



SALA PENAL

Radicado: 05-001-60-00206-2017-11960
Procesado: Rafael Antonio Echavarría Henao
Delitos: Acceso carnal violento agravado, acto sexual violento agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 112

Medellín, treinta (30) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa en contra de la sentencia del 12 de abril de 2023 proferida por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello, que condenó a Rafael Antonio Echavarría Henao como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento agravado, acto sexual violento agravado y actos sexuales con menor de 14 años, agravados.

1. EL HECHO

Se precisarán los hechos específicamente atribuidos en la acusación al Sr. Rafael Antonio Echavarría Henao, lo que no deja de ofrecer dificultad en tanto la narración del suceso en general se hace básicamente en relación con lo que hizo otra

persona, cuya situación jurídica no es objeto de este proceso por cuanto aceptó cargos con anterioridad, trámite que se realizó por cuerda separada.

Desde el año 2014 y hasta abril de 2017, en las residencias ubicadas en la calle 25 BB No. 65 – 62, interior 125, y en la calle 21A No. 62 – 71, interior 108, de Bello, en las que residió ocasionalmente Rafael Antonio Echavarría Henao, este realizó los siguientes comportamientos a sus hijos:

En cuanto a AMEQ:

- i. *“le realizaba tocamientos a su hermanita LFEQ en su presencia, en una ocasión lo mando a traer una zanahoria, la que le metió por la vagina a esta, y a su madre quien también se encontraba allí”.*
- ii. *“...RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic) y la señora SOR YANET QUINTERO VALENCIA sostenían relaciones sexuales en presencia de su hijo AMEQ”.*
- iii. *“En una ocasión el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic) le tocó su pene con la mano y la nalga, obligándolo a que penetrara con el pene a su hermanita LFEQ, bajo la amenaza que de no hacerlo lo volvería como él”.*

Frente a LFEQ:

- i. *“...RAFAEL ANTONIO en múltiples ocasiones en su propia casa, la cogía a la fuerza, le quitaba la ropa y la penetraba con los dedos y pene tanto por la vagina como por el ano de la niña y le realizaba tocamientos, con sus manos en senos, vagina y nalga, como en otras era mandada a la residencia*

donde este se encontraba su madre en donde se acontecían estos mismos vejámenes, indicándole esta que se dejara realizar lo que su papa quería pues a cambio tanto ella como su padre le comprarían comida para sus hermanitos”.

- ii. *“En algunas de estas ocasiones la señora SOR YANET también estaba presente participando de las actividades sexuales estando sin ropa, tocando a la niña en sus partes íntimas y sosteniendo relaciones sexuales con el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ” (sic).*

Respecto a GEQ:

- i. *“En múltiples ocasiones desde que la niña tenía 10 años hasta los 13 años el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic) en su propia casa, la cogía a la fuerza, le quitaba la ropa y le realizaba tocamientos, con sus manos en senos, vagina y nalga y en otras era mandada por su madre a la residencia donde este se encontraba en donde se acontecían estos mismos vejámenes, indicándole esta que se dejara realizar lo que su papa quería pues a cambio tanto ella como su padre le comprarían comida para sus hermanitos”-sic-.*

Estas conductas fueron recogidas en la acusación en términos jurídicos del siguiente modo:

1.- Se atribuyó accesos carnales violento agravados por la minoría de edad y el parentesco de los que sería víctima GEQ, en concurso homogéneo y sucesivo. (Sin especificar su número)

2.- Acto sexual violento agravado por las mismas razones de los que serían víctima LFEQ y el niño AMEG, en concurso homogéneo y sucesivo (sin especificar su número).

3.- Actos sexuales con menor de 14 años agravados por el parentesco, también en concurso homogéneo y sucesivo. (Sin especificar su número) de los que habrían sido víctimas LFEQ y el niño AMEG.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

De acuerdo con la reconstrucción de la diligencia que fue necesario llevar a cabo ante inconvenientes con su registro, la Fiscalía, en audiencia celebrada el 26 de marzo de 2021 ante el Juzgado 1° Penal Municipal con función de control de garantías de Bello, en la que se legalizó la captura materializada por orden judicial, se le imputó a Rafael Antonio Echavarría Henao los mismos hechos relevantes reseñados en precedencia y los delitos atribuidos.

El imputado no se allanó a los cargos y le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

El 2 de agosto de 2021, se realizó la formulación de acusación en contra de Rafael Antonio Echavarría Henao por la comisión de las mismas conductas punibles imputadas, agregando jurídicamente que LFEQ también fue víctima del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado por el

numeral 5° del artículo 211 con base en los hechos que ya habían sido expuestos.

El 12 de enero de 2022 se celebró la audiencia preparatoria, se decretó la ruptura de la unidad procesal en lo que concierne a la otra procesada y se inició la audiencia de juicio oral con la presentación de la teoría del caso de la Fiscalía.

El juicio oral continuó los días 25 y 26 de mayo, 14 y 22 de julio, 22 de septiembre, 9, 16 y 17 de noviembre y 1° de diciembre, todos de 2022, última fecha en la que se presentaron los alegatos de conclusión y se emitió sentido de fallo de carácter condenatorio.

El 12 de abril de 2023, se llevó a cabo audiencia de individualización de la pena y se dio lectura a la sentencia respectiva, contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación, que sustentó por escrito dentro del término legal.

3. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El juez de primer grado encontró demostrada la responsabilidad penal de Rafael Antonio Echavarría Henao en el concurso homogéneo y heterogéneo sucesivos de los delitos de acceso carnal violento agravado, acto sexual violento agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado, imponiendo una pena de 360 meses de prisión, con base en que las víctimas, que era hijos del procesado y para el momento de los hechos eran menores de 14 años, narraron de forma

coherente y creíble los sucesos, expresando las circunstancias en las que se realizaron.

Estimó que las versiones fueron corroboradas por los demás testigos que asistieron a juicio, en cuanto al momento en el que los menores develaron los sucesos, los hechos que narraron, la oportunidad que le asistía al procesado en la escena en que se cometía el delito, al igual que la afectación de las víctimas en su salud e integridad física y sexual.

Explicó que las valoraciones médicas no contradicen los dichos de los menores, en tanto en el caso de L.F.E.Q pese a que no fue desflorada, se pudo tratar de una introducción en el introito vaginal que no implica traspasar el himen, sin que sea requisito la desfloración para que se configure el acceso carnal, con mayor razón teniendo en cuenta que la menor manifestó que no la alcanzó a penetrar del todo porque le dolía mucho. Situación similar argumentó con G.E.Q. en tanto si bien el médico declaró que no se encontraron lesiones recientes, i) no descartó que haya sido víctima de otras manipulaciones de tipo sexual, y ii) la menor solo expuso que el procesado le puso la punta del pene en la vagina.

También consideró demostradas las amenazas o presión psicológica que se ejercía contra las víctimas, a quienes les decían que si no se dejaban tocar no les darían comida a sus hermanos, y adicionalmente frente a AMEQ las amenazas de muerte para lograr que tuviera relaciones sexuales.

4. LA SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El defensor de Rafael Antonio Echavarría Henao solicitó revocar la condena por considerar que no se logró acreditar más allá de duda razonable la materialidad de la conducta y, menos aún, la responsabilidad penal de su prohijado en ella.

En síntesis, adujo que i) el juez dio credibilidad a los menores a pesar de las diferentes incongruencias de sus testimonios; ii) sus versiones no coinciden con los hallazgos médicos, pues se determinó que no hubo desfloración, circunstancia que, además, descarta lo declarado por los menores; iii) la corroboración periférica es de referencia; iv) se planteó y demostró una hipótesis alternativa que prueba que los hechos no pudieron haber ocurrido como fueron atribuidos por la Fiscalía; y v) ningún testigo, aparte de los menores, ubica al acusado en la casa en la que supuestamente sucedieron los hechos.

Sobre el último punto agregó que, con base en el testimonio de Liliana María Quintero Valencia, es cuestionable que los supuestos hechos hayan ocurrido en la casa de Sor Yaneth y del acusado, por cuanto atestiguó que la menor G.E.Q. no tenía contacto con el acusado, y cuando veía a su madre era en la casa de su abuela.

Y en lo que concierne al testimonio de los menores, criticó que la menor G.E.Q. narrara hechos que aparentan mostrar que vivía con su madre; pero, contradictoriamente, declaró que vivía con una tía, sin olvidar que también afirmó que iba a la

casa del procesado y que nunca pasó nada allí, así como el hecho de que lo declarado no muestra que se hayan configurado los actos sexuales violentos atribuidos al acusado. En lo que atañe a L.F.E.Q., expuso que en su testimonio nunca manifestó que Rafael fuera quien la sexualizara.

Por último, pidió que subsidiariamente se considerara que los hechos no pueden ser calificados como actos sexuales ni acceso abusivo en menor de 14 años, por cuanto no se indagó a los menores detalles sobre los tocamientos, tampoco existen signos clínicos sobre la existencia de penetración, y lo que se dijo sobre el asunto no pudo ser controvertido por la defensa en tanto se incorporó como prueba de referencia.

5. LAS CONSIDERACIONES

Al no percibirse motivo de nulidad y mediar sustentación adecuada, se pasarán a examinar los motivos de impugnación, con miras a determinar si obra en el acervo probatorio el fundamento debido para la condena impuesta y, en subsidio, si la calificación jurídica de las conductas atribuidas fue adecuada.

La censura principal de la defensa se centra en la alegación de la transgresión de la presunción de inocencia o inaplicación del secular aforismo *in dubio pro reo* porque, a su juicio, los menores de edad que sindicaron a su asistido carecen de credibilidad y la corroboración sería con prueba de referencia, de modo que según esta alegación habría dudas que

podrían resolverse a favor del sentenciado y conducirían a la absolución.

Se deberá, entonces, examinar los precisos reparos formulados sobre la credibilidad de los menores, pero como resulta imperioso hacerlo de cara a la conducta que es juzgada, se iniciará estableciendo qué fue lo fácticamente atribuido como hechos constitutivos de las infracciones al ordenamiento penal por las que se acusa, por cuanto ello delimita lo que es objeto de juzgamiento.

En efecto, la radical escisión entre acusación o pretensión punitiva y adjudicación o declaración del derecho que es propia del sistema acusatorio se concreta en el principio acusatorio, según el cual solo puede ser objeto de juzgamiento la hipótesis fáctica que con exactitud expresamente atribuya la Fiscalía, o la conducta de menor entidad que naturalmente se encuentre en ella incluida, y no cualquier hipótesis que el juez elabore a su leal saber y entender al momento de juzgar, lo cual haría sobre seguro, pues ya se practicó la prueba, con gran merma de los derechos de contradicción de la defensa.

Por supuesto que la carga de la prueba de la tipicidad de las infracciones y, en general, de todos los elementos que estructuran el delito, le corresponde al ente acusador, postulado básico del derecho procesal penal moderno que no vemos desconocido por el juez cuando precisa que quien tacha de mendaz un testigo debe demostrarlo, que es asunto distinto a la carga general de la prueba sobre el suceso y la responsabilidad penal del acusado.

En todo caso, lo que puntualizó el juez es acertado porque se sigue por el principio de que a cada parte le incumbe probar los supuestos de hecho que alegue en un incidente o determinación de un específico aspecto, sin perjuicio de la carga general de la prueba ya señalada. De todos modos, el juez no invirtió en modo alguno esta última exigencia y, en consecuencia, por esta causa no puede estimarse afectada la reconstrucción de los hechos.

Dado que el juez de primer grado compulsó copias para investigar conductas no acusadas, será menester hacer la salvedad de que en la investigación que ellas generen no podrá incluir conductas penales atribuidas fácticamente en la acusación porque sobre esos hechos habría versado el proceso, al margen del yerro en omitir su atribución jurídica o defectuosas denominaciones, causa por la cual se hará la advertencia respectiva a las autoridades que les compete tener la precaución de no trasgredir la prohibición de no juzgar dos veces por lo mismo.

5.1. Al procesado se le atribuyó de modo expreso jurídicamente un concurso sucesivo de accesos carnales violentos realizado únicamente en contra de su hija G.E.Q., de modo que solo se podrá predicar las existencias de accesos respecto a esta víctima y no frente a otras. Esta aclaración es importante por cuanto en la descripción de los hechos no se alude a penetraciones a la menor GEQ sino a otra menor (LFEQ), el que no fue jurídicamente atribuido como acceso carnal, lo que impide que pueda ser así considerado.

Al momento de especificar el cargo de acceso carnal frente a la víctima GEQ, la Fiscalía no dijo en qué consistió el acceso ni sobre la vía utilizada para hacerlo.

Como la Fiscalía había efectuado una narración general del suceso, en el que concreta lo que padeció cada víctima, al buscarse en dicha exposición no se encuentra tampoco el correlato fáctico del acceso carnal de G. E. Q., la vía utilizada para hacerlo ni las circunstancias en las que se habría realizado; en cambio se alude a que: *“En múltiples ocasiones desde que la niña tenía 10 años hasta los 13 años el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic) en su propia casa, la cogía a la fuerza, le quitaba la ropa y le realizaba tocamientos, con sus manos en senos, vagina y nalga y en otras era mandada por su madre a la residencia donde este se encontraba en donde se acontecían estos mismos vejámenes, indicándole esta que se dejara realizar lo que su papa (sic) quería pues a cambio tanto ella como su padre le comprarían comida para sus hermanitos.”*

Como se percibe no fueron atribuidos fácticamente los accesos carnales imputados al procesado que solo se refieren a una sola víctima, la menor GEQ, lo que, desde la perspectiva procesal, hará inadmisibile condenar por dicho delito.

Desde el punto de vista sustantivo, se tiene que la joven atestiguó en juicio cuando ya era mayor de edad y no alude a penetración alguna, sino a roces en sus partes íntimas con el pene del padre. El fundamento de la condena, además de una

alusión inapropiada al acceso carnal realizado a otra víctima, que no fue atribuido en la acusación, es el dicho de referencia de lo que habría expuesto la menor ante el Dr. Andrés Felipe Velazco Bedoya, médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, en el sentido de que el acusado le colocó a la víctima la punta del pene en la vagina.

En todo caso, si el juez hacía referencia a este evento no acusado, su comisión no fue violenta pues según la narración de la menor se le incitó a su realización, o sea, a que se sometiera a los actos sexuales descritos con la promesa de que le darían un teléfono móvil y en ningún evento da cuenta de forzamientos.

Si bien es cierto que esta víctima también describe otros actos sexuales como de tocamientos sin aludir a penetración alguna, se tiene que la atribución de violencia se hace por la conducta de la madre que la instaba a dejarse hacer lo que quisiera su padre “pues a cambio ella como su padre le comprarían comida para sus hermanitos”. A este aspecto en el testimonio de la menor se alude así:

(Audio 37. Minuto 28:30 Sobre el segundo tocamiento dijo)

"Cuando yo llegué, la señora Janeth estaba en la habitación con él, lo que sucede es que ella sale y me dice que el señor no quiere tener nada con ella, que ella le dijo a él que, si yo no me dejaba tocar de él, él no le iba a dar comida a mis hermanos".

Al respecto, entiende la Sala que no quedó establecido que la presión la hacía el procesado, pues aparece que era la madre

sin que quede claro que se trate de un acto mancomunado o conocido siquiera por él. Pero, aunque así no fuera, es de anotar que al respecto el dicho de la víctima que comprometería la responsabilidad del procesado es de referencia inadmisibile.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia viene desarrollando una jurisprudencia tendiente a precisar la utilización de las versiones de las víctimas menores de edad de delitos sexuales, incluso para admitir prueba de referencia, pese a que la menor haya atestiguado, lo cual se hace actualmente (SP337-2023, Radicado 56902, sentencia del pasado 16 de agosto de 2023), independientemente de la disponibilidad de la menor víctima del delito sexual, por cuanto dicho factor no se considera para la causal señalada en el literal e) del artículo 438 del Código Procesal Acusatorio.

A pesar de que aún puede considerarse que la línea jurisprudencial al respecto será objeto de precisiones y modulaciones, lo cierto es que su fundamento es la causal mencionada que solo opera cuando la declarante es menor de 18 años y fue víctima de delitos sexuales, que no es este el caso, toda vez que la víctima al momento de atestiguar ya había superado esa edad, estuvo disponible y fue responsiva sin que el Fiscal indagara con precisión si existió penetración; tampoco se percibió la necesidad de refrescarle memoria frente a lo dicho ante el galeno que la examinó y dictaminó que su himen, que no es elástico, estaba íntegro.

Entonces, el juez no podía utilizar el dicho de referencia, el que además la Fiscalía no pretendió ingresar en modo alguno; pero, aunque así pudiera hacerse, lo cierto es que el hecho sobre si se presentó un ingreso del pene del acusado, así fuera mínimo a la vagina de la víctima, no quedó claramente establecido.

Por razón suficiente de orden procesal, a la que se agregan las sustantivas señaladas, se revocará la condena por el concurso sucesivo de accesos carnales violentos, pero la conducta menor incluida en la atribución, como entendemos son los actos sexuales de tocamientos que le habría hecho su padre de las que da cuenta sucedieron en dos oportunidades, podrá ser deducida.

Naturalmente, bajo esta reducción a lo incluido en la atribución de acceso no cabe reconducir las exhibiciones de actividad sexual de sus progenitores, así como las masturbaciones que les habría hecho la menor GEQ, pues escaparían al núcleo fáctico de lo atribuido como acceso. Igualmente, aunque podrían ser dos conductas de actos sexuales, solo se podrá mantener la condena por uno, en tanto el juez de primer grado apenas consideró existente un acceso carnal violento en contra de la menor GEQ, por fuerza de la prohibición de reforma en peor.

La conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años procede pues la menor tenía 10 años cuando el suceso, pero, será sin la agravante de la edad por cuanto este elemento se utiliza para la tipificación de la conducta abusiva; mientras

que la atribuida como causal 5° basada en la consanguineidad, deberá variarse por incesto como se pasará a ver a continuación:

En efecto, la Sala considera procedente dar aplicación a la actual visión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que obliga a acudir al criterio de elegir el delito con mayor riqueza descriptiva como sucede cuando se imputan las agravantes contenidas en los numerales 2° y 5° del artículo 211 del Código Penal, cuyo contenido descriptivo se halla inmerso en el punible de incesto si se atribuye la circunstancia por el solo hecho de que el agente sea ascendiente de la víctima.

Al respecto, como precedente obra la sentencia del 25 de mayo de 2011, radicado 34133, M. P. José Luis Barceló Camacho, en el que la alta corporación determinó:

“Lo primero que debe precisarse es que los hechos juzgados estructuran el ejemplo clásico del concurso ideal de tipos penales, como quiera que con una sola acción el agente activo infringió dos disposiciones penales diversas, debiéndose imputar ambas, en cuanto afectó bienes jurídicos diversos. En efecto, “Para responder al defensor del acusado, apenas debe significarse que lo que aquí se presenta, a despecho de su posición, no es el concurso aparente que pregona, sino un concurso ideal, que resulta de determinarse cómo con una misma conducta, el procesado comete dos diferentes delitos, que afectan bienes jurídicos diversos.

(...)

No ha sido ajena la Corte a esta controversia, reiterando pacíficamente la existencia del concurso material, y su especie de concurso ideal, para diferenciarla del fenómeno del concurso aparente producido por el llamado delito complejo.”

Señaló la Sala sobre el particular:

“Además de lo expuesto, oportuno se ofrece señalar que respecto del criterio de consunción al concurso aparente de delitos, y más especialmente en cuanto se refiere al denominado hecho típico acompañante, de lo que se trata es que el juicio de desvalor de uno de los comportamientos en aparente concurso, consume el juicio de desvalor del otro delito, dado que la entidad de este último no trasciende ni cobra autonomía en punto de la lesión al bien jurídico tutelado, en la medida que su punición ya ha sido establecida por el legislador al tipificar el otro comportamiento. En caso contrario, como ocurre en el caso de la especie, que ambos comportamientos violen de manera ostensible y autónoma diversos bienes jurídicos (patrimonio económico y libertad personal), no hay duda que la valoración de la finalidad perseguida por el acusado resulta inane, pues sin dificultad se advierte la configuración de un concurso material de delitos.”

(...)

No admite discusión, entonces, que en atención a que con cada una de sus acciones el sindicado simultáneamente atentó contra los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales y contra la familia, procedía imputarle la concurrencia del acto sexual y el incesto.”

Dicha decisión fue reiterada en la sentencia SP1800-2021 del 12 de mayo de 2021, radicación 50652, M. P. José Francisco Acuña Vizcaya, y recientemente en la sentencia SP2212-2022 del 29 de junio de 2022, radicación 59210, con ponencia del Magistrado Gerson Chaverra Castro, en la que se dijo:

“5. El concurso de la violación y de los actos sexuales diversos del acceso carnal con el delito de incesto.

5.1 *El artículo 31 del Código Penal, contempla las dos modalidades de concurso de conductas punibles elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia: el material o real y el ideal o formal.*

5.2 *El segundo de interés en este asunto, se configura cuando mediante una sola acción u omisión se adecua la conducta a distintos tipos penales.*

5.3 *Expresión de esta modalidad concursal lo es el acceso carnal o los actos sexuales diversos a este ejecutados entre parientes, dentro de los grados señalados en el tipo penal de incesto. El padre que accede violentamente a su hija, incurre con esa sola acción, en el delito de acceso carnal violento y también en el de incesto, toda vez que su hija es descendiente de él.*

Igual concurrencia ideal o formal de hechos punibles se presenta, cuando los actos sexuales diversos del acceso carnal se ejecutan por el hermano en su hermana a la que ha puesto en incapacidad de resistir o aprovecha la situación de incapacidad de resistir en la que se encuentra o su minoría de edad.

5.4 *La existencia del concurso ideal, en todo caso, impide que el acceso carnal o los actos sexuales diversos del acceso carnal sean agravados, cuando la posición, carácter, autoridad o confianza previstas en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal provenga del parentesco (hoy numeral 5) y este, se encuentra en la línea o grados configurativos del punible de incesto.*

Conforme con lo dicho, se acudirá al criterio jurisprudencial mencionado, debiendo conservarse el tipo penal que reúna mayores elementos de riqueza descriptiva y que sea más beneficioso para el procesado, que para el caso resulta ser el punible de incesto; por ende, se procederá a eliminar la circunstancia de agravación del numeral 5° del artículo 211 para condenar por el delito de actos sexuales con menor de 14 años en concurso heterogéneo con incesto.

Naturalmente, como donde existe la misma razón debe darse la misma solución, todas las agravaciones de igual jaez se reconducirá su calificación jurídica a la de incesto.

Ahora bien, la condena por actos sexual abusivo que establecimos como delito menor incluido en el único acceso carnal juzgado como existente tiene fundamento en que la

víctima merece entera credibilidad sobre la sindicación que hace a su padre de los actos sexuales que padeció, al respecto se percibe espontánea, coherente y conteste, a lo que se agrega la corroboración que genera la reiteración y permanencia de sus dichos; la oportunidad de que materialmente se realizaran dichos actos y la carencia de un interés protervo en faltar a la verdad, aspectos todos que en conjunto impiden albergar alguna duda sobre la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

La defensa en procura de reducirle la credibilidad a la testigo G.E.Q., alega la existencia de incongruencias en su atestación, específicamente, en cuanto a la duración del abuso pues habría dicho que fue “eterno” y en una declaración anterior dijo que fueron minutos. Al margen de que no se procuró una explicación sobre ese aspecto, carga que se tiene para dimensionar la real existencia y trascendencia de la incongruencia de modo que el reclamo sea fundado, se tiene que a simple vista se percibe que la expresión eterno no hace relación al tiempo, sino a lo que subjetivamente padecía, esto es, lo razonable es entender que la testigo no pretendía decir que el abuso no tuvo fin y aún continúa, lo que sería absurdo, sino que lo sintió así. Por esta causa, la Sala no percibe ninguna contradicción y menos que trascienda en mellar la sinceridad de la joven afectada.

Otro de los reparos de la defensa consiste en cuestionar la aseveración de que casi todos los días se presentaban situaciones sexuales en la casa de su madre, Sor Yanet, cuando no era tan frecuente la visita de GEQ; pero la situación resulta

explicable si se constata el sentido de lo que dijo la menor, puesto que no sostuvo que todos los días pasaban las cosas, sino que eso ocurría casi todos los días que ella iba a la casa de la mamá, oportunidad de la que también da cuenta su tía Liliana María Quintero Valencia, al contarnos que la menor mentía para visitar a la madre en tanto no debía tener mayor contacto con ella, diciendo que iba para otra parte. Aunque la tía no observó en su momento a la menor en la residencia de la madre y en ese sentido su conocimiento sería de referencia, lo cierto es que estima, con base en las informaciones recibidas, que fue víctima en su momento de engaños por parte de la menor quien pretendía acercarse a su madre como es lo usual; por lo cual, se puede entender que da cuenta de que se siente engañada por la menor para visitar a su progenitora.

Esta última circunstancia evidencia que la joven tenía sentimientos positivos por su madre y sus hermanos, al margen del resentimiento justificado que les produjo la comprensión de los abusos sexuales y las precarias condiciones económicas y sociales en que las tenían sus progenitores, por lo que no se evidencia interés distinto en la testigo que proteger a sus hermanos para delatar los hechos de los que era víctima sin mayor discreción.

El hecho de que las víctimas sean las únicas personas que ubican al acusado en el inmueble de Sor Yanet resulta irrelevante porque, como advirtió la testigo GEQ, el ingreso de aquél se hacía de manera sigilosa sin que conociera claramente la razón, que se asocia a procurar que las visitas no fueran observadas por la hermana del mismo. En este aspecto, lo

trascendental es la credibilidad que merecen estos testigos directos y, como se verá, el Tribunal les reconoce a todos los afectados que comparecieron dicha calidad, producto de conocer los términos y modo como atestiguaron.

Como acertadamente consideró el juez, estos testimonios directos de las víctimas a la vez se corroboran entre sí, así no hayan sido mayormente contrastados, que es asunto del resorte de las partes, pues dan cuenta de la capacidad del acusado de cometer este tipo de delitos y la especial mentalidad que sobre la actividad sexual incestuosa tiene el mismo, quien pretendía educar a su hijo conforme con esa desviada visión particular.

Entonces, la censura de que la prueba de corroboración es de referencia no podrá ser acogida porque no es cierta. Igualmente, no se incluye en esa categoría de prueba de referencia la ratificación que deriva de la reiteración y permanencia de la sindicación pues, aunque lo que se conoce es de oídas, sí consta que la develación de los abusos guarda coherencia y permanencia, situación que los testigos percibieron directamente, es decir, les consta.

En consecuencia, conservada la credibilidad de la víctima GEQ, se condenará al acusado por un acto sexual con menor de 14 años y por el incesto.

5.2. También atribuyó la Fiscalía al Sr. Rafael Antonio Echavarría Henao la comisión del delito de acto sexual violento agravado por el numeral 4°, en tanto la víctima LFEQ y el niño

AMEQ son menores de edad, y por la del numeral 5° por la consanguinidad que tenía con su victimario, quien es el padre.

La fijación del correlato fáctico de estos cargos ofrece la dificultad de que la Fiscalía narró el hecho con referencia a lo que hacía la inicial coprocesada Sor Yanet, y colateralmente se señalaba algunos actos del acusado, de lo que se puede reconstruir el medio de comisión sería la fuerza y la presión de la provisión de alimentos, teniendo en cuenta lo que se sostiene sobre la actividad sexual desplegada con la víctima LFEQ:

“De otro lado el señor RAFAEL ANTONIO en múltiples ocasiones en su propia casa, la cogía a la fuerza le quitaba la ropa y la penetraba con los dedos y pene tanto por la vagina como por el ano de la niña y le realizaba tocamientos, con sus manos en senos, vagina y nalga, como en otras era mandada a la residencia donde este se encontraba su madre (sic) en donde se acontecían (sic) estos mismos vejámenes, indicándole esta que se dejara realizar lo que su papa (sic) quería pues a cambio tanto ella como su padre le comprarían comida para sus hermanos.

En algunas de estas ocasiones la señora Sor Yanet también estaba presente participando de las actividades sexuales estando sin ropa, tocando a la niña en sus partes íntimas y sosteniendo relaciones sexuales con el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic).”

El juez condena con base en la credibilidad que les confiere a las víctimas menores de edad cuyos dichos no solo se encuentran coherentes, sino también corroborados, en tanto. Estima, se refuerzan entre sí, lo que en este específico caso de LFEQ generó las siguientes censuras de la defensa: (i) los dichos parecen responder a un libreto aprendido en delitos sexuales (ii) que los dichos de penetración y relación sexuales son desmentidos con la prueba médica legal de que la menor no ha

sido desflorada, por lo cual estima que se trata de mentiras y conjeturas; y (iii) que la prueba de corroboración se aleja de lo expuesto por la Fiscalía y deja sentado que la menor no es clara sobre la sexualización del niño, hecho que le atribuye a la madre.

Escuchado el testimonio de la menor, la Sala encuentra que la descalificación de su versión por constituir un libreto es injustificada, por cuanto no solo se trata de un relato espontáneo en el que se percibe la dificultad de recordar en ocasiones o el surgimiento del recuerdo en medio de la exposición, sino que también se asocia a sucesos cotidianos como que la madre la enviara a donde el padre para entregarle un fogón. Por último, sobre el punto, se trata de aspectos que no se relatan de modo mecánico.

En lo que atañe al desmentido de la prueba médico legal por conservarse íntegro el himen no elástico de la menor a pesar de aludir a relaciones sexuales y penetraciones, al ser confrontada al respecto explica, en sus palabras, que alcanzaba a meter la puntica del pene y que no lograba penetrarla del todo ante sus quejas por el dolor; y si bien alude a que la montaban encima del acusado, puede entenderse entonces que se trataba de frotamientos. Es menester evaluar las afirmaciones de los menores según la capacidad de comprensión y explicación que pueden dar de sucesos frente a los cuales carecen de conocimiento, experiencia y la educación requerida para hablar con precisión.

En el contexto del suceso en el que la actividad sexual incestuosa y abusiva de la sexualidad de los menores era abiertamente promovida sin recato ni reparo alguno, ciertamente las sindicaciones directas cuentan como prueba de corroboración a lo que se suma que se presenten aspectos como la permanencia y reiteración de la sindicación. De modo que pueden estimarse probados los actos sexuales violentos agravados por la minoría de edad de la víctima, mientras que la agravante del numeral 5° del artículo 211 del Código Penal muta al punible de incesto, acorde con lo expuesto con anterioridad.

En efecto, a diferencia del evento examinado, en esta ocasión la víctima da cuenta de la violencia atribuida y como en la prueba alude a que las amenaza con la privación de alimentos también las hacía el padre se tiene que puede inferirse en su caso que se estableció actividad concurrente o mancomunada de la violencia que mediaba para la realización de la actividad sexual, la que la Sala reducirá a 3 eventos de los que da cuenta la afectada, pues son los circunstanciados, pues entiende que mediaban en presiones que alcanzaban a incidir en la voluntad de la menor.

En relación con la condena por los actos sexuales violentos que se habrían realizado sobre la víctima AMEQ se tiene que los cargos fácticamente se contraen a lo siguiente:

“En relación con el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HENAO, padre del menor, este le realizaba tocamientos a su hermanita LFEQ en su presencia, en una ocasión lo mando a traer una zanahoria, la que le metió por

la vagina a esta, y a su madre quien también se encontraba allí.

De igual manera el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic) y la señora SOR YANET QUINTERO VALENCIA sostenía relaciones sexuales en presencia de su hijo AMEQ.

En una ocasión el señor RAFAEL ANTONIO ECHAVARRIA HERNANDEZ (sic) le tocó su pene con la mano y la nalga, obligándolo a que penetrara con el pene a su hermanita LFEQ, bajo la amenaza que de no hacerlo lo volvería como él.”

Como puede percibirse se le atribuye al acusado 3 modalidades de actos sexuales: (i) el acto sexual con menor de 14 años consistente en realizar actividad sexual en presencia del menor; mientras que (ii) el acto sexual violento consistiría en tocamientos del acusado a su hijo, pero de acuerdo con la acusación la violencia o amenaza no sería el medio de estos tocamientos sino para que accediera a sus hermanas. Lo que constituye una tercera modalidad de acto sexual como es (iii) inducir a prácticas sexuales.

Dada la condena con fundamentos similares a los ya reseñados, la defensa objeta sobre esta condena que: (i) la prueba de corroboración aleja la hipótesis fáctica de la Fiscalía puesto que descarta las relaciones sexuales propiamente dichas porque se conservó el himen de las hermanas; y (ii) al parecer censura lo que serían exageraciones como referirse a incontables relaciones sexuales o que fueron de 20 a 25 veces.

Escuchada la atestación del menor, se percibe su espontaneidad y se reafirma que no se trata en modo alguno de libretos o guiones aprendidos. De hecho, este testigo víctima da

cuenta de episodios que las otras testigos no mencionan, lo que indica que no se trata de una recitación.

Ahora bien, la modalidad del suceso atribuido de tocamientos del acusado al afectado apenas haría alusión a cuando se bañaba y era enjabonado por su padre en dichas partes íntimas, sin que resulte clara la connotación sexual puesto que en modo alguno se circunstancia como tal y lo único que se invoca para darle esta connotación es que se presentó una erección al padre, lo que juzga la Sala insuficiente como descripción de una actividad sexual, pues puede dar cuenta de un mero reflejo; pero, en todo caso, no se trataría de un acto sexual violento, al que sí podría haberse remitido la actividad sexual que el acusado le habría obligado a hacer al menor, pero tal hecho (la masturbación) no quedó atribuido en la acusación, causa por la cual no se puede tomar para deducir la infracción al ordenamiento penal atribuida.

Pero en la tercera modalidad sí se logra establecer la existencia y responsabilidad del acusado en el acto sexual del que habría sido víctima AMEQ, pues se le instigaba a realizar actividad sexual con sus hermanas, sin embargo, por efectos de la inadecuada atribución de la violencia pues la amenaza de que no sería como su padre, no se ve reflejada en el suceso, así fuera entendido por el menor como un castigo, en consecuencia, se estimara una conducta abusiva.

Por consiguiente, dada la desenfocada atribución de la violencia se absolverá al procesado de la acusación de acto sexual violento contra la víctima AMEQ, la cual se reconducirá

a un acto sexual con menor de 14 años, en la modalidad de inducir a prácticas sexuales.

5.3. En lo que respecta a la acusación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años se tiene que en lo referente a las dos víctimas LFEQ y AMEQ se atribuye la realización de actividad sexual en su presencia, lo que, de manera creíble, como se ha señalado en precedencia, se le (endilgan) atribuye haber padecido (bajo esa) dicha modalidad.

Por lo demás, los fundamentos de la condena y censuras de la defensa son las ya examinadas que en modo alguno permiten surgir dudas que deban ser resueltas en favor del procesado, no solo porque los dichos de las víctimas resultan creíbles, espontáneos y responsivos, sino que también obtienen corroboración, sin que pueda considerarse que se contraiga a ser exclusivamente prueba de referencia. No solo hay corroboración por prueba directa, sino que la reiteración y permanencia de la sindicación es también percibida directamente por quienes dan cuenta de ella.

Aunque la Sala percibe que tanto la Fiscalía como la defensa se desentendieron de ampliar el testimonio de los menores para entrecruzar la información que daban, tal circunstancia no demerita sus dichos pues además de que espontáneamente en ocasiones las víctimas relacionan lo que le sucedía a sus otros hermanos, lo cierto es que sus dichos individualmente considerados y en conjunto emergen como creíbles, mientras que se trata de actos que son bien posibles

de realizar para quienes tienen una desviada concepción del sexo, como la que tenían los progenitores de las víctimas.

Adicionalmente, la prueba de la defensa no logra posicionar ningún aspecto fáctico que permita restarle fuerza a la acusación e incluso con el testimonio del procesado se establece que no existía mayor fundamento para asumir que las sindicaciones se hacen por motivos abyectos.

5.4. Por consiguiente, se procederá a establecer las consecuencias de las variaciones efectuadas, para lo cual la tasación punitiva se hará así:

Se partirá del delito más grave que es el cometido en concurso en contra de la menor LFEG de acto sexual violento (artículo 206 del Código Penal), que tiene una pena de 8 a 16 años de prisión, agravado por el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal, esto es, por ser la víctima menor de edad, lo cual arroja como pena un mínimo de 128 meses y un máximo de 288 meses de prisión —que la primera instancia calcula con un notorio error matemático en 256 meses de prisión—.

Sobre la pena base para estimar la represión del concurso, el juez de primer grado se apartó del mínimo con una inadecuada motivación, en general, al hacerla de modo abstracto, es decir, sin proporcionar los referentes fácticos de su calificación, manera de motivar claramente deficitaria. Sin embargo, sí considera un factor atendible como son las consecuencias lesivas en la víctima, circunstancia que también se presenta en este caso, puesto que la menor LFEG da cuenta

de su agobio psicológico por los sucesos. Igualmente, se corregirá la visión del juez de que no obra circunstancia de menor punibilidad a favor del acusado puesto que lo cierto es que opera como tal la carencia de antecedentes penales de que dio cuenta la Fiscalía.

La pena se fijará con base en estos factores dentro del cuarto mínimo que oscila entre 128 meses y 168 meses. Dentro de este rango se considerará aumentar al mínimo en 7 meses por la razón señalada, incremento que no tendrá en cuenta la agravación por el parentesco que se reprimirá bajo la figura del incesto.

La pena base será entonces de 135 meses de prisión, a la cual habrá que agregarle la represión del concurso de acto sexual violento con menor de 14 años, efectuados a la misma víctima y que el juez de primer grado tasó en 36 meses. No obstante, dicho cálculo debe ajustarse en tres ítems: el primero por cuanto se excluye un delito del concurso homogéneo por tres eventos que fue empleado para establecer la pena base, quedando en 24 meses; el segundo por bajar la base del concurso de 216 meses a 135 meses, lo cual reduce el incremento proporcionalmente a 15 meses; y el tercero por cuanto los actos sexuales no son agravados por el parentesco, lo que reduce en una tercera parte dicho monto para un total de 10 meses de prisión, los que se deberán agregar a la tasación por dicho concurso.

Por las dos últimas razones, también los actos sexuales con menor de 14 años de que fue víctima la menor LFEQ se

reprimirán con otros 15 meses de prisión por haberse en 36 meses en primera instancia.

Por los actos sexuales con menor de 14 años del que resultó víctima el menor AMEQ, se impondrá, por las mismas dos últimas razones, en 15 meses más, en tanto se había estimado en 36 meses de prisión. Además, habrá de agregarse la represión de otro acto sexual producto de haber variado la calificación jurídica de acto sexual violento a abusivo, lo que se hará en 5 meses más por calcularse dentro de un concurso.

Cabe igualmente, siguiendo los mismos parámetros, agregar otros 15 meses de prisión para reprimir los actos sexuales con menor de 14 años ejecutados a la menor GEQ.

Y, por último, deberá reprimirse el incesto, delito que sanciona el artículo 237 del Código Penal con una pena que oscila de 16 a 72 meses de prisión, optando la Sala por fijarla en su mínimo de 16 meses y, en virtud del concurso de conductas, se acumularán en 5 meses cada una de las penas por los delitos realizados sobre las tres víctimas de modo reiterado, lo que arroja la suma de 15 meses.

En consecuencia, la pena se fija en una cantidad de 210 meses de prisión y en igual lapso decrecerá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El Tribunal muestra su preocupación por los notorios errores de calificación de las conductas pues cuando se atribuye el acceso carnal violento se dejó de expresar el

correlato fáctico que lo sustentara con relación a la víctima señalada, y pese a que se da cuenta de penetraciones en la menor LFEQ, jurídicamente no se atribuyó. Lo anterior cuando menos evidencia que la Fiscalía no asume con rigor y sumo cuidado la elaboración de esta pieza fundamental que es eje principal del proceso pues no se puede condenar por hechos no atribuidos en la acusación. En consecuencia, se compulsarán copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para que investigue la conducta del fiscal que efectuó la acusación, si lo considera del caso.

La decisión no genera ningún cambio en el modo como se ejecutará la sanción pues siguen obrando las prohibiciones legales al respecto lo cual junto a la alta pena impuesta impide otorgar subrogados o sustitutos penales. En consecuencia, en lo restante regirá el fallo recurrido.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Revocar la condena por el delito de acceso carnal violento que le fue atribuido al señor Rafael Antonio Echavarría Henao como efectuado a la víctima GEQ y, en su lugar, condenar por acto sexual con menor de 14 años en contra de la misma e incesto. Igualmente, modificar la condena por acto sexual violento realizado sobre el menor AMEQ, para establecer

que procede condenar por actos sexuales con menor de catorce años e incesto.

Segundo: Confirmar la condena por el concurso de delitos de acto sexual violento en contra de la menor LFEG, agravados por el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, así como los actos sexuales con menor de 14 años cometidos en contra de LFEG y AMEQ.

Tercero: La circunstancia de agravación para las distintas conductas señaladas, establecida en el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal, se varía a la condena por incesto por cada víctima y cada acto sexual realizado.

Cuarto: La pena que en total deberá descontar el procesado se fija en la cantidad de doscientos diez (210) meses de prisión, lapso al cual se reduce la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo restante rige el fallo recurrido.

Quinto: Se ordena compulsar copias con destino a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para que, si lo considera del caso, investigue la conducta del fiscal que efectuó la acusación, acorde con las razones expuestas en la parte motiva.

Sexto: Esta providencia queda notificada en estrado al momento de su lectura y contra ella procede el recurso de casación el que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva

Radicado: 05-001-60-00206-2017-11960
Procesado: Rafael Antonio Echavarría Henao
Delitos: Acceso carnal violento agravado y otros
Asunto: Apelación de sentencia condenatoria

demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta (30) días.



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
MAGISTRADO



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
MAGISTRADO



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO
(CON SALVAMENTO DE VOTO)