

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

Radicado: 05360 60 90057 2016-01107

Procesado: Juan Ángel Restrepo Quiroz

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años y otro

Decisión: Confirma y modifica

Magistrado Ponente: Gabriel Fernando Roldán Restrepo

Acta N° 160

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Décima de Decisión Penal

Medellín, dos (2) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

1.- VISTOS

Se dispone la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia condenatoria dictada por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí el 17 de junio de 2021 en desfavor de Juan Ángel Restrepo Quiroz a quien halló responsable de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, cada uno en concurso homogéneo, condenándolo a la pena principal de dieciséis años y medio (16.5 años o 198 meses) de prisión.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Desde mediados de 2015 y hasta principios de noviembre de ese año, las menores EAPJ y DLPJ estuvieron viviendo en casa de Jhon Fredy Valdés Arcila, ubicada en la Carrera 59 B N° 55-35, barrio Villa Fátima del municipio de Itagüí, porque la madre las había abandonado, confiándoselas a Jhon Fredy, a cuya casa también llegaron a vivir días después **Juan Ángel Restrepo Quiroz** y su

compañera sentimental Luz Mery Zuluaga Cadavid, con las dos hijas menores de esta pareja.

La menor DNPJ le contó a Jhon Fredy, que Juan Ángel la había estado abusando sexualmente, que algunas ocasiones la había llevado a la habitación de él, la ataba a las barandas de una cama, la despojaba de sus prendas (como la blusa o el pantalón), la besaba en la boca, y le tocaba los senos, las nalgas y los genitales, llegando a introducirle los dedos en la vagina. Entre tanto, a la hermanita, EAPJ, la encerraba en un cajón para que no pudiera observar ni escuchar lo que acontecía.

El 3 de noviembre de 2015 Jhon Fredy, quien había hecho caso omiso a las revelaciones de la menor, procedió conforme les sentenció a las niñas, a entregarlas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-, aduciendo que no podía seguir haciéndose cargo de ellas, y unos días después, ya adaptadas a un hogar sustituto, DLPJ decidió contar todas las situaciones de abuso a las que había sido sometida a una psicóloga y a una trabajadora social, quienes procedieron a denunciar.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

El 23 de julio de 2019 la Juez 1ª Penal Municipal de Itagüí legalizó el procedimiento de captura y autorizó la formulación de imputación a Restrepo Quiroz por los cargos, en calidad de autor de acceso carnal violento y acto sexual violento, ambos agravados, en concurso con violencia intrafamiliar agravada, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 19 de noviembre de 2019, conforme a escrito que radicó la fiscalía, Juan Ángel Restrepo Quiroz fue acusado por los mismos cargos deducidos en la imputación. La audiencia preparatoria se efectuó el 20 de mayo de 2020 y el juicio oral se realizó en una sola sesión el día 18 de enero de 2021, seguidamente, la juez dio su sentido de fallo condenatorio.

4.- DECISIÓN RECURRIDA

La Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí, en armonía con el sentido de fallo condenatorio, sentenció a Juan Ángel Restrepo Quiroz a 16 años y medio de

prisión, por hallarlo penalmente responsable, en calidad de autor, de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y actos sexuales con menor de catorce años agravado, ambos en concurso homogéneo. Lo absolvió frente al cargo por el delito de violencia intrafamiliar agravada.

Estimó que no violaba el principio de congruencia el hecho de que variara la calificación jurídica de los hechos, suprimiendo el componente de violencia, bajo la consideración de que Juan Ángel Restrepo, para ejecutar los actos de contenido sexual y llegar a acceder carnalmente a la menor no utilizó la fuerza, si bien amenazó con entregarla con su hermanita al ICBF y llegó a ofrecerle dinero como forma de quebrantar su voluntad, lo que no satisfizo en su sentir los parámetros de violencia.

Por duda, procedió a absolver a Restrepo Quiroz en relación con el delito de violencia intrafamiliar agravada pues, aunque vislumbró algunos elementos de juicio para inferir razonablemente que agredía físicamente a las menores, dijo estar a la prohibición de proferir condena basada exclusivamente en prueba de referencia, bajo el entendido de que varios circunstantes que declararon lo hicieron como testigos de referencia, sin que hallaran corroboración.

En cuanto a los comportamientos constitutivos de abuso sexual, dijo que ambas modalidades quedaron suficientemente probadas, como también se develó la circunstancia común de que la víctima estuviera integrada a la misma unidad doméstica del agresor. Al efecto, consideró que en entrevista rendida a la investigadora del CTI y corroborada a profesionales –psicóloga y trabajadora social- que la atendieron en la ruta de intervención que suscitó la denuncia, la menor DLPJ se mantuvo en el señalamiento que hizo contra “Juan”, con quien convivía.

Seguidamente, la juez se adentró en minuciosas descripciones anatómicas, que la llevaron a concluir que cuando la menor dijo que “Juan” le metía los dedos en la vagina, causándole dolor, relato que mantuvo ante el médico forense y la psicóloga de Bienestar Familiar, se refirió a penetración por vía vaginal que obedece a una construcción más jurídica que anatómica, por cuanto basta con una penetración parcial que franquee la vulva, sin que necesariamente haya habido desfloración para que se configure acceso carnal.

Prestó atención a lo referido por la defensora de familia Martha Rocío Gómez Ramírez, quien informó que atendió a las menores DLPJ EAPJ, quienes fueron llevadas al ICBF por la persona que se encargó de ellas, porque la mamá las dejó a merced suya con el pretexto de que se iba a trabajar a otra ciudad, bajo promesa de que giraría dinero para la manutención, lo cual nunca sucedió, viéndose precisado a entregarlas por no tener cómo cuidar más de ellas. También refirió que una de las niñas narró que un familiar de su cuidador la tocaba en sus partes íntimas, la amarraba a una cama y encerraba a la hermanita en el closet para que no se diera cuenta. Anotó que la testigo fue honesta, declaró de manera tranquila, con equilibrio y coherencia, mediante un relato firme y descriptivo que no merece reparos ni revela ánimo malsano.

En cuanto al relato que la menor de ocho años de edad hizo ante la investigadora del CTI, destacó que “Juan”, antes de que la llevaran con su hermana al ICBF, contando ella siete años, *le hacía cosas malas* como tocarle la vagina, lamerla desde el cuello hasta el ombligo y tocarla por debajo de la ropa, lo cual pasó muchas veces y llegó a generarle dolor en la vagina. También reparó la juez en que, según la narrativa de la menor, “Juan” le alzaba la camisa, le quitaba los pantalones y empezaba a besarla en la boca, que ella mantenía cerrada, y le daba una moneda de doscientos pesos y un billete para que se dejara.

5.-SUSTENTACION DE LA APELACIÓN.

El defensor planteó que la ritualidad procesal tuvo varias falencias, así: i) los investigadores omitieron entrevistar a quien fue mentada como Valentina, hija de Luz Mery, la compañera sentimental de Juan Ángel, quien habría dado fuerza a la coartada referida a motivos de venganza de su excompañera hacia él; ii) la menor DLPJ no compareció al juicio oral, como tampoco su hermana EAPJ, con lo cual se vulneraron los principios de inmediación y contradicción, privando a la defensa de la posibilidad de contrainterrogarlas; iii) se dio prevalencia a los testimonios de la fiscalía, quienes en ningún momento presenciaron los hechos, limitándose a referir lo que la menor les narró, y por lo tanto fueron solo testigos de oídas. Pidió parar mientes en las imprecisiones de la menor, que unas veces dijo que le tocaba la vagina por debajo de la ropa, y otras, que se la quitaba. iv) el dictamen pericial del médico forense no reportó lesión alguna en los genitales de la menor, ni se dio cuenta de cambios comportamentales o perturbaciones psíquicas, como etiología de abuso; v) la menor DLPJ y su hermana EA vivieron por cuatro meses en casa de Jhon Fredy Valdés y dormían en un colchón en el

piso; y la referencia a “Juan” partió de la información brindada por Jhon Fredy, pues la menor nunca señaló a Juan Ángel como aquél al que ella se refirió, así que “Juan” es un nombre genérico que puede distinguir a muchos, y nada se hizo, como un reconocimiento en fila o fotográfico para aclararlo; vi) no se hubiera presentado una revictimización de DL si hubiera sido llevada a juicio, rodeándola de todas las garantías que da la ley; vii) no hubo claridad sobre quién llevó a las niñas a Bienestar Familiar, si fue Fredy o Luz Mery, quien indicó que en la habitación de este dormían las niñas, en una vivienda donde no había más varones, así que Fredy es una persona real y no una inventiva, de quien se dice que era tío de las menores o pariente de Juan Ángel.

No estuvo de acuerdo con la tasación de la pena, por cuanto la juez debió ubicarse en el cuarto mínimo y no en el primer cuarto medio, partiendo de 16 años, agregándole 6 meses más, bajo la consideración de que la víctima era pariente, cuando en el proceso no aparece constancia alguna de que lo fueran. Anotó que, dada la edad de su asistido -69 años- no está sujeto a la restricción del artículo 68A del C.P., porque no tiene antecedentes penales y no representa peligro para la comunidad infantil, tiene arraigo y voluntad de cumplir la pena, a más de que su salud es ya precaria, expresando por contera que la pena es excesiva y por el aspecto concursal no merece tanta aflicción.

- No hubo pronunciamiento de los no recurrentes.

6.- ASPECTO PROBATORIO

Lo primero será indicar que fruto de estipulación probatoria las partes convinieron no controvertir la edad de las dos menores, hermanas entre sí DL y EPJ, así como la identidad y edad de Juan Ángel Restrepo Quiroz.

Valga destacar frente a la prueba testimonial lo siguiente:

Marta Rocío Gómez Ramírez, quien fuera defensora de familia al servicio del ICBF hasta el 7 de febrero de 2020, se refirió a la intervención que le correspondió porque un señor, que no era pariente, le llevó a las niñas DL y EA porque la mamá se fue a trabajar a Pereira y las dejó en su casa a su cuidado, prometiendo mandar para su manutención, lo cual no cumplió, así que al cabo de cuatro meses las entregó y procedieron a ubicarlas en un hogar sustituto. Informó que una psicóloga que hacía parte del personal de la ONG PAN (Plan de Atención

a la Niñez) reportó que una de las niñas comentó que el esposo de “Doña Mery” —una señora que las cuidaba— la tocaba, la amarraba a una cama, encerraba en el clóset a la hermanita para que no se diera cuenta, y procedía a tocarla a ella en partes íntimas, así que procedió a instaurar denuncia, aunque no supo dar el nombre de quién habría sido el agresor, al cual solo identificó como un supuesto tío que entregó a las niñas. Posteriormente dijo que quien llevó a las niñas al ICBF fue Jhon Fredy Valdez Arcila, pero después se le pidió leer quién aparecía en la denuncia como presunto abusador, refiriéndose al nombre de Juan Ángel Restrepo Quiroz.

Sandra Yolima Torres Rúa, abogada y psicóloga al servicio del CTI como técnico investigador, encargada de realizar entrevistas forenses a menores, presuntas víctimas de abuso sexual, se refirió a la que le recibió a DLPJ, acompañada de la madre sustituta. Dijo que la niña aseguró estar en Bienestar Familiar “porque Juan le hacía cosas malas”, que le tocaba la vagina debajo de la ropa y le daba besos desde el cuello hasta el ombligo, para lo cual le quitaba la camisa.

Cabe anotar que el texto de la declaración fue reconocido por la deponente y dado a la lectura en apartes pertinentes, resaltando la narración de la menor acerca de las situaciones de abuso a las que “*don Juan*”, a quien identificó como la persona donde ella antes vivía con su hermanita —quien trabaja y vive allí— le hacía cosas malas, como besarla en la boca, lamerle el cuello hasta el ombligo y tocarle la vagina por debajo de la ropa, lo que llegó a dolerle, para lo cual le alzaba la camisa y le quitaba los pantalones, la maltrataba pegándole y le daba una moneda de doscientos pesos y un billete porque se dejaba tocar la vagina. Luego dijo que Juan vive con Fredy y que Fredy no le cree.

Cabe anotar que para dicha profesional ese relato fue hecho en lenguaje claro y comprensible, y que la menor a su edad discernía entre la realidad y la fantasía, sin que diera pie a pensar que alguien estuviera incidiendo en su relato.

La señora **Luz Mery Zuluaga Cadavid**, quien dijo haber convivido a lo largo de 18 o 19 años con Juan Ángel Restrepo junto con la hija de ella, María Paola, habida en otra unión y de Juan Camilo, hijo común, informó sobre Juan Ángel que trabajaba en la construcción y descansaba los domingos, y ella era quien cuidaba de cuatro menores, incluidas las niñas DLPJ y su hermanita E; que no observó comportamientos inadecuados de Juan Ángel para con éstas hasta que fueron

entregadas al ICBF, cuando Jhon Fredy le dijo que lo hiciera. Informó sobre su ruptura con Juan Ángel, porque la relación no fue buena y no fue capaz de seguir viviendo con él, sin que se diera cuenta de anomalía alguna con la menor DLPJ, pues ella siempre estuvo al cuidado de las niñas, salvo los domingos que las dejaba con John Fredy.

Claudia Patricia Mora Acosta, psicóloga, que laboró en la Fundación PAN, recuerda la atención que brindó a la niña DLPJ a su ingreso a los programas de Hogares Sustitutos, con su hermanita, porque la mamá las había abandonado, y en la evaluación inicial, DL reveló que una persona con quien convivían, a la cual mentó como “Juan” le había tocado las partes íntimas y “chupado” la vagina; le tocaba los senos y las nalgas (partes referidas en términos vulgares). Destacó que la niña mostraba precocidad sexual y hacía muchos comentarios al respecto, sin develar que estuviera fantaseando o que su relato fuera implantado.

Liliana Montoya Salazar, trabajadora social, encargada de hacer acompañamiento en proceso de restablecimiento de derechos, se refirió a la niña DL y a su hermanita menor, quienes fueron dejadas por una persona con la que estaban viviendo, y a quien se las había dejado la mamá. La menor se refirió a un vecino llamado “don Juan”, quien le tocaba la vagina y los senos, pero no especificó a cuál “don Juan” se refería, solo anotando que Mery y Valentina eran familiares de él. Destacó que la menor estaba tranquila y calmada al momento en que la entrevistó y respondía asertivamente a las preguntas.

El médico **Fabio Manuel Avendaño Ayala**, quien valoró a la menor DLPJ para dictamen sexológico, dijo que la madre sustituta con la cual la menor acudió, la señora Ana Sirley Correa Saldarriaga, cuya presencia y acompañamiento justificó en el hecho de que la niña le había hecho el comentario de haber sido tocada y que, en efecto, en la anamnesis la niña refirió que un señor “don Juan” la tocaba, detallando que era casi anciano, que dejaba salir a las hijas de Fredy y que a su hermanita la encerraba en un cajón cuando la quería tocar a ella para que no viera, que Fredy decía que iba a echar a su mamá “que se fuera para la mierda”, y que “don Juan” le daba monedas o billetes para que se dejara hacer las cosas que él quería, que si llegaba doña Mery, la novia de “don Juan”, le subía los pantalones y le decía que se callara, pero que le iba a seguir haciendo eso hasta que las entregaran a Bienestar Familiar, a lo cual ella le replicó que las entregara pero no la molestara más, agregando después que la niña entregó un relato coherente y detallado, acorde a su edad.

Explicó que en el examen físico no encontró alteración alguna a nivel genital, concordante con la penetración de un miembro viril en erección; y destacó como hallazgo un himen íntegro, lo que no pugna con la explicación, conforme a la narrativa de la menor, acerca de que su agresor le introducía el dedo hasta el llamado vestíbulo vaginal, que permite una introducción parcial. Y que no hubo hallazgo alguno que concuerde con daño físico, explicando que hay actos que no necesariamente involucran una penetración, lo que no desvirtúa de ninguna manera la narración de la menor.

La señora **Solina del Rosario Restrepo Tobón**, dijo haber recibido en su casa a su hermano Juan Ángel, donde vivió como siete años, tras separarse de Luz Mery, con quien convivió como veinte años, y lo describió como muy trabajador, aplomado y sin vicios, y manifestó que la hijastra, María Paola, decía que fue siempre muy respetuoso, por lo cual le tenía mucha confianza.

La señora **Marta Helena Ardila**, quien fue vecina de Luz Mery y Juan Ángel, dijo saber el motivo de su detención, según le han contado; que su hija solía ir a casa de estos a jugar con Paola, la hija de Luz Mery y jamás le hizo un mal comentario, así que lo tiene como buen vecino, muy colaborador, negando que en su casa acostumbraran hacer parrandas, y agregó que frecuentaba esa casa porque iba a pedir favores, describiéndola, con dos cuartos, uno en el cual dormía Paola y otro ocupado por la pareja que conformaban Luis Ángel y Luz Mery, y que por ser una estancia pequeña la cocina no quedaba retirada de los cuartos, asegurando que Juan Ángel trabajaba y descansaba los fines de semana aunque un tiempo estuvo desempleado.

Yeni Carolina Restrepo, hija del procesado, apenas dio cuenta de ser la menor de cinco hijos habidos de la unión de su padre con María Romelia García. Dijo que el comportamiento de su padre fue normal y jamás la irrespetó, que luego tuvieron él y su mamá sus problemas sentimentales y se separaron pero que ahora están nuevamente juntos.

El propio **Juan Ángel Restrepo Quiroz** narró que su entonces compañera Luz Mery le dijo que se iba a cuidar a unas niñas, a lo cual él le replicó que a ella no le faltaba nada en la casa, así que salieron de su propia vivienda que estaba en malas condiciones y se fueron a vivir en casa de Jhon, de quien aseguró que un día Luz Mery lo mandó a llamar “a esa pelada” a almorzar, y lo vio metido debajo

de las cobijas con una de esas niñas, a las que dijo no haber irrespetado, no obstante estar ahora afrontando inocentemente la situación de su encierro, que se produjo cuando se presentó a cumplir una cita que le hicieron de la Fiscalía, porque *el que nada debe, nada teme*, agregando que el problema es con Jhon Fredy, con quien si bien no tuvo problemas, sí le parece muy descarado, al no afrontar como hombre las cosas, presentarse a la Fiscalía y decir que fue él quien cometió lo que a él le atribuyen, porque fue el que se metió a la pieza con la más grande de las dos niñas y a la menor la dejaba por fuera, agregando, que cuando hicieron juntos un trabajo de techar una casa por el sector de La América, se venía más temprano, sugiriendo que *“había gato encerrado”*. Finalmente, aseguró que Valentina, sobrina de Jhon Fredy, que por su condición de lesbiana prevenía a su hijastra Paola, debió ser quien *“les lavó el cerebro”* a las menores para que sacaran a relucir la versión en su contra.

7. CONSIDERACIONES.

Es competente la Colegiatura para conocer del asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, siendo parámetro a tener en cuenta la prohibición de reformar en perjuicio del acusado, por ser la defensa apelante único, artículo 31 de la Constitución Nacional y 20 de la ley citada.

El quid del asunto está en elucidar, si en efecto quedó probado, como resultado de las pruebas practicadas y controvertidas en juicio, que Juan Ángel Restrepo Quiroz realizó las conductas delictivas de acceso carnal y actos sexuales abusivos y agravados, en concurso homogéneo para ambos delitos, que en fallo de primera instancia fuera declarado, siendo objeto de única impugnación por parte de la defensa, o si por el contrario corresponde acceder a la pretensión incoada por el defensor de revocar la condena proferida, honrando el principio de duda probatoria (*in dubio pro reo*).

En punto a tan trascendental objetivo, sea lo primero indicar, de cara a los fundamentos de la impugnación presentada por la representante de víctimas, que el artículo 404 CPP establece unos parámetros para la apreciación racional del testimonio por el juez, teniendo en cuenta principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria, especialmente en lo atinente a la naturaleza de lo percibido, la lucidez y sanidad del perceptor, las circunstancias en que se obtiene la percepción y los procesos de rememoración.

Sobre los ejes gravitacionales que propone el impugnante, se pronuncia esta Sala significando que el Juez, en la búsqueda de la verdad sobre los enunciados probatorios, ha de valorar la prueba, justificando su decisión con un buen uso de la lógica y las reglas de la experiencia, esto es, bajo el sistema de la sana crítica o apreciación racional que rige el sistema de justicia penal en Colombia y significa el uso de pautas para juzgar de manera objetiva y sincera.

En cuanto a un supuesto móvil de venganza, al que aludió el impugnante, doliéndose de que no se hubiera dado ocasión de presentar como testigo en juicio a Valentina, quien hubiera acudido en apoyo de la versión del procesado al respecto, valga significar que está fuera de oportunidad echar en falta la presencia de testigos de favor, porque en su momento, de haber sido denegada a la defensa alguna prueba, dejó pasar la oportunidad de interponer los recursos, insistiendo en la necesidad de su práctica.

Es más, en el análisis de los testimonios, concretamente en el de la señora Luz Mery Zuluaga y del mismo acusado Juan Ángel Restrepo no se advierte ninguna carga de animosidad de la primera hacia éste, pues destacó incluso que era muy trabajador, que ella era quien permanecía al cuidado de las dos menores y que nunca percibió ninguna anomalía en su trato hacia la niña DLPJ. Tan favorable al procesado fue la declaración de la señora Luz Mery Zuluaga que la misma defensa destacó que siendo testigo de la fiscalía hubiera sido hostil a sus fines, pero dejaba entrever el afán de protegerlo, significando que tan dado a su trabajo era que no habría tenido ocasión de realizar contra la menor dicha los acometimientos que se le reprochan. Ni siquiera acertó el libelista en cuanto al nexo de Valentina con aquel grupo de convivientes, pues ambos deponentes aclararon que era sobrina de Jhon Fredy, no la hija de Luz Mery.

Y distinta fue la mención que hizo el acusado respecto a Valentina, de quien muy tangencialmente llegó a decir que pudo tener algún ascendiente sobre Paola, la hijastra, y que pudo ser ella quien “les lavara el cerebro” para que propalaran la versión de abuso en su contra.

Esas genéricas alusiones, con el objetivo de descargarse de tan grave incriminación, no pueden ser tenidas en cuenta como factor infirmante.

En cuanto al reparo que deriva de la no comparecencia al juicio de DLPJ y su hermana menor EAPJ, valga significar que el artículo 437 CPP, modificado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013, admite como prueba de referencia la declaración de menores víctimas, entre otros, de delitos sexuales; no siendo tampoco oportuno controvertir a la hora de apelar la sentencia lo que en su momento omitió el intercesor judicial, pues dicha disposición no es una camisa de fuerza que indefectiblemente lleve a obviar la presencia de menores víctimas de quienes se alega que fueron víctimas de alguna especie de abuso sexual, pero sí debió ofrecerse la carga argumentativa acerca de que resultaba más útil, conveniente, pertinente o necesario contar con su deposición en la audiencia de juicio oral, y no mediatizada, como testigo de acreditación, a través de la entrevistadora.

De todos modos, quedó consignado en la referida entrevista, de cuyo texto la investigadora destacó relevantes apartes, que la menor DLPJ discernió entre “don Juan” y “Fredy”, por lo que no se ofrece ningún equívoco acerca de la persona a quien atribuyó practicarle manipulaciones lúbricas.

En cuanto a la vulneración que el opugnador advierte, frente a los principios de inmediación y contradicción, por privársele de la posibilidad de contrainterrogar a DLPJ y a su hermana EA, basta memorar que la señora Juez le inquirió si tenía alguna objeción a la solicitud del delegado fiscal para que se tomara como prueba de referencia admisible el informe de la investigadora a quien se examinó como testigo, a lo cual el defensor respondió: *“no hay ningún inconveniente”*, de modo que se diluye cualquier miramiento acerca del cercenamiento a los derechos de defensa y contradicción.

Ahora bien, en cuanto a la crítica que el censor hace acerca de que se dio prevalencia a los testimonios de la fiscalía, quienes depusieron sobre aspectos que no pueden constarle, dado que fueron referidos, y por ende solo son testigos de oídas, valga significarle al impugnante que en tratándose de delitos sexuales, de los cuales las víctimas son menores de edad, la constante es que ocurren en ámbitos de intimidad (por ello motejados como *“delitos de alcoba”*), de donde se deriva que el testimonio de la propia víctima, sea el único directo, que puede llegar a enriquecerse con lo que la jurisprudencia y la doctrina nacional y foránea ha dado en llamar *“prueba de corroboración periférica”*.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 16 de marzo de 2016, en el proceso radicado N° 43866, MP. P. Salazar Cuéllar, acorde con lineamientos del Tribunal Supremo español (sentencia ATP 6128/2015) estableció varios factores, que la Sala procede a resumir así:

i). Inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; ii) daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; iii) estado anímico de la víctima ulterior al hecho; iv) regalos o dádivas que no hallen otra explicación plausible a que fueron para propiciar el abuso. En esta línea, la Corte, consciente de que no es posible establecer un listado taxativo de los factores de corroboración, que dependen de las particularidades de cada caso, también planteó otros ejemplos, así: i) Los daños colaterales expresados en el psiquismo de la víctima; ii) las características del lugar como escenario en el que pudieron desplegarse los comportamientos abusivos, propiciatorios de situaciones en las que la víctima pudo quedar a merced del depredador sexual; iii) actividades del abusador para procurarse quedar a solas con la víctima; iv) mensajes o contactos por redes o vía telefónica entre el abusador y la víctima tramando encuentros, haciendo sugerencias, o brindando ex post explicaciones.

En este sentido, como lo ha manifestado esta misma Sala de Decisión Penal, la corroboración no viene dada por el número de personas, que como circunstantes o como profesionales que tuvieron contacto con una menor, se hayan hecho comparecer a estrados, para referir qué manifestaciones hizo la menor, sino, conforme a las reglas que la sana crítica establece para la valoración de los testimonios, a la luz del artículo 404 CPP, si esos testigos cualifican o dan más fuerza a la narrativa ofrecida por la menor, bien que comparezca al juicio, o que su relato sea validado por medio de la acreditación hecha por su entrevistadora del CAIVAS.

Al respecto, la univocidad o coincidencia en cuanto a las menciones que la menor les hizo a testigos como la defensora de familia Marta Rocío Gómez, la psicóloga de la fundación PAN, Claudia Patricia Mora, la trabajadora Social Liliana Montoya Salazar y el médico Fabio Manuel Avendaño, no ponen a la judicatura a trastrabillar respecto a cuáles fueron los abordajes de los que dio cuenta la menor, referidos a besos, tocamientos y manipulaciones táctiles en el introito vaginal, porque hay cierta univocidad en cuanto al tipo de abordajes o manipulaciones, o dicho en otros términos, no hay variaciones significativas, como que a una de tales

personas le hubiera hablado del acto copular y a otras solo les hubiera mentado que recibió besos o alguna leve caricia. En este sentido, el único contraste frente a lo referido por otros profesionales que atendieron a la menor lo expresa la psicóloga de la fundación FAN, Claudia Patricia Mora, quien fue la única que replicó menciones que la menor le hizo sobre partes corporales en términos procaces, pero que no representan variaciones sustanciales para afectar la permanencia del relato.

No advierte esta colegiatura que la niña haya sido veleidosa en su narrativa, o que la hubiera cambiado en las distintas oportunidades y ante las distintas personas ante las cuales se expresó, por el hecho de que unas veces dijera que el abusador la tocaba por debajo de la ropa y otras que le quitaba los pantalones, pues se refirió a múltiples eventos, y desde luego, cada episodio suele tener sus propias particularidades, como según las reglas de la experiencia en el mundo de relación podría tenerla hasta el más rutinario de los seres, dependiendo de las circunstancias del momento. Por lo tanto, no puede ser de recibo el reparo del impugnante acerca de contradicciones que generen dudas sobre la credibilidad del relato de abuso por parte de DLPJ.

En cuanto a la ausencia de un reporte sobre lesiones o hallazgos en el introito, vestíbulo vaginal y tejido himeneal, es claro, como lo reportó el médico Fabio Manuel Avendaño Ayala, que si no halló en el examen físico alteración alguna a nivel genital que fuera compatible con la penetración de un miembro viril enhiesto y menos que hubiera habido desfloración, ello no pugna con la descripción hecha por la menor de que el agresor hubiera llegado en sus manipulaciones táctiles a hacerle introducciones parciales de sus falanges. Y en cuanto a que no se hubiera dado cuenta por profesionales que atendieran a la menor en la ruta trazada desde la denuncia, acerca de cambios comportamentales que evidenciaran las afectaciones a la siquis de la menor, que suele ser un factor tenido como ejemplo de corroboración, valga indicar que es el resultado de la evaluación en conjunto de todas las manifestaciones de donde se puede extraer si el relato de abuso resulta creíble y corroborado periféricamente.

En cuanto a la no identificación plena del agresor, como lo sugiere el impugnante, derivado de que se hubiera hablado de “Juan” y otras veces de “don Juan”, más la pretendida confusión acerca de la persona del depredador, hasta llegar a sugerir que pudo ser Jhon Fredy Valdés y no Juan Ángel Restrepo, como este mismo llegó a sugerirlo, al decir cuando renunció al derecho a guardar silencio y fungir

cual testigo, que Fredy fue muy descarado por no afrontar las cosas como hombre, ya que fue él quien se lio con la más grande de las dos menores. Indudablemente el procesado quiso urdir una coartada sin ningún soporte y se quedó solo frente a tan grave transferencia de responsabilidades, porque cada profesional que replica lo que la menor dijo deja en claro que la niña se refirió siempre a don Juan, como el esposo o compañero de su cuidadora Luz Mery, y en ningún momento indicó que Fredy fuera quien le realizara las manipulaciones dichas.

Incluso, como lo expresaran el forense —sobre lo referido en la anamnesis que preside el examen médico sexológico— y la investigadora del CAIVAS, en la entrevista a la menor, muy claramente esta se refirió a don Juan como el que la tocaba y le daba alguna moneda o billete para acallarla, en tanto la mención de Fredy fue para indicar que este no le creía o que Juan dejaba salir a las hijas de éste mientras que a su hermanita EAPJ la encerraba en un clóset para que no se apercibiera de los tocamientos que a ella le hacía.

No logra el impugnante derruir la fuerza demostrativa que ofrece la prueba de cargo analizada *in integrum*, conforme corresponde hacerlo a la luz de lo dispuesto por el artículo 380 CPP, norma según la cual los elementos materiales probatorios, las evidencias físicas y los medios de información legalmente obtenidos se apreciarán en conjunto, conforme a los criterios señalados para cada uno de ellos, según el sistema de la sana crítica, que nos rige.

Como lo ha expresado ya esta Sala, si la razón puede ser engañada de múltiples maneras, y ello concita del juzgador la mayor cautela en aras de conjurar la posibilidad de error, debe también valorarse si surge algún motivo de descrédito frente a la versión dada por la menor DLPJ que sugiera algún motivo de retaliación o vindicta. Y en este caso, esa posibilidad está descartada, por cuanto no aflora el más mínimo elemento de juicio que lleve a inferir que DLPJ propaló una falsa versión para perjudicar a Juan Ángel Restrepo Quiroz.

Adviértase, por el contrario, que el propio procesado en su desesperado afán por zafarse de responsabilidades, llegó a asegurar que sí hubo anomalías en la casa a donde su mujer se fue a cuidar a dos menores, pero no por parte de él sino de Jhon Fredy, pues hasta asegura que un día que su entonces compañera lo mandó a llamar “a esa pelada” lo vio metido debajo de las cobijas con la pequeña, reprochándole que no tuviera la suficiente hombría para presentarse a decir ante

la fiscalía que fue él quien se metió con la más grande de las dos hermanitas, o sugiriendo que estando ambos techando una casa por el sector de La América, algo raro se traía (“ahí había gato encerrado”) porque se venía a casa más temprano.

Esta infantil coartada no tiene soporte alguno en los demás medios de prueba, y ni siquiera halla confirmación en testigos de favor, como a la postre termina siendo hasta la propia ex compañera del reo, la señora Luz Mery Zuluaga, al trocarse en testigo hostil de la fiscalía, al deponer con evidente afán de proteger al acusado dando información acerca de que el procesado no tuvo ni tiempo ni espacio para perpetrar las acciones que se le endilgaron.

Si el procesado declina de su derecho a guardar silencio, obra a su propio riesgo de que las explicaciones que brinde puedan resultar contraproducentes, en la medida en que ofrezcan elementos de juicio que ahonden las razones de acriminación. Y precisamente, en este caso, si el procesado Juan Ángel Restrepo, no halló otro expediente al de pretender desviar el dedo señalador hacia Jhon Fredy Valdés Arcila, dando por descontado que la niña DLPJ sí era abusada, pero que no había sido por él sino por Fredy, y para ajustar, le agrega que Valentina, una sobrina de este habría tenido qué ver, porque según cuentas “les lavó el cerebro” a las menores para que sacaran a relucir semejante inventiva en su contra, ello muestra a las claras la sinrazón de estos descargos, y termino por ponerlo en evidencia, por cuanto alguien sobre quien pese tan grave acusación, hubiera ofrecido razones sensatas y no las pueriles en las que basó su coartada.

En virtud del principio de *no reformatio in pejus*, tratándose el defensor de apelante único, se mantendrá incólume lo concerniente a los motivos, tanto para la absolución que se reconoció por el principio de duda probatoria para la conducta de violencia intrafamiliar, como el viraje dado a la calificación jurídica de las conductas endilgadas como abusivas y no como manifestaciones de violencia física o psíquica, por el entendido de la a quo de que Juan Ángel Restrepo no utilizó la fuerza en sus despliegues libidinosos.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad del apelante por la tasación de la pena, porque debió ubicarse en el cuarto mínimo y no en el primer cuarto medio, agregándole seis meses más por una relación de parentesco inexistente, valga indicar que la condena recayó sobre Juan Ángel Restrepo Quiroz por sendas conductas delictivas, ambas en concurso homogéneo y sucesivo.

Al efecto, la *A quo* tuvo en cuenta que, conforme al artículo 208 CP, la pena oscila entre 12 y 20 años de prisión, en tanto el artículo 209 fija para los Actos sexuales con menor de catorce años una pena que puede fluctuar entre 9 y 13 años, pero que ambas conductas debían agravarse en su efecto sancionador, de una tercera parte a la mitad, conforme al numeral 5° del artículo 211 del CP por realizarse contra integrante de la misma unidad doméstica, por lo que teniendo en cuenta las reglas sobre concurso de infracciones del artículo 31 CP y los criterios o parámetros de punibilidad de los artículos 60 y 61 idem, procedió a tasar la pena con minuciosa descripción de los límites dosimétricos de cada uno de los cuartos de movilidad; partiendo en efecto, como tenía que hacerlo al tenor del artículo 31 CP, del delito que comporta la pena más grave, esto es del de acceso carnal, que dio en trocar de violento en abusivo, bajo la consideración de que no hubo ejercicio de violencia, dando así soporte a la razón expresada en el sentido del fallo acerca de que se acogía a una calificación menos gravosa para el justiciable.

Ya adentrándose en los fundamentos cualitativos y cuantitativos de la pena, consideró que, por no tabularse sino una circunstancia de menor punibilidad, cual es la carencia de antecedentes penales (artículo 55-1° CP), el cuarto de movilidad seleccionado era el primero, pero habida consideración de la condición femenina y la escasa edad de la víctima (ocho años), estimó de suma gravedad y superlativa connotación social el desaguisado de Restrepo Quiroz, por lo cual le incrementó 6 meses más a los 16 años que tomó como base de la aflicción a imponer.

Cabe indicar, de cara a los reparos hechos por el impugnante, que en primer lugar, la Colegiatura estima que sí es necesario hacer una readecuación de la pena, por cuanto la agravación que recayó el sentenciado, con incremento de una tercera parte, conforme a la regla 211-5 CP se dio en consideración a que las conductas abusivas se desplegaron contra quien de manera permanente se hallaba integrada a una unidad doméstica, y en este caso se tienen elementos de juicio acerca de que el procesado, con su entonces compañera Luz Mery Zuluaga Cadavid llegó a habitar en el inmueble de la carrera 59 B N° 55-35 del barrio Villa Fátima, en el municipio de Itagüí, por invitación que les hiciera Jhon Fredy Valdés Arcila, y resulta dudoso que hubiera integrada una unidad familiar con carácter de permanencia, como lo constata el mismo hecho de que las niñas DLPJ y EAPJ, hermanas entre sí, habían sido llevadas a aquel lugar, bajo una situación precaria, que se ha dicho fue de abandono, porque la madre las confió a Fredy, bajo la

promesa de que remitiría para su manutención, ya que se iba a probar suerte trabajando en Pereira, y allí estuvieron, en una estancia que no era una unidad familiar sino que funcionaba más bien a modo de inquilinato, y donde las menores estuvieron a lo sumo cuatro meses, tornando incierto el requisito del tipo objetivo que permite la agravante de integración permanente a una misma unidad doméstica, al tenor del artículo 211, numeral 5° del CP.

Es preciso señalar que esta circunstancia específica de agravación corresponde a un tipo de textura abierta con referencias vagas, imprecisas e inciertas a los varios conceptos que congloba la expresión “... *contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica*”, pues dejar a expensas de la valoración del juez cuándo hay una unidad doméstica, quiénes la conforman y qué alcance puede darse a adjetivaciones “integrada” y “permanente” entraña riesgos frente a la estricta tipicidad.

Por la equivocidad que entraña elucidar estos aspectos, el ejercicio sancionador debe contraerse solo a lo que esté desvelado de manera incontestable, como una garantía para todo justiciable, pues se entendería que quienes tienen integrada una familia que comparte una unidad de vida y de fines, encuadra en esta descripción normativa, pero resulta dudoso que las dos menores, dejadas sin determinaciones claras sobre quiénes eran sus mentores o cuidadores -si Fredy o Luz Mery- y cuánto tiempo tendrían de permanencia al ser dejadas por la mamá a ese albur, estuvieran “permanentemente” integradas a una unidad doméstica, que entre otras cosas, por el modo de vida planteado por ese tiempo, se generó una convivencia provisoria a la que se sumaron el procesado y su entonces compañera Luz Mery, conformando no una sino varias unidades domésticas, y que conforme lo expresó la fiscal en su alegato conclusivo, se trataba de una casa de inquilinato donde se desenvolvía una heterogénea convivencia.

Dicho de otro modo, desde el punto de vista de la estricta tipicidad, considera esta Sala de Decisión del Tribunal, que hay elementos dubitativos que deben abonarse en favor del procesado, para fincar la pena solo en los delitos previstos en los artículos 208 y 209 CP, sin circunstancias específicas de agravación, lo que significará, conforme a la readecuación, que en justicia y sana lógica corresponde, partir de 12 años de prisión e imponer, en virtud del concurso infraccional, una pena definitiva de 13 años de prisión; esto es 156 meses, que se

harán efectivos, abonándole al sentenciado el tiempo que ha permanecido privado de la libertad, incluso preventivamente a lo largo del rito procesal.

En cuanto al reparo hecho por el impugnante por el aumento que la a quo justificó, con posiciones de género, acudiendo a la *Convención de Belém do Pará*, que es instrumento internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, señalándole a los estados signatarios deberes para que establezcan medidas jurídicas que conminen a los agresores y establezcan procedimientos justos y eficaces que protejan a las mujeres (capítulo III, artículo 7°); aunque se advierta de buen tono que el juzgador tenga en cuenta la protección inclusiva frente a grupos poblacionales más vulnerables, ha de ser cauteloso al fijar criterios maximalistas en la concreción de la pena si se trata de abonar otro tanto a los, por sí mismos, drásticos y efectivos rigores que la ley consagra, como criminalización primaria en los tipos básicos, como lo son los de los artículos 208 y 209, que establecen topes mínimos de suyo ejemplarizantes.

En esos términos, la decisión será confirmada, pero con la modificación antes descrita.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Décima de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE,

Primero. CONFIRMAR el fallo condenatorio proferido por la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí- Antioquia- contra Juan Ángel Restrepo Quiroz.

Segundo. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia dictada en disfavor de Restrepo Quiroz, en el sentido de que la pena aflictiva que deberá descontar efectivamente en establecimiento penitenciario que al efecto le asigne la dirección general del INPEC, será de TRECE AÑOS (156 meses) de prisión. Por igual tiempo será la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás, se imparte plena confirmación del fallo recurrido.

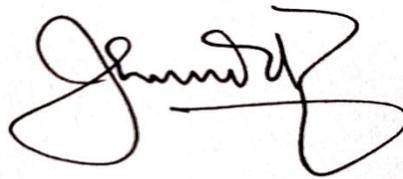
Tercero. INFORMAR que contra esta decisión podrá interponerse el recurso extraordinario de casación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de este proveído, luego de lo cual se deberá presentar la respectiva demanda ante este Tribunal dentro del término común de treinta 30 días.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Magistrado



JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado