



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Santiago Apráez Villota

Aprobado Acta No. 165

Medellín, octubre treinta y uno (31) de dos mil veintidós (2022).

Se pronuncia la Sala sobre la apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida el pasado veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí en contra de Octavio de Jesús Herrera Moncada.

ANTECEDENTES

1. El 28 de febrero de 2013, el menor J.S.P.M., quien para entonces contaba con 11 años de edad y estaba de visita en la casa de su amigo Nicolás Herrera ubicada en la 77B 52B-27, apartamento 401, edificio R y R del barrio Santamaría de Itagüí, se quedó pernoctando allí con autorización de su madre esa noche. Al amanecer del 1º de marzo de 2013, cuando la señora Natalia madre de Nicolás, se fue a trabajar y este a estudiar, el señor OCTAVIO DE JESÚS HERRERA MONCADA llamó a J.S.P.M. a su habitación, donde le exhibió el pene y con palabras tales como “*quería sentir el calor que tenía por dentro*” le pidió que se acostara en la cama y empezó a masturbarse, donde luego de bajarle la pantaloneta al menor le tocó las nalgas, las piernas e intento penetrarlo, pero cuando quiso tocarle el pene el infante cerró las piernas haciéndole saber que deseaba ir al baño; a su regresó, el acusado continuaba

masturbándose, motivo por el que el niño le dijo que deseaba volver al baño, de donde decidió escaparse por el hueco que había debajo de la reja de la puerta del edificio.

2. El día 26 de octubre de 2015, ante el Juzgado 1 Penal Municipal de Itagüí, la Fiscalía formuló imputación de cargos al ciudadano HERRERA MONCADA por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, los cuales no fueron aceptados por el procesado, a quien se dejó en libertad inmediata ante la declinación de la Fiscalía de solicitar la medida de aseguramiento. No obstante, ulteriormente, el 15 de octubre de 2015 el Fiscal 234 Seccional de Itagüí solicitó al Juzgado Promiscuo Municipal de Heliconia -Antioquia-proferir orden de captura en su contra.

3. Presentado el escrito de acusación por ese delito, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado 2º Penal del Circuito, cuya titular, después de efectuadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral el 22 de julio de 2021, emitió sentencia, en la cual condenó a OCTAVIO DE JESÚS HERRERA MONCADA a la pena principal de nueve (9) años de prisión y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo lapso, al encontrarlo penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años de edad.

DECISIÓN RECURRIDA

La sentenciadora otorgó credibilidad al testimonio de J.S.P.M. por considerarlo inequívoco, coherente, detallado, al tiempo con respaldo en aquellos a quienes le brindó su relato, como lo fueron su amigo Gabriel y su progenitora, cuando sin dubitación alguna se mantuvo en que el procesado al desnudarse se masturbó en su presencia, le bajó la pantaloneta, le tocó las nalgas y las piernas e intentó penetrarlo y luego tocarle el pene, pero el menor al cerrar sus piernas no se lo permitió.

En su sentir la testigo **Ana Cristina Mesa Ramírez** (madre del menor J.S.P.M.), si bien no fue testigo directo de los hechos, dio cuenta de detalles que hacen más creíble el relato de su hijo, al igual que dejó la

certeza de que no tiene el más mínimo interés en perjudicar al victimario; quedando probada la afectación del menor al confrontarla con la declaración de su hijo, sin que se pueda avizorar de su parte una tendencia a agravar la situación acaecida.

En lo que concierne al testimonio de **Natalia Soraya Giraldo** (*ex esposa de Octavio de Jesús*), nada pudo declarar sobre la ocurrencia de los hechos del 1º de marzo de 2013, ya que ella estaba ausente, por lo que se limitó en su declaración a realzar la buena conducta del procesado.

Del mismo modo, respecto del testimonio rendido por **Nicolás Herrera Giraldo** (*hijo del acusado*), cuestionó que, además de confirmar que el día 28 de febrero de 2013 efectivamente su amigo JSMP se quedó a dormir esa noche en su casa y que su padre Octavio llegó en la madrugada del día siguiente e inmediatamente se acostó, sólo se dedicó a hablar bien de él y a negar que su compañero JSMP se haya quedado a solas con Octavio de Jesús.

Del testimonio de **Juan David Giraldo Rojas** (*perito de la defensa*) expresó que se limitó a explicar que, al contrastar las características de personalidad comparadas con las de la pedofilia ya estandarizadas y el comportamiento del evaluado, no encaja en el rasgo mencionado.

Denotó enseguida la juzgadora las inconsistencias encontradas en esos testimonios, como que, según Natalia Soraya Giraldo y Nicolás Herrera Giraldo dijeron haber estado en la residencia acompañados SOLO por J.S.P.M., mientras que *“a través del perito, como prueba de referencia de la declaración el Procesado, este mencionó que se levantó cuando su esposa e hijo se estaban arreglando para salir, omitiendo sin duda la presencia del niño que fue probada y corroborada”*.

Del mismo modo, durante la intervención en el juicio Nicolás asevero *“que cuando llegaba de estudiar observó que su padre estaba siendo golpeado cerca de su casa, empero, el psicólogo que recibió la declaración del enjuiciado, aseguró que este le comunicó que en la tarde cuando se levantó*

y su hijo ya había llegado a la casa, decidió bañarse, después juntos salieron a la tienda a comprar algo de comer, hasta el lugar llegaron varias personas y lo golpearon.”

En esta misma línea, la *a quo* de modo conclusivo, resaltó que:

- *“No puede pasar desapercibido que **JSMP**, contó los hechos en el escenario donde se sintió cómodo el mismo día en el que ocurrieron, no guardó silencio, pese a su actitud asustadiza, reveló los actos sexuales, de esto le dio cuenta a su amigo Gabriel Jaime a quien el niño acudió en primer lugar.*
- *Los vejámenes sexuales de los que fue víctima causaron afectación posterior en su vida cotidiana, pues él mismo afirmó corroborado por la progenitora, que después del suceso se tornó temeroso, desconfiado y prevenido, lloraba al recordar lo sucedido, sentía temor de estar solo y en razón a lo sucedido se vio en la necesidad de asistir a terapias psicológicas, hecho anterior que no puede tomado de manera desprevenida o suprimirse como lo intentó hacer ver el defensor.*
- *Con los testigos de cargo y descargo se corroboró que el 1º de marzo de 2013 el menor **JSMP** estaba en la casa de Nicolás, que en la madrugada había llegado el Procesado embriagado.*
- *Con los testigos de cargo y descargo, se llegó al conocimiento diáfano que no existió entre el agredido y la familia de **Octavio de Jesús** o este, una relación de animadversión, algún conflicto que llevara a sugerir en que los dichos del niño fueron producto de su invención, lo que se probó era que ni siquiera existió una relación tan cercana.*
- *El menor no era tendiente a decir mentiras o pronunciar relatos fantasiosos.”*

Y, por el contrario, la constancia en la incriminación por parte de J.S.P.M. sin imprecisiones, se mantuvo en el relato que le ofreció tanto a su amigo Gabriel, a su progenitora como al médico legista, así como en el foro público., concluyó la juez.

La operadora jurídica, en cuanto a la deliberación pericial, la consideró como una opinión de lo narrado por Octavio de Jesús en su entrevista. Estimando que tanto el informe como los demás testimonios se limitaron a determinar conclusiones que corresponden a datos parcializados y no concuerdan con los hechos.

Tras esas apreciaciones, para la *a quo* no existe duda en cuanto a que el procesado consumió los tocamientos en las piernas y nalgas de J.S.P.M. ante quien además se masturbó, insistiendo en que dicho acto sexual se desplegó en la modalidad de actos sexuales con menor de 14 años, de manera que no existe vicio de incongruencia que afecte el debido proceso o el derecho a la defensa.

En consecuencia, declaró penalmente responsable a OCTAVIO DE JESÚS HERRERA MONCADA por el cargo de actos sexuales con menor de 14 años, descrito y penado en el artículo 209 del Código Penal.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Contra la anterior determinación, la defensa presentó el recurso de apelación por: (i) indebida valoración de la prueba testimonial y documental; y (ii) desconocimiento de la correcta aplicabilidad de las reglas de la experiencia.

Para argumentar el primer ítem manifestó que la juzgadora olvidó que la corroboración periférica se refiere a hechos futuros, cuando planteó que los testimonios de Ana Cristina Mesa Ramírez y Mabel Aristizábal, madre y prima de la presunta víctima, son creíbles con el argumento que se corroboran entre sí.

En su sentir dejó de lado que la señora Mesa Ramírez rindió tres versiones distintas, como fueron la denuncia, la entrevista surtida en la fiscalía y el testimonio rendido en el juicio oral, las cuales se perciben inexactas frente al testimonio del menor J.S.P.M., así como con las de su

prima Mabel Aristizábal, puesto que encuentran inverosímiles los detalles.

Refuta el peso probatorio que le fue conferido a la progenitora del infante, puesto que lo dicho por ella no puede ser probado debido a que no presenció los hechos, como cuando indicó que su hijo fue sometido a vejámenes.

Así mismo aseveró que no existió razón para que la juzgadora de instancia le niegue importancia a una afectación psicológica del menor, sin que dentro de la etapa del juicio se hubiera introducido un diagnóstico precedido de un abordaje clínico por un experto o perito; no por la madre de la víctima o algún testigo que no ostente dicha calidad, dando lugar a una adición de un elemento que al no haber sido objeto de debate, no debió concluir la materialización del hecho.

De manera contraria resalta que la testigo Mabel Aristizábal Ramírez (*prima del menor J.S.P.M.*) manifestó que, con posterioridad a lo sucedido, continuó con el cuidado de J.S.P.M. a quien observó normal, sin ninguna alteración en su personalidad.

Así como tampoco puede ser probable que momentos antes de que J.S.P.M. llegara a casa de su cuidadora hubiera padecido una agresión sexual, puesto que el menor no hubiera tenido apetito para desayunar ni actitud para bañarse, signos indicativos de que hubiera atravesado por alguna situación anómala.

Le genera duda que el menor no acudió de inmediato ante quien lo cuidada desde los tres años, en el entendido que era la persona que más confianza le brindaba, lo que lleva a pensar que existe una valoración parcializada por la juez con argumentos poco estructurados.

No avala la consideración hecha por la juez respecto a que la hipótesis planteada por Nicolás Herrera (hijo de Octavio y amigo de J.S.P.M.) no cumple los criterios de razonabilidad y lógica a la luz de la sana crítica, contra la declaración de J.S.P.M. quien, con su comportamiento apacible,

deja ver que es más creíble cuando Nicolás afirma que ambos salieron de la casa. Lo cual fue corroborado con el testimonio de la señora Natalia Giraldo (*exesposa de Octavio*), quien relato que al indagarle a su hijo Nicolás cuáles fueron las circunstancias, le refirió que *“nada había pasado, que este había salido en compañía de JSMP para el colegio.”*

Igualmente, cuestiona que el testimonio del perito Juan David Giraldo hubiera sido descalificado por la juez, al determinar que los testigos solo son relevantes si aportan circunstancias de tiempo, modo y lugar, despachando sin valor alguno las hipótesis alternativas.

Cuestionó que la juez hubiera apreciado aquello que la víctima supuestamente refirió a su amigo Gabriel Jaime, cuando al respecto señaló que *“(…) Quedó probado, pues no generó debate alguno en la medida en que el señalamiento fue directo y consistente, el vejamen de contenido sexual fue llevado a cabo por Octavio de Jesús, el padre de Nicolás, en el testimonio del menor J.S.P.M., se advierte que no hay dubitación y, **al respecto la corroboración periférica, principalmente por el señalamiento directo que el niño hizo delante de su amigo Gabriel Jaime**”,* en tanto este menor no fue testigo de cargo ni de descargos porque no compareció al juicio oral.

Por otra parte, sobre la indebida aplicación de las reglas de la experiencia, al referirse a apartes de las motivaciones y que en su sentir no son más que falsedades argumentativas, resaltó lo siguiente de la sentencia:

“Debe hacerse énfasis en cuanto a que el testigo se apreció honesto, mientras declaró de manera creíble, coherente y con suficientes detalles que permiten llegar al conocimiento de que en efecto el relato obedeció a experiencia vivida; fue un relato firme y descriptivo, lo que sin duda contribuye a la certeza, pues la práctica judicial exhibe que cuando son relatos producto de la imaginación o implantados no llevan detalles, es decir que para el caso equivale a narración de una vivencia y no de fantasías”, señala.

Para el defensor no puede tildarse como una experiencia o vivencia “*cotidiana*” que se dé cuenta de la forma como casi siempre suceden las cosas, puesto que ello tiene relación con el proceso valorativo de las pruebas más no con las reglas que se extraen de la observación repetida de los fenómenos cotidiano, afirmando que tales inconsistencias estructurales reducen credibilidad a la presunta víctima, al insistir en que su estado de ánimo no se afectó cuando hacía unos instantes había sido martirizado con un delito sexual.

Por lo anterior demanda la revocatoria de la sentencia de primera instancia y la consecuente absolución de su prohijado.

CONSIDERACIONES

La Sala pasará a establecer la juridicidad y acierto de la sentencia de primera instancia, siendo competente para ello, al encontrar que el defensor tiene legitimidad e interés para mostrar su inconformidad.

La funcionaria de conocimiento encontró probada la existencia del hecho y la responsabilidad con fundamento en el material probatorio recaudado, especialmente con base en la declaración del menor JSPM, mientras que el defensor considera que la juez incurrió en una indebida valoración y desconoció la regla de la experiencia.

De entrada, el Tribunal debe convenir con la valoración que realizó la funcionaria de conocimiento y que la llevó a concluir que el procesado Octavio de Jesús Herrera Moncada es responsable penalmente del cargo de actos sexuales con menor de 14 años por el que fue acusado.

Como sucede en una mayoría de casos de abuso sexual, donde aquello que se tiene es la versión de la víctima enfrentada a la del victimario, como quiera que no se cuenta con la presencia de terceras personas que pudieran dar cuenta de los hechos por suceder en el ámbito privado de los involucrados, reviste indiscutible importancia establecer su valor intrínseco y extrínseco para arribar a la verdad de lo sucedido, que en

este caso se reduce a establecer la credibilidad de la víctima como quiera que el procesado no compareció a declarar en juicio.

En cuanto a lo primero, la funcionaria de conocimiento encontró que el menor declaró en juicio de manera creíble, coherente y con suficientes detalles que le permitían llegar al conocimiento de que su relato obedeció a la experiencia vivida, frente ante lo cual nada objetó el defensor que no fuera para señalar que la juez mal interpretó las reglas de la experiencia cuando señaló que los relatos que son producto de la imaginación no llevan detalles y que el acto sexual puede ocasionar conmoción psíquica interior, que no necesariamente se revela instantáneamente y que la misma puede ocurrir en el escenario donde el niño se sienta cómodo y seguro, lo anterior en cuanto en este caso el menor tuvo un comportamiento normal al llegar a su residencia y sólo refirió lo sucedido a su amigo y compañero Gabriel.

El problema es que el censor toma estas afirmaciones de la juez como si correspondieran a reglas o máximas de la experiencia, cuando aquello que quiso mostrar la funcionaria es que en este el relato del menor no era fruto de su imaginación sino que al ofrecer detalles de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos lo tornaban creíble, con lo cual no está planteando una regla o máxima de la experiencia; ello, de una parte, porque al responder que si el menor arribó de manera normal a su residencia y realizó actividades cotidianas de bañarse y arreglarse antes de salir a donde su amigo Gabriel, como lo refirió la testigo Mabel Aristizábal Ramírez, con ello tampoco está yendo en contravía de una regla de la experiencia, pues lo que está asegurando en últimas es que, si bien ello fue así, no desacredita su relato pues el menor contó el suceso en el mismo día de los hechos y en el escenario más propicio para ello, al sentirse más cómodo refiriéndolo a su amigo Gabriel, lo cual no constituye un desacierto y responde a las características que ofrece este particular evento, no a reglas de la experiencia predeterminadas, como lo interpretó el defensor.

En verdad que los menores preadolescentes se avergüenzan de aquello que puede producirles miedo frente a la sociedad, y si bien este

sentimiento incluye a sus pares, para el caso y como bien fue afirmado por la juez de instancia, la víctima se sintió más cómodo contándole a su amigo Gabriel, quien para entonces y para su edad era la persona a la que tenía más confianza y con quien definitivamente se sintió completamente protegido para referirse al indeseable suceso; es usual, sin que ello obedezca a una regla de la experiencia inalterable, que un niño tienda a mantener a esa edad una red de confidencialidad durante esta época con su círculo de amigos, sin que por no haber contado a su cuidadora o mostrado alteración del ánimo frente a ella, pueda constituir indicio suficiente de que mintió a la justicia o inventó unos hechos que solo fueron producto de su imaginación; simplemente confió más en su par, que en la prima de su madre, lo cual habla de una reacción posible en estos escenarios y no constituye una regla de experiencia.

En realidad, antes de hacer un juicio interno del testimonio de J.S.P.M., que para la Sala se muestra coherente y detallado como juzgó la funcionaria de conocimiento, la verdad es que el censor se dedicó a cuestionar especialmente los datos de corroboración periférica que encontró la juzgadora de instancia al señalar que ella incurrió en indebida valoración probatoria, dio por acreditados dichos y hechos que no fueron objeto de prueba en juicio y aplicó erróneamente las leyes de la experiencia.

Respecto a los datos de corroboración periférica la juez fue muy explícita en señalarlos y al respecto la Sala tiene que reconocer que los mismos fueron adecuadamente valorados por la funcionaria de conocimiento, así:

El primer dato de corroboración periférica deviene de la ausencia de un motivo protervo que hubiera conducido no solo al menor sino a su progenitora a inventar los sucedido con el fin de perjudicar al procesado, incluso porque la denunciante ni siquiera mantenía alguna relación con el acusado y su reacción fue inmediata y espontánea al conocer lo acaecido, luego que el menor comentara inicialmente a su amigo Gabriel, comentario que originó que terceras personas pusieran en su conocimiento del abuso a su madre.

Sobre esta evidencia que arroja la prueba recaudada nada dijo el defensor y ciertamente la Sala no puede pasar desapercibido que ninguna razón asoma en la declaración del menor y de su madre en querer perjudicar al procesado, lo cual resulta de innegable importancia porque nadie que se aprecie va a poner en conocimiento de las autoridades un hecho falso por simple gusto, menos cuando ello le representa una carga emocional inmensa de tener que enfrentar un juicio y el enrarecimiento del entorno social en que se desenvuelven los involucrados, que en este caso era de vecinos cercanos.

Aquello que sugiere al menos la defensa es que los hechos podrían ser producto de la mente fantasiosa del menor, lo cual cae en la simple afirmación, como quiera que su relato se encuentra plagado de detalles, como lo sostuvo la funcionaria de conocimiento, y además no aparece acreditado que J.S.M.P, sea proclive a mentir e inventar situaciones que no tienen sustento en la realidad.

Se demostró plenamente de la misma manera que el menor J.S.P.M., estuvo de visita en casa de su amigo Nicolás, que amaneció con la autorización de su madre en la misma residencia y que Octavio de Jesús Herrera Herrera llegó a la madrugada alicorado a la misma, detalles que corroboran de alguna manera lo dicho por el menor ya que todos los testimonios coinciden en ello, de lo cual se colige que tanto víctima como victimario se encontraron ese día y dentro del mismo recinto, de donde el menor no salió inmediatamente porque en esa oportunidad no debía asistir al colegio, como quedó establecido de su testimonio:

“Defensor : *¿dónde estudiaba usted para ese momento?*

J.S.P.M.: *Estudiaba en el María Reina, Institución educativa María Reina en Itagüí.*

Defensor: *¿de qué hora a qué hora?*

J.S.P.M.: *Estudiaba desde las 7 de la mañana hasta las 12 y media del día.*

Defensor: *¿El día de los hechos tú debías estar estudiando?*

J.S.P.M. : *No*

Defensor: *¿Por qué no?*

J.S.P.M.: *Porque no era día de estudio.*

Defensor *¿Al día siguiente era día de estudio?*

J.S.P.M.: *No”.*

Y si bien podría preguntarse por qué el menor no asistió a clases tratándose de un día ordinario, nadie presentó prueba en contrario, como pudo ser una certificación de la institución educativa, y la verdad es que a través del testimonio de Mabel Aristizábal Ramírez, prima de la denunciante y quien era la encargada de cuidarlo en ausencia de su madre, se sabe que J.S.P.M., llegó ese día a su casa en la mañana y luego de organizarse le refirió que iba a la de su compañero Gabriel a hacer tareas, lo cual debió ser así porque a partir de ese momento se activó la denuncia que enseguida elevó Ana Cristina Mesa Ramírez.

También encuentra la Sala que el menor contó el suceso inmediatamente, esto es que no espero el paso del tiempo para referir lo sucedido, la prueba está en que en la misma fecha del abuso fue formulada la denuncia por su madre, precisamente a causa de la narración espontánea y oportuna que brindó J.S.P.M.

El defensor, como se advirtió, cuestiona que la funcionaria de conocimiento haya dicho que lo ocurrido no puede obedecer a un suceso cotidiano sino que se trató de una experiencia vivida por el menor; pero, al respeto debe decirse que la conclusión a la que llega el abogado resulta desacertada, como quiera que no se deriva de reglas de la experiencia; a todas luces lo expuesto por la juzgadora obedece a que, con base a la coherencia del relato que ofreciera el menor J.S.P.M., arribó a la certeza de que el suceso se compadece con una experiencia que el niño personalmente vivió, sin que ello se pueda encajar en un acontecer habitual o que la juez haya querido insinuar que va en contra de una máxima de la experiencia.

Ahora bien, el recurrente cuestiona que la juez haya dado por acreditado que la víctima refirió a su amigo Gabriel lo acontecido, sin que este hubiera sido presentado en juicio por ninguna de las partes –lo cual es verdad-, pero ello no significa que la prueba de responsabilidad la

hubiera derivado de una prueba inexistente, como que aquello que pensó realizar la funcionaria es que de haber comparecido a juicio aquel menor muy seguramente habría contado el señalamiento que su amigo realizó al procesado de haberlo sometido al abuso sexual. Lo importante aquí es que existe prueba directa de los hechos y que de lo sucedido se vino a saber a través de aquello que la víctima contó a terceras personas ese mismo día; es que, así como se nos presentan estos episodios posteriores, necesariamente debió ser que el menor contó a su amigo, como que todo vino a saberse por la madre de Gabriel, quien llamó a la testigo Mabel Aristizábal y le refirió lo sucedido, que finalmente llegó a oídos de la progenitora de la víctima, quien formuló la denuncia correspondiente. Si el defensor hubiera dudado de esa cadena de información, bien podía convocar la presencia en estrados de Gabriel y su madre, lo cual no hizo, por lo que resulta creíble que los hechos se hayan llegado a conocer de esa manera, sin que por no haber concurrido ellos a estrados judiciales a declarar se pueda sostener válidamente que se trató de una invención de la víctima.

Ahora bien, es cierto que a juicio concurrieron en respaldo del procesado su hijo Nicolás Herrera, su excompañera y madre de éste y el experto Juan David Giraldo y que la funcionaria de conocimiento no otorgó credibilidad a sus testimonios, básicamente porque a ninguno de ellos les consta directamente lo sucedido, en tratándose de un delito que tuvo su escenario dentro de un preciso contexto entre víctima y victimario.

Y si bien la juez hizo referencia a otras situaciones, la verdad es que en sentir de la Sala aquello que encuentra es que sus testimonios dejan entrever el interés en querer favorecer al procesado, especialmente por parte de su hijo y de su excompañera, lo cual resulta explicable por su indiscutible cercanía familiar.

Es que con independencia de las observaciones que encontró la juez sobre algunas contradicciones en sus dichos, más en consonancia con aquello que el procesado comentó al citado experto, en lo esencial hay que convenir que Nicolás Herrera vino a decir que la víctima salió en su compañía de la casa en la mañana, sin que notara nada anormal y que

él se fue solo a su colegio mientras su amigo se dirigió a casa de un familiar; no obstante, es notorio que se trata de un testimonio único que entra en abierta confrontación con el relato de la víctima, quien niega que haya salido en compañía de su amigo, por lo que al no contar con otros datos de confrontación, pues el procesado no declaró y la testigo Natalia Soraya Giraldo expresó que ese día salió de la casa antes que los menores, la juzgadora de instancia se encontró ante la disyuntiva de decidir a cuál de los dos testigos le otorgaba credibilidad, de manera que, aparte de realizar algunas observaciones con respecto a aquello que el procesado refirió al experto contratado por la defensa, se decidió por otorgarle poder suasorio al dicho de la víctima, quien en realidad no tenía interés en querer perjudicar al acusado, mientras que Nicolás Herrera Giraldo, dado el estrecho parentesco, acudió a juicio a favorecer su situación, al punto de llegar a decir que a la víctima le hicieron pruebas sexológicas sin ningún hallazgo (textualmente “*pues por ejemplo al niño le hicieron pruebas y salió normal*”), cuando nadie se lo había preguntado, señal inequívoca de querer favorecer a su padre.

Por lo que se refiere a la testigo Natalia Soraya Giraldo, nada le consta distinto a confirmar la presencia de la víctima esa noche en su casa y al arribo de su excompañero al amanecer de ese día en estado de alicoramiento, pues ella salió temprano a trabajar dejando al procesado y los dos menores en la residencia, con lo cual no hay nada que decir respecto a su testimonio.

Por lo que se refiere al perito de la defensa Juan David Giraldo, nada le consta tampoco sobre los hechos distinto a lo que escuchó de boca de su entrevistado, por lo que no resulta relevante; y, si bien aseguró que el procesado no era proclive a la pedofilia y que presentó una adecuada salud mental, finalmente reconoció que no podía llegar a la certeza de que el hecho no ocurrió, como se desprende de los siguientes apartes de su testimonio:

“Fiscalía: *De acuerdo a ese estudio que usted hizo, ¿qué probabilidad hay de que el señor Octavio Herrera haya cometido este hecho del cual se le está enjuiciando?*

Juan David: *Buena señora fiscal, la pregunta no puede ser respondida en ese contexto, quisiera explicar. Yo no puedo referirme a la probabilidad de que él haya cometido el delito. Yo me puedo referir a la probabilidad de que él tenga unas características de ser un posible agresor sexual o no, entonces eh, no puedo hablar por decirlo... algo sobre la teoría de que él sea un agresor sexual por lo que diga el expediente, sino basado en mi evaluación, yo encuentro unos hallazgos que me indican que él tiene un perfil de personalidad sano.*

Fiscalía: *Es decir, ¿que usted no puede decir a ciencia cierta que él no haya incurrido en el delito?*

Juan David: *Yo no conozco los pormenores del delito. Conozco un relato que la persona me hace durante la evaluación, él da cuenta ahí de unas circunstancias de tiempo, lugar y modo y a partir de la narración, evaluo el estado mental, y luego sus características de personalidad.”.*

Al margen de lo anterior, por tratarse de una opinión que deviene de una sola entrevista, aun aplicando las técnicas adecuadas, difícilmente el observador puede llegar a una conclusión contraria a la que le suministra el entrevistado, en la medida que los rasgos de la personalidad solo surgen a los ojos de un buen experto con una constante observación, lo cual no ocurrió en este caso.

En la misma línea debe reconocerse que no existe prueba que acredite la afectación psicológica que sufrió el menor y que lo único que se tiene es aquello que manifestó el menor sobre los sentimientos que llegó a sentir a raíz del abuso y lo dicho por su madre sobre los cambios comportamentales de su hijo, que la llevaron a buscar la asesoría de un psicólogo, pero no por ello se puede desconocer las afirmaciones de madre e hijo sobre el particular y exigir la presencia de expertos para evaluar el tipo de daño psicológico causado a raíz del ataque sexual, como lo sostiene el defensor.

Finalmente, conviene señalar en cuanto al testimonio de la señora Ana Cristina Meza Ramírez que aquello que importa resaltar fue la forma como conoció de los hechos, lo cual coincide con el testimonio de su prima Mabel, y su oportuna reacción al enterarse de lo sucedido, al punto

de salir inmediatamente a reclamarle al procesado para dirigirse enseguida a la fiscalía a presentar la denuncia, sobre lo cual no existe ninguna incoherencia que haga dudar a la Sala sobre la veracidad de su relato. En realidad, aquello que hace es corroborar las palabras de la víctima de haber sido objeto de abuso sexual, que ella ciertamente no presenció y por ello no pasa de ser una testigo de referencia en cuanto al episodio principal de los hechos, no siendo significativas algunas diferencias que pudieran derivarse de sus dichos.

A modo conclusivo dígase que ninguna preparación se advierte en J.S.P.M., para caracterizar el episodio que padeció, como tampoco que estuviera recitando un libreto aprendido previamente, por lo que se puede concluir en el grado de certeza que su testimonio resulta creíble en cuanto al abuso sexual que padeció de parte del procesado.

Así las cosas, la Sala después de haber revisado las censuras del recurrente, encuentra que no pudieron derruir la conclusión a la que arribó la funcionaria de conocimiento, en el sentido que el procesado cometió actos sexuales con el menor de 14 años J.S.P.M., por lo que impartirá confirmación a la sentencia recurrida, sin otras consideraciones.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia emitida el veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí en contra de Octavio de Jesús Herrera Moncada.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

A su ejecutoria, regresar la carpeta y sus anexos al juzgado de origen, para lo de su cargo.

El Magistrado ponente citará a la audiencia en la que dará lectura y notificará en estrados el contenido de este fallo.

CÚMPLASE.



SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado