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado, de acuerdo con los artículos 209 y 211 numerales 2 y 3 del Código Penal, imponiendo una pena de ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto de la prisión domiciliaria.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos jurídicamente relevantes fueron consignados en la sentencia de primera instancia, de la siguiente manera:

"En el mes de abril de 2018 en la Carrera 57 N°24ª-10 apto 201 del barrio Cabañitas del municipio de Bello, en la casa en la que vive la niña D.M.V.V. de 10 años de edad y de la que es vecino el señor FERNANDO MORALES CRUZ, pues vive en el apto 401 y su local comercial, un restaurante, queda en el primer piso del edificio, aprovechando que la niña se encontraba sola en su casa, toca la ventana y la niña le permite el ingreso y amenazándola de que le podía pasar algo pero, le exige que se quite su ropa interior a lo que la menor le dice que no, por lo que procedió a cerrar la puerta, la despoja de su ropa interior y se quita la ropa de la parte inferior que llevaba puesta, realizándole tocamiento de contenido erótico sexual, consistentes en tocar con su mano y su pene la vagina de la niña."

En la audiencia de formulación de acusación, se adicionan los hechos en el sentido que hubo contaminación venérea. Sin embargo, esa adición hace relación al escrito porque esta agravante le fue imputada."

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bello, el ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019) se llevó a cabo audiencia de legalización de captura. La fiscalía le comunicó a **FERNANDO MORALES CRUZ** que estaba siendo investigado como presunto responsable de la comisión de la conducta punible de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravados, de acuerdo con los artículos 209 y 211 numerales 2 y 3 del Código Penal, sin que aceptara el cargo lanzado.

En sesión del nueve (9) de ese mes y año, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión. Se autorizó una búsqueda selectiva en bases de datos y la obtención de la toma de muestras que vinculan al procesado.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALEZ CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

El tres (3) de enero de dos mil veinte (2020), la fiscal del caso presentó escrito de acusación en contra del imputado, señalándolo como probable responsable del delito por el que fue imputado, y le correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello. Donde, el siete (7) de febrero siguiente, se agotó la audiencia de formulación de acusación.

Luego varios aplazamientos, el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020) se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

El Juicio oral se adelantó los días veintinueve (29) y treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), veinticuatro (24) de agosto, seis (6) de septiembre y veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). Finalmente, el veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022) se presentaron los alegatos de conclusión, se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se dio lectura a la sentencia, frente a la que la Defensa interpuso recurso de apelación.

Mediante auto del ocho (8) de julio de ese año, se concedió la apelación ante esta Corporación.

LA PROVIDENCIA APELADA

La juez de primera instancia encontró acreditado el sujeto pasivo –la menor de catorce años– y el activo –el procesado–, para continuar con el estudio de la conducta –consistente en los actos sexuales– basándose en soportes jurisprudenciales acerca de su realización.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

Partió de la declaración de la víctima acerca de lo ocurrido, para advertir que no encuentra algún interés nocivo en perjudicar al procesado o para sostener una mendacidad de la agredida. Habló acerca de la ubicación temporal de la menor frente a la ocurrencia del hecho y la corroboración de sus dichos a partir de los hallazgos médicos encontrados por los distintos galenos que la evaluaron.

Los familiares refieren los cambios comportamentales de la menor y la atención psicológica que recibió con ocasión de lo ocurrido, inicialmente de manera particular y luego por la activación del denominado código fucsia.

Aunque se pueda predicar una posible inconsistencia acerca del hecho, pues se afirmó que había sido estando de pie y en otra oportunidad se dijo que fue en el suelo, esta situación no enerva lo dicho por la menor en su testimonio, debiendo tener en cuenta que a partir del proceso de rememoración se explica esa situación. En especial, cuando hay prueba que corrobora sus manifestaciones y llevó a establecer una coherencia tanto interna como externa.

La prueba testimonial, desde su apreciación individual como en conjunto, la encontró digna de mérito porque se cuenta con un testimonio único y los restantes de corroboración. Desestimando la presencia de algún interés de la víctima en mentir o perjudicar al acusado.

Se probó la ocurrencia de la conducta para los días siguientes al 28 de marzo de 2018, pero a pesar de no precisar una fecha, sí se establecieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

que se presentó, esto es, en horas de la tarde, en la casa de la víctima y la forma como ocurrió el hecho.

La pretensión de la defensa para desmentir, desvirtuar o poner en duda el contagio de la enfermedad por transmisión sexual hallada en la ofendida, de acuerdo a lo probado en el juicio oral, se descarta cuando los galenos indican que es posible que una persona que no ha presentado síntomas pueda ser portador del virus.

Halló demostrada la agravante de la cercanía de la menor respecto del acusado, dado que se generó una familiaridad al tratarlo como *abuelito*. Asimismo, la contaminación venérea de la infante.

En consecuencia, la prueba lleva al conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia de la conducta punible acusada, cometida contra de la libertad, integridad y formación sexual de la menor D.M.V.V., y la responsabilidad penal de **FERNANDO MORALES CRUZ**.

Finalmente, señaló que la conducta era típica, antijurídica, dolosa y culpable.

DE LA APELACIÓN

El Defensor del encartado señala que la tesis de descargo se orientó a resolver el interrogante relacionado con la contaminación venérea de la menor, cuando ni el acusado ni su cónyuge son portadores del virus del papiloma humano.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

En su sentir, en la decisión de primera instancia se presenta una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, cuando se distorsiona la prueba para su valoración, dado que se demostró que la menor dio cuenta del posible abuso en razón de la sintomatología y patologías presentadas en su zona íntima, sin que la Fiscalía haya demostrado que **MORALES CRUZ** fuera portador del virus del papiloma humano, por lo que basado en el testimonio de su consorte, es imposible que haya podido transmitirle la enfermedad.

Decir que no hay duda frente a la probabilidad de que enjuiciado sea portador del virus, es condenar con base en indicios *-lo que está abolido en la sistemática procesal con tendencia acusatoria-*. No hay ninguna prueba directa o indirecta acerca de que esta persona esté enferma, de ahí que brille por su ausencia prueba que determine que el acusado sea portador activo o pasivo de la patología y así no quedar duda de su responsabilidad.

Por tanto, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, para que **FERNANDO MORALES CRUZ** sea absuelto por duda razonable.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

FISCAL

Empieza por advertir que también la defensa cuenta con potestad investigativa orientada a acopiar pruebas pertinentes para sustentar su teoría del caso, entonces debía demostrar que el encartado no contagió a la menor, sin embargo, al sopesar las

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

pruebas se encontró un mayor poder suasorio en las presentadas por el ente acusador.

Pone de presente cómo se descubrió la enfermedad en la víctima, los hallazgos derivados del examen médico legal, lo manifestado por el ginecólogo y el dermatólogo que evaluaron a la menor. Para luego, advertir en que, si bien se presentó como testigo de descargo a la cónyuge del procesado, en ningún momento se demostraron los resultados *normales* de los exámenes realizados por ginecología, siendo lo único cierto, que a la agredida se le encontraron lesiones que no son normales para su edad y sospechosas de abuso sexual.

La prueba practicada, analizada de manera individual y en conjunto, a la luz del principio *pro infans*, no pueden llevar a la ligereza de restarle credibilidad al relato de la víctima y devenir en la existencia de una duda razonable que haga privilegiar a la presunción de inocencia. Por tanto, solicita se mantenga la decisión de condena.

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son las competentes para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias proferidas por los Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este evento se ajusta a la previsión legal pues la providencia sometida a nuestro conocimiento fue proferida por el

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, despacho adscrito a este distrito.

Hay, en nuestro criterio, sustentación suficiente para que podamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto, siendo límite de nuestra intervención, conforme a la técnica del recurso, los aspectos cuestionados por la recurrente.

Así entonces, el problema jurídico que debemos resolver se relaciona con la valoración probatoria realizada por la primera instancia, pues sostiene el recurrente que era imposible que **FERNANDO MORALES CRUZ** transmitiera una enfermedad de transmisión sexual a la víctima, en virtud a lo probado en el juicio oral, lo que deriva en una duda frente a su responsabilidad penal, por tanto, debe revocarse la decisión de instancia y, en su lugar, proferir decisión absolutoria.

En aras de darle un orden lógico a la solución del problema jurídico planteado, estimamos pertinente desde ya abordar el análisis probatorio inicialmente a partir de la materialidad de la conducta punible, para, consecuentemente, abordar el estudio de las circunstancias de agravación punitivas por las que resultó condenado el encartado.

Sea lo primero indicar que en delitos como el que aquí se juzga, donde se presenta un atentado contra la formación e integridad sexual de un menor de edad, esto es, cuando hay una afectación a la dignidad y su autonomía ética, se ha reconocido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que la versión dada por estos *goza de especial relevancia y de elevado mérito*

*persuasivo*¹, sin embargo, no significa que sus dichos no puedan ser objeto de censura o crítica por parte del fallador, en tanto, el Código de Procedimiento Penal establece una regulación acerca de la forma como debe ser valorado un testimonio.

No debe dejarse de lado que conforme al artículo 402, el testigo únicamente podrá declarar acerca de lo que, en forma directa y personal, haya podido observar o percibir, y, para su valoración se deben seguir las reglas del artículo 404, esto es, deberá tener en cuenta:

"los principios técnico-científico sobre la percepción y la memoria, y especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad".

El testimonio de los menores ha sido objeto de bastantes pronunciamientos por parte del órgano de cierre en lo penal, en especial por el tratamiento legal que se le ha dado en razón al reconocimiento de su especial protección constitucional. Así ha indicado:

"En ese margen hay que convenir en que el testimonio de los menores de edad ha sido tratado con una delicada ductilidad atendiendo la reconocida primacía constitucional de sus derechos (artículo 44 de la Constitución Política)², pero eso no autoriza que su declaración se pueda analizar por fuera del conjunto probatorio, o excluyendo pruebas o mutilando otras, o al margen de toda crítica, en perjuicio de los derechos del acusado, pues como también lo ha expresado la Sala:

"Lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas

¹ Véase entre otras: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2944 del 12 de agosto de 2020, radicado 55663; Sentencia SP1721 del 15 de mayo de 2019, radicado 49487.

² [Cita inserta en el texto transcrito] Cfr., por todos, y en detalle, CSJ. SP, del 11 de julio de 2018, Rad, 50637.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria.”³

O, más recientemente:

“Bajo ninguna circunstancia puede entenderse que las personas que comparecen al proceso penal en calidad de víctimas tienen derecho a que, irremediamente, se emita una sentencia condenatoria, así ello implique la eliminación de los derechos del procesado. Ello negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal...”⁴.⁵

Para el caso de los delitos atentatorios contra la libertad, formación e integridad sexuales donde son víctimas menores de edad, la clandestinidad en la que suceden los hechos –por regla general–, lleva a que la versión del agredido sea determinante en aras de dilucidar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se presenta la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado.

En virtud al principio de libertad probatoria, señalado en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, y del sistema de libre persuasión racional que se regula en la Ley 906 de 2004, no se hace necesaria la existencia de una prueba específica en aras de llevar al juez al convencimiento más allá de toda duda, exigido en el artículo 381.

³ [Cita inserta en el texto transcrito] CSJ. SP del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, reiterada en SP del 10 de octubre de 2007, radicado 24.110.

⁴ [Cita inserta en el texto transcrito] CSJ. SP del 11 de junio de 2018, radicado 50637. En igual sentido, y en detalle, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2944 del 12 de agosto de 2020, radicado 55663, al retomar lo indicado en la Sentencia SP1721 del 15 de mayo de 2019, radicado 49487.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

Tampoco se descarta que al fallador le baste un testimonio único para lograr ese grado de conocimiento para la emisión de un juicio de reproche.

Sin embargo, dada la dificultad probatoria que se presenta en este tipo de delitos y de víctimas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al retomar algunos conceptos del derecho español, ha traído la importancia de las pruebas de corroboración periférica de los hechos, así ha argumentado:

*“Pero en los casos en los que no quedan huellas físicas, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la **corroboración periférica de los hechos**, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la víctima. En tal sentido, la Sala ha señalado:*

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

*Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) **el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros. (SP1525-2016)”**⁶*

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP108 del 30 de enero de 2019, radicado 51672

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

De manera particular, ha concretado estos criterios para tenerse en cuenta al momento de abordar el estudio de las incriminaciones dadas por los menores víctimas de agresiones sexuales, así:

"a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones" (CSJ. SP, abr. 11 de 2007, rad. 26128)"⁷.

DE LOS ACTOS SEXUALES

Tal como se indicó en precedencia inicialmente se hará el estudio acerca de la materialidad de la conducta punible por la que se llamó a juicio a **FERNANDO MORALES CRUZ** y para ello, necesariamente, se debe partir de lo manifestado por la víctima en el juicio oral.

D.M.V.V. contó que luego de cumplir sus diez años, cuya fecha es el 28 de marzo, un día se quedó sola en su casa, entre las dos o tres de la tarde, estando en la parte del computador, cuando tocó **FERNANDO** diciéndole que debía darle una razón de la mama, por lo que abrió la puerta de ingreso a su vivienda, al entrar el adulto, la cerró y le bajó los *shorts* y los *cuquitos*, él se quitó su pantalón y le rozó con el pene su vagina, luego volvió a vestirse y le dijo que no le contara a nadie y se fue.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5395 del 6 de mayo de 2015, radicado 43880.

Dijo haberse sentido *muy incómoda*, por lo que decidió cambiarse de ropa.

Sobre su agresor, afirmó no conocer su nombre completo y lo identificó como don **FERNANDO**, quien tiene un negocio de comidas mexicanas, cercano de la familia, y ella le decía *abuelito*, describiéndolo como de *pelo negro, morenito, bigote y siempre está con las camisas por dentro*, que vivía en el tercer piso de su casa.

Narró que después de lo ocurrido, comenzó a comerse las uñas, a orinarse en los *cucos*, siempre que lo veía pensaba que le iba a hacer algo malo.

Enfatizó que fue en razón a unos exámenes médico que contó lo que le había sucedido, inicialmente a su abuela materna –con quien vivía– y luego a su mamá. Actualmente, se encuentra en tratamiento psicológico para dejar de lado sus miedos.

En aras de dotar de plena credibilidad a la versión de la menor víctima, por el ente acusador se aportó prueba de corroboración periférica de sus dichos, las cuales, fueron debidamente señaladas en la providencia de primera instancia, y que huelga indicar, compartimos plenamente, respecto de la ubicación temporal de la menor, sus cambios comportamentales, así como de los hallazgos encontrados por los distintos galenos que la evaluaron –*tanto los de salud mental como física*–.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

Inicialmente, debemos señalar que la menor cuenta que los hechos ocurrieron días después de su cumpleaños, el 28 de marzo, una tarde en que se encontró sola en su casa.

La fecha de natalicio de la menor está demostrada inicialmente a partir de la estipulación probatoria Nro. 1, que da cuenta de la minoría de edad de la agredida, en atención a su nacimiento el 28 de marzo de 2008.

Claudia Isabel Valencia Alzate –*madre de la víctima*– señaló en su declaración que la menor cumple años en esa fecha y que la menor dio cuenta de los hechos días después a este acontecimiento para el año 2018. En idéntico sentido se refirió Magnolia de Jesús Alzate Cadavid –*abuela materna*– explicó que lo ocurrido fue al mes después de que su nieta cumplió los 10 años.

Conforme a lo anterior, no hay lugar a discusión de la ubicación temporal de la menor acerca de la ocurrencia de los hechos para el mes de abril de 2018, pues para el 28 de marzo de ese año cumplió sus 10 años, lo que denota corroboración de sus dichos.

Los familiares de D.M. también expusieron la distribución de la casa, en especial, la ubicación del computador en el inmueble, siendo este el sitio donde ocurrieron los hechos.

Claudia Isabel Valencia Alzate detalló que el computador de la residencia se encontraba en un espacio detrás de la puerta de ingreso de la vivienda, lugar donde también se ubicaba un sofá.

Magnolia de Jesús Alzate Cadavid también hizo una descripción de su casa, que era un segundo piso, allí había un balcón y frente a la ubicación del computador precisó que estaba detrás de la puerta principal de su casa.

Por último, *Carlos Andrés Valencia Alzate* habló que su residencia se ubicada en un segundo piso, amplia, y el computador se ubicaba en el pasillo de ingreso a la casa, antes de la sala.

Nótese como estos tres testigos ratifican que la vivienda se ubicaba en el segundo piso de un edificio, allí residía la familia de la que hacía parte D.M.V.V., además, precisamente detrás de la puerta de ingreso del inmueble se ubicaba el computador, lugar donde ocurrieron los hechos, situación que da cuenta de la ubicación espacial de la víctima respecto de los aquellos.

Los cambios comportamentales de la agredida una vez ocurrido el suceso, también son referenciados ampliamente por estas personas.

Claudia Isabel señaló que su hija para el año 2018 presentó enuresis –goteo de orina–, se orinaba en su cama, tenía una afectación al miccionar, se comía las uñas, desmejoró en su rendimiento académico, se incrementó la presencia de pesadillas en su sueño y sus ganas de estar encerrada.

Magnolia de Jesús explicó que la menor venía con cambios, ya no era feliz, se mantenía aislada en su habitación, empezó a orinarse en su cama, en los calzones, bajó sus notas en el colegio

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALEZ CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

y manifestaba estar aburrida en la casa, fue en razón a un *flujo feo* que encontró en su ropa interior que la llevaron al médico para establecer lo que le ocurría.

Carlos Andrés señaló que su sobrina pasó de ser una niña extrovertida a ser seria, fría. La menor empezó a decaer en el estudio, se volvió apática, más seria, cuando antes era alegre, espontánea.

Aunque la menor haya presentado un déficit de atención que la obligó a recibir atención psicológica, esta situación no modificó su comportamiento, y se explica como una consecuencia de lo ocurrido.

Eliana Ríos Serna, psicóloga que atendió a D.M. por sus problemas de atención y concentración que afectaron su rendimiento escolar, reconoció que inició su atención para inicios de 2019, cuando ya contaba con 11 años de edad narró y fue en su tercera o cuarta sesión –*al no recordarlo con exactitud*– que se activó el código fucsia.

La madre de la agredida fue quien le indicó la presencia de enuresis –*se orinaba*– y de onicofagia –*comerse las uñas*– como síntomas relacionados con el abuso sexual, de ahí que haya realizado trabajo de modelo psico-conductual, para manejar la vergüenza que sentía por la situación.

De sus valoraciones, luego de activado el código, encontró que se acrecentó la presencia de pesadillas y un retroceso en el proceso de atención y de distracción que venía siendo tratando.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

De acuerdo con lo anterior, no hay lugar a discusión que los cambios conductuales de D.M.V.V. se presentaron con posterioridad a la realización del único evento de contenido sexual del que fue víctima, pues se cuenta con prueba suficiente en sus familiares y la psicóloga que la atendía acerca de esta circunstancia, debiendo resaltar que, en virtud a lo indicado por la profesional en salud mental, que precisamente luego de que ocurrieron los hechos en el año 2018, que la menor requirió de apoyo psicológico para el manejo de su déficit de atención –esto es, para el año 2019–.

Destacamos que hay persistencia en la ofendida tanto en el relato de lo acontecido como de su agresor, pues de manera insistente y en distintos escenarios únicamente ha señalado a **FERNANDO MORALES CRUZ** como la persona que le rozó su vagina con el pene; inicialmente a su abuela –*Magnolia de Jesús Alzate Cadavid*– luego a su madre –*Claudia Isabel Valencia Alzate*– y finalmente, al dar la entrevista en la Fiscalía General de la Nación –ante la investigadora *Erica Lucía Peña Londoño*–.

Y, como se vio, en desarrollo del juicio oral mantuvo su señalamiento frente al aquí enjuiciado.

No hay ningún elemento que indique o sugiera la presencia de algún animo de rencor, enemistad o animadversión de D.M.V.V. para con **MORALES CRUZ** que ponga en entredicho su señalamiento. Frente al particular la víctima afirmó conocer a su agresor por ser una persona que tenía un restaurante de comida mexicana, a quien le tomó confianza al punto que llegó a decirle *abuelito*.

Claudia Isabel Valencia Alzate cuenta que el enjuiciado era dueño de un restaurante cerca de la casa donde vivieron entre el 2012 y el 2018, una persona amable con todos, cariñoso con su hija, quien lo trataba como *abuelo* y fue después de la ocurrencia de los hechos que ella cambio su actitud para con él, tal como ocurrió una vez que fueron a comer al restaurante, pero su hija no quiso saludarlo.

Magnolia de Jesús Alzate Cadavid al ser indagada por el procesado indicó que era una persona muy querida, la víctima le tenía aprecio y le expresaba su afecto, de manera que la invitaba a comer en su restaurante el día del cumpleaños.

Incluso, *María Celina Hoyos Fonnegra* explica que la menor era una vecina del edificio donde queda el restaurante y donde residía junto con el encartado, a quien conocía por esta circunstancia, sin que haber tenido mayor relación con ella ni conocer su apartamento, cuya relación era *normal, de saludo*.

Lo anterior descarta completamente que la incriminación de D.M.V.V. hacia **MORALES CRUZ** esté revestida de algún resentimiento en la relación entre agresor-agredido, lo que denota la inexistencia de un interés en perjuicio del citado ciudadano, y a la postre, no pone en entredicho la aptitud probatoria de lo manifestado por la víctima, lo que permite darle pleno valor suasorio.

Por último, y no menos importante, se presentaron al juicio oral hallazgos clínicos en el cuerpo de la menor que sustentan el abuso sexual del cual fue víctima.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

El ginecólogo *Carlos Mario Hurtado Arango* atendió a la ofendida en razón a que tenía lesiones tipo espejo en sus labios vaginales menores, observándole unas de tipo *condilomatosis* que pueden estar relacionadas con el virus del papiloma humano, en tanto parecían lesiones verrugosas que son secundarias a contacto sexual. De manera específica detalló que se trataban de *dos lesiones simétricas en labios menores, nodulares, hipocrómicas en tercio inferior*; que explica son lesiones que no tienen color como el de los genitales.

Al final dispuso la remisión de la paciente a dermatología para mayor precisión. Aclaró que el único virus que produce ese tipo de lesión de *condilomatosis* es del papiloma humano, lo que tiene coherencia con el relato dado y se presentan, se insiste, por contacto sexual.

El dermatólogo *Juan Carlos Wolff Idárraga* atendió a D.M. con ocasión a la activación del código fucsia, pues tenía lesiones en la región perianal, específicamente en los labios mayores de la vagina, lo que no es normal en esa edad. Las lesiones consistían en unas placas blancas hiper cromáticas, tipo verrugas, que son ocasionadas por contacto directo con una persona que tenga el virus del papiloma humano, por lo que llevó a cabo una sesión de crioterapia para su erradicación.

Finalmente, el médico legista *Fabio Manuel Avendaño Ayala* recordó lo dicho por la menor en la anamnesis y encontró en su examen lesiones hipocrómicas de 0.5 cm por 0.5 cm, con himen elástico, por lo que dictamina contaminación venérea que exige contacto sexual para su producción, lo que es compatible con la versión de *haber*

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALEZ CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

rozado su coso con sus genitales. Siendo enfático en señalar que se trataba del virus del papiloma humano, al encontrarle a la menor los signos y síntomas de la enfermedad –los cuales describe–.

Con todo, no hay lugar a duda alguna que la menor D.M.V.V. fue tocada en su vagina por el miembro viril de **FERNANDO MORALEZ CRUZ**, lo que claramente acredita la materialidad de la conducta de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, de acuerdo al artículo 209 del Código Penal, cuya única finalidad, en el contexto de lo ocurrido, era la de satisfacer su libido.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

Por parte de la Fiscalía se le endilgó a **MORALES CRUZ** dos circunstancias de agravación punitiva –*las establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 211 del Código Penal*– una de ellas a partir de la cual, sostiene la Defensa, era imposible su realización y, por ende, pone en duda la ocurrencia del hecho.

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 211 del C.P., la pena se aumentará cuando *Se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.*

Para el caso concreto, no hay dudas de que la menor D.M.V.V. luego de ocurrido fue contagiada del virus de papiloma humano, patología que de acuerdo con los médicos *Carlos Mario Hurtado Arango, Juan Carlos Wolff Idárraga y Fabio Manuel Avendaño Ayala* es derivada por contacto sexual, tal como quedó acreditado en precedencia.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

Además, reiteramos que únicamente se ha señalado a **FERNANDO MORALES CRUZ** como la persona con quien la menor D.M.V.V. tuvo el contacto sexual, referido al roce del miembro viril masculino en la vagina de la víctima *–por lo que procede el reproche jurídico penal en contra del citado ciudadano–*.

Sin embargo, argumentar que por estos dos hechos está debidamente acreditada la circunstancia de agravación, consideramos que es una situación que da lugar a su procedencia de manera objetiva, lo que no está permitido en la legislación nacional, dado que el artículo 12 del Código Penal erradicó de manera expresa cualquier forma de responsabilidad de este tenor.

Conforme lo establece el artículo 9 de la Ley 599 de 2000, para la imputación jurídica de un resultado no es suficiente la mera causalidad, sino que se requiere una valoración que permita imputarle a una persona un resultado lesivo como obra suya. Lo que, sumado a lo establecido en el artículo 22 de la misma codificación, precisa la actuación dolosa *cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, o también, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar –dolo eventual–*.

Dentro de la valoración integral de la prueba, hay un elemento que reviste de especial importancia de cara a tener acreditada la concurrencia de esta circunstancia de agravación, el actuar doloso del **MORALES CRUZ** pues, tal como lo pone de presente el recurrente, no hay algún elemento que indique que el encartado tuviera conocimiento que era portador del virus del papiloma humano.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

Frente al particular, únicamente se trajo como prueba de descargos la declaración de la cónyuge del procesado, *María Celina Hoyos Fonnegra*, quien fue clara en señalar que no ha tenido enfermedades de transmisión sexual, realizándose los últimos exámenes ginecológicos hace tres meses con resultados *normales*.

De otro lado, por parte del ente acusador no se practicó prueba alguna que diera cuenta de esta u otra circunstancia acerca de la contaminación venérea del encartado, y mucho menos del conocimiento de su portabilidad para que, en virtud de la realización de los actos sexuales aquí reprochados, se haya propagado el virus del que era activo.

De manera amplia, el médico legista *Fabio Manuel Avendaño Ayala* explicó, en relación con el virus de papiloma humano, en relación con los hombres, en un 99% de los casos son asintomáticos, siendo sintomatológicamente más presentado en las mujeres. Asimismo, al ser interrogado acerca de la verificación de este virus en la realización de la citología en la mujer, detalló que la finalidad no era precisamente encontrar este tipo de enfermedades.

Estas dos respuestas nos llevan a tres conclusiones: (i) **FERNANDO MORALES CRUZ** bien pudo haber estado infectado por el virus del papiloma humano y trasmitírselo a D.M.V.V. al momento de la realización de los actos de contenido sexual del que fue objeto, (ii) a pesar de estar contagiado, desconocer que lo estaba transmitiendo, y (iii) su conyugue –como compañera sexual recurrente– ser asintomática como portadora del virus o no haberlo adquirido.

Por esta situación, no es posible encontrar demostrado que **FERNANDO MORALES CRUZ** haya conocido que era portador del virus del papiloma humano, menos aún al momento en que se presentó el contacto sexual con la menor D.M.V.V., por ende, al momento de su transmisión haber querido realmente transmitir el virus o analizar su imputación a título de dolo eventual.

En esas condiciones, no es dable sostener la condena bajo la concurrencia de esta circunstancia de agravación, de la que insistimos, no es que no se haya presentado el contagio de la enfermedad de transmisión sexual por la realización de los actos por los que se condena –*en tanto están plenamente demostrados*–, sino que no se logra desprender que **MORALES CRUZ** haya actuado conociendo previamente que estaba infectado del virus o que haya sido el vector y, por tanto, haber actuado con culpabilidad frente a la circunstancia de agravación, por lo que no es procedente emitir el juicio de reproche teniéndola en cuenta.

En cuanto al aumento de la pena por la establecida en el numeral 2 del artículo 211 del C.P. cuando *El responsable tuviere cualquier carácter, posición, o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza*, también consideramos que no se encuentra debidamente acreditada con la prueba recaudada.

Aunque la menor D.M.V.V. haya dicho que el enjuiciado era alguien cercano de la familia, tanto que lo llamaba *abuelito* –apelativo que es ratificado por Claudia Isabel Valencia Alzate y Magnolia de Jesús Alzate Cadavid, madre y abuela, respectivamente–, en

su relato, acerca del momento en que ocurrieron los hechos, se desprende que el ingreso de **MORALES CRUZ** a la vivienda el día de los hechos no obedeció precisamente a esta circunstancia, sino a un engaño presentado para la realización del hecho.

Recuérdese como D.M. fue clara en señalar que don **FERNANDO** ese día tocó la puerta de su casa y le dijo que necesitaba darle una razón de su mamá, por lo que permitió su ingreso a la casa, para luego realizar los actos de contenido libidinoso.

Es por este ardid a la menor, con ocasión a la razón enviada por su madre –*como acto previo tendiente para asegurar la comisión del delito*–, que el enjuiciado se valió para cometer el abuso sexual, y no precisamente por la confianza que se dice haya depositado en él, pues ninguno de los deponentes –de cargo y descargos– dio cuenta que la relación de amistad entre las familias era de tal naturaleza que le hayan permitido, a modo de ejemplo, el ingreso a la residencia en días anteriores, o que le haya permitido a la menor ostentar una especial confianza para con el encartado.

Por tanto, tampoco encontramos que esté plenamente acreditada esta circunstancia de agravación punitiva. A pesar de la cercanía que se pueda predicar por la forma cómo la menor de refería al enjuiciado, insistimos, fue con ocasión al engaño de **MORALES CRUZ** acerca de una supuesta razón enviada por la madre que se le permitió el acceso al apartamento por la menor y así cometer el acto delictual y no por la confianza depositada en él.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

En consecuencia, no tenemos debidamente acreditadas la concurrencia de las circunstancias de agravación punitiva establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 211 del Código Penal, por lo que no es procedente su reproche penal.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

En consideración a lo expuesto, estimamos necesario realizar la redosificación de la pena impuesta a **FERNANDO MORALES CRUZ**, esto es, por la declaratoria de responsabilidad únicamente por la comisión del delito de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, señalado en el artículo 209 del Código Penal –al retirársele las circunstancias de agravación punitiva–.

Así entonces, tenemos que quien realice los actos sexuales diversos del acceso carnal tendrá una pena que oscila entre nueve (9) y trece (13) años, en otras palabras, entre ciento ocho (108) a ciento cincuenta y seis (156) meses, con un ámbito de movilidad de cuarenta y ocho (48) meses, y cuartos comprendidos por doce (12) meses, así:

El primero comprendido entre ciento ocho (108) a ciento veinte (120); los cuartos medios entre ciento veinte (120) y un (1) día a ciento cuarenta y cuatro (144); y el cuarto máximo fluctúa entre ciento cuarenta y cuatro (144) meses y un (1) día a ciento cuenta y seis (156) meses.

En atención a lo señalado por la juez de primera instancia, debemos partir del primer cuarto y, respetándole los

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALES CRUZ

OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

argumentos presentados respecto de las circunstancias del inciso tercero del artículo 61 del Código Penal, debemos fijar la pena en su mínimo, esto es, **FERNANDO MORALES CRUZ** deberá descontar la pena de ciento ocho (108) meses de prisión, con idéntico término para la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo restante, rige el fallo de instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia Nro. 018 proferida el veintiuno (21) de junio de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, en el sentido de que se condena a **FERNANDO MORALES CRUZ**, como autor penalmente responsable de la conducta punible de Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, previsto en el artículo 209 del Código Penal.

SEGUNDO: En consecuencia, se le impone una pena de ciento ocho (108) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término.

TERCERO: En lo demás permanece incólume la decisión de primera instancia.

PROCESO: 05088 60 00200 2019 00428

DELITO: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado

PROCESADO: FERNANDO MORALEZ CRUZ

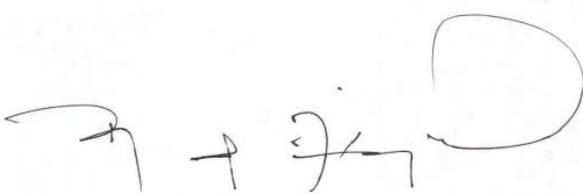
OBJETO: Apelación de sentencia condenatoria.

DECISIÓN: Modifica

CUARTO: Esta sentencia de segunda instancia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación que deberá interponerse en la forma y términos previstos en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010 y demás normas concordantes. Quedan partes e intervinientes notificados en estrados judiciales.

La lectura de la providencia, conforme lo permite el artículo 164 de la Ley 906 de 2004, es delegada, en forma expresa por la Sala, al Magistrado Ponente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado