



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 206

(Sesión del 11 de diciembre de 2023)

<i>Radicado:</i>	<i>05-212-60-00201-2017-07658</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Hugo Alberto Hernández Moreno</i>
<i>Delito:</i>	<i>Actos sexuales abusivos con menor de 14 años</i>
<i>Asunto:</i>	<i>La defensa presenta recurso de apelación</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>
<i>M. Ponente:</i>	<i>José Ignacio Sánchez Calle</i>

Medellín, 13 de diciembre de 2023
(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN.

La Sala resuelve el recurso de apelación que interpuso la Defensa de Hugo Alberto Hernández Moreno contra la sentencia de primera instancia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello-Antioquia, que lo condenó a la pena de 112 meses de prisión tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Actos sexuales con menor de 14 años, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

2. HECHOS.

El 16 de noviembre de 2017, después de que la mamá de la menor D.M.A.Z.¹, quien contaba con 3 años para ese momento, recibió a la niña de

¹ Se omite identificar al menor por respeto 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

manos de su padre con quien se había quedado amaneciendo en la residencia familiar ubicada Calle 38A # 50A-97 del Barrio el Recreo del municipio de Copacabana-Antioquia, advirtió que tenía su vagina muy roja, por lo que le indagó acerca de lo que le había pasado, ante lo cual la niña manifestó que su papito la había tocado.

Se estableció que el padre de D.M. vivía con Hugo Alberto Hernández Moreno, compañero permanente de su mamá y abuela de la niña, a quien la menor identificaba y se refería como el papito.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Actuación procesal relevante.

3.1.1. El 19 de septiembre de 2019 el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de control de garantías de Copacabana-Antioquia, legalizó el procedimiento de captura realizado en contra de Hugo Alberto Hernández Moreno. Acto seguido la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación por el delito de Actos sexuales con menor de 14 años, consagrado en el artículo 209 del Código Penal, cargo que no fue aceptado por el procesado. Tras esto el Juzgado le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio del imputado.

3.1.2. El 6 de diciembre de 2019 se realizó a audiencia de formulación de acusación, en los mismos términos de la imputación.

3.1.3. El 5 de febrero de 2020 se realizó la audiencia preparatoria.

3.1.4. El juicio oral tuvo lugar los días 31 de agosto, 7 de septiembre, 8 y 15 de octubre de 2020, 19 de julio y 31 de agosto de 2021, fecha en la cual se anunció el sentido condenatorio del fallo.

abuso de poder (Asamblea General de la ONU, Resolución No. 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 normado en los artículos 47.8 y 193.7 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

3.2. Sentencia impugnada. El 28 de octubre de 2021 se profirió sentencia condenatoria por parte de la primera instancia para lo cual la *a quo* realizó un resumen y análisis de las pruebas que desfilaron en el juicio oral; afirmando que es frecuente que la versión de las víctimas en este tipo de delitos constituya prueba directa única, porque comúnmente se realizan a puerta cerrada, pero ello no representa por si mismo menoscabó a su mérito, puesto que, como toda prueba, debe ser sujeta al rigor de la valoración bajo el tamiz de la sana crítica, indagando puntualmente por aspectos como los criterios de estimación, la ausencia de incredibilidad subjetiva que se deriva de las relaciones existentes entre el presunto victimario y la presunta víctima que pudieran sustentar la existencia de un resentimiento o enemistad que impida conseguir del testimonio un estado subjetivo de certidumbre; la verosimilitud, es decir que cuente con elementos objetivos de corroboración periférica independiente, que lo doten de actitud probatoria, como sería otros medios de juicio, o aspectos que se puedan refrendar del universo físico, en consideración a que la víctima tiene de alguna manera un interés en la causa; persistencia en la incriminación, esto es, que la versión se mantenga en el tiempo, sin ambigüedades o contradicciones.

En este caso la víctima, aun con su corta edad, rindió una exposición, clara, sincera y espontánea que, a pesar de haber transcurrido mucho tiempo desde la ocurrencia de los hechos, dio cuenta del recuerdo claro del tocamiento de parte de la persona a quien ella conocía como “su papito”, con un relato que ofreció plena consistencia con las exposiciones anteriores, a su mamá y a funcionarios de la salud, y si bien es claro que la menor expresó ante el estrado que su papito se llamaba “Julio”, para la *a quo* fue evidente que se trató de un lapsus de su frágil memorial, en razón a que todos los testigos familiares afirmaron que desde que ocurrió el incidente D.M. no volvió a tener contacto con el acusado, y su madre no le volvió a tratar el tema, ni a mencionarle su nombre. Pero surgió en sus primeras revelaciones, como da cuenta María Camila Zapata Orrego, Norvy Orrego López, Erika María Zapata y Claudia Patricia Ramírez Chacón, que aludió a su “papito Hugo”, referencia inconfundible, en cuanto a la identidad del autor, porque todos admiten, incluyendo la familia del acusado, que así reconocía al esposo de su abuela, y ese es su nombre de pila, y si hubiera pretendido referir ante el Estrado el nombre de la pareja de su abuela materna, como lo

adujo la Defensa apelando a la duda, a su edad y con el tiempo transcurrido y de convivencia común, lo natural es que hubiera dado su nombre, y no el de Julio, a quien nadie identifica en la familia.

De parte de la víctima es absurdo especular sobre la existencia de un resentimiento o enemistad en contra de su papito Hugo, como para hacer el señalamiento en forma repetida y por perjudicarlo. Tampoco es viable aceptar o declarar una alienación parental de parte de la madre, porque se habló claramente que entre el acusado y la señora María Camila Zapata Orrego no había enemistad, odios, ni rencores, además que su relato se ofrece objetivo y sincero, pues atina a señalar cuestiones verosímiles y ordinarias, que son confirmadas en tiempo y espacio, sin avistarse esfuerzo en reforzar la historia para perjudicar al acusado.

Para la primera instancia refulge nítido la falta de interés de la denunciante y la pequeña por perjudicar al acusado, lo que aplica tanto en el caso de los miembros del grupo y más aún en los terceros, en tanto de la relación familiar con la menor surgieron sentimientos de afecto y ausencia de enemistad con la madre y la niña, ni existen elementos objetivos para creer que la menor inventó los incidentes, mintiendo deliberadamente, como si se tratara de un plan macabro de venganza contra el papito, no solo porque ningún medio de conocimiento se exhibió en este sentido, sino porque se descartó la manipulación de terceros y se evidencia ausencia de animadversión previa, además, se trata de una menor con muy escasa edad, es una delación que se exteriorizó de manera muy temprana a su madre, a la entrevistadora forense y a la terapeuta.

Tampoco podría aducirse malicia ni ganas de perjudicar al acusado por parte de los funcionarios y personal de la salud que declararon, porque ningún sentido tendría de su parte decir mentiras contra Hernández Moreno, a quien ni siquiera conocían y, por el contrario, dieron cuenta de los hechos en razón de sus competencias funcionales, no por interés particular o personal. Asimismo, los dichos de la niña, apoyados por las deponencias periféricas, son reafirmados con el examen médico, que dio cuenta de la zona genital de la niña, los *“labios menores con eritema escaso flujo sin mal olor”*, hallazgos que no pueden ser considerados a la ligera cuando están acompañadas de

una revelación de tocamientos que hace una niña de 3 años de edad, porque tal síntoma puede ser ocasionado por la manipulación, entre otros, sumado a la oportunidad que tuvo el acusado para realizar el contacto que destacó la niña, porque así se diga al unísono de parte del grupo familiar lo contrario, resulta elemental que Hernández Moreno tuvo contacto con la niña durante los días consecutivos que estuvo en su casa.

Por lo anterior consideró la primera instancia que de la prueba practicada en juicio se consigue el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

3.3. Del recurso. Inconforme con la condena, el defensor del ciudadano sentenciado interpone el recurso de alzada aduciendo que en este asunto se echan de menos evidencias físicas, medios de conocimiento y/o elementos materiales probatorios, que permitan inferir con probabilidad de verdad la existencia del hecho y la posible autoría de parte del señor Hugo Alberto Hernández Moreno. Además de la ausencia de comprobación con certeza más allá de toda duda razonable de la existencia de los supuestos fácticos de la acusación y de la responsabilidad penal predicable del procesado.

Arguye que ninguna de las pruebas practicadas en juicio permitió demostrar los supuestos hechos vulneratorios del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual que tiene como presunta víctima la menor D.M.A.Z, y considera la Defensa que la decisión tomada por la *a quo* se fundó en pruebas de referencia. Ello si además se tiene en cuenta que, en cuanto a la credibilidad que se le debe dar a las manifestaciones de la menor, también ha sido de mucho criterio y contradicción por parte de la Judicatura, la Fiscalía y los mismos psicólogos.

La Corte ha precisado que el dicho del menor por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere una gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales, ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad, esto es, que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito pues lo que corresponde al Juez en cada caso es valorarlos bajo el tamiz de la sana crítica integrándolos con los demás elementos de convicción. Ello quiere decir que lo dicho por la menor en juicio

en cuanto al interrogatorio realizado incisiva y vehementemente por la Fiscalía, el grupo interdisciplinario y la misma *a quo*, expresiones, manifestaciones, comportamientos corporales no tenidos en cuenta, es decir que fueron ignorados y no considerados, ni mucho menos confrontados con lo que dijeron los testigos que declararon en juicio. Ese cuidado especial permite no caer en los extremos de postular qué los niños, por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo, no son fácilmente sugestionables o que se les puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o de otro lado que nunca mienten y que por eso debe creérseles pues, como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin perjuicios.

Señala que en este caso la decisión tomada por la *a quo*, se funda única y exclusivamente en los testimonios de las señoras Norvy Orrego López, María Camila Zapata Orrego, Erika María Zapata, Luz Estella Canchala Torres, Claudia Patricia Ramírez Chacón y María Teresa Tapias Gaviria, las dos primeras antes mencionadas abuela y madre de la menor y, las ultimas, profesionales en distintas áreas médicas y sociales. Testimonios estos que son de referencia y que dejan duda, pues téngase en cuenta que nunca manifestaron ni acreditaron los hechos que motivaron el proceso y considerados por la primera instancia como ciertos, dando a los mismos absoluta credibilidad, fundando su decisión en ellos a pesar de carecer de otros elementos de prueba, solo testimonios de oídas de estas ciudadanas y sin ninguna prueba directa del delito endilgado a Hernández Moreno.

Arguye que el testimonio de la menor D.M.A.Z, fue desconocido absolutamente por parte de la *a quo* al momento de tomar una decisión definitiva desconociendo que el mismo no es una verdad absoluta y que no ofrece garantía de que el delito realmente se haya materializado. Siendo importante que se tenga en cuenta el interrogatorio rendido por la menor en la Cámara Gesell, donde salta de bulto las incoherencias, contradicciones y confusiones que dejan duda en cuanto a la realidad de los hechos y en forma simple con solo confrontar este testimonio con el de su madre y abuela se puede concluir de manera diáfana que la menor desde un principio infiere que alguna muestra de cariño, por sutil que se presente de parte de un familiar de sexo masculino, es un acto de abuso, lo cual solo conlleva a que

en la cabeza de la madre y abuela cabe la presunta comisión del delito que se endilga a Hernández Moreno y solo con base en este material probatorio la Juez opta por tomar una decisión decisiva y nefasta.

En cuanto al examen de tipicidad de la conducta atribuida a su prohijado, se advierte por parte del censor que las pruebas ofrecidas por el Ente Acusador no despejan en su totalidad todas las dudas razonables concebidas, que surgen respecto al debate probatorio, en efecto la naturaleza de esta conducta dificulta la recuperación de evidencias en el cuerpo de la víctima pues por lo general no queda huellas de actos relacionados con besos, tocamientos o comportamiento semejante así como la verificación de la misma a través de testimonios de terceras personas que hayan podido apreciar o no los hechos directamente, esto en la medida que generalmente el modus operandi que conlleva a estas conductas de la naturaleza llevan al agresor a buscar escenarios lejos de ocupación pública, estas particularidades por consiguiente no implican confiar especial relevancia en el testimonio de la víctima, ya que es quien tiene la oportunidad de apreciar el comportamiento de su agresor en todo momento y directamente en tal orden de ideas el operador judicial en la gran mayoría de estos casos se ve conducido en centrar la atención en el estudio del testimonio de la víctima de los delitos sexuales y de manera en que éste se ve corroborado o cuestionado por las demás pruebas que comportan el acervo probatorio.

Arguye que en este caso no se tuvo en cuenta circunstancias favorables al acusado respecto de los testimonios de la defensa, esto es el señor Daniel Esteban Atehortúa, padre de la menor D.M.A.Z, tampoco el de Estefanía Hernández Álvarez y mucho menos el de Hugo Alberto Hernández, declaraciones diáfanos, transparentes y sin interés alguno de beneficiar al procesado. Así las cosas, la decisión que ha adoptado la *a quo* tuvo como eje central la narración de las señoras Norvy Orrego López y María Camila Zapata Orrego, al igual que los testimonios de referencia practicados en el juicio. Considera la Defensa que luego de haberse adelantado este ejercicio de valoración fáctica, el Despacho de primera instancia debía concluir que los testimonios se contradicen y, las dudas que asaltan al recurrente se centran primordialmente en las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales supuestamente Hugo Alberto Hernández Moreno, ejecutó la conducta

que se le endilga, aunado a que llama la atención el hecho de que la menor nunca realizó en juicio señalamiento directo alguno de agresión por parte del procesado pues solo identifica un tercero desconocido (Julio) y para la Fiscalía ignorado.

Advierte el censor que no se le puede exigir a la menor un grado de claridad, sino una precisión directamente proporcional con su capacidad y desarrollo cognitivo, máxime si se tiene en consideración que estos eventos traumáticos tienen la virtud de dejar impresiones en la memoria de una persona. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en punto de valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales reitera su jurisprudencia respecto a que no necesariamente, ni en todos los casos aquellos dicen la verdad sobre lo que percibieron, pues también son susceptibles de faltar a la verdad por diversos factores, por ello itera, se ha dicho reiteradamente en la jurisprudencia que el operador judicial tiene la obligación de valorar estos testimonios empleando los mismos parámetros aplicables al ejercicio de valoración de toda prueba testimonial, es decir, los consagrados en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la sana crítica y las reglas de las experiencias, así como se tiene el deber de contrarrestar su contenido con los demás medios de conocimiento controvertidos en el juicio oral para adoptar su decisión.

En este caso considera que la condena de primera instancia estuvo basada exclusivamente en los testimonios de los plurimensionados testigos dejando de apreciar el testimonio de la presunta víctima, aun siendo esta niña menor de 14 años, con el pretexto de que tienen que decir la verdad y teniendo otros medios de conocimientos para realizar el juicio de valoración probatoria. Lo cual, considera, configura una flagrante violación tanto a los principios rectores de la justicia penal como a las garantías fundamentales del acusado, en este caso insiste en que la Fiscalía no consiguió probar más allá de toda duda razonable los presupuestos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, ni logró desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a Hernández Moreno, por ende, solicita se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva al aquí acusado.

3.3.1. Pronunciamiento de la Fiscalía como sujeto procesal no recurrente. Para el Fiscal es claro que una vez surtido el debate probatorio se pudo obtener conocimiento suficiente más allá de duda razonable para emitir una condena pues, aunque la Defensa en su recurso indicó que el juicio oral careció de demostración científica, no le asiste la razón ya que como lo indicó la Juez en su decisión de primera instancia, la prueba aportada por la Fiscalía fue abundante y estuvo acompañada por profesionales en la salud y ciencias sociales, los cuales corroboraron lo dicho por la menor y su progenitora.

En cuanto al testimonio de la menor, refiere que como en la mayoría de delitos sexuales contra niños y niñas, en este caso es ella la única testigo directa, porque son delitos que ocurren a puerta cerrada o en lugares apartados; sin embargo, a pesar de su corta edad, la niña D.M.A.Z, fue clara y espontánea en su declaración, al indicar que su papito le tocó la vagina, y esa declaración fue corroborada con los demás testimonios rendidos en el juicio, no solo por su progenitora y abuela materna, sino por la médica adscrita al hospital Santa Margarita de Copacabana, la psicóloga investigadora adscrita al CTI, la psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia de Copacabana, y la psicóloga de la fundación jugar para sanar, testimonios que sirvieron para construir la verdad más allá de duda razonable.

Argumentó el abogado defensor que no quedaron claras las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, pues tratándose de una víctima de 3 años de edad, resultaría impensable que relatará exactamente en qué lugar, fecha y hora fue abusada sexualmente, lo cierto es que del análisis integral de la prueba se pudo establecer que los hechos ocurrieron entre el 12 y el 15 de noviembre de 2017, en la Calle 38 # 50A-97 del barrio El Recreo del municipio de Copacabana, lugar de residencia del padre de la menor y en donde el señor Hugo Alberto Hernández Moreno tocó los genitales de la niña.

La decisión tomada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, se fundó en una valoración integral de la prueba y tuvo en cuenta prueba directa proporcionada por la declaración espontánea y clara de la menor, la cual fue coherente y además corroborada por las declaraciones de Norvy Orrego

López, María Camila Zapata Orrego, Erika María Zapata, Luz Estella Canchala Torres, Claudia Patricia Ramírez Chacón y María Teresa Tapias Gaviria, las dos primeras antes mencionadas abuela y madre de la menor , y las ultimas profesionales en distintas áreas médicas y sociales. Si bien es cierto en este juicio oral la menor manifestó que la tocó su papito Julio, también quedó demostrado que ese papito Julio vive con su tita en Copacabana, y su tita no es otra persona que Isabel la mamá de Daniel Estiven y compañera sentimental del señor Hugo Alberto, de tal forma que si bien es cierto la menor indicó otro nombre, ella está haciendo un señalamiento al señor Hugo Alberto, lo cual se pudo acreditar no solo con los testigos aportados por la Fiscalía sino también por los testigos aportados por la Defensa.

Aduce el Fiscal que quedó consignado en los relatos escuchados en el transcurso del juicio oral que fue Hugo Alberto Hernández Moreno y no otra persona, quien tocó la vagina de la menor D.M.A.Z. En síntesis, contamos con prueba testimonial directa, prueba testimonial y prueba pericial que permite establecer que el autor de la conducta es Hernández Moreno. Por ende, considera que le asiste la razón a la a quo al indicar que de la prueba practicada en juicio oral se consiguió el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en los términos del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, basada en la prueba testimonial directa, física y científica.

En consecuencia, solicita se confirme la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, que condenó a Hugo Alberto Hernández Moreno, por el delito de Acto sexual con menor de 14 años del artículo 209 del Código Penal.

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 jurídico de índole probatorio que se concreta en determinar si la prueba practicada en juicio supera el baremo impuesto por la legislación para sostener la sentencia condenatoria por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Para dar respuesta a este problema jurídico partimos de que solo contamos con el testimonio directo único de D.M.A.Z., respecto a que fue objeto de una agresión sexual por parte de Hugo Alberto Hernández Moreno, a quien para el momento de los hechos conocía como “papito”. Testimonio que es verificado por varias pruebas periféricas que, aunadas a la principal de cargos, tienen la capacidad de llevar al Juez al conocimiento, más allá de toda duda, sobre la autoría y responsabilidad del procesado. Es así como la Defensa al sustentar la alzada presentó críticas a la sentencia condenatoria así:

4.3.1. Se condenó solo con pruebas de referencia. Esta es una afirmación del apelante que no se corresponde con la sentencia de primer grado pues, como prueba directa, se tiene el testimonio de la menor víctima D.M.A.Z. quien declaró en juicio cuando contaba con 6 años de edad a través de la Cámara Gessell, dio cuenta que su papá vive en “Copa” con su Tita, con la tía Estefa y con el “papito Julio”, que éste la tocó una vez con la mano en su vagina, que eso pasó una vez en casa de su tita, y no le había gustado; aclaró que no tiene más papitos además de don julio quien es el que vive con su tita.

El testimonio de María Camila Zapata Orrego, madre de la víctima, es de referencia en cuanto relata lo que su hija le contó, pero es directo respecto

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).

de lo que observó a principios del mes de noviembre del año 2017 cuando recibió a su hija tras una visita de un par de días en casa del padre de la niña Daniel Esteven Atehortúa Álvarez.

Relató la denunciante que en ese entonces su hija contaba con 3 años de edad por lo que, en cuanto llegaba, ella la bañaba y la arreglaba para dormir, que al asearle sus partes íntimas notó la vagina de la niña muy roja e irritada “y como el huequito más abierto”, que ese día no le preguntó nada porque su bebé estaba cansada pero al otro día temprano la indagó por lo ocurrido preguntando si el papá –Daniel Esteven- la había tocado ahí a lo que la niña le contestó que no; luego le preguntó si el papito le tocaba los senos y la niña le dijo que no, pero al preguntarle si le tocaba la vagina ella agachó la cabeza y le dijo que sí, entonces le preguntó que cuando eso pasaba ella que hacía y la niña le contestó que salía corriendo para donde la tita.

Además, respecto de cambios comportamentales dio cuenta María Camila que, en los días posteriores a esa revelación, notó un comportamiento más sexualizado por parte de su pequeña hija y que no quería comer. Hechos estos que sirven para hacer más probable el único testimonio directo, el de la víctima y su relato de los hechos.

Lo propio ocurre con el testimonio de Norvy Orrego López, abuela materna de la menor víctima, quien estuvo presente durante la revelación que le hizo la niña a su madre y además también observó la irritación de la menor en su zona íntima.

4.3.2. ¿No se cuenta con prueba de corroboración periférica para hacer más creíble el dicho de la víctima? Ésta afirmación no es cierta y desconoce las pruebas que se practicaron en el juicio pues, en el acopio de medios de conocimiento de este tipo, se cuenta con los siguientes:

Los testimonios de las profesionales de la salud que dieron cuenta de la real afectación que sufrió la menor. Se tiene pues que la psicóloga adscrita al CTI, Erika María Zapata, realizó entrevista forense a la menor en el mes de noviembre de 2017 y explicó cómo se realizaba la misma particularmente a una persona de tan corta edad, determinando en primer lugar que la niña

distinguía el género, tenía capacidad lingüística, conocía las partes del cuerpo humano, estaba ubicada en espacio tempoespacial y reconocía a los miembros de su familia. Al preguntarle a la niña si alguien le había hecho algo que le duela o incomode la menor dijo que sí y señaló la vagina, al preguntarle quién, ella respondió que el “papito” y al preguntarle en donde ella contestó que en casa de su “Tita”; afirmó que luego pudo aclarar con la madre de la menor que por tita se refería a la abuela paterna y por papito se refería al abuelastro paterno. Dijo la psicóloga que no quiso indagar más a la menor sobre el tema porque la niña hacía caras de enfado e incomodidad. Concluyó la forense que, aunque el lenguaje de D.M. no era muy fluido, sí expresó la clase de tocamientos, aunque fue difícil lograr la atención y por eso la entrevista no fue muy larga.

Otro elemento de corroboración periférica que debe tenerse en cuenta para hacer más creíble el testimonio de la menor es el testimonio de Luz Estella Canchala Torres, médica del hospital de Copacabana, quien atendió a la menor por consulta externa el 29 de noviembre de 2017, para lo cual le suministraron todos los resultados de los exámenes que le realizaron a D.M. en urgencias. Esta profesional afirmó que en los resultados de dichos exámenes no se observaron lesiones en región anal ni perianal, pero sí eritema en vulva, explicando que eritema es enrojecimiento lo cual, conforme a la información suministrada por Fiscalía, la llevó a concluir que hubo tocamiento en dicha zona.

Por su parte María Teresa Tapias Gaviria, psicóloga de la Comisaría de Familia de Copacabana quien realizó el proceso de restablecimiento de derechos de la víctima, y Claudia Patricia Ramírez Chacón psicóloga de la fundación Jugar Para Sana, dan cuenta básicamente de la misma información y de que la menor, con tan solo 3 años de edad, fue clara, conteste e insistente en el señalamiento hacia su “papito” respecto a que este le había tocado la vagina en la casa de su tita.

Por parte de la Defensa, se presentaron los testimonios de Estefanía Hernández Álvarez y el acusado Hugo Alberto Hernández Moreno. Ambos concuerdan con los testigos de cargos respecto a que la Tita es la abuela paterna y el Papito es el acusado, pero son enfáticos en que la niña nunca se

quedaba a solas con él. Para esta Sala es posible que ello sea cierto, sin embargo, el tocamiento al que ha aludido la menor desde el principio, se entiende como algo fugaz y rápido, no se trató de un abuso prolongado en el tiempo ni de un concurso homogéneo de conductas y si bien es cierto es posible que la señora Isabel –abuela paterna- permaneciera en casa todo el tiempo, por experiencia y sentido común también lo es que no todo el tiempo sus ojos apuntaban a su nieta y a su compañero permanente, luego no carece de lógica que el acusado se hubiese aprovechado de un par de minutos para realizar el ataque en contra de la libertad, integridad y formación sexual de una niña tan pequeña pues lo cierto es que ese mero evento fue suficiente para plasmarse en la memoria de D.M., incluso hasta el momento en que declaró en juicio tres años después.

No ocurre lo mismo con el hecho de que D.M.A.Z. hubiese afirmado que el nombre del “papito” era Don Julio, pues si bien el evento fue traumático y de reiterada recordación si se tiene en cuenta que la menor ha debido rendir declaración sobre lo mismo varias veces, todas las partes coincidieron en afirmar que desde que ocurrieron los hechos la niña no ha vuelto a casa de su abuela paterna, no se ha vuelto a ver con su Tita ni con su Papito, y su madre tampoco se los menciona por lo que cobra sentido la explicación de María Camila ante este aspecto cuando fue llamada a declarar nuevamente en juicio para que aclarara quien era Don Julio, *“cuando se terminó la audiencia le pregunté por qué le había dicho así y la niña me respondió que se le había olvidado el nombre”*. Es claro que Julio no existe y si es difícil para un adulto recordar el nombre de una persona con quien no tiene contacto en mucho tiempo, más aún lo será para una niña tan pequeña que apenas está desarrollando su memoria; pero, se itera, siempre ha sido enfática en que quien la tocó es el que vive con su tita.

El acusado en su declaración pretende plantear una coartada respecto a la imposibilidad de que estuviera en su casa mientras estaba la menor por la fecha de los hechos, como que ese domingo él estuvo con su esposa en Bello donde una hermana de ella y allí se quedaron departiendo como hasta las 11 de la mañana del otro día, sin embargo su afirmación carece de valor suasorio si se tiene en cuenta, de un lado, que fueron tres los días en que la niña estuvo en dicha casa e, insistimos, en cualquier momento se pudo dar el

tocamiento porque no tiene sentido pensar que la abuela de la niña estuvo observando a su nieta por 72 horas sin parpadear o descuidarse por unos minutos –bañándose, haciendo aseo, tomando una siesta, etc.- De otro lado, porque el acusado afirmó que trabajaba conduciendo un camión todos los días sin falta, que salía desde la madrugada y llegaba en horas de la noche, entonces para esta Sala esto contradice el que se hubiese quedado tranquilo departiendo en otro lugar, hasta mediodía de un día laboral.

Ahora, que Daniel Esteven Atehortúa Álvarez –padre de D.M.- siempre estaba con ella tampoco pareciera ser del todo cierto pues él mismo en juicio afirmo que las únicas que se quedaban solas con su hija eran su mamá y su hermana, luego él tampoco estaba absolutamente todo el tiempo junto a su hija y, se itera, la menor refirió solo un evento de abuso que pudo ser en cuestión de minutos, pero logrando el fin libidinoso que dicha conducta conlleva y el daño al bien jurídico tutelado.

La Defensa ha puesto en duda la responsabilidad del acusado en los hechos, afirmando que no se ahondó más por parte de la Fiscalía en la existencia de Don Julio, sin embargo, ello era imposible para el Ente Acusador pues Julio no existe y solo fue un nombre aleatorio que la niña mencionó al haber olvidado el nombre de pila de quien conocía como “Papito”, lo cual, se itera, tiene sentido pues desde el mes de noviembre de 2017 no lo ve, ni le habla, ni sabe nada de él. Además frente a la supuesta retaliación de María Camila, madre de D.M. hacia la familia de su expareja Daniel Esteven, realmente carece de lógica que una madre someta a su bebé de tan solo 3 años de edad a semejantes trámites solo por desquitarse de que unas personas no le caen bien, máxime si se tiene en cuenta que los problemas de María Camila no eran con Hugo Alberto sino con su exsuegra y con el padre de su hija y porque además, se itera, existe prueba científica de que la menor sí presentaba irritación en la vagina lo cual es consecuente con lo que la niña misma ha reiterado en múltiples ocasiones, señalando como el responsable de ello a su papito.

Aunado a lo anterior, la práctica probatoria no demostró y ni siquiera se mencionó, o se exploró como tesis, las motivaciones, móviles o razones malévolas que tendría María Camila para acusar a un inocente que de todo

ese núcleo familiar era con quien no había tenido problemas, y alienar a su pequeña de 3 años a sostener semejante mentira y escenificar un engaño a la administración de justicia dirigido a causarle un daño tan grave, a alguien con quien jamás discutió.

En este punto resulta pertinente citar la afirmación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de que *“postular sin mayor sustento una teoría conspirativa impide, o por lo menos dificulta, la crítica racional”*³. En el *sub judice* no se vislumbran móviles que condujeran a elaborar una farsa de tal magnitud, no se vislumbra que, entre el procesado, la madre de la menor y la víctima misma existiere una posible enemistad o rencor que ponga en entredicho la capacidad suasoria de sus dichos.

Consideramos pues que la prueba obrante en el plenario y que se ha valorado, es suficiente para cumplir con los parámetros exigidos en la ley y la jurisprudencia para establecer la autoría y responsabilidad de Hugo Alberto Hernández Moreno en el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, por el que se acusó.

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,

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia condenatoria proferida el 28 de octubre de 2021 por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello-Antioquia, condenó a Hugo Alberto Hernández Moreno a la pena de 112 meses de prisión tras hallarlo autor penalmente responsable del delito de Actos sexuales con menor de 14 años.

SEGUNDO: Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

³ CSJ SP rad. 30.682 de 23 mayo de 2012.

05-212-60-00201-2017-07658
Hugo Alberto Hernández Moreno
Actos sexuales abusivos con menor de 14 años

17