



## **DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**

### **SALA PENAL DE DECISIÓN**

Medellín, miércoles, dieciocho de mayo de dos mil veintidós

Aprobado mediante acta número 0055 del diecisiete de mayo de  
dos mil veintidós

**Magistrado Ponente**  
**Ricardo De La Pava Marulanda**

Por apelación interpuesta y sustentada por el señor defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 16 de julio de 2021 por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual condenó al GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA HURTADO a la pena principal de ciento sesenta y dos meses (162) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlo responsable de la autoría del concurso homogéneo de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, en concurso heterogéneo con INCESTO. En la misma decisión, el procesado fue absuelto del cargo de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO que también le había sido endilgado.

## **1. ANTECEDENTES**

Como se dijo en anterior oportunidad, los hechos materia de investigación fueron narrados así en el escrito de acusación:

*"Se conocieron por un reporte de la Unidad de Protección de la Policía Nacional, en el que se informa que la menor LEVIS ANDREA TUBERQUIA, de 15 años, se encuentra en estado de gestación, advirtiendo que posiblemente el padre de su hijo, es su padre biológico el señor GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA. Hechos que tuvieron ocurrencia en esta ciudad de Medellín, barrio Villa del Socorro, entre los años 2012 a 2018, cuando el señor GIOVANNY, mientras tuvo su custodia (sic) de la niña, abusó sexualmente de ella, realizando tocamientos libidinosos en sus genitales entre los años 2012 a 2015, ya para el año 2015, que la menor cumplió los 12 años, comenzó a accederla carnalmente, mediante la penetración del pene por la vía vaginal, lo que se prolongó hasta el año 2017, es decir, hasta que LEVIS cumplió los 14 años, y entre el año 2017 a 2018, continuó accediéndola con el pene por la vagina, hasta el mes de diciembre en el que se reportó el presunto embarazo."*

En diligencias preliminares realizadas el 21 de mayo de 2019, luego de declararse la legalidad del procedimiento de captura, la Fiscalía General de la Nación le formuló imputación al señor GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA HURTADO por la autoría del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado e incesto, cargo que no fue aceptado por el imputado. Acto seguido, se le impuso medida de aseguramiento preventiva en establecimiento carcelario.

El escrito de acusación fue radicado el 24 de julio de 2019 y la formulación oral se llevó a cabo en el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad el 23 de septiembre siguiente. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 06 de mayo de 2020 y el juicio oral se desarrolló en nueve sesiones celebradas entre el 25 de agosto de esa anualidad y el 17 de marzo de 2021, diligencia última en la que se anunció el sentido del fallo condenatorio y se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Finalmente, el 15 de julio último se profirió la sentencia en contra de la cual la defensa interpuso el recurso de apelación.

## **2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La judicatura de primera instancia comenzó haciendo alusión al principio de congruencia y adujo que las imputaciones infladas sin duda alguna causan malestar en quien las debe afrontar, pues se emplean esfuerzos innecesarios al interior del proceso con el único propósito de buscar un protagonismo innecesario, refiriéndose específicamente al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado que le fue endilgado al procesado ya que, sostuvo, la Fiscalía bien pudo corregir la formulación de acusación para eliminar ese cargo ya que eran previsibles los resultados del juicio sobre la imposibilidad de demostrar su configuración pues la prueba al respecto no tenía la suficiente fuerza demostrativa, y no haber esperado, como en realidad sucedió, hasta los alegatos de conclusión para solicitar la absolución por dicho tipo penal.

De acuerdo con lo anterior, anotó que en juicio quedó demostrado que el acusado es el padre biológico de la menor LATH y que durante los años 2012 a 2015, teniendo bajo su custodia a su hija, la sometió a tocamientos libidinosos, sin que se pudiese probar que la accediera carnalmente siendo menor de 14 años, y que sobre la gravidez que presentó la joven no ahondaría ya que no se estableció el progenitor del bebé, pues la misma víctima en el juicio indicó no saber quién es el padre del niño que dio a luz.

En este sentido, afirmó el a quo que con los medios de convicción aportados por la Fiscalía en el juicio oral se demostró con suficiencia la comisión de las conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años agravado (en al menos dos oportunidades) e incesto enrostrados al acusado, así como la responsabilidad penal de éste. Destaca el testimonio de la menor como creíble por su claridad y coherencia dentro del contexto probatorio, y que en su relato no se evidenció en ningún momento ánimo de perjudicar al procesado.

Resaltó que se evidenciaron las circunstancias temporo-espaciales que constituyeron la vulnerabilidad de la menor, quien no tuvo la oportunidad de crecer junto a su progenitora porque pensó que ella la había abandonado, por lo que estuvo al cuidado de su familia paterna en el municipio de Amalfi, Antioquia, a merced de tíos, padre y padrino señalados como autores de comportamientos que atentaron contra su integridad y formación sexual, convivencia ratificada por la compañera permanente del encartado y que se extendió hasta la ciudad de Medellín.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

El juzgador acotó que la menor recordó que estando en Amalfi, su papá la sacó de la cama donde dormía con su abuela y la sometió a tocamientos libidinosos, momento en el que aquel le pidió que no contara nada porque lo podían meter a la cárcel, y que, al enterar a su abuela sobre lo sucedido, ésta le reiteró que no debían comunicarle a nadie sobre ello. Que cuando ya vivía con el acusado en la misma casa, éste se le pasaba todas las noches para su lecho, y que pese a que no quedaron establecidos claramente los espacios temporales sobre la ocurrencia de los hechos, lo cierto es que si quedó probado que el señor TUBERQUIA HURTADO convivió con su hija al menos en dos oportunidades, una en el municipio de Amalfi y otra en Medellín.

Destacó que los anteriores hechos fueron evocados de manera sencilla y clara por la ofendida, quien señaló al acusado como el protagonista de dichos vejámenes, no existiendo razones que puedan poner en duda la credibilidad de la declarante ya que la relación entre los dos implicados era buena y no hay causas que lleven a evidenciar un mínimo asomo vindicativo.

Y sobre los testimonios de descargos, sostuvo el juzgador que los deponentes trataron de nublar lo dicho por LATH determinándola como rebelde y de difícil observancia de las normas, siendo reconocido únicamente por la señora VIVIANA que durante el tiempo que estuvo al cuidado de la menor sí acataba las instrucciones que le daba. Y que sobre el suceso que generó la intervención de las autoridades administrativas adscritas a la Comisaría de Familia de Amalfi, refirió el a quo que las manifestaciones de los declarantes constituyen prueba de referencia

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

inadmisible bajo el entendido de que éstos no fueron testigos directos de su ocurrencia y lo que saben se los comunicó un tercero que tampoco presencié lo acontecido.

También resaltó que (i) pese a que LATH en efecto fuera mentirosa y no acatara la norma, ello no era óbice para que fuera presa de cuanto vejamen se pretendiera ejecutar en detrimento de su integridad sexual; (ii) cuando pidió ayuda a su entorno familiar su credibilidad fue nula porque estaba "*frente a un padre responsable*", además porque éste podría ir a la cárcel y con ello su abuela sufriría mucho; (iii) la Comisaría de Familia de Amalfi la dejó bajo el cuidado de su agresor al no indagar el caso de manera pormenorizada, aprovechando de paso otros familiares cercanos para hacerle insinuaciones libidinosas a la menor que estaba desamparada bajo una supuesta y bien disfrazada protección paternal.

Como corroboración periférica, el a quo citó el testimonio de la señora SANDRA MARLEN PÉREZ, educadora y quien fue una de las primeras personas que supo del estado de gestación de LATH y en razón a sus manifestaciones se activó el código fucsia. Relató que la deponente adujo que cuando le indagó a la menor por el padre de su hijo ésta respondió que no sabía quién era, contestación con base en la cual el juzgador concluye que no existió ánimo dañino en la joven, pues de lo contrario hubiese señalado sin dubitación alguna a su padre como el gestor de ese embarazo, máxime cuando la misma víctima indicó que no tenía intención de denunciar por el temor de que a su progenitor lo encarcelaran y como consecuencia ver a su abuela sufrir por esta situación.

Agregó que el médico JUAN FERNANDO RESTREPO ARBOLEDA, profesional que valoró a LATH, dejó establecido en la anamnesis que la paciente expresó que estaba allí porque había sido víctima de abuso sexual crónico de su padre y otros familiares en Amalfi, de lo que se observa que todas sus intervenciones son coherentes y claras en el señalamiento repetitivo sobre las mismas personas, incluyendo al acusado.

Y que con ELY JOHANA ARREDONDO AGUIRRE se allegó una prueba de referencia admisible consistente en la entrevista recibida al menor KEVIN TUBERQUIA HERNÁNDEZ el 15 de marzo de 2019 y en donde afirmó que su papá se le había pasado a la cama a su hermana y se le había montado encima luego de despojarse de su ropa interior, situación ocurrida en el mes de febrero anterior y que demuestra que el implicado tenía comportamientos libidinosos hacia su hija, pues aunque para ese momento la víctima ya contaba con 15 años de edad -nació el 21 de octubre de 2003-, ese episodio hace más probable la comisión de la conducta, sin que tampoco exista confusión en el acceso carnal que se produjo el 21 de octubre de 2018, pues en esa fecha la menor le pidió permiso a su papá para salir donde su amiga Yesica, y este le condicionó la autorización a que sostuvieran relaciones sexuales, lo que en efecto sucedió.

Ahora, sobre el testimonio del acusado en el juicio, destacó el fallador que éste reconoció haber estado en los espacios anunciados por su hija, tanto en Amalfi como en Medellín, que aceptó su custodia luego de que la Comisaría de Familia se la entregara como resultado del proceso administrativo de

restablecimiento de derechos ante el acceso carnal que padeció por un desconocido y que por esa razón él había optado por no acercársele a su descendiente.

Al respecto de este trámite, aseveró el a quo que no se practicaron las pruebas pertinentes a efectos de garantizar efectivamente las garantías superiores de la menor y, por tanto, ante la equivocación de la comisaria al no indagar a fondo lo que en realidad le estaba sucediendo a LATH, decidió compulsar copias para que se investigue disciplinariamente a la funcionaria GLORIA PATRICIA VALENCIA GUZMÁN.

Comenzó a concluir el Juez Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad que no existe inexactitud o contradicción en el relato de la víctima y que sus dichos no fueron desvirtuados, por el contrario, que se encuentran corroborados por episodios que de manera objetiva tienden a demostrar lo sucedido como lo son (i) la presencia tanto de la ofendida como del acusado en las mismas circunstancias espaciales y temporales; (ii) la prueba pericial médica que da cuenta de los eventos en los que ha intervenido la menor relatando de la misma forma lo ocurrido; (iii) el señalamiento de los mismos autores de los vejámenes padecidos; y (iv) la prueba de referencia que muestra a KEVIN -hijo del procesado y hermano de la ofendida- como testigo de un hecho que fue excluido por la edad de LATH para ese momento.

Finiquitó el sentenciador aseverando que todas las pruebas practicadas demuestran que LATH, estando bajo el cuidado de la abuela paterna, fue víctima de tocamientos por parte de su



progenitor GIOVANNY EMILIO TUBERQUI HURTADO, actuar con el que se lesionaron los bienes jurídicamente tutelados de la libertad, formación e integridad sexual, así como el de la familia, pero que, sin embargo, otros episodios tuvieron lugar luego de que la ofendida cumplió los 14 años de edad, pues nótese que ella informó que se presentó la cópula con el acusado en el año 2018, razón por la cual frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado debía emitirse decisión absolutoria.

### **3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO**

**El defensor** del acusado inició haciendo un recuento de los hechos puestos en conocimiento por la Fiscalía y de la prueba testimonial recepcionada en el juicio oral, y aclarando que sobre la decisión de absolución por el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años no haría ningún reproche pero que sí la utilizará como fundamento para deprecar la revocatoria de la condena proferida por los otros delitos remanentes.

Al respecto, cuestionó la valoración probatoria realizada por la primera instancia indicando que si se hubiera hecho un análisis objetivo, acogiendo las reglas de la lógica y la sana crítica, no se hubiese tomado los dichos de quien funge como víctima para absolver por un delito y al mismo tiempo condenar por otros igual de gravosos que aquel.

Expresó que en los procesos como el presente el estándar de la prueba para condenar ha variado y ahora el postulado

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

principal parece ser "*no tengo prueba de los hechos pero tampoco dudas de su ocurrencia*", y que el a quo construyó prueba de corroboración periférica sin elementos probatorios para tal efecto pues la coordinadora del colegio, SANDRA PÉREZ QUIROGA, indicó que fue la institución educativa la que se enteró del embarazo de la menor y no que ésta hubiese denunciado *motu proprio* tal estado, que nunca evidenció comportamientos en la estudiante que llevaran a sospechar algún abuso sexual y que, por el contrario, era conflictiva y generaba mal clima entre los compañeros de clase.

Que el médico JUAN FERNANDO RESTREPO refirió que por la activación del código fucsia en marzo de 2019 atendió a la postulada ofendida en la ciudad de Medellín, que la notó tranquila y jocosa al referir los hechos que dejó consignados en la historia clínica; y que la galena SARA MARÍA CHANCY ARANGO manifestó que también atendió a la menor pero en el mes de julio de 2018 en el municipio de Amalfi, Antioquia, como presunta víctima de abuso sexual por parte de un desconocido, oportunidad en la que adicionalmente puso de presente unos supuestos actos sexuales y accesos carnales ejecutados por su progenitor y familiares cercanos.

Afirmó que NADIS NEY HERNÁNDEZ COGOLLO, madre de la menor, señaló que nunca recibió información por parte de su hija sobre los hechos denunciados sino que cuando se refirió a abusos sexuales incriminó a otros familiares, situación que le comunicó a su progenitor quien le hizo el reclamo a una de esas personas. Que cuando el colegio le informó sobre el embarazo de su descendiente y lo que dijo que le hacía su padre, le pareció increíble

porque sabe del gran cariño que le tiene Giovanni a LATH desde pequeña y que siempre la ha cuidado.

Continuó aseverado que la investigadora del CTI, ELY JOHANA ARREDONDO, enfáticamente afirmó que la menor no quiso rendir entrevista porque estaba cansada, y que el hermano de ésta, KEVIN, sí declaró y dio cuenta de un supuesto hecho que observó. Que, a su vez, la señora GLORIA VALENCIA GUZMAN, quien fuera la Comisaria de Familia de Amalfi, comunicó que en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos observó que se trataba de una menor manipuladora, mentirosa y que fantaseaba con hechos ajenos a la realidad, que se victimizaba y tenía la capacidad de elaborar historias para incriminar sin pudor en conductas delictivas a familiares. Que desde los 13 años tenía novio y planificaba, que su abuela paterna no podía más con ella y por eso le entregó la custodia al papá, que LATH no se opuso frente a esta determinación y que tampoco adujo padecer vejámenes sexuales por parte de aquel.

Aseguró que VIVIANA TUBERQUIA, LUZ DARY TUBERQUIA, LUZ MARINA HURTADO, ELIANA VELÁSQUEZ, y el mismo acusado, GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA, declararon sobre cómo fue la convivencia con la menor, sus conflictos de comportamiento y su capacidad para mentir y manipular, entre otros aspectos relevantes que no fueron valorados por el a quo, que el señor TUBERQUIA HURTADO tuvo que desplazarse de barrios para proteger a su hija, quien sostenía relaciones sexuales con "*pelaos de combos*" y consumía estupefacientes en presencia de sus otros hijos menores que ella. Que nunca se hizo el cotejo de ADN con la

hija de su primogénita (de quien se le atribuía su paternidad) a pesar que un juez de garantías autorizó dicho acto de investigación de la defensa.

Finalmente, indicó que el testimonio de LATH mereció especial examen y atención porque desde Amalfi viene denunciando vejámenes sexuales del papá y terceros, sin poder explicar la razón de por qué no le creyeron. Que sobre el hecho que dio lugar a la activación del código fucsia no informó quién fue el sujeto con el que se fue a ver en la parte rural del pueblo, y frente a los presuntos tocamientos en Amalfi cuando supuestamente el papá la sacó de la cama de la abuela no es clara, indicando finalmente que ese día no pasó nada. Refirió que todos en su familia sabían lo que el procesado le hacía, manifestación que va en contravía con lo dicho por la madre esta y con lo indicado por la misma declarante al señalar que su madrastra no tenía conocimiento de lo denunciado. Y que, aunque los tocamientos se daban presuntamente en la alcoba, ella compartía cama con sus hermanos KEVIN y MATÍAS, quienes nunca vieron nada, así como tampoco la afectada logró observar las partes íntimas de quien denunció como verdugo, no obstante aseverar que todos los días este se le pasaba a su cama.

De conformidad con lo anterior, el recurrente plantea los siguientes interrogantes: ¿Cómo creer que la presunta víctima le informe al presunto verdugo de abusos por parte de terceros? ¿Cómo creer que cuando tuvo la oportunidad de decirle a una Comisaria de Familia que no le entregara la custodia al verdugo nada dijo? ¿Cómo creer que cuando pudo quedarse viviendo con su

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

progenitora no lo hizo y por el contrario le sugiere al hermano KEVIN, de 13 años, irse a vivir a Medellín con quien desde tiempo atrás la venía abusando? ¿Cómo creer que nunca el victimario la haya amenazado para que omitiera contar el presunto abuso? ¿Cómo creer que nunca le contó al novio lo que le hacía presuntamente el papá? ¿Cómo creer que todos los días el papá se le metía a la habitación donde dormía con sus 2 hermanitos y que la madrastra nunca se hubiera dado cuenta?, y ¿cómo creer que nunca le vio las partes íntimas a su depredador sexual?

Añadió que a pesar de que se han fijado criterios científicos y jurisprudenciales para explicar cómo, cuándo y por qué creer o no creer en el dicho de testigos, lo cierto es que la respuesta es tan compleja como tratar de entender sucesos de la vida misma como ¿por qué la gente buena muere? O ¿por qué la vida es injusta con la gente buena? O ¿por qué hay padre e hijos malos? Y que la Corte Suprema de Justicia en el radicado 52045 -SP934-2020- aclaró que *“la prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio pro infans no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio...”*.

Mencionó el censor que resulta curioso el hecho de que quien funge como ofendida no hubiese dado ningún dato de las otras personas con las que tuvo relaciones sexuales, estos son, el novio de Amalfi, el de Medellín y quien es el presunto padre de su hija, y la mujer homosexual que se le metió a su cama. Seguidamente, citó doctrina de las doctoras ANA VALERIA PIPINO y

MARINA GASCÓN sobre la valoración probatoria y el *in dubio pro reo* en el proceso penal.

Finiquita afirmando que, ante la duda, como persiste en este caso, no se puede privilegiar una tesis carente de prueba sólida pretextando satisfacer una necesidad de justicia y de garantizar, a ultranza, la protección judicial de unos derechos sexuales que están en duda de haber sido vulnerados por el procesado, máxime cuando se hace justicia no solo condenando al culpable, sino, y en mayor medida, absolviendo al inocente, razones todas por las que deprecó el recurrente la absolución del señor GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA HURTADO.

#### **4. CONSIDERACIONES**

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Colegiatura para conocer, por vía de apelación, el fallo condenatorio proferido por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín. El examen se contraerá exclusivamente a los temas del disenso dada la naturaleza rogada de la segunda instancia.

En términos generales, el censor cuestiona la valoración probatoria pues, desde su punto de vista, se realizó una errada interpretación de las pruebas ya que existieron situaciones que generaron dudas y en ese sentido la falta de certeza debió haberse resuelto a favor del acusado.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

Específicamente destacó el recurrente que la judicatura de primer grado le otorgó al testimonio de la menor L.A.T.H., de 16 años para la fecha de la declaración, un alcance que no tiene ya que él lo aprecia contradictorio e inconsistente en aspectos sustanciales, específicamente en lo atinente a su falta de explicación sobre las razones por las cuales no le creyeron cuando denunció los vejámenes sexuales a los que la sometía su papá y otras personas, por qué no informó quién fue el sujeto con el que se fue a ver en la parte rural del pueblo cuando se activó el código fucsia por el abuso sexual perpetrado por un desconocido y, sobre todo, por la falta de claridad en el relato sobre el evento en el que supuestamente el procesado la sacó de la cama de la abuelita, pues finalmente aseveró que ese día no pasó nada. Asimismo, aseveró que pese a que la menor manifestó que toda su familia sabía lo que su progenitor le hacía, la madre de esta negó que tuviese conocimiento sobre ello y la esposa actual del señor TUBERQUIA HURTADO tampoco supo de los hechos denunciados, así como también estima poco probable la comisión de la conducta punible pues pese a que la presunta víctima dormía con sus dos hermanos en la misma cama éstos nunca vieron nada y, además, aquella no logró observar las partes íntimas de quien denunció como su verdugo.

La praxis judicial nos ha mostrado algunos operadores judiciales, e incluso a las partes dentro del proceso penal, que cuestionan a los niños víctimas de abuso sexual por su comportamiento frente a la agresión, bien por su silencio sobre la misma, ora por su conducta anterior, ya por sus manifestaciones deshilvanadas o contradictorias, como si ellos hubieran dado lugar a la agresión, desconociendo no solo instrumentos internacionales

sino la psicología del testimonio infantil, ampliamente expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos jurisprudenciales.

Resulta frecuente, como sucede en este caso, que se omita no solo la interpretación kinésica del menor testigo, sino también su desarrollo psicológico, su manera de pensar conforme a su edad, su valoración del mundo exterior, sus reacciones frente a los estímulos exógenos y hasta su lenguaje (por supuesto diferente al adulto), que si bien pueden tener características comunes en los menores, también guardan diametrales diferencias, no solo por su disposición genética sino por la acción fenotípica de su entorno.

También es habitual que se interpreten milimétricamente disparidades o algunos vacíos testimoniales de los menores víctimas de agresiones sexuales, atendiendo los elementos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004, como si fueran testigos adultos, cuando esa evaluación debe ser singularizada según ha pregonado la jurisprudencia basada en estudios científicos de la disciplina psicológica. Estos factores imponían a la judicatura de primera instancia una apreciación testimonial de la menor diferenciada y apoyada estrictamente en los demás medios de conocimiento colectados en el juicio oral que, efectivamente, tal como lo señaló el a quo, corroboraron periféricamente el relato de la víctima, y no una estricta visión de lo que aparentemente son contradicciones o vacíos narrativos, como señala el disenso.

Y es que al estudiar detalladamente el testimonio de la víctima se puede verificar que su narración es clara y



**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

concordante frente a lo acontecido. Refirió que desde hace mucho tiempo, cuando estaba muy pequeña, pero sin recordar exactamente la edad que tenía, vivía con su "mamita" en Amalfi, que allá también vivía su tío Yeison y su papá, que ella dormía al "rincón" de su abuela y una noche llegó su progenitor, quien estaba un poco tomado, la sacó de la cama y de la casa y la llevó a una montañita entre los pastales, que estaba oscuro porque era de noche y que allí intentó hacerle cosas y le tocó el cuerpo, que al otro día su abuela vio que su ropa estaba sucia pero que ella no le quiso contar nada. En las preguntas complementarias del ente acusador especificó que en esa ocasión su papá le tocó la vagina, la "bregaba" a penetrar varias veces pero que ese día no lo hizo, y que con las manos le tocó su cuerpo, que luego como él la llevaba cargada de regreso a su casa se cayeron y se le ensució su ropa, que ella tenía miedo y por eso no le dijo nada a su mamita.

También describió que luego de un tiempo se fue a vivir a Medellín a la casa en la que su papá convivía con la esposa actual, que estando allí aquel se pasaba para su cama, le decía cosas, la tocaba en los senos y la vagina, la besaba en la boca y le intentaba hacer cosas, penetrarla, estando en sano juicio y tomado, que casi no le hacía cosas porque ella no dejaba que le hiciera algo más, solo la tocaba. Que en esta vivienda dormía en la misma cama con su hermano MATÍAS, de 2 años de edad, que luego, cuando iba a cumplir los 15 años, su hermano KEVIN se mudó con ellos, quien entró a compartir también el lecho. Que en una ocasión su papá y la esposa llegaron borrachos y aquel entró a la habitación y empezó a decirle cosas y a tocarla, que entonces KEVIN le habló a su progenitor y éste se hizo el "loco" y se salió. Resaltó que su hermano era testigo de todas las cosas que el acusado le hizo.

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

Finalmente, relató que en una ocasión se voló para donde su mamita al municipio de Amalfi y le contó todo lo que estaba sucediendo, pero que ella le dijo que se quedara callada porque no resistiría ver a un hijo suyo en la cárcel. Que el día que cumplió 15 años su papá le hizo una fiesta y en la celebración le prometió que no le volvería a hacer nada, que ella le creyó pero que esa misma noche se pasó para su cama y la empezó a tocar como lo hacía usualmente. Que después se hizo novia de un joven llamado KEVIN, que duraron más o menos un mes, que en diciembre de 2018 tuvo relaciones sexuales con su novio y el mismo día, cuando llegó a su casa, su papá se le pasó para su cama y la penetró con su pene por la vagina. Que la copula entre ella y su papá se dio más o menos en tres oportunidades, y que la primera vez fue viviendo ya en Medellín, que ella estaba tomada y que el acto sexual fue una condición para que su progenitor la dejara ir a la casa de una amiga a una fiesta.

El testimonio de la menor no solo fue detallado en la forma como el acusado la abusaba sexualmente, sino que el relato fue expresado con una profunda sinceridad, pues al inicio de su deponencia, cuando la delegada de la Fiscalía le indagó qué había pasado para que ella estuviera declarando en el juicio, la menor respondió "*ocurrieron muchas cosas*", y acto seguido comenzó a llorar de manera tal que la defensora de familia tuvo que solicitar un receso para que la testigo pudiera sobreponerse e iniciar con la declaración. Asimismo, cuando la ofendida estaba describiendo los hechos que vivió cuando se fue a vivir con su papá en la ciudad de Medellín, nuevamente rompió en llanto al especificar los actos abusivos que su papá cometía en su contra.

Así las cosas, no es cierto que a la menor no le hubiesen creído cuando expuso los vejámenes a los que fue sometida, ya que la deponente claramente indicó que su abuela le había pedido que guardara silencio porque ella no resistiría ver a su hijo en la cárcel, pero en ningún momento expresó que ésta no le creyera, y cuando en algún momento la víctima y su hermano pensaron en decirle a su mamá sobre los abusos sexuales que estaba padeciendo LATH, desistieron de esa iniciativa por miedo a que ella no aceptara la ocurrencia de los mismos o ante la posibilidad de que su progenitor les pegara o los castigara, tal y como lo manifestó la deponente.

Se duele también el recurrente de que la ofendida no diera información de la persona con la que estuvo en una ocasión en zona rural de Amalfi y en la que presuntamente fue accedida carnalmente por un desconocido, destacando esta Corporación que esa información no ingresó en la deponencia simplemente porque no fue objeto de interrogatorio, pues claramente ello no tiene ninguna incidencia con el comportamiento delictivo que se le endilgó al señor TUBERQUIA HURTADO en este proceso de manera específica.

Tampoco resulta acertada la manifestación del censor según la cual los hermanos de la ofendida nunca vieron nada a pesar de que compartían la misma cama y los hechos delictivos sucedían en las noches, pues como mínimo en dos oportunidades la testigo refirió que su hermano KEVIN era testigo de las cosas que le hacía su papa, que en una ocasión éste habló y por eso su papá se hizo "el loco" y se fue de la habitación, y también está la declaración

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

de la psicóloga del CTI, ELI JOHANA ARREDONDO AGUIRRE, quien informó que en la entrevista que rindió KEVIN en el mes de marzo de 2019, éste tuvo una actitud callada y tímida, con dificultad para expresarse, que lloró y luego le indicó que había visto como su papá había llegado a la habitación, desnudó a su hermana, se quitó el bóxer y se le montó encima a la hermanita, que él le vio las "tetras" a su familiar, suceso que había tenido lugar en el mes de febrero anterior, según el declarante.

Y el hecho de que LATH nunca hubiese visto las partes íntimas de su papá no quiere decir entonces que los actos sexuales no hubiesen existido, ya que no debe perderse de vista que ella informó que el acusado le tocaba su cuerpo con las manos, nunca expuso que hubiese sido con el pene, y si el recurrente se refiere es a los accesos carnales que de manera adicional fueron expuestos, se recuerda que por ese tipo penal se absolvió al procesado y como ello no fue objeto de apelación esta Colegiatura no se pronunciara al respecto. Sin embargo, en este punto deviene necesario aclararle al señor defensor que la absolución en este sentido se dio por cuanto el coito entre el señor GIOVANNY EMILIO y su hija LATH se presentó cuando ésta ya había superado los catorce años de edad, circunstancia que objetivamente hace inviable la aplicación de la consecuencia penal descrita en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, y no porque el juzgador de primera instancia hubiese valorado parcialmente el testimonio de la víctima para creerle frente a una conducta delictiva y desestimar sus dichos respecto al otro punible, como desafortunadamente se planteó en el disenso.

Tiene razón el sentenciador de primera instancia al darle total credibilidad al testimonio de la menor, y aunque en su relato no especificó de manera exacta la cantidad de ocasiones en las que se presentaron los actos sexuales por parte de su progenitor ni su edad concreta, ello no puede interpretarse como si hubiera mentido en el relato central pues en muchas ocasiones, sobre todo cuando ha pasado algún tiempo y la memoria de corto plazo de los infantes ha sufrido mella, quedando incólume la de largo plazo (las agresiones sexuales sufridas durante la infancia nunca se olvidan asegura la psicología experimental infantil); pueden olvidarse algunas cosas del escenario o las fechas concretas del abuso, pero jamás la escena ni su comisión. Lo que sí resulta claro y creíble es que el señor TUBERQUIA HURTADO agredió sexualmente a la víctima en diversas ocasiones, pues eso afirmó con certeza la testigo y nada, probatoriamente, sostiene lo contrario.

En conclusión, la apreciación probatoria del testimonio de LATH que hizo la judicatura de primera instancia, es, a juicio de la Sala, acertada y no observamos falencias en su valoración.

Veamos cómo se ha expresado la jurisprudencia en este aspecto: en punto de la sana crítica y la necesidad de tener en cuenta la psicología del testigo (que omitió en el evento examinado el disenso), profirió la Corte Suprema de Justicia las sentencias 16472 de 2002, desarrollada en los radicados 26128 de 2007, 29053 de 2008 y 30356 de 2009, entre otras muchas. En punto de la credibilidad del testimonio del menor abusado sexualmente, la Alta Corporación ha sido muy prolífica transitando por las más

disímiles posiciones que van desde la credibilidad disminuida por su inmadurez (en el pasado), hasta la credibilidad incondicional dada su condición de inexperiencia en el ámbito sexual y por el nuevo panorama constitucional que lo inviste de una protección reforzada en cumplimiento del principio *pro infans* avalado por instrumentos internacionales. Actualmente transita por una posición intermedia, aunque con tendencia a la confiabilidad de la narrativa testifical del menor siempre que el contexto probatorio lo avale (destacando las pruebas de corroboración periférica).

El contexto jurisprudencial se ha concentrado en cuatro temas en especial: la congruencia, coherencia y armonía del testimonio dentro del contexto probatorio, el testimonio como único medio de conocimiento directo, la apreciación del testimonio contradictorio, incoherente y fantasioso, y la retractación del menor. Actualmente las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional admiten que los menores, sin importar su edad, son plenamente capaces para testimoniar, salvo, claro está, situaciones especiales de trastorno mental profundo y patologías similares (sentencias T-639 de 2006, 10615 de 1999, 23706 de 2006, 27413 y 30345 de 2008).

Además, que sus testimonios deben ser apreciados bajo los postulados de la sana crítica, cotejándolos con los demás medios de convicción, sin que se pueda considerar ni la inmadurez psicológica ni algunas patologías psíquicas (excepto trastornos profundos), sentencias Nos 23706 y 24468 de 2006, líneas que aún se mantienen. En el caso de alguna patología psicológica, el operador judicial debe tener en cuenta el tipo de disfunción y su

influencia en la memoria, especialmente la de largo plazo, para lo cual cuenta con el apoyo de la prueba pericial.

También ha dicho la jurisprudencia que el testimonio del menor agredido sexualmente (especialmente el infante), goza de especial credibilidad por tratarse de una prueba esencial (T-554 de 2003, T-458 de 2007, 23706 y 29740 de 2008). Igualmente ha indicado que ese testimonio, por lo general, es confiable dada la naturaleza de los hechos y el impacto que genera en la psiquis del menor, además de consideraciones como el interés superior del niño, con techumbre constitucional (23706 y 24468 de 2006, 28742, 29117 y 29740 de 2008).

De otro lado, afirma la jurisprudencia que, por lo general, los delitos sexuales ocurren en espacios privados sin la presencia de testigos diferentes a la propia víctima (los denomina delitos de puerta cerrada), lo que hace que en la mayoría de casos solo se cuente con el testimonio único y directo del agredido (como ocurre en el sub-judice), lo que se traduce en que el sentenciador debe examinarlo con mayor cuidado (21934 de 2004, 23706 de 2006 y 30305 de 2008). En este último precedente concluyó que *“cuando esta clase de declarante ostenta ponderación, es razonado, coherente y no vacilante, confuso ni contradictorio, su testimonio es suficiente elemento para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado”*. Y añadió en la sentencia 24955 de 2006 que no se puede restar aptitud probatoria al testimonio de la víctima por ser testigo directo único, como sucede en el caso concreto, dado que ello restringe indebidamente con un

criterio de tarificación legal inexistente, la capacidad probatoria del testimonio de la víctima.

Así mismo la Corte, en una línea pacífica, ha venido indicando que las contradicciones en la narrativa testimonial del menor abusado sexualmente no desvirtúan *per se* su credibilidad (23706 de 2006 y 30305 de 2008, entre otras), pues ello es propio de este medio de convicción. Lo importante es que exista congruencia en los aspectos esenciales (el denominado núcleo duro o núcleo esencial de la investigación penal), como acontece en el sub-judice, aunque no se observan contradicciones ni divergencias narrativas de la menor destacando que su relato fue certero, claro y coherente en lo esencial, como los actos sexuales a que fue sometida, el lugar donde ocurrieron los hechos y la identidad del autor del injusto.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha ratificado que la apreciación del testimonio infantil debe ser diferenciada de los adultos y en amplios y pacíficos pronunciamientos ha venido entregando pautas para esa labor interpretativa. Por ejemplo, en la paradigmática sentencia 23706 de 2006, destacada por sus importantes aportes en punto de la psicología infantil, ratificada por los radicados 40455 de 2013, 28511, 27946 y 28274 de 2007, 32972 de 2009 y 33971 de 2010, afirmó que el testimonio del menor abusado sexualmente es muy confiable por el impacto causado en su memoria por el hecho. La importancia del primero de los precedentes mencionados radica en haber creado en hito en la dinámica jurisprudencial y un relevante avance en el tema de la credibilidad del testimonio del menor



abusado sexualmente, pues motivó a la utilización de categorías psicológicas modernas que hasta ese momento habían sido prácticamente ignoradas por la función jurisdiccional en su tarea de administrar justicia.

Desde entonces la jurisprudencia ha considerado que el testimonio de los menores víctimas de abuso sexual, debe ser examinado con especial cuidado por el operador judicial y, por tanto, su credibilidad obedece a una serie de factores diferentes a los testimonios de los adultos. Por su importancia en el devenir jurisprudencial, transcribimos los apartes más destacados:

*"La exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una postura tal contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos... De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad.*

*Una connotada tratadista en la materia ha señalado en sus estudios lo siguiente: "Debemos resaltar que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar un testimonio de manera acertada, en el sentido de que **si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener***

**la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información...** (resaltado fuera del texto original).

*Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ejemplo, los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto... El diagnóstico del abuso sexual infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, **ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...*** (resaltado de la Sala).

Remata la Corte el precedente hito citado indicando que la nueva perspectiva jurisprudencial cumple con el artículo 44 de nuestra Carta Política sobre la prevalencia del derecho de los niños, citando la sentencia T-408 de 1995 de la Corte Constitucional, referida a la consolidación de la investigación científica en distintas áreas, entre ellas la psicología infantil, mostrando el perfil de los rasgos y características del desarrollo de los niños, lo que justificó, desde una perspectiva humanista, un énfasis jurídico en su defensa, dadas sus especiales condiciones de indefensión, lo que se plasmó en distintos instrumentos internacionales. En el campo penal recomendó brindarle una protección especial que impida su discriminación y asumir un papel muy activo en su defensa como víctima. Por esto afirmó textualmente:

*"En la mayoría de los casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aún con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación del ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentre bajo enormes presiones psicológicas y familiares*

*al momento de rendir testimonio contra el agresor. De tal suerte que **constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria...***

Como se puede apreciar, son observaciones de un profundo calado psicológico que aplican en el estudio de todos los delitos sexuales contra los menores, que por su importancia técnica es necesario que tengan en cuenta los operadores judiciales. No resulta suficiente argumentar que se encuentran contradicciones y divergencias narrativas, o pregonando dudas por el lenguaje que utiliza la víctima. Tampoco que su narrativa es medrosa y débil, como sucede con el testimonio de los adultos. La apreciación del testimonio infantil es más compleja y requiere del intérprete judicial una observación kinésica y un depurado análisis psicológico del testigo, eso sí cotejándolo con el contexto probatorio al examinar extrínsecamente el testimonio.

Como se indicó en acápites anteriores, la edad es un factor que condiciona el testimonio infantil, pues su contenido depende de las particulares condiciones de madurez y psico-percepción. En el caso que examinamos, tenemos que la menor le contó a SANDRA MARLEN PÉREZ QUIGUA, directiva docente de la institución educativa donde estudiaba la menor al momento de revelar su estado de gestación, JUAN FERNANDO RESTREPO ARBOLEDA, médico que la atendió como consecuencia de la

denuncia, y SARA MARÍA CHANCY ARANGO, galena que le brindó atención médica en el municipio de Amalfi en el año 2018, que el acusado la estaba abusando en los mismos términos que indicó en su testimonio en el juicio, deposiciones testificales que en esta específica parte son elementos de corroboración periférica, tal como elucubra la primera instancia.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en el paradigmático precedente contenido en la sentencia 43866 de 2016, se refirió a las pruebas de corroboración periférica (creación española) como un mecanismo para suplir la cada vez más marcada tendencia de evitar que los niños víctimas de abuso sexual concurren a testimoniar y por la clandestinidad que caracteriza este tipo de delitos que generalmente impide que la prueba de referencia esté acompañada de otras pruebas directas. Así, las pruebas de corroboración periférica se refieren a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima.

Y sobre las verificaciones periféricas de carácter objetivas que echa de menos el censor en este asunto es menester señalar que la alta Corporación ha seguido destacado sobre el tema que:

*"Tras resaltar que la incorporación de declaraciones a título de prueba referencia activa la restricción prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, la Sala hizo énfasis en la importancia de una adecuada investigación y de la relevancia que en estos casos tiene la prueba de corroboración. Se indicó:*

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

*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.”<sup>1</sup>*

En este evento, y pese a que se recibió el testimonio de la víctima de manera directa y dicha narrativa se estima coherente y clara, esta Colegiatura también observa la presencia de varias pruebas que corroboran sus dichos, pues no puede perderse de vista que efectivamente padre e hija compartieron muchísimo tiempo juntos durante su convivencia en el municipio de Amalfi y en la ciudad de Medellín, particularidad que fue confirmada inclusive por el acusado y por los demás testigos de descargos, lo que se traduce en uno de los elementos de corroboración periférica que

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia SP5295 de 2019, radicación N° 55651 del 04 de diciembre de 2019.

confirma que los hechos perfectamente ocurrieron como los narra la ofendida.

Que en razón de esa cohabitación la menor pernoctaba en el mismo inmueble y que era precisamente en las noches que su progenitor acudía a su cuarto a ejecutar los actos sexuales, momento en el que los demás integrantes de la familia estaban durmiendo, práctica que era constante a excepción del primer evento narrado en el que el procesado la extrajo de la vivienda y la llevó a un lugar solitario en medio de la oscuridad de la noche.

No se evidenciaron razones por las cuales la víctima quisiera acusar infundadamente al acusado, pues no tenía motivo alguno para querer perjudicarlo; describió claramente las características del lugar en Amalfi donde fue llevada por su padre, *“una montañita entre los pastales”*, así como también del inmueble que compartían en Medellín, casa con dos habitaciones perfectamente descrita en detalle por LATH.

Adicionalmente, como bien lo sustentó el a quo, cuando la menor ya era mayor de catorce años y compartía cama con su hermano KEVIN, éste se enteró y además presencié las agresiones a la integridad sexual de su hermana, pues así lo dejó plasmado en la entrevista que rindió ante la psicóloga del CTI, lo que significa que quien estaba presente en la escena pudo percibir de manera directa las acciones que desplegaba el acusado sobre la víctima, circunstancia que hace mucho más probable la

configuración del punible por el cual fue declarado penalmente responsable el señor GIOVANNY EMILIO.

Finalmente, tenemos que el juzgador de primera instancia sí valoró las deponencias rendidas por los testigos de descargos, solo que a sus dichos les restó valor suasorio por cuanto tan solo trataron de nublar lo dicho por LATH determinándola como rebelde y de difícil observancia de las normas, eventualidades que, en caso de ser ciertas, en nada confluyen en punto de determinar la ocurrencia o no de los ataques a su integridad y formación sexual.

En conclusión, se evidencia que la prueba de cargos es contundente ya que, se reitera, la menor mantuvo su relato firme, coherente y preciso, el cual aprecia la Sala como sincero y profundamente espontáneo, pues describió con certeza los escenarios del delito como que precisó los lugares (una zona boscosa en Amalfi y la vivienda ubicada en Medellín que compartía con su progenitor), las fechas aproximadas de las agresiones sexuales (desde que estaba muy pequeña y vivía en Amalfi con su "*mamita*") y especialmente la forma como acaeció la acción delictuosa de la que fue víctima, identificando con certeza el autor de la misma, manifestaciones totalmente verosímiles pues no hay exageraciones o ideas fuera del contexto de la historia que permitan dudar de su veracidad.

De acuerdo con lo anterior, claramente observa esta Colegiatura que las diferencias observadas por la defensa no se presentan y por tanto el testimonio de la menor de ninguna manera puede sembrar dudas en torno a la vulneración que padeció

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

en su integridad y formación sexual, por el contrario, los demás medios de conocimiento (testimoniales) arrimados al juicio reafirman los actos denunciados y surgen contundentes.

Las anteriores consideraciones nos permiten afirmar que no tiene razón el disenso cuando plantea infundadamente la existencia de dudas razonables que nos permita aplicar el *in dubio pro reo*, pues determinante es la prueba sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad del acusado, por lo que se confirmará íntegramente la sentencia apelada.

Como última consideración, y aunque no fue objeto de impugnación, esta colegiatura analizará el tema de la dosificación punitiva por cuanto el señor TUBERQUIA HURTADO fue declarado penalmente responsable de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211, numeral 5º -*La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil...-*) en concurso heterogéneo con incesto (canon 237 *ibídem*), tipo penal que consagra: "*El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de 16 a 72 meses*".

Como puede apreciarse, la agravante atribuida al procesado en el delito atentatorio contra la libertad, formación e integridad sexual comparte las mismas circunstancias fácticas que circunscriben el punible de incesto, lo que quiere significar que no deviene adecuado mantener ambas calificaciones jurídicas de manera simultánea so pena de que se pueda ver comprometido y



vulnerado el principio constitucional del “*non bis in ídem*”, debiendo entonces en casos como el que ocupa la atención de la Sala, conservarse aquella que representa mayor abundancia descriptiva, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, tenemos que en la sentencia con radicado N° 50652 del 12 de mayo de 2021, la alta Corporación recordó que desde el radicado 34133 del 25 de mayo de 2011, se fijaron las premisas fundamentales para resolver los debates suscitados cuando con una misma acción se atenta de manera concomitante los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual y el de la familia, concluyendo que:

*"En vista de lo anterior, acudiendo al criterio ya anotado y reiterado en providencias de esta Sala de Casación Penal, debe conservarse el tipo penal que reúna mayores elementos de riqueza descriptiva, que en este caso resulta el punible de incesto, procediendo a eliminarse el agravante del artículo 211 numeral 2°."*

Adicionalmente, en la providencia N° 36411 del 05 de septiembre de 2013, se consignó lo siguiente:

*"Lo importante, en cualquier caso, es que desde la diligencia de indagatoria se le haya atribuido al procesado el núcleo esencial de los hechos por los cuales sea llamado a juicio y, a la postre, condenado en la calificación definitiva del fallo. Y, en este caso, desde la sindicación se le hizo saber a RAGM las acciones por las que, en las decisiones de instancia, fue condenado como autor de la conducta punible de incesto,*

**Sentencia segunda instancia Ley 906**

Acusado: Giovanni Emilio Tuberquia Hurtado  
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años agravado e incesto  
Radicado: 05001 60 00207 2019 00443  
(0212-21)

*esto es, los actos sexuales que sostuvo de manera reiterada con su descendiente. Es cierto que por esas mismas acciones fue declarado autor de un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de catorce años. Pero mientras este delito afecta el bien jurídico de la libertad y formación sexuales, el de incesto menoscaba el bien jurídico de la familia. Y la Corte ha dejado en claro que sólo hay vulneración del principio de no volver dos veces sobre lo mismo si existe una correspondencia de causa. En otras palabras, "cuando las conductas punibles reprochadas lesionan o ponen en peligro idéntico interés jurídico".*

Corolario con lo expuesto, esta Colegiatura, de manera oficiosa, pasará a realizar la redosificación de la pena eliminando la agravante de que trata el numeral 5º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, teniendo en cuenta que con ello se restaura el derecho vulnerado al interior de esta actuación al señor GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA HURTADO a no ser inculcado dos veces por los mismos hechos.

Entonces, el delito de actos sexuales con menor de catorce años tipificado en el artículo 209 del código penal, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008, dispone que "el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años".

---

<sup>2</sup> Sentencia del 06 de septiembre de 2007, radicación 26591.

Siguiendo con los criterios expuestos por el a quo en su análisis de la pena concreta a imponer<sup>3</sup>, se fijará el mínimo de la sanción, esto es, 108 meses (lo que equivale a 9 años), cifra que se incrementará en las mismas proporciones señaladas por la primera instancia en razón del concurso homogéneo de actos sexuales con menor de catorce años -12 meses- y del concurso heterogéneo con incesto -6 meses-, para un total de la sanción privativa de la libertad de ciento veintiséis (126) meses. En el mismo tiempo se fijará la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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

## **FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR LOS NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO** de la sentencia de naturaleza y origen conocidos, aclarando que se condena al señor GIOVANNY EMILIO TUBERQUIA HURTADO como autor del concurso homogéneo de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso heterogéneo con incesto (artículos 209 y 237 del código penal), y como consecuencia de lo anterior se le impone la pena de **ciento veintiséis (126) meses de prisión**. En el mismo tiempo se fija la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

---

<sup>3</sup> Razonamiento realizado en las páginas 22 y 23 de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de julio de 2021 por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Medellín.

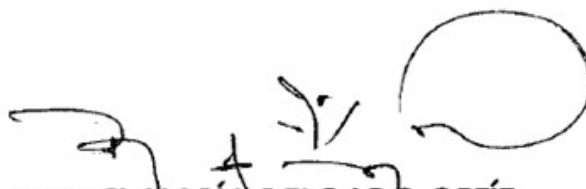
**SEGUNDO:** Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

Magistrado



**RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ**

Magistrado



**JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ**

Magistrado