



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Acusatorio ordinario: 2019-01066

Aprobado mediante 147

Medellín, septiembre cinco (5) de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria dictada por la Juez Segunda Penal del Circuito de Bello-Antioquia en contra de Virgilio Ocaris Campero Cristancho, *“como autor penalmente responsable del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO”*.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

La Juez, en su decisión del pasado 24 de noviembre, encontró demostrado más allá de toda duda razonable, que el acusado, el 12 de junio de 2019 en horas de la noche en el apartamento

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

252 del inmueble ubicado en la diagonal 59 N°40-31, Urbanización Cacique Niquía del municipio de Bello, aprovechó un momento en que otros miembros de su familia desempeñaban otras labores, para exhibirle a D.A.G.V., de 8 años para ese día, un video pornográfico y tocarle con su mano la vagina.

Las pruebas se realizaron en las sesiones de los días 26 de enero, 20 de abril, 19 de mayo y 11 de julio del 2022 y tuvo como segmentos: i) estipulaciones sobre la identidad del acusado y de D.A.G.V., incluida su edad; ii) la Fiscalía presentó a D.A.G.V., su mamá Lina Marcela Villa Cifuentes y los profesionales Edna Julieth Bobadilla Quesada (médica neuróloga) y Sandra Patricia Ochoa Nieto (médica EPS), y iii) la defensa hizo comparecer a Blanca Margarita García (esposa del acusado) y María Josefina García (su cuñada).

La Juez le concedió credibilidad al testimonio de D.A.G.V. expresando como soporte estos criterios: no hubo prueba de que fue aleccionada, los problemas que ocurrían entre las familias era de menor grado y pese a la deficiencia cognitiva de la menor tiene claridad y ubicación de lo ocurrido. Asimismo, no cambió la versión, fue íntegra en esa narración y fue corroborado en forma externa al relatar a su mamá y a una médica en forma consistente lo acaecido.

De cara a lo discutido en primera instancia, consideró que el indicio de oportunidad para delinquir fue demostrado; el acusado interactuaba con la menor y estaba en la casa a las ocho u ocho y media, lapso en que se ubica la ocurrencia de

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

los hechos; el testimonio de Blanca Margarita, exonerando a su esposo por diversos matices, no convence como aquello de que el día en que acaecieron los sucesos, salió de su trabajo a las cinco o seis de la tarde; el abuso sucede antes de que se fueran a dormir o que hubieran compartido alcoba en la noche; y no es creíble su afirmación de que siempre estuvo con ella ya que *"implica una realidad imposible de existir"*. De María Josefina García, la cuñada, evidenció problemas en su comunicación y memoria, destacando su nivel nulo de escolaridad.

La tasación de la pena se adelantó acorde de los siguientes enunciados: i) partió del delito de actos sexuales con menor de 14 años y los topes los incrementó de una tercera parte a la mitad por la agravante consignada en el 211-2 *"por la situación de confianza por ser el esposo de la tía de su madre"*, quedando el ámbito de 12 a 19 años, 6 meses; ii) ubicado en el cuarto mínimo por ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, impuso el mínimo legal y en igual lapso determinó la inhabilitación de derechos y funciones públicas, y iii) negó la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, recordando la prohibición contenida en la Ley 1098 de 2006, subsidiariamente *"y en gracia de discusión"* la ausencia de cumplimiento de los requisitos objetivos fijados en tales normas, y en todo caso agregó criterios de necesidad de pena por la gravedad, naturaleza y modalidad del delito, y *"además, en consideración en la calidad del sujeto pasivo de las conductas"*.

2. La apelación.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

En procura de la absolución, el defensor presentó las siguientes razones de disenso, que apuntan a dilucidar los siguientes problemas jurídicos reunidos en estos dos interrogantes: *¿lo narrado por la menor corresponde a la realidad, atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar como lo relató? y ¿la postulada víctima fue alineada o inducida a realizar dicho señalamiento en contra del procesado?*

- La menor fue renuente en mencionar el nombre del abusador, reticencia que no fue observada en los diálogos con Edna Julieth Bobadilla Quesada donde fue explícita en sus comentarios. Especuló, sin más, que es como si alguien le hubiese indicado que no debía decir el nombre.
- Según el testimonio de su madre Lina Marcela Villa Cifuentes, cuando tuvo conocimiento de lo ocurrido no le reclamó al acusado ni comentó lo dicho por la menor a ninguno de los moradores. Entiende que "*las reglas de la experiencia y la sana crítica*" enseñan que ante un abuso sexual al interior de un inmueble con pluralidad de personas, siempre hay reproche o comentarios a efectos de que se conozca lo ocurrido.
- La menor y su madre no tenían confianza con el acusado, no había interacción física y todo se reducía a un saludo.
- Que la relación con Virgilio no era buena, porque él las insultaba y las trataba mal. Más bien, existía apatía de la

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

denunciante y sus familiares respecto del acusado, infiriendo que: *"Luego entonces no era posible que este atentara contra la integridad sexual de una familiar de quienes se sabía no lo querían y utilizarían la mínima oportunidad para perjudicarlo"*.

- Le pareció extraño que la denuncia se hubiera interpuesto dos días después, atendiendo a que la denunciante era una profesional de la salud con experiencia en atención y capacitación en el Código Fucsia y debió con ese conocimiento remitir a la víctima a atención médica inmediata.
- La menor nunca les contó a los moradores o familiares maternos del presunto tocamiento. Le parece importante frente a un acto que afecta su integridad sexual y como lo dijo en el juicio oral, sabía qué partes no eran permitidas y opina que es extraño que no hubiera repudiado el hecho.
- No se tiene claro dónde y en qué circunstancias le contó la menor a la madre sobre el presunto tocamiento. Dijo que en la casa de la señora Margarita y en contraste con lo que informó la psicóloga en el juicio oral.
- Había motivos para inducir a la menor a realizar señalamientos falsos en contra del acusado. La malquerencia de la madre y familiares maternos de esta y el no préstamo de dinero a su tía por parte de la compañera sentimental del acusado, consideró que con

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

seguridad fue "el detonante", sumado a los presuntos comentarios contra la honra de estas.

- No le parece explicable que la menor, luego de los presuntos hechos y previo a la captura del acusado, regresara a la casa donde presuntamente había sido abusada.
- Destacó la "la extraña" apatía de la menor al declarar, en principio, recalando que se va tornando tranquila y narra aspectos que luego corrige: "*me bajó los calzones... no me bajó los calzones... no puedo decir el nombre, no puedo*".
- Sobre estos aspectos, subrayó que Virgilio y la menor nunca estuvieron solos, así se probó en el juicio oral por los testigos de la fiscalía y defensa, y asimismo el procesado nunca propició un encuentro sin otras personas, pues solo se trataba de una relación de saludos.
- La menor ni otro declarante, expresaron que el acusado le haya dado dadas, amenazado o hubiera querido negar o encubrir el presunto hecho.
- De otro lado, alegó que la agravante del artículo 211 numeral 5 del C.P.P. no procede ya que con "la postulada víctima no había confianza": "*solo era el saludo*".

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

- Se quejó, por último, de que en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. se le cercenó en primera instancia el derecho de solicitar la sustitución de la prisión domiciliaria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 314 numeral 4 del CPP, presentando en esta instancia copia de la historia clínica de su defendido.

3. El no recurrente.

El apoderado de la víctima reclamó la confirmación de la decisión. Inicialmente, defendió las razones de credibilidad que emergían del testimonio de la menor, así: fue muy fluida, sin dudas, concreta, “no titubeaba”, concentrada, convincente e inequívoca, y criticó que el recurrente no fue concreto en identificar las pruebas supuestamente no valoradas.

En cuanto al recurso desarrolló los siguientes enunciados de refutación: no es necesario que hubiera confianza con la menor; el señor Virgilio residía en el inmueble donde esta acudía; no es cierto que lo quieran perjudicar; es irrelevante que no se le hubiera informado la ocurrencia de los hechos denunciados dos días después; no tiene trascendencia la ausencia de prueba sobre el video erótico cuando fue un hecho fugaz que solo quedó en la mente de la niña; hubo razones para que volvieran a la residencia, pues allí estaba su abuela y su tía; no había animadversión de la niña en contra del acusado, sino afecto y lo llamaba “Virgilio”, y no puede haber apatía cuando finalmente ella declaró.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

Además, la agravante fue demostrada porque el acusado se hallaba integrado a la unidad doméstica y la niña frecuentaba la residencia en forma permanente y dormía allí.

CONSIDERACIONES

Con esta descripción del panorama de discusión, los problemas jurídicos propuestos por el apelante que nos corresponde resolver y en cuyo debate participó el apoderado de la víctima, son: la responsabilidad penal y, subsidiariamente, la agravante agregada al injusto sexual, ambos controvertidos desde la perspectiva probatoria.

1. De la responsabilidad penal.

Para una adecuada ilación de la exposición, inicialmente se verificará el cuadro probatorio realizado en el juicio y su tenor y, pasando sobre algunos tópicos no debatidos, se encarará la refutación probatoria expuesta por el apelante, quien sostuvo que se trató de una incriminación falsa y deambuló por los enunciados de la existencia de una motivación para mentir, inidoneidad para que el encuentro sexual ocurriera (siempre había personas y la relación era solo de saludo), el acusado no encubrió el ilícito y hechos que le parecen que impugnan la verosimilitud de la incriminación, tales como: la denuncia fue dos días después, no comunicaron inmediatamente lo ocurrido a los residentes, volvieron de visita al lugar, la apatía de la menor a declarar que complementó por la resistencia a decir su nombre en su

testificación o la ausencia de expresión de temor *“en la casa de abuelita o en la casa de la mamá”*.

Las pruebas de la acusación fueron las siguientes:

1.1. El primer nivel se encuentra el testimonio de D.A.G.V., de 11 años para este momento, quien, pese a las dificultades de expresión verbal y poquedad en el lenguaje, conocía el fin de su declaración y entendía a perfección las preguntas que le hacían sobre el entorno familiar, horario escolar, partes del cuerpo, las zonas privadas, etcétera.

Relató que en horas de la noche que se hallaba en la residencia de “su mamita” “Rosita” y de “Margarita” y otra tía y *“con el señor que me hizo las cosas”*, que era el único que había, señaló en el contrainterrogatorio. Que en la habitación de la tía Margarita, estando la puerta abierta, *el señor*, cuyo nombre no quiso señalar (*...no quiero decir el nombre...*), pero que describió como *viejito, canoso, cabello corto, gordo, blanco*, por el celular de él le mostró un video erótico en el que un señor con el pene erecto tenía relaciones con una mujer (ella *“intentaba meter el pene -parado- en la florecita”*) y le tocó la vagina *dentro del pijama y los pantalones*. De lo ocurrido, en esa residencia de su mamita Rosita solo se lo contó a su mamá.

El segundo nivel, responde al interrogante acerca de a quiénes le relató lo ocurrido. En orden de proximidad declararon, su mamá Lina Marcela Villa Cifuentes que afirmó que cuando fue a recoger a su hija luego de 4 días, lo primero

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

que le contó fue la narración antes referida (video porno y tocamiento), que el esposo de su tía *le había hecho cosquillas por la florecita, me metió la mano y le tocó la florecita*; como respuesta se fue de la residencia a donde había ido a pernoctar, al otro día acudió a Sura y al Caivas. Asimismo, testimonió la médica Sandra Patricia Ochoa Nieto, adscrita a SURA, atendió a la menor el 13 de junio de 2019 por Código Fucsia y se enteró de esta sobre la exhibición del video y “las cosquillas en la florecita”.

En el final, declaró la médica Edna Julieth Bobadilla Quesada acerca de la discapacidad cognitiva que padecía la menor, y sin determinar su retardo, aseveró en forma general que podía tener problemas de ubicación en el tiempo y espacio.

1.2. No se presenta controversia acerca de que los hechos narrados se subsumen típicamente en el delito descrito en el artículo 209 del Código Penal¹, y si bien no se identificó en la acusación, las conductas delictivas transitan entre un contacto físico del órgano genital de la niña y también la inducción a través de la exhibición de una relación sexual entre adultos por medio de un celular. Además, no concita duda que al tener 8 años y luego recordar más de dos años después lo acontecido, identificaba con claridad sus órganos sexuales y las conductas que no debería autorizar, siendo irrelevante el defecto cognitivo que padecía y que fue superado con creces por la información escolar obtenida.

¹ Modificado por la Ley 1236 de 2008.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

1.3. La Sala encuentra que fueron adecuadas las razones de credibilidad expuestas por la Juez. No se observa interés de faltar a la verdad ni la pretendida confabulación en contra del acusado; la exposición de la testigo, con un déficit cognitivo que no le impedía reconocer sus órganos sexuales y la prohibición de protección, en forma sucinta y sin avanzar hacia imaginarias exageraciones expresó un solo tocamiento y la visualización de un video sexual explícito, y la narración fue informada a su mamá de manera inmediata, luego a la médica de Sura, y un par de años después en el juicio, por lo que el valor de la constancia y persistencia debe predicarse de su narración.

La Sala no comparte las razones de disenso expuestas por el defensor y que tuvo como eje principal los testimonios de la esposa del acusado, Blanca Margarita García, quien se ocupó de traer al juicio cierta malquerencia familiar hacia su esposo e imposibilidad física de que el contacto con la menor hubiera ocurrido, y de menor importancia la cuñada María Josefina García, dada sus limitaciones y ausencia de memoria, visibles en el interrogatorio.

Veamos las razones:

1.4. Se sostiene que se trató de una confabulación familiar en contra del señor Ocaris Campero y que había un antecedente de deudas o que él trataba mal a la mamá de la menor y a una hermana, todo conducido a *“que la víctima fue alineada o inducida a realizar dicho señalamiento en contra del procesado”*.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

Lina Marcela (madre de la víctima) admitió que, si bien nunca tuvo problemas con él, ninguna discusión tuvo, se enteró que él hacía malos comentarios de ella y sus hermanas (*...que perras, que no servían como mujeres...*).

Y Blanca Margarita (esposa del acusado) describió que la relación de Virgilio y la niña era de saludo, que a Virgilio no lo querían para ella, *a todo el mundo no le cae bien, "no lo quieren", no sé por qué, porque es una gran persona, lo tratan con groserías, (que pereza ese viejo, que gas)* y que ante el no préstamo de 2 millones que su hermana Sandra le pidió por *wasap*, ella y Lina se molestaron, porque el dinero era para las dos; opinó que ese era el motivo, el disgusto, y eso acaeció dos días antes. En el conainterrogatorio dejó consignado que nunca había tenido problemas y que solo interactúa con ella. Josefina, pese a sus limitaciones, alcanzó a declarar que no hubo ningún inconveniente o problema que: "todo bien".

La hipótesis de alienación es una especulación y ninguno de los enunciados tiene trascendencia. El argumento parte de maximizar desproporcionadamente asuntos domésticos y rutinarios en una familia, como se vio, que este hablaba mal de la otra u otras o un tema de una deuda que fue pedida propiamente por la hermana de la mamá de la víctima, y del que se aduce que fue "el detonante" de la incriminación. Nada más absurdo. Tan irrelevante fue, que ni siquiera la mamá Lina Marcela fue interrogada sobre este tópico.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

Si se repara con cuidado, la niña estuvo al cuidado de la familia materna por varios días, que incluía la convivencia con el acusado, la cual solo fue interrumpida por la presencia de Lina Marcela y a continuación ocurrió el develamiento. Entonces, se trata de una tesis de alienación, tan irreal, que no se supo, ni siquiera, cuando ocurrió.

Lo relevante y probado es que la niña y su mamá frecuentaban y pernoctaban la residencia familiar compuesta por la abuela y tías, proceder que se hacía con toda confianza y en forma pacífica, e inclusive a la menor se la llevaban a pasear. Margarita, la esposa del acusado, expresó que era una familia unida, de mucha colaboración, y Lina Marcela y su hija, frecuentaban "mucho la casa" y se dijo por el apelante que después de los hechos volvieron de visita.

Es una exageración indebida plantear un interés de daño ante semejante rutina y nimiedad. No hay ninguna proporción, pues el acceso a la justicia para esclarecer lo ocurrido y que incluyó luego la captura del acusado y el alineamiento en bandos, pues la esposa de este y su cuñada comparecieron en su defensa, es un tema de una magnitud superior que solo puede ser explicado por una causa de igual entidad.

En conclusión, la incriminación solo tuvo como fundamento la necesidad de que se haga Justicia. Lina expresó que su hija fue irrespetada, abusada, que no quiere que quede impune y "*quiero que esto se pague*".

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

1.5. Se alegó que hubo imposibilidad de realizar el abuso, pues Blanca Margarita García y María Josefina García siempre estuvieron con el acusado o la niña. Las versiones, fuera de interesadas por procurar exonerar al acusado, parte de un supuesto inverosímil como es el de sostener una cotidianidad en que todos los residentes siempre están juntos. Acierta la Juez en esta precisión. Inclusive entre las testigos de la defensa no coinciden. No se olvide que se trató de un abuso breve, simple y con la puerta abierta, y para este acto no requería demostrar una ambientación o un trato de superior confianza, como supone el apelante. La menor fue dejada en un sitio seguro y ello incluía la presencia y contacto con Virgilio y esa simple cotidianidad fue la que aprovechó el señor Virgilio.

1.6. El defensor se imagina que la menor víctima y su mamá para que sean creíbles debieron actuar de manera diferente, a lo que agrega que se trata de reglas de experiencia, enunciado no desarrollado. Se sugiere que debieron contar inmediatamente lo ocurrido, al igual que denunciar, romper lazos con los residentes, enfrentar al agresor o la exhibición de tristeza. Todo es equivocado. No hay un patrón de respuesta unívoco para que la víctima y su núcleo familiar reaccione y resulte creíble una incriminación. Cada dinámica familiar origina conductas diferentes y en este caso la respuesta de Lina Marcela fue un proceder sosegado y tranquilo, pero para permitir, como ella lo dijo, que este hecho no quedara en la impunidad.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

Nótese que los actos fueron concatenados e ininterrumpidos, y los cuales, estimamos, resultan razonables y verosímiles. La niña le contó a la mamá y esta realiza actos inmediatos a fines con la inmediata credibilidad que le concedió: se fue de la residencia pese a que iban a pernoctar (Blanca Margarita, así lo dijo) y al otro día acudió a Sura, se impulsó el Código Fucsia y presentó denuncia penal, y casi tres años después, ratificaron lo ocurrido. Nada importante se colige con la impugnación de credibilidad acerca del día de la denuncia (14 de junio) y fecha de ocurrencia de los hechos informada (12 de junio), pues simplemente es entendible que priorizó la atención médica (13 de junio).

Aquello que la menor no sintió temor o que fue apática, es una opinión indebida. Tan grave fue, que de manera inmediata ante su protectora natural contó lo acaecido y lo ratificó en todos los espacios en que le correspondió narrar la historia del abuso.

1.7. No hay ningún cambio relevante en su testimonio. Simplemente pasó de lo general a lo particular, acorde con las preguntas y de cuyas respuestas suministró más detalles y evitándose cuestiones "invasivas" o que afectaban a la menor, según constancia que se dejó. En el interrogatorio su primera expresión fue que un señor le tocó "*las partes íntimas*" y "*me bajó los calzones*", luego, ante otras suministradas por escrito, detalló que fue con la mano, en la "florecita" que identificó con un señalamiento corporal y luego precisó que era la vagina. En el contrainterrogatorio, de manera inmediata rectificó: que no fue que le hubiera bajado

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

los calzones, sino que le metió la mano por la piyama, no le dijo nada y que duro "poquito".

1.8. Nada importante surge de que la menor no hubiera revelado el nombre del acusado en su testimonio, que sería explicable por la edad y el drama que puede generar este tipo de conflictos en la mente de un menor, enfrentado a adultos y en un espacio hostil. Lo que se advierte es que fue clara en indicar que Virgilio era el único hombre en esa residencia.

1.9. Carecer de valor probatorio aquello de que *"no se tiene claro dónde y en qué circunstancias le contó la menor a la madre sobre el presunto tocamiento"*. D.A.G.V. no fue interrogada sobre este punto y la madre alcanzó a expresar que fue en la cocina, línea de interrogatorio que fue impedida. Pero en lo principal: no importa en qué parte de la casa ocurrió, el acto de revelación sucedió de manera inmediata y a partir de este momento se realizaron actos uniformes de ratificación hasta el juicio.

1.10. Es también insustancial, además de inexplicable, sostener una postura de inocencia con base en que el acusado no quiso encubrir el ilícito con utilidades o amenaza. La historia es diferente. Desde la presencia de su mamá, la menor fue protegida con los instrumentos propios dispuestos para este caso, que incluye el Código Fucsia y los procedimientos judiciales.

1.11. En conclusión, la Sala estima que el análisis probatorio adelantado por la Juez, examinado acorde con las razones del

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

apelante y otros adicionales que se introdujeron, fue correcto y, por consiguiente, se dispondrá la conformación de la declaración de responsabilidad penal.

2. De la agravante.

2.1. La discusión es la siguiente:

i) La Juez fundó la agravante *“por la relación del procesado con la víctima, en tanto éste es el compañero sentimental de una tía de la madre”* o *“la menor lo reconoce como el esposo de una tía de aquella, en todo caso conforma su núcleo familiar materno”* y aludió al numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, norma que transcribió.

ii) El apelante sostuvo que esta agravante no tiene cabida porque *“Menos aún se advierte que la postulada víctima y el acusado se encuentren inmerso en dicha norma. Ni tenían confianza, ni se le había depositado. Se dijo en el juicio oral: “SOLO ERA EL SALUDO” con la madre y con la menor”*.

2.2. Empero, la solución a esta controversia tiene un escenario diferente al propuesto.

Debe recordarse que, como principio modular de nuestro sistema procesal, el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal establece la exigencia de la congruencia que debe existir entre acusación y sentencia (exigible desde la imputación con determinadas condiciones). Al Juez, como

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

propio del debido proceso y derecho defensa, le está vedado exceder la imputación fáctica y jurídica para tornar más gravosa la situación del acusado, lo que ocurre no solo cuando se condena por delitos que no fueron objeto de acusación, sino también cuando se adiciona agravantes que no fueron formuladas.

Ha dicho la Corte, por ejemplo, en la sentencia de agosto 10 de 2016 (AP5142-2016-Radicación 46051) que: *“Hay incongruencia positiva o por exceso cuando independientemente de lo acertado o no de su pronunciamiento, el sentenciador decide más allá de lo establecido en la acusación, por ejemplo, condena como autor a quien fue acusado como cómplice, sanciona por 3 delitos pese a que se acusó por 2 de ellos, condena por un punible más grave que el objeto de acusación, no tiene en cuenta circunstancias específicas o genéricas de atenuación reconocidas en el pliego de cargos o adiciona circunstancias específicas o genéricas de agravación ajenas a la acusación², caso en el cual, para enmendar la incorrección es necesario salvaguardar el principio de congruencia en el sentido de marginar del fallo el exceso”.*

2.3. La trasgresión en este caso fue evidente.

En la audiencia de acusación realizada el 8 de junio de 2021, a partir del minuto 13, el fiscal indicó que se trataba de la agravante prevista en el artículo 211 # 2, procediendo sin

² Subraya de nuestra autoría.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

otro comentario a leer la disposición. Por supuesto, que la indeterminación así expuesta, fue ilegal frente a una norma que contiene tipicidades alternativas, y que además reclama el hecho relevante que le sirve de soporte, claro y expreso. Pero en este evento, la Juez optó por atribuir una agravación que no fue imputada en la acusación, como lo fue la del numeral 5, y que el defensor optó por discutirla probatoriamente, cuando, ambos, debieron haber iniciado su estudio a partir de la acusación. Tampoco al Ministerio Público le mereció alguna inquietud, pese a hacer parte de sus intereses que le asiste.

Por esta razón se excluirá la agravante y conservando las razones favorables reconocidas por la Juez (mínimo legal del primer cuarto) se impondrá la pena de prisión de nueve (9) años y la inhabilitación de derechos y funciones públicas se fijará por este mismo lapso.

3. Aspecto final.

Censuró el defensor que se le impidió refutar la reclusión carcelaria por los quebrantos de salud de su defendido en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. y alegar a su favor la prisión domiciliaria prevista en el artículo 314 # 4 del mismo código. A continuación, adjuntó a su escrito, copia de la historia clínica, pero propugnó solo por la absolución. Veamos lo ocurrido.

En la audiencia del 24 de noviembre del 2022, donde se desató el procedimiento del artículo 447 del C.P.P., el

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

defensor dejó constancia que desde "la audiencia pasada" reclamó que se no se ordenará la privación carcelaria y que Medicina Legal conceptuara sobre las condiciones de salud. Pero agregó que como también se iba dar lectura a la sentencia, entiende que se despacharía de manera favorable su pretensión y solicitó simplemente que se leyera solo la parte resolutive, tal como ocurrió.

No tiene razón el apelante. Su proceder fue sinuoso y equívoco. En la audiencia anterior del 13 de octubre ninguna petición de examen médico realizó, ni posteriormente, y en la sesión del 24 de noviembre tampoco lo hizo, afirmando con dejadez que sabía que se le iba a resolver negativamente.

Además, importa aclarar que carece de sentido el aporte de una historia clínica en esta instancia. Debería saber el defensor que una segunda instancia no es un escenario en el que se autoriza la presentación de pruebas o medios de conocimiento; basta leer al respecto el artículo 179 del C.P.P. Nuestra competencia consiste en, acorde con la sustentación del recurso, examinar si la sentencia que se revisa incurrió en algún error de hecho o de derecho con base en lo acaecido en el juicio o en este caso lo cumplido en la audiencia del artículo 447 del C.P.P.

En fin, aclaramos al apelante que su petición puede ser presentada ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad o ante la primera instancia en el evento de un recurso de casación.

C.U.I.: 05-001-60-00207-2019-01066.

ACUSADO: Virgilio O. Campero C.

DELITO: Actos sexuales con menor.

DECISIÓN: Confirma y modifica.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

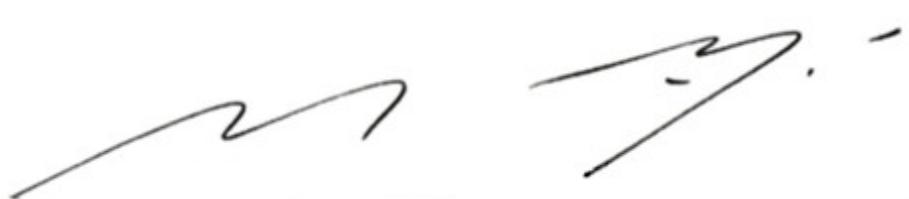
Confirma la sentencia que por apelación se revisa, con la modificación de que excluyéndose la agravante del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas se fijan en nueve (9) años. En lo demás rige el fallo de instancia. Se informa que procede el recurso de casación y cítese a audiencia para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN