



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Superior de Villavicencio
Sala de Decisión Penal No. 2

RICARDO MOJICA VARGAS
Magistrado ponente

(Aprobado: Acta No. 104 de 2024)

Radicación: 50001 60 00 567 2020 01818 01
Procedencia: Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Villavicencio
Motivo de alzada: Sentencia ordinaria
Procesado: Giovanni Battista Matías Ortegón
Delitos: Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado en concurso homogéneo.
Decisión: Revoca y condena.
Lectura: Siete (7) de octubre de 2024 (08:00 a.m.)

Villavicencio, cuatro (4) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia proferida el once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Villavicencio, mediante la cual absolvió a **Giovanni Battista Matías Ortegón** del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado, en concurso homogéneo.

II. HECHOS

Fueron delimitados en el escrito de acusación de la siguiente manera:

«En Villavicencio, el 10 de agosto de 2020, a través de Defensoría de familia de ICBF se pone en conocimiento hechos por abuso sexual de los que fuera víctima la menor J.A.M.O, nacida el 22 de abril de 2006.

Los hechos motivo de la presente investigación ocurrieron en esta ciudad, en la calle 24 Sur Este N. 17-16 barrio Villa Samper, entre el 9 de octubre de 2019 y el mes de enero de 2020,

casa de habitación del señor GIOVANNY BATTISTA MATIAS ORTEGÓN, siendo que la menor JAMO de 12 años de edad, llegó a vivir junto a su progenitor en el mes de diciembre de 2018, donde compartió con su hermano y madrastra, para el día 9 de octubre de 2019 el progenitor GIOVANNY B., luego de hacerla ingerir bebidas embriagantes –no estaba acostumbrada- y cuando ella ya se encontraba en la cama durmiendo, porque se encontraba mareada, llegó a la cama donde dormía la niña, le quitó la ropa interior, después de tocarle sus partes íntimas, se subió encima y la accedió carnalmente vía vaginal, hechos que se repitieron en varias ocasiones, recuerda esa primera vez por cuanto al día siguiente le dolía mucho la vagina, ella se miró y tenía sangre su ropa interior, que en la siguiente semana se repitieron los hechos aprovechando que la madrastra se fue para Venezuela, también su papá la puso a tomar (cerveza y aguardiente), ella estaba embriagada y se acostó como a media noche dormir, cuando estaba dormida sintió que su papa le estaba tocando las partes íntimas, le quito el interior y la volvió a acceder, que en esta segunda ocasión también sintió dolor cuando la estaba penetrando. Que en otra ocasión ella requería permiso para salir y compartir con una amiga y su papa le indicó que le daba permiso pero tenían que tomar la noche anterior y los hechos se volvieron a repetir, que siempre era así que si requería permiso debían tomar bebidas embriagantes antes, en otra ocasión ella ya no tomó casi y estuvo a la expectativa de qué era lo que estaba pasando con su papá, porque ella amanecía cansada y doliendo partes íntimas en algunas ocasiones, en esa noche momentos después le llegó nuevamente a la cama a tocarle sus partes íntimas y ella no lo permitió y lo confrontó recordándole que era su hija, al día siguiente hablaron, le decía que estaba muy bonita y que él no la veía como su hija, por el contrario que lo que había pasado entre ellos era muy lindo, que más bien tuvieran una relación amorosa –que fueran novios- y que si esas cosas habían pasado también eran culpa de ella y que no fuera contar porque lo metía en problemas.»

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. El veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021), ante el Juzgado Promiscuo de El Retorno con función de control de garantías se realizaron audiencias preliminares concentradas de legalización de captura por orden judicial, imputación y medida de aseguramiento¹.

En esa oportunidad la Fiscalía le imputó a Giovanni Battista Matías Ortegón los delitos de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado en concurso homogéneo y sucesivo (artículos 207 y 211 numerales 4º y 5º del código penal) en concurso heterogéneo con la conducta de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo (artículo 209 y 211 numerales 4º y 5º del código penal) , en calidad de autor, a título de dolo, conductas consumadas.

¹ Expediente digital, primera instancia, carpeta 04 audiencias concentradas.25.03.2021. Juzgado promiscuo el retorno, Guaviare, archivo denominado «9. Acta de preliminares».

Los cargos no fueron aceptados por Matías Ortegón y en razón de los cuales le fue impuesta medida de aseguramiento conforme al artículo 307 literal A numeral 1° del Código de Procedimiento Penal; esto es, detención preventiva en centro carcelario. Determinación que fue objeto de recurso de apelación por parte de la defensa técnica.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, mediante auto del siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021), confirmó la decisión confutada y mantuvo la medida de aseguramiento impuesta en las aludidas audiencias preliminares concentradas.

3.2. La Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación el veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)².

3.3. La actuación fue asignada el veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021), al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Villavicencio³ despacho que avocó conocimiento con auto del seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021)⁴.

La audiencia de acusación se realizó el veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021), oportunidad en la cual la Fiscalía acusó a **Giovanni Battista Matías Ortegón** por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado, en concurso homogéneo (artículos 207 y 211 numeral 5° del Código Penal).

3.4. El diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), se realizó la audiencia preparatoria⁵.

3.5. El diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022) ⁶, se instaló la audiencia de juicio oral, oportunidad en la que fue escuchada la teoría del caso de la fiscalía⁷.

² Expediente digital, primera instancia, 05Conocimiento, archivo denominado «004EscritoAcusacion».

³ Ibidem, archivo denominado «003ActaRepartoConocimiento».

⁴ Ibidem, archivo denominado «006AutoAvocaYFijaFecha».

⁵ Ibidem, archivo denominado «026ActaAudienciaPreparatoria».

⁶ Ibidem, archivo denominado «045ActaJuicioOral».

⁷ Expediente digital, segunda instancia, archivo denominado «AudienciaJuicioOral10Febrero2022».

3.6. El juicio continuó el quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)⁸, se recepcionó el testimonio de la menor J.A.M.O⁹.

3.7. El dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)¹⁰, se escuchó a los testigos Angelica María Ottavo Bravo y Ángel Leonardo Páez León.

3.8. En sesión del veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022)¹¹, se recibieron los testimonios de Yersi Liliana Pardo Baquero, Ana Carolina Alcázar Arsuza y renunció a la práctica del testimonio de Sandra Milena Daza Castillo.

3.9. El dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintidós (2022)¹², se escuchó a Diana Lorena Gómez Pacheco, como última testigo de la Fiscalía General de la Nación.

Asimismo, se dio inicio a la práctica probatoria de la defensa y se recepcionaron los testimonios de Robert Hernán Cordero, Laura del Pilar Cañas, José Ariel Matías Ortegón, Martha Lucía Porras González y Jaime Bueno Henao.

3.10. El veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023)¹³, se culminó el testimonio de Jaime Bueno Henao.

3.11. Para la vista pública del tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023)¹⁴, se practicó el testimonio de Cherlys Gregory Pinto Acosta y culminó la práctica probatoria con la declaración del procesado **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

3.12. El veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023), se escucharon los alegatos de conclusión¹⁵.

⁸ Ibidem, archivo denominado «066ActaJuicioOral».

⁹ Expediente digital, segunda instancia, archivo denominado «JuicioOral15Julio2022».

¹⁰ Expediente digital, segunda instancia, archivo denominado «075ActaJuicioOral».

¹¹ Ibidem, archivo denominado «087ActaJuicioOral».

¹² Ibidem, archivo denominado «093ActaJuicioOral».

¹³ Ibidem, archivo denominado «102ActaJuicioOral».

¹⁴ Ibidem, archivo denominado «110ActaJuicioOralCulminaDebateProbatorio»

¹⁵ Ibidem, archivo denominado «110ActaJuicioOralCulminaDebateProbatorio»

3.13. Para la calenda del treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)¹⁶, se emitió sentido del fallo absolutorio y se ordenó la libertad de **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

3.14. El once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024) se emitió el fallo absolutorio de primera instancia¹⁷.

IV. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Villavicencio profirió sentencia absolutoria en favor de **Giovanni Battista Matías Ortegón** el once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado en concurso homogéneo y sucesivo ¹⁸.

En la parte considerativa de la decisión objeto de recurso, el *a quo* indicó que la conducta punible por la cual fue acusado **Matías Ortegón**, se encuentra descrita en el artículo 207 del código penal y se encuentra compuesta por los siguientes elementos: **(i)** Un sujeto determinado singular; **(ii)** Un sujeto pasivo con una cualificación específica: persona colocada en incapacidad de resistir, inconsciencia o inferioridad psíquica; **(iii)** Una conducta determinada alternativa: ya sea acceso carnal o acto sexual diverso y **(iv)** que dicha conducta sea ejecutada habiendo puesto al sujeto en incapacidad de resistir, inconsciencia o con inferioridad psíquica.

Aunado a lo anterior, adujo que el acceso carnal al que se refiere el tipo penal aludido es el que se entiende como la penetración del miembro viril por vía vaginal u oral o la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, de acuerdo a las previsiones del artículo 212 del código penal.

Precisó, que el delito por el cual la Fiscalía solicitó condena corresponde al de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir agravado en concurso homogéneo y sucesivo, por hechos que tuvieron su ocurrencia entre

¹⁶ Ibidem, archivo denominado «127ActaSentidoDelFallo».

¹⁷ Ibidem, archivo denominado «137ActaLecturaDeFallo».

¹⁸ Ibidem, archivo denominado «136Fallo».

el nueve (9) de octubre de dos mil diecinueve (2019) y enero de dos mil veinte (2020), determinándose como víctima a la menor J.A.M.O.

En lo que respecta a las pruebas practicadas durante el juicio oral, se expuso de manera inicial el testimonio de la menor J.A.M.O., la cual declaró en vista pública de fecha quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022) y señaló que, con posterioridad a las fiestas decembrinas del año dos mil dieciocho (2018), decidió con autorización de su progenitora, vivir con su progenitor **Giovanni Battista Matías Ortegón** y su hermano menor en el barrio Villa Samper de la ciudad de Villavicencio; agregó que, en dicha unidad domestica vivían además su madrastra Cherlys Gregory Pinto y los hijos de esta.

En la declaración la menor indicó que, los abusos iniciaron sobre los meses de septiembre y octubre del año dos mil diecinueve (2019) cuando tenía trece (13) años de edad, que en ocasiones ocurrían cuando estaba bajo los efectos de bebidas embriagantes y otras veces cuando estaba lúcida. Se adujo que, el primer evento expuesto por la víctima acaeció durante una celebración familiar en la cual su padre le pidió que lo acompañara a consumir bebidas alcohólicas en razón a que a su madrastra no le gustaba, posteriormente la menor indicó haberse ido a dormir y al despertar notó que **Matías Ortegón** se encontraba encima de ella y ejercía presión con su miembro viril sobre su vagina. La deponente mencionó haber sentido dolor y no haber reaccionado frente a la agresión al no saber qué hacer.

Se indicó que la menor en su testimonio refirió que, al día siguiente de los hechos narrados fue al baño y sintió dolor en su vagina, además manifestó haber observado sangre en su ropa interior, precisó no haber iniciado su vida sexual y que además no se encontraba en su ciclo menstrual. Hechos que se repitieron en tres o cuatro oportunidades más según lo manifestado por J.A.M.O.

Sumado a lo expuesto se adujo que, J.A.M.O., recordó en su declaración que, en otra oportunidad luego de llegar del colegio, su progenitor, **Matías Ortegón** se acostó a su lado y comenzó a efectuar tocamientos en su abdomen para posteriormente bajar su mano a su parte íntima, motivo por el cual la víctima se levantó y se fue para donde su madrastra quien tenía un puesto de venta de tintos.

El *a quo* expuso que la menor señaló haber recibido una carta de su progenitor en la cual le pidió que sostuvieran una relación y además le confesó que con la hija de su anterior pareja «*habían pasado cosas*».

Culminada la exposición de la declaración de la menor, el juez de primer grado señaló que, la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha indicado que cuando se trata de delitos que afectan la formación e integridad sexual de los menores de edad, la declaración de la víctima tiene especial relevancia por tratarse generalmente de delitos a puerta cerrada y en la mayoría de los casos solo quien fue «*protagonista*» del encuentro libidinoso podría aportar información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se perpetró la conducta punible.

Precisó que, en razón a lo anterior, la jurisprudencia especializada ha indicado que para hacer más o menos creíble la versión de la víctima se deben analizar sus manifestaciones a través de la «*corroboración periférica*» conforme a la información que se aporte durante el juicio oral.

De conformidad con lo expuesto, el *a quo* indicó que el dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022) se practicó el testimonio de la progenitora de la menor Angélica María Ottavo Bravo, quien afirmó que en la navidad del año dos mil dieciocho (2018), la menor J.A.M.O decidió vivir con su papá **Giovanni Battista Matías Ortega** y su hermano menor en la ciudad de Villavicencio.

Dicha testigo manifestó que para el veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020), **Matías Ortega** le informó que la menor J.A.M.O había huido de la casa; por lo que, con ocasión a esa información viajó de la ciudad de Ibagué a Villavicencio y ante una citación del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar se enteró de los presuntos abusos de los fue víctima su hija J.A.M.O.

Durante la declaración, la deponente afirmó que al enterarse de lo sucedido confrontó a **Giovanni Battista Matías Ortega**, quien le manifestó que «*la había embarrado*» y que días después ante nuevos reproches por los abusos sexuales

denunciados por su hija, el procesado le manifestó que esa situación debía quedarse en el pasado y que eran problemas que tenían todas las familias.

Finalmente, el juez de primer grado señaló que la deponente manifestó que en el tiempo que convivió con **Matías Ortegón** y sus hijos, jamás observó comportamientos inusuales por parte de este e hizo referencia del gusto de su expareja por mujeres jóvenes, además de señaló que la menor de edad perdió el año escolar luego de denunciar los abusos.

Se indicó en la decisión objeto de disenso que, en la misma sesión de audiencia se recibió el testimonio de Ángel Leonardo Páez, a quien se identificó como el novio de la menor para la época de los hechos, además de ser la persona que denunció los abusos de los que era víctima la menor J.A.M.O.

Se expuso que, este deponente manifestó haber percibido de manera directa la repulsión de la menor hacía su padre, además de observar su estado de ánimo, situaciones que lo motivaron a preguntarle a J.A.M.O si era víctima de abuso sexual, a lo que la menor respondió de manera afirmativa y le confesó que el primer abuso se dio en el mes de septiembre de dos mil diecinueve (2019) en una reunión familiar; sin embargo, manifestó no tener detalles sobre los otros hechos de abuso.

Sumado a lo anterior, el testigo refirió que él y la víctima pusieron en conocimiento de Cherlys Gregory Pinto – *pareja de Matías Ortegón* – los abusos sexuales padecidos por J.A.M.O, situación frente a la cual esta manifestó no querer interferir. Asimismo, refirió que el motivo por el cual la menor se fue a vivir a su casa corresponde al temor que tenía de convivir a solas con su padre pues su madrastra se iba del país.

También se hizo referencia al testimonio de Ana Carolina Alcázar, médico forense adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien realizó el examen sexológico a la menor y que en su declaración manifestó que de acuerdo al informe pericial, la paciente presentó un himen íntegro y elástico; sin embargo, por el tipo de himen y el periodo de tiempo transcurrido

desde la ocurrencia de los hechos hasta la toma del examen resultaba probable que las lesiones por actividad sexual hubiesen desaparecido, sin que ello desvirtúe lo manifestado por la menor J.A.M.O.

Para culminar lo que tiene que ver con los testigos de cargo, se indicó que se recepcionaron los testimonios de Yersi Liliana Pardo Baquero, defensora de familia de CAIVAS, quien puso de presente a la Fiscalía el presunto abuso sexual del que fue víctima J.A.M.O e indicó la ruta de restablecimiento de derechos y Diana Lorena Gómez Pacheco, quien como psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, realizó a la menor una entrevista semiestructurada en el proceso de verificación de derechos y quien además aclaró que el procedimiento realizado difiere de la entrevista forense que realiza la Fiscalía, a fin de determinar el estado mental de la menor.

Conforme a los testimonios de cargo, el *a quo* determinó que resultaba posible colegir lo siguiente: «(i) la menor convivió de manera permanente con su padre desde inicios de dos mil diecinueve (2019), hasta julio de dos mil veinte (2020) (ii) que en la vivienda residía la menor junto a su hermano, su padre, la pareja sentimental de aquel y los dos hijos de ella (iii) el primer episodio de abuso tuvo lugar para los meses de septiembre y octubre de dos mil diecinueve (2019) (iv) que el señor Battista Matías hacía que su hija consumiera bebidas alcohólicas para luego abusarla (v) los hechos ocurrieron en varias oportunidades, una vez estando en bajo el influjo de bebidas alcohólicas y otras veces en sano juicio (vi) no se tiene certeza por parte de la menor si hubo penetración o no (vii) por el himen elástico, no es posible determinar rastros de actividad sexual (viii) no se determinó el estado mental de la menor ni las secuelas psicológicas.»

Una vez expuestos los testimonios de cargo, el *a quo* procedió a presentar los testimonios de descargo a fin de controvertir la teoría del caso presentada por la Fiscalía.

Inicialmente se practicó el testimonio de Roberto Hernán Cordero Martínez, quien mantiene un vínculo de amistad con el procesado, motivo por el cual para el mes de octubre de dos mil diecinueve (2019), convivió con **Matías Ortegón** y su

núcleo familiar por aproximadamente quince (15) días, señaló no haber observado un mal comportamiento del procesado con su hija y puntualizó que su amigo bebía licor de manera ocasional y moderada.

En la determinación de primer grado se hizo mención a la declaración presentada por Laura del Pilar Cañas Sánchez, madrastra del procesado, quien aseveró que **Giovanni Battista Matías Ortegón** sería incapaz de vulnerar la integridad de sus hijos, además manifestó haber viajado a la ciudad de Villavicencio en el mes de diciembre de dos mil diecinueve (2019) y compartió en la unidad domestica de **Matías Ortegón**, oportunidad en la cual la madrastra de J.A.M.O le expuso su preocupación por una relación que la menor sostenía con Ángel Leonardo Pérez quien era mayor de edad.

La deponente señaló que la menor J.A.M.O se mostraba cariñosa con **Giovanni Battista Matías Ortegón**; sin embargo, ante el requerimiento efectuado por su familia para que se alejara de Ángel Leonardo Pérez la menor reaccionó de manera descortés con los presentes.

El *a quo* arguyó que lo expuesto anteriormente fue corroborado por el testimonio de Jorge Ariel Matías Ortegón, quien señaló que su hermano presentaba inconvenientes por el comportamiento de J.A.M.O por un noviazgo con una persona de veintiún (21) años, situación que preocupaba a la familia.

El testigo manifestó que, cuando la menor J.A.M.O se fue a vivir con Ángel Leonardo, **Giovanni Battista Matías Ortegón** lo llamó para indicarle su preocupación, motivo por el cual le aconsejó acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Agregó que cuando se enteró de los señalamientos realizados al procesado lo llamó para confrontarlo, pero este negó haber abusado de J.A.M.O.

También se expuso lo declarado por Martha Lucía Porras González, quien señaló que la relación de J.A.M.O con su progenitor se basaba en el respeto y cariño mutuo. Además, advirtió sobre los consejos que le daba a la menor debido a la relación que sostenía con un hombre adulto.

Finalmente, el juez de primera instancia expuso la declaración de Cherlys Gregory Pinto, madrastra de J.A.M.O. y quien a su consideración resulta ser una testigo de suma importancia, en razón a que la deponente convivió con la menor víctima y el acusado.

En el transcurso del juicio oral Cherlys Gregory Pinto indicó que nunca había visto a **Giovanni Battista Matías Ortegón** consumir alcohol en compañía de sus hijos o inducirlos al consumo de bebidas embriagantes y que su expareja compraba alcohol ocasionalmente cuando descansaba; sin embargo, a los menores les compraba gaseosa y galletas. Agregó que como educadora de profesión nunca observó alguna conducta extraña por parte de J.A.M.O. y que esta siempre actuó de acuerdo a la adolescencia.

El juez de primer grado señaló que la deponente precisó haberse ausentado del hogar en el año dos mil diecinueve (2019) a mediados de octubre y retornó el seis (6) de diciembre y en razón a complicaciones de salud de su progenitor volvió a Venezuela en el mes de septiembre de dos mil veinte (2020). Motivo por el cual culminó su relación con **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

Se indicó en la decisión de primera instancia que la declarante fue clara al manifestar que durante el mes de septiembre de dos mil diecinueve (2019) no hubo ninguna celebración en su domicilio y mucho menos ingesta de bebidas alcohólicas por parte de ella o de los menores.

La deponente además adujo que, la menor J.A.M.O. sostenía una relación con Ángel Leonardo, a quien catalogó como una persona posesiva, inicialmente **Giovanni Battista Matías Ortegón** permitía que la menor recibiera a su amigo en la casa pues así se sentía más seguro, pese a la oposición que tenía frente a esa relación. Sobre dicha situación, la testigo manifestó que en el mes de marzo de dos mil veinte (2020), la menor tuvo un retraso en su ciclo menstrual, lo que motivó a la practica de una prueba de embarazo con resultado negativo. Finalmente, indicó que la menor se fue de la casa en el mes de julio de dos mil veinte (2020).

Así las cosas, una vez decantados los testimonios practicados en juicio oral, el *a quo* concluyó que la teoría de la defensa giró en torno a la existencia de un complot orquestado por la menor y su novio Ángel Leonardo, ante la oposición de **Matías Ortegón** a dicha relación.

Lo anterior, se pretendió soportar no solo con los testimonios de los familiares y allegados sino además con una pericia psicológica realizada a la menor J.A.M.O por parte del profesional Jaime Bueno Henao; sin embargo, ante el incumplimiento de los artículos 417 y 420 del código penal dicho medio de prueba no fue valorado por el *a quo*.

Expuestas entonces las pruebas practicadas en el debate público del juicio oral, el juez de primera instancia procedió a realizar la correspondiente valoración de los medios de conocimiento ofrecidos y de entrada indicó que, la conducta por la cual fue acusado **Giovanni Battista Matías Ortegón**; esto es, acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir no traspasó la esfera de la imputación.

Señaló que la jurisprudencia especializada (CSJ SP229-2022 Radicado 50487), ha señalado que, el tipo penal aludido exige que el sujeto activo ajuste su conducta para acceder carnalmente a otra persona o ejecutar en ella actos sexuales diversos al acceso, sujeto al cual ha puesto «(i) en incapacidad de resistir, (ii) en estado de inconsciencia o (iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Situaciones que son creadas por el actor con el propósito de menoscabar la capacidad de autodeterminación de la víctima ora porque no alcanza a comprender la relación o no tiene la capacidad cognitiva para asentir libremente su realización.»

Concluyó que, la descripción típica exige al sujeto activo un obrar que corresponde a poner a alguien en uno de los tres estados referidos y es el autor de la conducta quien crea o pone al sujeto pasivo en cualquiera de las condiciones aludidas.

El juez de primera instancia determinó que, una vez examinados los medios de conocimiento, tal y como lo indicaron la defensa y el delegado del Ministerio Público, la Fiscalía no acreditó más allá de toda duda la materialidad y la responsabilidad de **Giovanni Battista Matías Ortega**, en el delito enrostrado.

Señaló que, en la presente actuación no existe prueba alguna que demostrar la materialidad de la conducta punible por la cual **Matías Ortega** fue convocado a juicio, de manera específica, no se probaron las circunstancias modales de haber puesto a la menor J.A.M.O en incapacidad de resistir y haberla accedido carnalmente, pues no se acreditó la inducción al consumo de bebidas alcohólicas, ni mucho menos el estado de inconsciencia o inferioridad psíquica que exige el tipo penal.

Frente a ello, el *a quo* refirió que la menor le manifestó que su progenitor le daba bebidas alcohólicas con la finalidad de accederla carnalmente y señaló el primer evento del presunto abuso e indicó que el mismo acaeció entre los meses de septiembre y octubre de dos mil diecinueve (2019), en la vivienda que compartía con su progenitor, su madrastra y los hijos de esta.

Sin embargo, a juicio del juez de primer grado, lo manifestado por la menor carece de soporte probatorio, pues aun cuando no existe duda de que **Matías Ortega** compraba bebidas alcohólicas para su consumo, lo cierto es que no se logró ubicar a la menor en tiempo, modo y lugar en esa situación determinada y menos por disposición de su padre.

Sumado a lo anterior, señaló que en gracia de discusión Cherlys Gregory Pinto sería la persona que podría corroborar la versión de la menor; sin embargo, esta testigo fue enfática en señalar que para la época referida por J.A.M.O no hubo ninguna reunión familiar que implicara la ingesta de licor y además nunca observó a la menor consumir bebidas embriagantes y muchos evidenció que **Giovanni Battista Matías Ortega**, le ofreciera licor.

Conforme a lo expuesto, el *a quo* concluyó que el dicho de la menor J.A.M.O. no contó con respaldo probatorio suficiente, pese a que se procuró una corroboración periférica en tal sentido.

De manera subsiguiente, el juez de primera instancia arguyó que, la Fiscalía tampoco logró acreditar el acceso carnal no solo porque la menor en su declaración indicó no estar segura de que hubiese penetración de la asta viril, sino porque el examen sexológico determinó que en razón a la condición de himen elástico presentado por la menor J.A.M.O no era posible establecer si se presentó o no actividad sexual.

Ahora bien, en la decisión objeto de recurso se indicó que en la audiencia de alegatos de conclusión el Ministerio Público solicitó que se emitiera sentencia condenatoria por la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Frente a ello, el *a quo* determinó que, de acuerdo a lo probado en juicio oral tampoco se alcanzó el estándar mínimo para proferir sentencia en contra de **Matías Ortega** por el delito referido por el delegado del Ministerio Público, pues pese a que se evidenció que, la menor estaba anímicamente afectada durante su declaración no es posible pasar por alto las falencias presentadas durante el trámite probatorio.

Refirió que, pese a que se estableció que en la vivienda donde presuntamente ocurrieron los hechos residían varias personas, poca explicación se dio sobre la ubicación de los demás miembros del hogar durante la ocurrencia de los abusos denunciados, máxime cuando la habitación de la víctima era compartida con otros menores.

Para el *a quo* resulta confuso entender como el procesado pudo exponerse a ser descubierto no solo por los menores que compartían habitación con J.A.M.O sino también por su compañera sentimental que se hallaba en la habitación contigua.

Sumado a lo anterior, señaló que fue poca la información aportada sobre los momentos en los que se dieron los abusos bien sea por cuestiones labores, académicas y demás situaciones propias del diario vivir.

Frente a la huida de la menor J.A.M.O el juez de primer grado arguyó que, se presentaron dos versiones que se contraponen. La primera, ofrecida por la menor y su exnovio, corresponde al temor de quedarse a convivir sola con su progenitor ante el viaje de su madrastra fuera del país. La segunda, corresponde a la desaprobación de **Matías Ortegón**, a la relación que la menor sostenía con Ángel Leonardo Páez, la cual no solo era conocida por su padre, sino también por su madrastra y su progenitora.

De igual manera indicó que, el dicho de la menor también se contrapone con lo manifestado por los testigos de cargo y de descargo, en lo que tiene que ver con el comportamiento de J.A.M.O. pues mientras la progenitora afirmó que para el dos mil veinte (2020), cuando se dieron a conocer los presuntos abusos, la menor perdió el año escolar; igualmente, Ángel Leonardo Páez señaló el desagrado que mostraba la menor cuando su padre se le acercaba.

De otro lado, Cherlys Gregory Pinto manifestó no haber observado nada inusual en el comportamiento de J.A.M.O, quien siempre mostró una relación de afecto y cercanía con su padre. Situación que fue reafirmada con las declaraciones de Laura del Pilar Cañas Sánchez y Jorge Ariel Matías Ortegón.

Finalmente, el juez de primer nivel, adujo que de la valoración en conjunto de las pruebas aportadas durante el juicio oral no se obtuvo el conocimiento más allá de toda duda razonable para predicarse la realización del delito por el cual fue acusado **Giovanni Battista Matías Ortegón**; por lo tanto, en el presente asunto impera la duda.

Como consecuencia de lo anterior, al incumplirse los requisitos que exige el artículo 381 del código de procedimiento penal para proferir fallo condenatorio, el juez de primer grado dictó sentencia absolutoria en favor de **Giovanni Battista**

Matías Ortegón, por el delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

V. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

5.1. Fiscalía General de la Nación¹⁹.

La Fiscalía General de la Nación se mostró inconforme con la decisión adoptada, por ende, solicitó su revocatoria para que en su lugar se profiera sentencia condenatoria en contra de **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

El recurrente indicó que con relación al acceso carnal, contrario a lo indicado por el juez de primera instancia, sí existe una correspondencia entre el dicho de la víctima y el estado de inconsciencia como consecuencia de la ingesta de cerveza, de allí que la menor J.A.M.O no tuviera claridad si hubo o no penetración y solamente refirió que su progenitor estaba encima de ella ejerciendo presión en su vagina y hasta el día siguiente percibió dolor en su parte íntima y la presencia de un sangrado. Conforme a ello, resulta razonable que la menor no tenga absoluta claridad de lo ocurrido.

El delegado de la Fiscalía adujo que, de las pruebas practicadas en el juicio oral quedó claro que **Matías Ortegón**, tenía cervezas en su casa para su consumo, lo que resulta ser un hecho indicador de la existencia del insumo empleado para doblegar la voluntad de la menor víctima.

Refirió que, en la decisión de primera instancia se indicó que del análisis en conjunto de las pruebas no se acreditó la ingesta de bebidas alcohólicas respecto de la menor y menos su estado de inconsciencia.

Frente a ello, el impugnante señaló que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el aludido estado no requiere prueba técnica o científica y citó la decisión con radicado 23290 del veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008).

¹⁹ Ibidem, archivo denominado «138Apelacion».

Precisó que, pese a que el *a quo* indicó que el testimonio de la menor incurrió en inconsistencias, para la Fiscalía lo cierto es que J.A.M.O expuso de manera consistente las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos investigados, pues fue clara en relatar que en varias ocasiones su progenitor le suministró cerveza para debilitar su consciencia y voluntad para posteriormente accederla carnalmente.

Agregó que, la menor J.A.M.O expuso que los abusos eran una conducta reiterada y que en otras oportunidades los tocamientos libidinosos se dieron mientras ella estaba dormida.

La Fiscalía refirió que, en la memoria de la menor se registra como evento principal el ocurrido en el mes de septiembre de dos mil diecinueve (2019), cuando contaba con trece (13) años de edad y fue accedida por su progenitor, lo que le ocasionó dolor en su vagina y sangrado.

Lo anterior, sumado a las manifestaciones realizadas por **Matías Ortega**, quien le expuso a J.A.M.O. sus intenciones de sostener una relación e igualmente le confesó que había tenido una «*experiencia similar*» con la hija de su expareja; ello sumado a que, posteriormente le entregó a la víctima una carta en la que nuevamente insistía en su pretensión de tener una relación.

El impugnante señaló que, la menor en su declaración precisó haber informado a su madrastra Cherlys Gregory Pinto respecto de los abusos de los que era víctima pero no encontró respaldo alguno; actitud que debe ser analizada de manera objetiva al tratarse de una mujer de nacionalidad venezolana, con un grado de instrucción profesional y quien se vio en la obligación de abandonar su país junto con sus hijos; por lo que ponerse en contra de su pareja **Giovanni Battista Matías Ortega** le hubiese acarreado consecuencias negativas.

Puntualizó que, durante la declaración J.A.M.O evidenció llanto y labilidad emocional al evocar lo sucedido; pese a ello, el relato presentado resultó coherente.

Ahora bien, en punto de la corroboración periférica se puede colegir que la víctima y su agresor convivían en la misma casa, además de establecerse un límite de temporalidad para la ocurrencia de la conducta punible; esto es, octubre de dos mil diecinueve (2019) a diciembre de dos mil veinte (2020), además de establecerse que en el domicilio había bebidas embriagantes compradas por **Matías Ortegón** para su consumo.

La Fiscalía enfatizó en que los testigos de cargo fueron un elemento relevante de esa corroboración periférica en torno a los hechos y la conducta por la cual fue acusado **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

En cuanto a Angélica María Otavvo Bravo, señaló que la declarante manifestó que su hija fue quien le reveló los hechos de los cuales había sido víctima; además al confrontar al agresor este le contestó que «*la había embarrado con su hija*».

El recurrente indicó que, la declarante manifestó que su expareja sentía gusto por las menores y que a ella la empezó a cortejar cuando tenía solo trece (13) años de edad, además expuso que **Matías Ortegón** se relacionó con su hermana menor con quien tuvo un hijo al cual no reconoció.

Conforme a lo expuesto el delegado fiscal señaló que, la aceptación espontánea del procesado; pese a que no fue expresa, se encuentra relacionada con el abuso del que fue víctima J.A.M.O, lo que constituye un hecho indicador de responsabilidad. Además, no se puede pasar por alto el gusto de **Matías Ortegón** por las adolescentes y el hecho de haber embarazado a la hermana menor de Angélica María Ottavo Bravo, lo que evidencia un desvalor por los lazos de familiaridad y determina que tampoco le importan los lazos de consanguinidad que tiene con su hija. Lo anterior, permite concluir un hecho indicador de su conducta.

Frente a la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia al testimonio de Diana Lorena Gómez Pacheco, psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía señaló que el *a quo* dejó de lado el concepto

emitido por la profesional, quien en su condición de perito señaló que la adolescente se hallaba emocionalmente afectada y que además requería terapia psicológica. De lo anterior resulta evidente la afectación a nivel psíquico de J.A.M.O, pues de no haber sido así no habría razón para que se hubiese presentado como sugerencia la terapia.

El recurrente señaló que, el testigo Ángel Leonardo Páez fue quien instó a la menor a denunciar ante las autoridades los abusos sexuales ante la actitud mostrada por Cherlys Gregory Pinto cuando J.A.M.O acudió a ella. Precisó que este deponente declaró haber percibido de manera directa el desagrado que mostraba la menor frente a su padre y este fue el motivo por el cual le preguntó a la menor si era víctima de violencia sexual, a lo que J.A.M.O contestó de manera afirmativa.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación argumentó que, el juez de primer grado sobredimensionó el valor suasorio del testimonio de Cherlys Gregory Pinto, pues no tuvo en cuenta que, esta manifestó haber salido de Colombia a mediados de octubre de dos mil diecinueve (2019) y regresó hasta el seis (6) de diciembre de ese mismo año; por lo tanto, resultaba imposible precisar que la testigo estuvo todo el tiempo en la casa en la que convivía J.A.M.O y su agresor.

Además, destacó que la aludida testigo reconoció que **Matías Ortegón** consumía bebidas embriagantes frente a sus hijos y que era usual que en la vivienda hubiera cerveza.

De conformidad con lo expuesto en precedencia, el delegado de la Fiscalía General de la Nación manifestó que, en el presente asunto emergen muchas de las circunstancias exigidas por la jurisprudencia especializada; esto es, la existencia de un daño psicológico advertido por la profesional adscrita al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y el estado anímico de la menor durante su declaración, situación que además fue corroborada por Ángel Leonardo Paéz durante su testimonio.

Arguyó que, quedó debidamente acreditado que la menor y su victimario vivían en la misma casa, de donde se puede colegir que **Giovanni Battista Matías Ortegón** sí pudo compartir tiempo a solas con la menor J.A.M.O; por lo que, las agresiones sexuales sí pudieron presentarse en dicho inmueble. Se probó además que la actividad laboral del acusado le imponía el cumplimiento de unos turnos, de tal manera que lo narrado por la adolescente en punto del abuso ocurrido cuando llegó del colegio, se quedó dormida y su padre se acostó a su lado para efectuar tocamientos libidinosos, lo que obligó a J.A.M.O a retirarse de la habitación e ir donde su madrastra, quien según su relato estaba en el puesto de venta de tintos.

Argumentó que, ni durante la investigación, ni el juicio oral se evidenció la existencia de un interés de la menor por perjudicar a su progenitor, con quien convivió por un tiempo y velaba por sus necesidades básicas; por lo que, la teoría defensiva consistente en un «*complot vengativo*» por no permitir una relación de noviazgo carece de elementos que así lo demuestren.

Concluyó su argumentación al referir que, se demostró más allá de toda duda razonable la agresión sexual y la responsabilidad del acriminado, con la declaración de la menor, los indicios de oportunidad y presencia, la existencia de cerveza en la unidad doméstica, la práctica de consumir alcohol durante los días de descanso del procesado, la ausencia de la compañera sentimental de **Matías Ortegón** y otros.

Lo anterior, permite revocar la decisión de primera instancia y proferir en contra de **Giovanni Battista Matías Ortegón** una sentencia de carácter condenatorio.

Finalmente, refirió que no se puede dejar de lado lo señalado por el Ministerio Público quien adujo que de conformidad con lo probado en juicio oral se configuró la conducta de actos sexuales con menor de catorce años agravado, de modo que, aunque no fue objeto de acusación le resultaba posible al juez de conocimiento proferir condena por el reato mencionado.

5.2. Defensa como no recurrente²⁰

Durante el traslado como no recurrente, la defensa de **Giovanni Battista Matías Ortegón**, señaló que el *a quo* de manera acertada, luego de realizar el ejercicio correspondiente de corroboración periférica determinó que no se cumplió con el estándar mínimo para proferir sentencia condenatoria.

Refirió que, durante el juicio oral se probó que la menor no dormía sola y no se logró acreditar que su representado le suministraba bebidas embriagantes, situación que fue confirmada en el juicio oral por los testigos de descargo.

Sumado a lo anterior, no se probaron cambios en el comportamiento de J.A.M.O hacia su padre, al contrario, los deponentes señalaron que la menor siempre fue cariñosa, atenta y respetuosa con su progenitor y el único que afirmó lo contrario es Ángel Leonardo Páez, novio de la menor, quien durante su declaración realizó afirmaciones que no son acordes a la realidad.

La defensa señaló que no se puede dejar de lado que fue Ángel Leonardo Páez quien sacó a la menor de su hogar con anuencia de su progenitora, quienes «*curiosamente*» son coherentes al afirmar que J.A.M.O tenía catorce (14) años cuando iniciaron a sostener relaciones íntimas.

Adujo que, no se acreditó el acceso carnal vía vaginal pues como lo afirmó la médica forense, la menor tiene himen elástico y las declaraciones de J.A.M.O. no fueron precisas sobre este aspecto.

Por último, indicó que no se probaron los supuestos actos sexuales pues nadie observó un comportamiento abusivo de su prohijado para con su menor descendiente, contrario a ello lo que se evidenció fue el respeto y el amor que había entre padre e hija.

Por las razones esbozadas solicitó confirmar la sentencia absolutoria proferida en favor de **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

²⁰ Ibidem «142RespuestaNoRecurrente».

VI. CONSIDERACIONES

6.1. De la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de dos mil cuatro (2004), este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el fallo absolutorio emitido el once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Villavicencio, Meta.

6.2. Cuestiones preliminares

El delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años

Como se dejó plasmado en el acápite del recuento procesal, Matías Ortégón fue imputado por los delitos de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y actos sexuales con menor de 14 años, empero, al momento de formularse la acusación este delito fue obviado sin que obre en la actuación dato que explique y justifique tal proceder.

Ahora, en consideración a que la competencia de la Sala es limitada, en tanto, se restringe a los asuntos objeto de apelación, en el caso puesto a consideración, a la Sala le está vedado pronunciarse del delito de actos sexuales con menor de 14 años, respecto del cual, dada la omisión advertida, ni el juez de primera instancia se pronunció, ni las partes, por vía de alzada, presentaron reparos.

No obstante, lo anterior, comedidamente se insta a la Fiscalía General de la Nación para que, una vez revisada la actuación, proceda a adoptar una determinación sobre el particular.

Eventual variación de la calificación

De constatarse que en la actuación no obra prueba, más allá de toda duda razonable del delito por el cual se hizo el llamamiento a juicio – acceso carnal en

persona puesta en incapacidad de resistir-, ante la solicitud efectuada por el delegado de la Procuraduría General de la Nación de emitir sentencia de condena por el punible de acto sexual abusivo en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, la Sala emprenderá el respectivo estudio, lo cual no afecta los derechos y garantías del procesado, bajo el entendido de que i) se conservará el núcleo central de la imputación fáctica, lo cual, conlleva ii) el no sorprender al procesado, pues contó con la oportunidad de defenderse esos hechos en concreto, y iii) el proceder por un delito de menor entidad y por ende con menor punibilidad, que a la postre, en un hipotético escenario de condena, devendría en su beneficio.

6.3. Problema jurídico

La Sala determinará si con las pruebas practicadas en el juicio oral, se acreditó la materialidad del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado, en concurso homogéneo, artículos 31, 207 y 211 numeral 5 del Código Penal y la responsabilidad de **Giovanni Battista Matías Ortegón**.

Requisitos para proferir sentencia condenatoria

El artículo 381 de la Ley 906 de dos mil cuatro (2004) establece que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Así las cosas, la sentencia de condena solo tendrá lugar cuando el funcionario judicial, con base en el análisis racional de las pruebas practicadas en el juicio, tenga certeza del delito y la responsabilidad del acusado.

Esta certeza no debe ser entendida con un carácter absoluto sino relativo, por lo que sólo, ante la existencia de dudas con entidad y suficiencia, será viable aplicar el principio de presunción de inocencia.

En punto al acerbo probatorio que soporta la decisión judicial, se tiene que el sistema procesal penal con tendencia acusatoria se encuentra imbuido por el principio de

libertad probatoria, máxima prevista en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con la cual *«los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos fundamentales»*.

6.4. De la aplicación irrestricta en el ámbito judicial del enfoque diferencial de género

La perspectiva de género emergió en la segunda mitad del siglo XX, como una herramienta lógica necesaria para valorar y analizar las relaciones de los sujetos procesales, en aras de identificar comportamientos desigualitarios, fundados no sólo en diferencias biológicas entre hombres y mujeres, sino también en conceptos culturales arraigados en la sociedad.

Lo anterior con la finalidad de evidenciar dinámicas enmarcadas en tratos discriminatorios y de violencia en contra de la mujer, no sólo de índole sexual, por cuanto existen otras clases, tales como: la psicológica, física, económica o patrimonial e intrafamiliar.

La perspectiva de género, al momento de emanar la decisión judicial, debe ser evaluada por quienes administran justicia sin sesgos ni prejuicios que han permeado culturalmente a la sociedad, ya que en la mayoría de los casos en los que los actos de violencia ocurrían de manera privada y no perceptibles a los ojos de los demás, eran minimizados sin ahondar en el trasfondo o la procedencia de estos.

En los asuntos a analizar bajo esta óptica es imperativo esclarecer si las agresiones se realizaron en la dinámica de relaciones jerarquizadas en las que se asumen roles y comportamientos por cuestión de género, valiéndose una persona de su supuesta “superioridad” para violentar a otra.

Estos actos de violencia desencadenan una serie de conductas punibles atentatorias contra la vida, la integridad y la libertad sexual.

Los instrumentos internacionales

Se trae a colación algunos pactos internacionales generados con base en la perspectiva de género, dentro de los que se encuentran: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, que definió la segregación en contra de la mujer en su artículo 1º, como: *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.

Los Estados que ratificaron la Convención se comprometieron a brindar protección jurídica a las mujeres y sancionar actos discriminatorios en su contra.

A su vez, se reconoció la discriminación contra la mujer como un comportamiento social atentatorio de sus prerrogativas fundamentales en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1992.

Posteriormente, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Pará en 1994, precisó que la violencia de género contra la mujer es *“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”*.

Protección constitucional y legal

En el ámbito nacional, la Constitución Política en el artículo 13 habla sobre la igualdad, y en materia de género fue concebido el artículo 43, que dispuso que el hombre y la mujer tienen igualdad de derechos y oportunidades, y que la mujer podrá ser objeto de discriminación alguna.

En materia legislativa, el artículo 2° de la Ley 1257 de 2008, indicó que: *“Por violencia contra la mujer se entiende cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado... Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma de violencia puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares, en las laborales o en las económicas”*.

Por su parte, la Ley 1719 de 2014, adicionó y modificó algunos tipos penales y establece reglas para garantizar los derechos de las víctimas de violencia sexual, haciendo especial énfasis a las que hacen parte del conflicto armado interno.

“Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto la adopción de medidas para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial de la violencia sexual asociada al conflicto armado interno. Estas medidas buscan atender de manera prioritaria las necesidades de las mujeres, niñas, niños y adolescentes víctimas”.

La jurisprudencia constitucional

En cuanto a lo decantado por la Corte Constitucional sobre la violencia de género se consideran relevantes las siguientes decisiones:

-Sentencia T-878 de 2014: De esta decisión se extracta que la violencia de género es el producto de la asimetría cultural, de antaño impuesta y en algunos casos aceptada, caracterizada por relaciones de poder en las que el dominio lo ostenta el género masculino. Se perpetran actos de esta naturaleza cuando se ejerce violencia en contra de personas de identidad de género diverso y destaca que comporta agresiones físicas, psicológicas y de inequidad en lo político, social, y

económico, así como en lo cultural por discursos que propenden por un trato inequitativo²¹.

-Sentencia T-145 de 2017: Decisión que abordó el estudio de la administración de justicia con perspectiva de género, y establece que la violencia doméstica, históricamente padecida por la mujer, abandona la esfera privada del hogar y pasara a ser reconocida como parte de la problemática social. Reconoce como derecho fundamental de aquella una vida sin violencia.²²

La alta corporación en sentencia C-539 de 2016, precisó el concepto de perspectiva de género por la condición de mujer y con ocasión de su identidad de género, en los siguientes términos:

«59. En razón de lo anterior, en los fundamentos de esta sentencia se ha recabado y debe ahora recalcar que la muerte de una mujer se lleva cabo “por su condición de ser mujer” cuando existe un trasfondo de sometimiento y dominación de la víctima, que surja como manifestación de una realidad basada en patrones históricos de discriminación, producto del uso de estereotipos negativos de género. Puede haber situaciones antecedentes o concurrentes de maltratos físicos o sexuales, como la violación, la esclavitud y el acoso sexual o las prácticas forzadas sobre el cuerpo de la mujer. Así mismo, la muerte puede ser el acto final dentro de un continuum de prácticas constantes de maltrato corporal.

“Se priva de la vida a la víctima también por su condición de ser mujer en el contexto de costumbres culturales como los homicidios de honor, la dote, los relacionados con la etnia o la identidad indígena o cuando derivan de tradiciones, como la mutilación genital femenina. Otras condiciones de los feminicidios están relacionadas con la cultura de violencia contra la mujer o basadas en ideas misóginas de superioridad del hombre, de sujeción y desprecio contra ella y su vida. Es propio del contexto del que surge el feminicidio, así mismo, la dominación y la opresión que experimenta la víctima.

“En la determinación de que la muerte de una mujer ha sido causada por razón de su identidad de género, resulta igualmente útil observar las prácticas de violencia física, sexual, psicológica y económica a la que ella ha sido sujeta. Así, la amenaza de muerte, los daños o lesiones físicas; la coacción para mantener contacto sexualizado, ya sea de carácter físico o verbal, las humillaciones, ridiculización, menosprecio, insultos, celos, entre otros actos, para generar en ella sentimientos de desvalorización, y la privación de sus ingresos mínimos para subsistir. Todos estos son factores que permiten, entonces, discernir que la muerte de una mujer pudo haber sido causada por su propia condición.”

“En conclusión, como se indicó, el homicidio de una mujer a causa de su identidad de género es una agresión que guarda sincronía e identidad con todo un complejo de circunstancias definidas por la discriminación que experimenta la víctima. Las mismas condiciones culturales,

²¹Basado en: <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/conexion-justicia/Documents/caja-herramientas-genero/Cartilla%20G%C3%A9nero%20final.pdf>

²² Ibídem.

caracterizadas por el uso de estereotipos negativos, que propician los actos de discriminación, propician también y favorecen la privación de su vida. Por ello, el delito puede estar relacionado con otros actos de violencia, pero también con prácticas, tratos o interrelaciones que reflejan patrones históricos de dominación y desigualdad...”

Falso raciocinio en la apreciación de las pruebas

La Corte Suprema de Justicia, ha dicho que se incurre en error de hecho por falso raciocinio cuando el operador judicial al analizar las pruebas abandona la sana crítica y la suple por estereotipos, entendidos estos como ideas o creencias comúnmente aceptadas de un grupo o persona, pero que en su esencia son simples y excesivas y por tanto imprecisas²³.

En otras palabras, la prueba se contamina con prejuicios contrarios a la sana crítica, violándose con ello las reglas de la lógica, las leyes de la ciencia y las máximas de la experiencia, afectando en grado sumo la credibilidad de la prueba en desmedro de las garantías de las partes e intervinientes.

El alto Tribunal añade que la correcta aplicación del enfoque de género en las decisiones judiciales implica una doble labor de los jueces, unipersonales o colegiados, negativa, en punto a que debe valorar la prueba sin sesgos fundados en estereotipos y positiva, al imponer que en dicha evaluación debe aplicar el enfoque de género, para corroborar o descartar que la discriminación o la violencia tenga asidero en diferencias sociales, étnicas, de sexo, posición social o rol familiar.

Esta línea de pensamiento se mantiene en la providencia SP2136-2020, radicado 52897, en la cual el alto tribunal, reitera que se incurre en un error de hecho por falso raciocinio en los eventos en que las pruebas, en particular, el testimonio de la víctima, son analizadas con abandono del enfoque de género y por el contrario se acude a estereotipos, de los cuales ofrece algunos ejemplos:

«La categoría de “mujer honesta” se refiere a los atributos con los que debe contar una mujer para ser merecedora de la tutela judicial. Por ende, bajo este prejuicio lo funcionarios indagan sobre la vida pasada de la denunciante, a pesar de que ello no tenga relevancia en el juicio. Tal concepto se opone a los de:

²³ CSJ SP124, 29 mar. 2023, rad. 55149.

- “La mujer mendaz”, que hace referencia al estereotipo según el cual “las mujeres no saben lo que quieren” o “cuando las mujeres dicen ‘no’, en realidad quieren decir ‘sí’”, que se utilizan para construir la sospecha de que las mujeres mienten cuando denuncian un abuso sexual. En estos casos, los Tribunales buscan exhaustivamente en los testimonios dados por la denunciante elementos que lleven a corroborar el engaño. En esa línea, el relato de la mujer no tiene valor frente a la ausencia de consentimiento y deben existir elementos externos que lleven al convencimiento de su dicho (por ejemplo, marcas de resistencia en el imputado, testigos, signos de que ella ejerció resistencia).

- “La mujer instrumental”, que se deriva del estereotipo según el cual las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin, “la exclusión del marido del hogar”, “posicionarse en un juicio de divorcio”, para “perjudicar”, “vengarse”, o bien para “explicar una situación”. Esta situación las ubica en plano de desigualdad respecto del hombre quien cuenta con el límite del derecho penal como ultima ratio a su favor. Ello implica que la mujer también tenga que probar absolutamente su versión.

- “La mujer co-responsable”, se relaciona con la doctrina de la intimidad, de acuerdo a la cual a la justicia penal no le corresponden inmiscuirse en asuntos de pareja. Así, la violencia es una manifestación de una relación disfuncional y no de una historia de discriminación estructural, por lo que a la demandante le corresponde parte de la culpa de las lesiones recibidas.

- “La mujer fabuladora”, se vincula con el estereotipo la mujer “fantaseadora”, indicando que la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos. Generalmente, este prejuicio parte las nociones de locura e irracionalidad que se atribuyen frecuentemente a las mujeres, en oposición a la racionalidad que suele asignársele al hombre»²⁴.(Negrillas de la Sala)

6.5. Principio pro infans, deber de protección

La Corte Constitucional en auto A-009 de dos mil quince (2015) advirtió que en asuntos en los que se investiguen agresiones sexuales, la actuación procesal penal, la recolección y valoración probatoria deben atender los estándares constitucional e internacionalmente establecidos, decantando varias subreglas aplicables para los casos de delitos relacionados con violencia sexual, a saber:

«(i) ordenar de oficio y recolectar los elementos probatorios que sean necesarios de manera oportuna –pues el tiempo puede conducir en estos casos a la pérdida de la evidencia-. Lo anterior, sin desconocer los derechos de las víctimas, y evitando al máximo su revictimización e intromisiones indebidas en su intimidad, lo que incluye el deber de no someter a la víctima innecesariamente a exámenes físicos y psicológicos; (ii) no valorar evidencia sobre el pasado sexual de la víctima o sobre su comportamiento posterior a los hechos objeto de investigación; (iii) considerar de manera restrictiva los elementos probatorios sobre el consentimiento de la víctima; (iv) no desestimar los testimonios de las víctimas por presentar contradicciones, pues

²⁴ Sentencia T – 878 de 2014.

éstas son frecuentes en eventos traumáticos como la violencia sexual; (v) no desestimar los testimonios de las víctimas por no haber sido obtenidos en las primeras entrevistas, pues dicha omisión puede deberse, entre otras razones, a temores por razones de seguridad; **(vi) abstenerse de desestimar una acusación de violencia sexual por no existir evidencia física de “penetración”, ya que la violencia sexual no se limita a los eventos de acceso carnal –puede comprender eventos en los que ni siquiera hay contacto físico- e, incluso, en los casos de acceso carnal, la ausencia de esta evidencia se puede deber a penetraciones hasta el introito vaginal, a un himen dilatado o al paso del tiempo que impide la obtención de muestras de fluidos, es decir, no es una regla de la experiencia que cuando no ha habido penetración o no hay fluidos como espermatozoides, no ha habido violencia sexual;** (vii) emplear técnicas de investigación eficaces, modernas y con altos estándares de sanidad; (viii) **apreciar en conjunto la evidencia teniendo en cuenta el contexto en el que se presentó la violencia sexual;** (ix) ordenar la recolección de elementos probatorios que puedan afectar los derechos fundamentales de las víctimas, después de un análisis detallado de proporcionalidad entre la necesidad de la medida y las posibles afectaciones en los derechos fundamentales de las víctimas, análisis que además debe reflejarse en la decisión respectiva; (x) permitir que en la práctica de exámenes físicos, la víctima esté acompañada de una persona cercana, si así lo desea; **(xi) prestar especial atención al testimonio de la víctima, teniendo en cuenta que en la mayoría de los eventos de violencia sexual no hay otros testigos, razón por la cual el testimonio de la víctima debe valorarse como un indicio de la ocurrencia del delito;** y finalmente (xii) valorar los elementos probatorios allegados por la víctima o sus representantes.» (énfasis fuera del original).

Destacó además algunos criterios específicos que deben observar los funcionarios judiciales al valorar las evidencias probatorias en las investigaciones y juicios penales por delitos sexuales contra menores de edad, a saber: (i) la aplicación del principio pro infans; (ii) la importancia de la prueba indiciaria y testimonial; y (iii) restricciones sobre la inferencia del consentimiento de la víctima.

En relación con el denominado *principio pro infans*, la Corte Constitucional reiteró su especial importancia dentro del proceso penal pues constituye un criterio esencial de análisis al momento de valorar el testimonio de los menores, y en caso de advertirse dudas sobre la ocurrencia o no de las agresiones sexuales investigadas en su contra, esta deberá ser resuelta en favor de los niños, niñas y adolescentes víctimas de este tipo de delitos. En concreto, esta Corporación señaló:

«Particularmente, el principio pro infans ha sido caracterizado por esta Corte como una pauta hermenéutica que restringe la autonomía de los funcionarios para decretar y valorar pruebas. En este sentido, en caso de dudas sobre la ocurrencia de agresiones sexuales contra menores de edad, las decisiones que adopten los funcionarios deben ser resueltas a favor de los derechos de los menores. Asimismo, constituye un condicionamiento para la aplicación del principio in dubio pro reo en los casos de delitos sexuales contra menores, y una exigencia reforzada de debida diligencia en las investigaciones por estos delitos.

En la Sentencia T-554 de 2003²⁵, la Corte precisó que el principio pro infans figura como un condicionamiento para la aplicación del principio in dubio pro reo, en el sentido de que la aplicación del primero “[...] no significa que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el principio del in dubio pro reo, sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación realmente exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado todas las pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio».

Igualmente, la jurisprudencia especializada ha indicado que cuando se trata de eventos de violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes, el testimonio de los menores resulta de suma relevancia, máxime cuando se trata de sucesos en los cuales no existen huellas que puedan ser percibidas o que por el transcurrir del tiempo estas huellas o signos de violencia hayan desaparecido.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha indicado lo siguiente²⁶:

«El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido, dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

²⁵ “M.P. Clara Inés Vargas Hernández. La Corte se pronunció sobre el principio pro infans señalando que en los procesos penales donde las víctimas sean menores de edad el decreto, la práctica y la valoración de las pruebas periciales junto con las demás que hayan sido recaudadas a lo largo de la investigación y la construcción de los indicios, deben estar siempre orientados por la salvaguarda del interés superior del niño, recogido en el artículo 20 del Código del Menor y en varios tratados y declaraciones internacionales. En esa perspectiva, “el poder discrecional con que cuenta el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio necesariamente debe ser empleado para alcanzar la verdad, la justicia y una reparación integral al menor agredido sexualmente, cuando quiera que exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio”. En ese sentido, “[...] las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, ab initio en beneficio de éstos y en desmedro de los derechos del menor sino que es menester, en estos casos, profundizar aún más en la investigación a fin de despejar cualquier duda razonable al respecto.” (Nota al pie No. 236 en la providencia citada).

²⁶ CSJ SP 3069-2019, 6 Ag. 2019, Rad. 54085.

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros (SP1525-2016).»

6.6. Caso en concreto

El artículo 380 ídem, determina, de forma taxativa, que las pruebas deben ser valoradas de forma individual, acorde con los criterios establecidos en el Código de Procedimiento Penal y, además, de forma conjunta.

Tratándose de la prueba testimonial, el artículo 404 ídem, dispone que el Juez, para apreciar este medio de conocimiento, está compelido a tener en cuenta: *“Los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*.

La Sala observa con desazón que el Juez de primera instancia, omitió las reglas atrás reseñadas, las cuales suplió con su particular y caprichoso parecer, lo cual trajo consigo, la decisión de absolución dictada en favor del procesado.

Lo primero por destacar es que en la sentencia confutada se afirma que no obra ninguna prueba que demuestren la materialidad de las conductas atribuidas al procesado.

Sobre el particular, forzoso es indicar que en la sesión de audiencia pública de fecha 15 de julio de 2022 declaró la menor J.A.M.O., quien da cuenta de repetidos

sucesos de asalto sexual protagonizados por su progenitor en su contra, ello con independencia que se le quiera dar o no credibilidad, asunto a analizar más adelante; empero, por destacar es que la afirmación según la cual, en la actuación no obra ninguna prueba de la materialidad del delito, desconoce abruptamente el aludido testimonio y devela un error de hecho por falso juicio por omisión.

Identificado el elemento de conocimiento que alude al tema de prueba, existencia del hecho delictivo, como se dijo, por disposición legal es forzosa su valoración, y por tratarse de linaje testimonial, es deber del Juez, que no potestativo, valorarla de acuerdo a los criterios atrás reseñados.

Pues bien, de dichos criterios se destaca, el proceso de rememoración de la declarante, el cual, conforme a su exposición se constata, es óptimo por cuanto describe con fluidez sucesos pasados, respecto de los que precisa el cómo acontecieron, ofrece detalles de los lugares donde ocurrieron, determina la ubicación de dichos lugares y fija la época de su acaecimiento.

A continuación, se transcriben en extenso los apartes pertinentes de la declaración, lo que si bien, en principio resultaría antitécnico, en el caso bajo análisis se hace necesario en atención a que la primera instancia, contrariando el enfoque de género y con ello los instrumentos internacionales y el desarrollo legal y jurisprudencial interno, omitió el análisis de lo dicho por la menor.

La menor alude a los hechos

00:41:19 Defensora de familia:

Entonces cuenta todo lo que quieras decir sobre por qué estás acá.

00:41:22 J.A.M.O.

Estoy acá porque mi papá, abuso de mí cuando estaba en estado, no estaba en mis cinco sentidos porque me daba licor antes de abusar de mí ¿Específicamente o...?

00:41:40 Defensora de familia:

Sí, el detalle de las cosas.

00:41:42 J.A.M.O

Ok, esto él me decía que, que tomara licor con él, cerveza, porque él me decía que que, no lo dejara solo, tomando que él tomaba solo, pues porque él tomaba en la casa; entonces yo lo acompañaba, escuchamos música y eso o veíamos películas.

Entonces listo, entonces yo tengo un punto en donde yo ya me sentía mal, y ya, pues ya con 3 ya me sentía mal, o no, no estoy, no me acuerdo muy bien esto y entonces me acostaba a dormir.

En una de esas yo recuerdo, me desperté en medio de ese momento que mi papá estaba encima de mí esto y estaba ejerciendo presión con su pene en mi vagina, pues entonces, o sea, yo en ese entonces tenía 13 años y me dolía y pues no, no estaba con los cinco sentidos y, y entonces, pues yo no, no, no supe cómo, no, no, no reaccioné. O sea, me, me veía borroso y estaba dormida. O sea, miré borroso, al otro día esto entré al baño, me dolía mi parte íntima, mi vagina.

Esto y mis interiores tenían sangre, entonces yo en eso entonces tenía 13 años y pues, o sea, yo no había tenido pues relaciones sexuales eso y no estaba en mis días de menstruación. Entonces no era para que hubiera, hubiera tenido que haber sangre.

Entonces, o sea, eso paso como entre 3 o 4 veces, si no estoy mal, y entonces una vez me dio una carta diciéndome que lo que había pasado había sido muy lindo, lo que había pasado y... (La menor llora)

00:44:07 J.A.M.O

Que había sido muy lindo lo que había pasado y que me estaba pidiendo que tuviéramos una relación.

00:45:04 J.A.M.O

Entonces mi papá, me dio una carta y entonces me dijo que había, que, la carta decía que había sido muy lindo lo que había pasado, que tuviéramos una relación, no me acuerdo muy bien lo que decía la carta, si no tengo esa carta la boté y después, días después o no me acuerdo si ese día tuvimos conversación, entonces

me decía que tuviéramos una relación, que eso era normal, lo que pasaba, eso a veces pasaba entre familia, entre padre e hija, y yo le decía que no, que eso no, no estaba bien, que él, que él tenía esposa.

Entonces él decía que eso era normal y entonces en ese momento me contó algo que había pasado con, él tuvo antes una mujer, Daniela Martínez; si no estoy mal, entonces me contó que él con la hija Valentina Martínez esto, había pasado cosas. Esto como haciéndome entender, como que es eso, ya eso era normal que pasará igualmente. Yo me negué.

Esto y entonces, pues yo mantuve distancia con él. También a veces, ya después de haber pasado eso, yo a veces llegaba al colegio, me quedaba dormida, a veces mi madrastra en ese entonces se iba a trabajar en un puesto de tintos, entonces ella me dejaba sola, ella no tenía, no tenía conocimiento de eso, de lo que había pasado.

Y entonces, pues mi papá a veces trabajaba de noche o de día, le cambiaban los horarios, él trabajaba en Proseguir, entonces yo me quedaba dormida, pues yo, yo estudiaba en la en la mañana y pues me quedaba dormida en la tarde. Entonces él a veces se acostaba al lado mío y entonces me empezaba a acariciar la parte del abdomen a tocarme y entonces bajaba la mano hacia mi parte íntima.

Entonces pues yo llegaba y me quitaba de ahí y me arreglaba y me iba para donde mi madrastra a acompañarla en los puestos de tinto.

También una vez yo estaba durmiendo y entonces yo, yo dormía en la parte de arriba de un camarote, esto yo, o sea, siempre la mayoría de veces he tenido un sueño pesado, entonces eso ya no, no había pasado, yo no había bebido licor ni nada de eso, no me había dado mí papá, Entonces mi papá me estaba tocando, me estaba tocando mis partes íntimas, si no estoy mal, entonces yo llegué y me desperté y me senté y mi papá como que se agachó como hacia la parte de abajo de la cama.

Eso, lo de los tocamientos y eso fue cuando no, no me había dado nada de licor esto y lo de que, que había tocado sus partes íntimas con las mías no estaba en mis cinco sentidos.

00:48:49 Defensora de Familia:

¿Nos puede indicar por favor el nombre de la persona a la cual está haciendo referencia y quién es él?

00:48:55 J.A.M.O

Giovanni Battista Matias Ortegon y es mi papá.

00:49:04 Defensora de Familia:

¿Había confianza o cómo era la relación con él previo a esta situación?

00:49:11 J.A.M.O

Yo no me quería quedar sola en la casa junto, junto con él, al principio sí ponía distancias. Yo no quería, o sea, no, cuando fuimos a hablar, él me dijo que fuéramos a mercar. Entonces yo no quería ir, pero que lo acompañara, que lo acompañara, que lo acompañara. Entonces yo lo acompañé, listo fue cuando hablamos que tuviéramos una relación y eso entonces, después yo no me quería quedar sola, pues le perdí el respeto, o sea, sí, es como, como o sea, yo no voy a tener respeto a una persona que me falte el respeto a mí y que yo soy la hija.

Entonces pues... Perdimos como yo, perdí confianza, perdí la confianza hacia él.

La menor narra donde vivió y describe el núcleo familiar

00:52:50 Defensora de Familia:

¿En qué lugar vivió con esa persona?

00:52:53 J.A.M.O

Villavicencio.

00:52:53 Defensora de Familia:

¿En qué lugar vivió esa persona contigo en Villavicencio?

00:52:56 J.A.M.O

El barrio Villa Samper y en Villavicencio.

00:53:02 Defensora de Familia:

¿Recuerdas qué personas vivían en ese lugar que nos estás contando?

00:53:06 J.A.M.O

Sí, señora, vivía Santiago Batista Matías Otavo, Christian, no me acuerdo bien el nombre Pinto, el hijo de mi, mi, la que era madrastra en ese entonces, Abraham Pinto, Cherlys Pinto y Giovanni Batista Matías Ortégón, mi papá, entonces mi papá, la esposa de él, los dos hijos de ella, mi hermano y yo, mi persona.

La menor precisa el período en el que ocurrieron los actos de contenido sexual

00:53:48 Defensora de Familia:

¿Recuerdas desde qué época, en qué mes perdona un segundo, en qué mes?

00:53:55 J.A.M.O

Sí, señora, entre septiembre y octubre del 2019.

00:54:06 Defensora de Familia:

¿En qué parte del cuerpo se realizaban los tocamientos?

00:54:11 J.A.M.O

La vagina, los senos, abdomen, cola... O sea, que yo recuerdo.

00:54:24 Defensora de Familia:

¿Con qué esta persona hacía estos tocamientos? ¿Es decir, con qué los hacía?

00:54:31 J.A.M.O

Con, con el pene, con las manos.

00:54:39 Defensora de Familia:

Cuando le pasaba eso con esta persona. ¿Recuerda qué sucedía con la ropa de vestir?

00:54:47 J.A.M.O

Yo siempre he dormido como shores y pues en Villavicencio que hace tanto calor entonces, él como que me quitaba los shores y a veces como que me corría el, mi interior mi parte, mi ropa interior.

00:55:13 Defensora de Familia:

¿Cuántas veces ocurrieron estos tocamientos que nos estás contando en tu cuerpo?

00:55:18 J.A.M.O

Ocurrieron así en el estado que cuando me daba cerveza. No recuerdo, no estoy muy bien segura, no estoy segura. Me ocurrieron como entre 3 o 4 veces y cuando estaba en mis cinco sentidos ocurrió la vez cuando les conté que estaba durmiendo en el camarote y pues varía como 2, 3 veces, cuando yo me quedaba en la casa sola, me, me, me tocaba el abdomen.

La menor relata como aconteció el último abuso

00:56:00 Defensora de Familia:

¿Nos puedes contar qué sucedió o cómo pasó la última vez que esa persona que nos estás contando estuvo contigo la última vez?

00:56:10 J.A.M.O

Que lo vi o lo que pasa...

00:56:13 Defensora de Familia:

Lo que sucedió la última, la última vez que pasaron los hechos mencionados ¿que pasó?

00:56:17 J.A.M.O

Mi papá me pidió que tomara con él nuevamente, eso era como rutina, eso, o sea, que me decía que primero me daba cerveza y entonces después ya me sentía mal y me acostaba a dormir. Pero fue, como siempre, lo mismo.

00:56:40 Defensora de Familia:

¿Recuerdas cuántas veces ocurrieron estos hechos que nos acabas de mencionar?

00:56:45 J.A.M.O

De tomar cerveza sí fueron varias veces, que él tomaba cerveza en la casa y entonces me decía que lo acompañara, que él tomaba solo porque la esposa de él no tomaba con él, entonces pues yo lo acompañaba y sí, o sea, y que recuerdo, o sea, yo solamente recuerdo que los tocamientos 3, 4, 3 o 4 veces.

La menor describe actos de contenido sexual

00:57:37 Defensora de familia:

Sí, perdón. ¿Recuerda si esta persona que nos estás contando, aparte de los tocamientos, introdujo alguna parte íntima de él en tu cuerpo?

00:57:50 J.A.M.O

Sí, o sea, no estoy segura, pero pues él hacía fuerza con su pene en mi vagina y me dolía y no había tenido, pues ninguna relación sexual en ese entonces nada, nada de relaciones sexuales no estaba activa.

La menor hace referencia a su núcleo familiar y realiza una descripción de la vivienda que compartían

00:59:16 Defensora de familia:

¿Nos puedes contar en qué parte de esa vivienda tú dormías?

00:59:23 J.A.M.O.

En una habitación junto con todos los niños de ahí, o sea, los hijos de mi ex madrastra y mi hermano y quedaba la habitación al por llegando; o sea, estaba

había una ventana que enviaba para el patio. Sí, y dormía en la en la parte de arriba del camarote

00:59:49 Defensora de familia:

nos preguntan acá ¿dormías sola o acompañada?

00:59:50 J.A.M.O.

Sola

00:59:52 Defensora de familia:

¿Sola en la habitación o sola?

00:59:57 J.A.M.O.

Sola en la cama.

00:59:59 Defensora de familia:

¿Recuerda dónde quedaba ubicada esta vivienda que nos estás contando, dirección, municipio, ciudad?

01:00:06 J.A.M.O.

La dirección no la recuerdo bien, pero el barrio ciudad sí, sí, señora Villa Samper, Villavicencio Meta, esa parte se llama Kirpas. Se se es conocida como Kirpas.

Entonces aquí hay varias, como se divide, como por decir localidades, o sea, dando a entender la Carolina, Villa Melida, sí, y entonces nosotros digamos la parte Villa Samper hacia el fondo.

01:00:41 Defensora de familia:

¿Puedes hacernos una descripción interna y externa de esta vivienda?

01:00:46 J.A.M.O.

Sí, señora, voy a empezar desde la parte del patio, al fondo el patio, la, la habitación que va una ventana viendo para el patio, que era donde yo dormía, como una especie de sala en esa parte hasta el otro lado de la de la, o sea, que la

habitación, la sala, una mini sala donde estaba la nevera en una mesita pequeña y entonces el otro lado, la cocina y la lavadora y el lavadero.

Después, hacia un poquito más, hacia más, llegando hacia la puerta estaba la, los baños e inodoro y duchas separados, esto, después entré a la habitación de mi papá y la esposa de él y después seguía la sala y comedor, donde estaba haciendo el comedor, una, una hamaca y el televisor, el computador en una misma mesa junto a la cerca de la puerta y ventana.

La menor relata la ingesta de bebidas embriagantes, precisa las marcas y tipo de licor

01:02:42 Defensora de familia:

¿Esta persona que nos estás contando en algún momento ofreció bebidas, te ofreció bebidas embriagantes?

01:02:51 J.A.M.O.

Sí señora.

01:02:52 Defensora de familia:

¿Cuántas veces?

01:02:54 J.A.M.O.

No tengo bien el número, pero se fueron varias veces.

01:02:59 Defensora de familia:

¿Recuerda qué tipo de bebida embriagante te ofrecía la persona que nos estás contando?

01:03:03 J.A.M.O.

Sí señora, póker, águila, andina y unas bebidas del D1 que compraba, que son como en lata verde y unas blancas cerveza.

01:03:18 Defensora de familia:

¿Tu consumías esas bebidas?

01:03:20 J.A.M.O.

Cuando estaba con él.

La menor manifiesta que sentía dolor en sus partes íntimas cuando padecía los abusos de su progenitor

01:03:34 Defensora de familia:

Cuando te ocurrían los hechos que hoy nos estás contando ¿Recuerdas si en algún momento sentiste dolor o algún tipo de incomodidad en tus partes íntimas?

01:03:45 J.A.M.O.

Sí señora.

01:03:46 Defensora de familia:

¿Nos puedes explicar?

01:03:48 J.A.M.O.

Era dolor, como ya he dicho antes, cuando el ejercía presión en mi vagina. Dolor, ese dolor.

01:04:00 Defensora de familia:

¿Cuántas veces sintió ese dolor en las partes íntimas?

01:04:02 J.A.M.O.

Como la 2, 3, veces, las 3 veces he sentido el dolor”.

Se recalca, acorde con el relato, que la declarante percibió directamente las situaciones narradas, a las cuales se acota, tuvo acceso por ser parte de su cotidiano vivir y haber participado en ellas, algunas sin su voluntad, y, que en la actuación no obra elemento de conocimiento que determine que, al momento de su ocurrencia, tuviese alguna limitación física que le impidiera apreciar lo acontecido.

Sumado a ello, y no de menor relevancia, es que la narrativa estuvo acompañada de expresiones de sentimientos, como llanto, evidenciando que el evocar lo

narrado le genera dolor, propio de una persona que ha sido sometida a situaciones traumáticas.

A la par con el relato circunstanciado de los hechos y el óptimo proceso de rememoración, la menor, en desarrollo de su declaración, respondió de forma asertiva, concreta y sin evasivas a las preguntas efectuadas, tanto en el interrogatorio directo por la Fiscalía, como en el redirecto por la defensa.

En conjunto, las características atrás analizadas, en concreto, el excelente proceso de rememoración, el relato circunstanciado, la asertividad en las repuestas, la narración asociada con expresiones de sentimiento, la percepción directa de los hechos y la sanidad de los sentidos por los que fueron percibidos, determinan la fiabilidad del testimonio de la menor.

En esas condiciones, la exigencia efectuada por la primera instancia para dar credibilidad al testimonio de J.A.M.O, en particular, que hubiese aportado más detalles sobre lo acontecido, es insostenible, pues como viene de verse, los pormenores en el relato abundan.

Ora, para la fecha en que sucedieron los hechos, la menor contaba con escasos 13 años de edad, situación que, conforme al principio por infans, debió haber sido sopesada por el juez de primera instancia en aras de no quebrantar sus derechos, en tanto, dada la inmadurez psicológica y física de la declarante, no es medianamente razonable exigirle que actúe como una persona que ya ha alcanzado un nivel de desarrollo avanzado, lo cual, además de afectar el referido principio, a la par, lesiona el derecho fundamental a la igualdad por diferenciación, artículo 13 de la carta política.

Frente al mismo asunto, ha de indicarse que, conforme lo dictaminan las reglas de la experiencia común, basado además en datos científicos, en general, las víctimas de un suceso traumático tienden a olvidarlo como forma de auto protección, de allí que sea comprensible que no se conserven en la memoria todos los pormenores del suceso, por tanto, exigir un nivel de detalle minucioso, revictimiza a la

declarante, desconoce el principio pro infans y atenta contra su dignidad como persona y mujer.

Corroboración periférica

Como se verá a continuación, la credibilidad de la declaración de la menor se robustece mediante otros testimonios que dan cuenta de consecuencias, circunstancias aledañas o ligadas a los actos de agresión sexual, lo que, en voces de la jurisprudencia, corresponde a la comprobación o corroboración periférica.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión SP126-2024²⁷, radicado 61317, recientemente reiteró:

«140.- Esta Sala en pacífica y reiterada jurisprudencia ha señalado que una característica común de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales es su comisión en lugares reservados, privados y fuera del alcance de cualquier observador, por lo que la víctima resulta ser el único testigo de la agresión o abuso²⁸.

141.- Con el fin de enfrentar tal situación, la Corte con apoyo de la jurisprudencia española, ha recurrido a la metodología de la “corroboración periférica”, la cual propone acudir a la comprobación de datos marginales o secundarios que puedan hacer más creíble la versión de la víctima de la agresión sexual²⁹.

142.- Para evitar hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, la Sala ha indicado los siguientes ejemplos de corroboración en casos de delitos sexuales con menores de edad:

“(i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”³⁰

²⁷ Sentencia del 7 de febrero de 2024, Magistrada Ponente Myriam Ávila Roldán.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP086-2023 del 15 de marzo de 2023. Radicado 53097.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3332-2016 del 16 de marzo de 2016. Radicado 43866.

143.- *El uso de esta metodología busca otorgar a los jueces mejores herramientas para resolver los casos sometidos a su conocimiento, especialmente en aquellos en los que se investigan delitos sexuales y son víctimas niños, niñas y adolescentes*³¹.»

En la declaración rendida el 16 de septiembre 2022, por Angélica María Ottavo Bravo, progenitora de la menor, manifestó que, para el 27 de junio de 2020, recibió una llamada del procesado, quien le indicó que la niña se había ido de la casa, situación que le pareció muy extraña y por la cual viajó de Ibagué a Villavicencio.

Señaló que, el 30 de julio 2020, al llegar a Villavicencio, recibió una citación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y una funcionaria de la entidad le informó que su menor hija era víctima de violencia sexual por parte de su progenitor, **Matías Ortegón**.

La testigo precisó que, ante esta situación, confrontó personalmente a **Matías Ortegón**, quien aceptó lo ocurrido, así:

*«No, yo, yo no le decía nada a Giovanni hasta cuando fuimos a recoger a S. y la ropa de S. porque él ya estaba listo. Yo le dije que me lo iba a traer para Ibagué, entonces en camino, cuando fuimos a recoger a S. yo solamente en una oportunidad le pregunté a Giovanni, le dije ¿Giovanni qué pasó con J? Y fue ahí cuando él me miró y me dijo, «Angélica, la embarré, la embarré». Yo le dije ¿Giovanni usted violó a J.? ¿Usted qué fue lo que hizo? Pero yo veía en sus ojos su culpabilidad. Yo conozco a Giovanni hace muchos años. Él sabe que yo siempre lo descubrí en sus cosas que hacía, o sea, yo, yo vi que Giovanni, yo vi en sus ojos lo que Giovanni había hecho con J. Él dijo la embarré, Angélica la embarré.»*³²

Recordó que, en oportunidades subsiguientes, nuevamente confrontó a **Matías Ortegón** sobre lo sucedido y este le hacía manifestaciones desobligantes en punto a señalar que eso *«era algo normal»* que ocurría en *«todas las familias»*.

De cara a lo que le manifestó la menor, la deponente refirió que, mientras estuvo Villavicencio, en el trámite ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aquella no le comentó nada de lo sucedido con su papá, pero una vez se trasladaron a la ciudad de Ibagué, le relató los episodios de abuso sexual.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP086-2023 del 15 de marzo de 2023. Radicado 53097.

³² Ibidem, récord: 00:36:35.

Sobre el particular, puntualizó:

«J. me contó que Giovanni le había dado cerveza, que le ofrecía cerveza, que le daba cerveza, para darle permiso, para salir con sus amigos o amigas a así, entonces que le decía que tomara para él poder darle permiso. ¿Pero qué pasaba? J. es una niña que no estaba acostumbrada, pues a tomar nunca había tomado y él lo sabía, no sé por qué se la daba. Bueno, sí sé porque ya tenía planeado todo lo que hizo. A raíz de eso, pues J. lógicamente se mareaba y fue ahí cuando él aprovechaba y abusó sexualmente de mi hija. J. me contó que al, que eso pasó como 3 veces, que al día siguiente se levantaba con mucho dolor en su en su parte íntima, en su vagina y en una oportunidad sangrando y pues me dijo, mami, fue extraño porque yo no tenía mi periodo, o sea, por qué tenía que estar sangrando y por qué me dolía tanto mi vagina si yo no, no tenía el periodo. También me contó que en oportunidades ella se, se despertaba y lo sentía ahí, que le estaba la estaba tocando, entonces ella se paraba muy asustada y se iba para el baño, pero pues que ella le parece increíble. Ella no lo creía»³³

De estos sucesos, detalló que su hija le reveló que ocurrieron en la casa en la que vivía con su progenitor, a finales del 2019, época para la cual la compañera permanente de este, Cherlys Gregory Pinto, se había ido para Venezuela.

La testigo destacó que, la menor no le había comentado de las agresiones sexuales en razón a que **Matías Ortegón** la presionaba para que se quedara callada, diciéndole que algo le podía ocurrir a su hermano menor.

De otra parte, la testigo resaltó la afectación de orden emocional padecida por J.A.M.O e informó que una vez arribaron a la ciudad de Ibagué la menor fue tratada por psicología en razón a que estaba muy afectada por lo sucedido, además de manifestar sentimientos de culpa.

Adujo que, cuando su hija le narró los hechos de abuso, como había sido manipulada por su progenitor, entró en una crisis nerviosa, se le fue la respiración y ella percibió que la situación con su hija era grave por lo que buscó ayuda para afrontar lo acaecido³⁴.

En la sesión de audiencia del 16 de septiembre 2022, se recibió el testimonio de Ángel Leonardo Páez, quien declaró haber conocido a la menor en el mes de diciembre de 2019.

³³ Sesión de juicio oral del 16 de septiembre de 2022, récord: 00:32:45.

³⁴ Ibidem, récord 00:40:52

El deponente reseñó que visitaba a diario a J.A.M.O en la vivienda en la que compartía con su progenitor y en una de esas visitas percibió que ella se encontraba «triste»; por lo que le preguntó por su estado de ánimo y ante su insistencia, esta le confesó que fue abusada sexualmente por su progenitor, tres o cuatro veces.

Al indagarle sobre las circunstancias en las que ocurrieron los abusos, la menor le contó que se habían presentado en el mes de septiembre de 2019, el testigo refirió de manera puntual:

«Fue que había una fiesta en la casa de ella, estaban dando, compartiendo copas, el señor le, le dio a tomar unas cervezas, el señor, el papá de J. le dio a tomar a J. unas cervezas, la emborrachó a J., me comentó que después, después estaban con la madrastra y todo eso ahí en la casa, la madrastra Chen. Doña Chen se acostó porque ya estaba muy tomada y cerró la puerta. Entonces que quedó J. y el papá tomando el hermano S. también ya se había acostado. Me dijo ella que después de eso ella se acostó, estaba muy borracha y el señor Giovanni la coge y se le monta encima y la viola este ya solamente sentía, era un dolor en la en la parte íntima y que no, no, no de la borrachera o bueno no se podía ni mover.»³⁵

Agregó que la menor le contó sobre los hechos de abuso sexual acontecidos en el mes de marzo 2020, de lo cual, él enteró a Cherlys Gregory Pinto, madrastra de J.A.M.O, quien le manifestó que se iba para Venezuela y que no se metería en esas cosas.

Declaró que, Cherlys Gregory Pinto tenía un turno para regresar a Venezuela, por lo que, la menor J.A.M.O, le manifestó su temor de quedarse a solas en la vivienda con su progenitor y como consecuencia de ello se fue a vivir a su casa y posteriormente acudieron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El deponente dio cuenta del estado de ánimo de la víctima, quien, según su dicho, a pesar de mostrarse tranquila, la percibía triste y afectada por lo ocurrido con su papá, **Matías Ortegón**.

El 23 de septiembre de dos mil veintidós 2022, se recibió el testimonio de Yersi Liliana Pardo Baquero, defensora de familia del Instituto Colombiano del

³⁵ Ibidem, récord 01:51:37.

Bienestar Familiar, funcionaria encargada de realizar los trámites para el restablecimiento de derechos de la menor.

La deponente señaló que, en razón a los hechos de abuso denunciados y en los cuales se reportó como víctima a la menor J.A.M.O, se ordenó, como medida de protección, ubicarla con su progenitora.

La defensora de familia refirió que la persona señalada de agredir sexualmente a la menor, corresponde a su progenitor, **Giovanni Battista Matías Ortegón**³⁶. Como consecuencia de ello, se tomaron las medidas administrativas pertinentes y se compulsaron copias ante la Fiscalía General de la Nación.

En la misma sesión de audiencia se escuchó a Ana Carolina Alcazar Arzusa, medica del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ante quien J.A.M.O., narró varios episodios de abuso sexual, señalando como su autor a **Matías Ortegón**.

La profesional en la salud expuso que la menor le relató que para el mes de octubre de 2019, su progenitor estaba consumiendo bebidas embriagantes y le ofreció unas cervezas, que ella decidió tomar, posteriormente se fue a dormir y al despertar sintió dolor en su vagina y observó sangre en su ropa interior³⁷.

En punto del examen sexológico practicado a la menor describió que presentaba «*himen integro elástico*», lo cual, la Sala acota, no descarta la penetración vía vaginal, pues dicha condición física permite la penetración del miembro viril en la vagina sin que se presente el desgarro del himen, como lo afirmó la galena al explicar:

*«Si tenemos en cuenta que ella refiere su primera menstruación a los 11 años, que se supone que es cuando el himen hace el cambio, entonces probablemente hay un himen elástico desde esa época. Ese tipo de himen permite que pase el pene a través de él sin generar desgarros ¿qué puede haber otro tipo de lesiones? Claro que sí, otras lesiones, inflamación, estas laceraciones pueden haber claro que sí, pero el himen no se desgarra. Entonces, teniendo en cuenta el tiempo de evolución y el tipo de himen, el hecho de yo no haber encontrado ninguna no descarta ni desvirtúa el relato de, de la menor.»*³⁸

³⁶ Ibidem, récord 00:25:16.

³⁷ Expediente digital, primera instancia, 05Conocimiento, archivo denominado «084EMPfiscalia»

³⁸ Sesión de juicio oral del 23 de septiembre de 2022 récord 01:27:44.

La Sala resalta la antojadiza interpretación que, de esta prueba, de contenido científico, realizó el juez de primera instancia, para concluir contrario a lo que ella evidencia, que el acceso carnal no existió, razonamiento que como viene de verse, es insostenible.

En la sesión de juicio de fecha 26 de noviembre 2022, rindió testimonio Diana Lorena Gómez Pacheco, psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ante la cual J.A.M.O., expuso las sindicaciones en contra de su progenitor **Matías Ortegón**.

La testigo narró que, durante la valoración realizada, el 29 de julio de 2020, la menor se mostró colaboradora y con necesidad de expresarse; le brindó un relato de abusos sexuales realizados por su progenitor; le expuso que la sometió al consumo de bebidas embriagantes para lograr su cometido; le refirió que de estos hechos enteró a su madrastra Cherlys Gregory, quien no le brindo ayuda para denunciar, y añadió que abandonó el hogar en consecuencia de la violencia sexual.

De otra parte, indicó que ante la exigencia realizada por **Matías Ortegón** a la menor para que sostuvieran una relación sentimental, ordenó su remisión a la especialidad de psicología y demandó que no tuviese contacto con su progenitor.

De esta declaración conviene dilucidar que la deponente es testigo de referencia en lo relacionado con el contenido del relato de la menor, empero lo es directo, tanto de la narración efectuada por esta, como de la valoración de su estado de salud, conforme a la cual adoptó las medidas pertinentes, como se dijo, remitir a la menor a sicología y ordenar no tener contacto con el agresor.

La Sala nuevamente llama la atención de la sesgada interpretación que de las pruebas realizó el juez de primera instancia, quien restó todo valor al testimonio de la psicóloga sin considerar que esta la tuvo ante su presencia a la menor y observó, entre otras circunstancias, su estado de ánimo.

Los testimonios traídos a colación dan cuenta de la aceptación de los hechos por parte del procesado, las amenazas a las que fue sometida la menor para que no

revelara lo sucedido, su estado de ánimo a causa de los sucesos acontecidos con su progenitor y la afectación psicológica producto de ello; aspectos que en conjunto brindar mayor credibilidad al relato de J.A.M.O., en punto a las agresiones de contenido sexual de que fue objeto por parte de su progenitor **Matías Ortegón**.

Ahora bien, para enervar los señalamientos directos realizados por la menor en contra del procesado, el 16 de noviembre de 2022, se presentó el testimonio de Roberto Hernán Cordero Martínez, quien manifestó ser amigo de **Matías Ortegón** y señaló haber vivido en la casa de este, 15 días, para el mes de octubre de 2019.

El testigo indicó que, en el corto periodo convivido con la menor y su progenitor, no observó nada extraño y refirió que este solía consumir bebidas embriagantes.

En la misma sesión de audiencia se practicó el testimonio de Laura del Pilar Cañas Sánchez, madrastra de **Matías Ortegón**, quien dijo residir en la ciudad de Ibagué.

La deponente refirió que, para el 7 de diciembre de 2019, en compañía de otros familiares, viajó a Villavicencio, a la residencia del procesado, oportunidad en la que Cherlys Gregory le manifestó estar preocupada por la relación que J.A.M.O., sostenía con un hombre mayor, por lo que la aconsejó para que evitara ese tipo de conductas, pero, según la testigo, aquella se molestó. Agregó que, durante su visita, observó un trato cordial y amoroso entre el procesado y la menor.

En la mencionada sesión de audiencia, Jorge Ariel Matías Ortegón, dio cuenta de la reunión acontecida en la casa de **Matías Ortegón**, el siete 7 de diciembre de 2019, ocasión en la que tuvo conocimiento de la relación de J.A.M.O., con una persona mayor de edad³⁹.

Precisó que ese día la progenitora de la menor, Angélica María Ottavo Bravo, se comunicó vía celular con él y evidenció su molestia al enterarse que su hija sostenía una relación con Ángel Leonardo Páez, motivo por el cual les pidió, a él y a su esposa Martha Lucía Porras Ortegón, que la aconsejaran.

³⁹ Ibidem, récord 02:06:56.

Recordó que Cherlys Gregory le contó que Ángel Leonardo se la pasaba en la vivienda hasta altas horas de la noche con la menor, situación que le resultó preocupante en razón a la mayoría de edad de esta persona.

Narró que, para el mes de julio de 2020, **Matías Ortegón** lo llamó y le comentó que la niña se había ido de la casa con Ángel Leonardo Páez, por lo cual le sugirió buscara ayuda en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, pero en la entidad le indicaron a aquel que no podían intervenir en razón a la edad de la menor.

El testigo además refirió que, su hermano «*nunca*» consumía bebidas embriagantes y que si lo hacía solo eran dos (2) cervezas y en ocasiones especiales.

José Ariel Matías Ortegón indicó que tuvo conocimiento de los presuntos hechos de abuso de los que fue víctima J.A.M.O., dos meses y medio después de que Angélica María Ottavo Bravo se la llevó para Ibagué, en el año de 2020, motivo por el cual confrontó a **Matías Ortegón** quien negó haber efectuado conductas de tipo sexual con su hija⁴⁰.

En la misma sesión de juicio oral declaró Martha Lucía Porras González, cuñada de **Matías Ortegón**, quien expuso las situaciones que conocía de la relación de J.A.M.O., con el procesado y señaló que la misma era de cariño, afecto y respeto mutuo.

Hizo referencia a lo ocurrido en la reunión del 7 de diciembre de 2019, en la que se trató el tema de la relación de J.A.M.O., con Ángel Leonardo Páez, su comportamiento y los consejos que le dio en razón a la preocupación que le generó tener conocimiento del comportamiento de la menor.

La Sala destaca que, los testigos atrás relacionados, tienen en común el no hacer parte de la unidad domestica en la cual ocurrieron los hechos narrados por la

⁴⁰ Ibidem, 02:19:08.

menor, por lo que nada les consta sobre la cotidiana convivencia de esta con su progenitor.

Además, como lo evidencian sus declaraciones, no presenciaron, ni conocen de los hechos denunciados por J.A.M.O., empero enfatizan en la presunta relación sentimental de esta con Ángel Leonardo Páez, lo cual se subraya, no es objeto de pronunciamiento, habida cuenta, lo que se juzga es la conducta de **Matías Ortegón** y adicionalmente es un asunto que compete a la órbita privada de aquella.

La Sala advierte que la franquesa de estos testigos se ve socavada, dadas las contradicciones sustanciales de sus versiones, pues mientras Laura del Pilar Cañas afirma que, para el 7 de diciembre de 2019, observó una relación de afecto entre **Matías Ortegón** y J.A.M.O., José Ariel Matías Ortegón, aludiendo a la misma reunión, aseguró que su hermano no se encontraba presente en la casa.

El 3 de marzo de 2023, declaró Cherlys Gregory Pinto, compañera permanente de **Matías Ortegón** para la época en que acontecieron los hechos relevados por la menor.

La deponente refirió que viajó a Venezuela en el mes de octubre de 2019 y regresó a Colombia a convivir con **Matías Ortegón** y los hijos de este, el 6 de diciembre de 2019⁴¹.

Indicó que, para el 24 de diciembre de 2019, J.A.M.O., llevó a su casa a Ángel Leonardo Páez y este le pidió permiso a **Matías Ortegón** para frecuentar a la menor en calidad de amigo, situación que, según lo dicho por la declarante, ocurría 3 veces por semana en horas de la tarde⁴².

La defensa cuestionó a la testigo sobre la relación de **Matías Ortegón** y Ángel Leonardo Páez, aspecto sobre el cual Cherlys Gregory Pinto indicó que era una relación normal en la cual no se percibía rechazo de aquel para con este⁴³.

⁴¹ Audiencia de juicio oral del 3 de marzo de 2023 récord 00:12:13.

⁴² Ibidem, récord 00:22:21.

⁴³ Ibidem, récord: 00:23:29.

Cherlys Gregory Pinto, además indicó que **Matías Ortegón** solía comprar bebidas alcohólicas, seis (6) u ocho (8) cervezas y se las tomaba en el transcurso del día cuando tenía descansos⁴⁴, pues en ocasiones trabajaba de domingo a domingo.

Narró igualmente, lo ocurrido en el mes de julio de 2020, cuando la menor se fue de la casa con Ángel Leonardo Páez, el conocimiento que tuvo sobre el proceso adelantado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el traslado de la menor a la ciudad de Ibagué con su progenitora.

En el conainterrogatorio practicado por la Fiscalía, la declarante manifestó que **Matías Ortegón** nunca estaba a solas con la menor J.A.M.O; sin embargo, posteriormente adujo que, cuando se trasladó para Venezuela, se llevó a sus hijos por lo que esta y su hermano quedaron solos con su progenitor.

Para el *a quo* la declaración de Cherlys Gregory Pinto es de «*gran relevancia para la resolución del caso*», pues, en su sentir, fue ella quien convivió de manera permanente con el procesado y J.A.M.O., desde diciembre de 2018 a septiembre de 2020.

La Sala recalca el desacierto craso en el que incurrió el juez de primera instancia, pues ignoró que los hechos de abuso sexual denunciados por la menor se iniciaron en los meses de septiembre u octubre de 2019, y se prolongaron hasta enero de 2020, y a la par, que la declarante abandonó el país en el mes de octubre de 2019, y regresó el 6 de diciembre de 2020.

En esas condiciones, es vidente que aquella no tuvo la oportunidad de conocer directa o indirectamente los sucesos acá investigados, en congruencia, no puede dar cuenta de ellos y, por consiguiente, contrario a la afirmación por el juez de primera instancia, no es un “*testigo de gran relevancia para la resolución del caso*”.

Asimismo, es censurable e incluso reprochable, que el a quo, en la valoración de la testigo, hubiese cercenado lo dicho por Ángel Leonardo Páez, en punto a que

⁴⁴ Ibidem 00:33:00

esta mostró total desinterés al conocer de los abusos sexuales acontecidos en marzo de 2020, lo cual, aunado a lo ya dicho, le resta total credibilidad.

Bajo esta realidad probatoria, la tesis según la cual, la menor acusó falsamente a su progenitor en razón a que este se oponía a la relación que ella sostenía con Ángel Leonardo Páez, es una mera conjetura carente de fundamento probatorio.

Es más, la referida hipótesis es desvirtuada por Cherlys Gregory Pinto, quien adujo que **Matías Ortegón** tenía buena relación con Ángel Leonardo Páez y lo autorizó a visitar a la menor en su casa, lo cual descarta que el procesado se opusiera a la relación sentimental entre este y la menor, presunto móvil de los señalamientos delictivos.

La Sala advierte que dicha tesis, carente de sustento probatorio, no es otra cosa que la aplicación del estereotipo de la mujer instrumental, según el cual, esta denuncia falsamente para obtener un fin, conclusión a la que se arriba al incurrirse en un error de hecho por falso raciocinio y omitir la obligación impuesta al juez de evaluar las pruebas con enfoque de género.

De otra parte, para el a-quo es confuso que el procesado, al momento de perpetrar las conductas atribuidas, se arriesgara a ser descubierto por los menores que compartían habitación con J.A.M.O., o por su compañera sentimental.

Se indica que dicha elucubración, por demás cargada de subjetividad, no es un medio de prueba, ni tiene la potencialidad de derruir los señalamientos efectuados por la menor, pues contrario al particular razonar del juez de primera instancia, es diáfano, palmario y evidente que, en todos los casos, quien comete un delito se expone a ser descubierto.

En conclusión, los testimonios presentados por la defensa, no menguan, ni enervan, el dicho de la menor, el cual se itera, cuenta con la corroboración periférica.

Habiendo constatado que el testimonio de la menor es fiable, la Sala procede a verificar si, acorde con las pruebas recabadas en juicio, se acreditan las conductas

atribuidas al procesado en la acusación o, si como lo afirmó el agente del Ministerio Público, solo se demostró el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir

Artículo 207 del Código Penal.

“El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión...”.

Artículo 211 ídem

Circunstancias de agravación punitiva

«Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre...»

Al respecto, debe recordarse, la menor refirió que las veces que su progenitor hizo presión con el pene en su vagina sintió dolor e incluso en una ocasión, observó sangre en su ropa interior y aclaró que no estaba menstruando y a la fecha no había iniciado su vida sexual.

El acto reseñado por la menor – realizar presión con el pene sobre la vagina- y los vestigios a los que alude, siguieron a esa acción, - dolor en la parte genital, sangre en los interiores- determinan, razonablemente, la existencia de acceso, penetración o introducción del pene en la vía vagina, así sea de forma leve o

precaria, en tanto, el mero roce o contacto de los genitales masculino y femenino, sin lugar a equívocos, no genera dolor y mucho menos sangrado.

Abundando en razones, el dolor físico experimentado por la menor se explica, dado su escaso desarrollo corporal, pues no debe perderse de vista que a la fecha en que acontecieron los hechos, esta contaba con tan solo 13 años de edad, y por ende, ni su cuerpo, ni su psique, estaban lo suficientes maduros para tener una relación sexual.

En punto a lo que debe entenderse por penetración vía vaginal, vocablo utilizado por el artículo 212 del Código Penal, al definir el acceso carnal, inherente a la estructura típica del delito acá investigado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, precisó⁴⁵:

«28. Además, el recurrente parte de una premisa distinta a la consagrada en el artículo 212 del Código Penal, pues, dicha preceptiva no menciona que el acceso carnal se configura solamente con la penetración del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, en la vagina propiamente dicha, sino “por vía vaginal”. Lo anterior, en el entendido que el concepto jurídico de “vía vaginal” difiere, por ser más amplio y comprensivo con relación al bien jurídico, del concepto estrictamente anatómico de vagina o conducto vaginal.

[24: «ARTÍCULO 212. ACCESO CARNAL. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.».]

29. Al respecto, la Sala en SP3989, 22 de marzo de 2017, Radicado 44441, reiterando la SP666, del 25 de enero del mismo año, radicado 41948, acotó:

«... El anterior referente jurisprudencial y doctrinal, así como el contenido del artículo 212 del Código Penal, al igual que la descripción de la anatomía genital femenina elaborada en precedencia, permite establecer que el acceso carnal, por la vía vaginal, se estructura desde el momento en que se ha accedido o franqueado la región vulvar, entendida esta como la región limitada por los labios mayores —incluidos estos— pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, que configurarían la conducta de actos sexuales.

Así, pues, de todo lo anterior se extrae que la penetración por vía vaginal incluye —pero no se limita exclusivamente— al acceso del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto, a la vagina propiamente dicha; abarca también el acceso del pene, cualquier otra parte del cuerpo humano u objeto al introito o vestíbulo vaginal, que es el

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, número de proceso 62211, SP 438- 2024, sentencia de fecha 06-03-2024, Magistrado ponente, Doctor Fernando Leon Bolaños Palacios.

conjunto de estructuras que anteceden la entrada a la vagina y se ubican entre los labios menores, y que permiten hablar del coito vestibular cuando hasta allí llega la penetración.

Más aún: la denominada vía vaginal no se contrae exclusivamente al canal vaginal, al introito vaginal o al vestíbulo de la vagina; de acuerdo con las precisiones decantadas por la doctrina y han sido acogidas por la jurisprudencia de la Sala, la región anatómica que se compromete cuando se habla de acceso carnal no es otra que la apertura vulvar u orificio vulvar, de allí que se diga que el acceso a la vía vaginal supone “atravesar los órganos genitales externos de la mujer” (ibid. rad. 41948). Es así que cuando la introducción del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo del agente u objeto, “franquea la apertura vulvar”, como lo describe la doctrina, o atraviesa las estructuras genitales externas, se configura el acceso carnal, esto es, la invasión a la esfera genital íntima de la víctima, y se entiende que el sujeto activo ha ido más allá del tocamiento externo de los genitales femeninos, que configuraría un acto sexual diverso del acceso carnal...».

Sobre el particular, sí bien, ante la pregunta efectuada por la Fiscalía, respecto a si el procesado «introdujo alguna parte íntima de él en tu cuerpo», la menor contestó «Si, no estoy segura», como ya se dijo, tanto la acción desplegada por el procesado, como las huellas dejadas con dicho actuar, demuestran la introducción del pene por la vía vaginal.

Empero, la vacilación de J.A.M.O., es coherente con el contexto en que acontecieron los abusos, ya que, como esta lo señaló, por estar bajo el influjo de bebidas alcohólicas, se encontraba somnolienta y veía borroso, condición que la Sala acentúa, no le permitía distinguir, con precisión suma lo que estaba pasando. Sobre este tema, la Sala volverá más adelante.

Por consiguiente, en la actuación está demostrado con suficiencia que el procesado, utilizando el miembro viril, accedió, vía vaginal, a su menor hija J.A.M.O., lo que en voces del artículo 212 del Código Penal, corresponde a un acceso carnal.

Como atrás se esbozó, en las oportunidades en que la menor fue accedida vía vaginal se encontraba bajo el influjo de bebidas alcohólicas, las cuales precisó, fueron suministrada por su progenitor, circunstancia que devela que aquella fue puesta en incapacidad de resistir.

Al respecto debe precisarse que, en principio, el suministro de licor por parte del procesado no determina el referido elemento del tipo, no obstante, el asunto debe

ser analizado desde la situación particular de la menor, quien se reitera, para la fecha de los hechos, tenía 13 años de edad y adicionalmente, no consumía bebidas alcohólicas.

Estas dos condiciones, ponen de manifiesto la vulnerabilidad de J.A.M.O., a la ingesta de licor, habida cuenta, por su corta edad no le era posible dar manejo a los efectos de su consumo y en consideración a la inexperiencia con las bebidas embriagantes, su resistencia era nimia, como aquella lo precisó:

«Ok, esto él me decía que, que tomara licor con él, cerveza, porque él me decía que, no lo dejara solo, tomando que él tomaba solo, pues porque él tomaba en la casa; entonces yo lo acompañaba, escuchamos música y eso o veíamos películas. Entonces listo, entonces yo tengo un punto en donde yo ya me sentía mal, y ya, pues ya con 3 ya me sentía mal, o no, no estoy, no me acuerdo muy bien esto y entonces me acostaba a dormir...».

En esas condiciones, se concluye que el suministro de licor por parte del procesado tuvo como propósito anular la voluntad de la menor para accederla carnalmente, lo cual en efecto aconteció, estructurándose la puesta en estado de indefensión y de contera el delito previsto en el artículo 207 del Código Penal.

En lo que atañe a la circunstancia de agravación punitiva atribuida en la acusación, basta señalar que de acuerdo con el testimonio de la menor se acredita el parentesco con el agresor, en primer grado, y con ello la causal prevista en el artículo 211 numeral 5 del Código Penal.

Respecto del concurso de conductas -Artículo 31 ídem-, se advierte que la menor, tras indicar que era como una “rutina”, dejó en claro que, bajo el influjo de bebidas embriagantes, proveídas por su progenitor, en tres ocasiones sintió dolor, cuando este ejerció presión con su pene en la vagina.

Sin embargo, en la acusación se enrostró dos sucesos de esta naturaleza, por lo cual, conforme al principio de congruencia, contenido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, la condena procede por dos eventos de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

Entorno a la tipicidad subjetiva, dolo, se advierte que el procesado, como toda persona del común, sabe que acceder carnalmente a un menor de edad, constituye

delito, más aún cuando se realiza en contra de su voluntad y aprovechándose de un estado que le impida repeler el acto.

De otra parte, las conductas desplegadas por el procesado son contrarias a la prohibición contemplada en el artículo 207 del Código Penal y, como lo evidencian las pruebas analizadas, lesionaron de manera efectiva, el bien jurídicamente tutelado en cabeza de la menor J.A.M.O., en concreto, su libertad, integridad y formación sexual.

Ahora, los hechos acreditados en la actuación, demuestran que, al momento de su acaecimiento, el procesado era consciente de la lesividad de las conductas por él desarrolladas, no en vano, como cualquier persona, sabía que estaba violentando la libertad sexual de la menor, para lo cual se itera, le suministró bebidas embriaguez.

En conclusión, en el asunto puesto a consideración se colman los requisitos previstos en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, para proferir sentencia de condena en contra de Giovanni Battista Matías Ortegón, como autor, penalmente responsable del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, artículos 31, 207 y 211, numeral 5 del Código Penal.

Por consiguiente, la sentencia de primera instancia será revocada.

VII. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Pena principal

Lo primero por destacar es que se procede por un concurso de conductas punibles, de allí que para el caso en estudio sean aplicables las reglas de dosimetría penal previstas en el artículo 31 del Código Penal.

La pena más grave según su naturaleza

Pues bien, según la norma en cita, para determinar la pena a imponer, debe establecerse, en primer lugar, la conducta con “la pena más grave según su naturaleza”, lo que conlleva individualizar cada una, de acuerdo a los parámetros fijados en el artículo 61 ídem, y luego proceder al incremento por los delitos concursales, hasta otro tanto, sin que sea superior a la suma aritmética de aquellas.

El delito de acceso carnal con incapaz de resistir -Artículo 207 del Código Penal- prevé la pena de 144 a 240 meses de prisión; lindes que al concurrir la agravante punitiva contenida en el numeral 5 del artículo 211 ídem, se incrementan de una tercera parte a la mitad, operación que al rigor del artículo 60-5 ídem, arroja como resultado un ámbito punitivo de 192 meses a 360 meses de prisión.

En voces del citado artículo 61, para obtener los cuartos en los que habrá de concretarse la sanción, al máximo de la pena se le resta el mínimo (360 - 192 meses) y su producto se divide en cuatro (168 / 4) y el resultado de la operación aritmética (42 meses) se suma de manera progresiva al linde mínimo de la pena, hasta alcanzar el linde máximo.

En el asunto puesto a consideración, como quiera, no obran circunstancias de mayor punibilidad, pero si una de menor, carencia de antecedentes penales, la pena se sitúa dentro del primer cuarto que, según lo atrás dicho, va de 192 a 234 meses de prisión.

Para concretar la pena dentro de los límites del respectivo cuarto de movilidad, el artículo 61 del Código Penal demanda la constatación o no de una pluralidad de factores, a saber: “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las circunstancias que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso en concreto”.

Enfoque diferenciado, menores de edad, gravedad de la conducta

Dentro de los factores en mención es relevante la gravedad de las conductas por las que se emite sentencia de condena, las cuales están ligadas a su resultado lesivo, o si se quiere, al daño real causado.

En el caso en concreto, la aludida gravedad se cimenta en la corta edad de la víctima al momento de acontecer los sucesos reprochados, 13 años, aspecto que debe ser analizado y valorado acorde con la prevalencia de derechos que, respecto de los menores, prevé el artículo 44 de la Constitución política; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pues bien, la inferioridad de los menores en relación con las personas adultas, de suyo y en general, denota la gravedad de la conducta, pues no es lo mismo atacar, para el caso, en el ámbito sexual, a quien ésta en condiciones de defenderse o al menos en la posibilidad de ofrecer resistencia, respecto de quien no lo está; asunto que, en concreto, cobra mayor relevancia debido a que se agredió a una niña con escasos 13 años, quien dado su incipiente desarrollo físico y psicológico no podía repeler las agresiones.

Además, como lo dejó ver la menor en su testimonio, la afectación a ella causada es considerable, al punto que le perdió la confianza y el respeto a su progenitor y trascurridos varios años entre los sucesos investigados y su declaración, el evocar lo acontecido le genera dolor y llanto.

De otra parte, resulta notable que, en virtud del grado de parentesco, para la época de la comisión del ilícito, la menor se encontraba bajo la custodia, tutela y cuidado del procesado, lo cual, en franco quebranto de las obligaciones que de ello se derivan, fue aprovechado por este para realizar los vejámenes de contenido sexual.

En esas condiciones la pena a imponer debe cumplir un propósito de retribución justa, congruente, en particular, con el daño causado a la víctima y, en general, a la lesión que el comportamiento causó a la sociedad; ello en armonía con el fin de

prevención especial – a cumplir en desarrollo de la ejecución de la sanción- conforme al cual se persuada al procesado a realizar este tipo de conductas.

Así las cosas, es ponderado, razonable y justificado que dentro de los lindes del cuarto mínimo -192 a 234 meses de prisión- se imponga la pena de 202 meses, 15 días de prisión.

Ahora, por tratarse de un concurso de conductas del mismo linaje y no obrar circunstancias que, en lo punitivo, modifique una u otra conducta, se advierte que “la pena más grave según su naturaleza”, es la atrás individualizada, 202 meses, 15 días de prisión, guarismo que se tomará de base para realizar el incremento por la conducta concursal.

El aumento de la pena hasta en otro tanto

El texto del artículo 31 del Código Penal prevé que, determinada la pena más grave, esta, en virtud del concurso de punibles, se incrementara hasta en otro tanto sin que se supere la suma aritmética.

En el asunto puesto a consideración, la condena se impone por 2 conductas de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir; se parte de la pena individualizada, 202 meses, 15 días de prisión, y en consideración de los factores tenidos en cuenta para individualizar la pena, gravedad de la conducta, daño causado, la función que debe cumplir la pena, por la conducta concursal de este linaje se incrementa 12 meses.

Por consiguiente, se impone al procesado, como definitiva, la pena de 214 meses, 15 días de prisión, por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

Pena accesoria

Como pena accesoria, de conformidad con lo normado en el artículo 52 inciso 3° del código penal, se impone la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por un tiempo igual al de la pena de prisión.

VIII. SUBROGADOS PENALES

8.1. Por expresa prohibición para el otorgamiento de los beneficios previstos en los artículos 63 y 38 de la Ley 599 de dos mil (2000), consagrada en los numerales 4° y 8° del artículo 199 de la Ley 1098 de dos mil seis (2006), en razón a que se trata de una conducta delictual que atentó contra la libertad, integridad y formación sexual de una femenina menor de edad, se niega al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Conforme a lo establecido en el artículo 450 de la Ley 906 de dos mil cuatro (2004), líbrese la correspondiente orden de captura en contra de **Giovanni Battista Matías Ortegón**, identificado con la cédula de ciudadanía 93.238.049 expedida en Ibagué (Tolima), para efectos del cumplimiento de la presente sentencia condenatoria.

Sobre el particular, debe decirse que la conducta punible objeto de sentencia resulta ser de connotación gravosa, ello en razón al alto reproche social que se desprende de cara a la protección que las convenciones internacionales y la legislación interna pretenden frente a los derechos fundamentales de la población menor de edad, máxime en tratándose de la salvaguarda del bien jurídico tutelado a la libertad, integridad y formación sexual; criterios que implícitamente encuadran en el tipo penal y su correspondiente agravante.

De lo anterior y ante la gravedad del comportamiento desplegado por **Matías Ortegón** en contra de su menor hija J.A.M.O., resulta urgente y necesario emitir de manera inmediata la correspondiente orden de captura conforme a la finalidad expuesta en precedencia.

Aunado a ello, debe advertirse que el tiempo que **Giovanni Battista Matías Ortegón** estuvo en detención preventiva en establecimiento carcelario por cuenta de la presente actuación, deberá tenerse en cuenta para el cumplimiento de la pena.

IX. OTRAS DETERMINACIONES

En firme la sentencia, devuélvase la actuación al juzgado de origen para que libre las comunicaciones a las autoridades respectivas según el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal y remita la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (Reparto) de esta ciudad, para que procedan de conformidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Villavicencio el once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), acorde con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Segundo. Condenar a **Giovanni Battista Matías Ortegón**, identificado con la cédula de ciudadanía 93.238.049 expedida en Ibagué (Tolima), a la pena principal de prisión de 214 meses, 15 días, como autor responsable del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado, en concurso homogéneo artículos 31, 207 y 211 numeral 5° del Código Penal.

Tercero. Condenar a **Giovanni Battista Matías Ortegón**, identificado con la cédula de ciudadanía 93.238.049 expedida en Ibagué (Tolima), a la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal de prisión.

Cuarto. Negar a Giovanni Battista Matías Ortegón los subrogados penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Quinto. Líbrese de manera inmediata orden de captura en contra de **Giovanni Battista Matías Ortegón**, identificado con la cédula de ciudadanía 93.238.049 expedida en Ibagué (Tolima), para que cumpla la condena impuesta.

Sexto. Instar de manera comedida a la Fiscalía General de la Nación para que, una vez revisada la actuación, proceda a adoptar una determinación sobre el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, el cual se itera, fue imputado, pero no tenido en cuenta en la acusación.

Séptimo. Indicar que contra esta providencia procede el mecanismo de impugnación especial para la defensa material y técnica -en aplicación del principio de doble conformidad-, entre tanto, el recurso extraordinario de casación para los restantes sujetos procesales e intervinientes.

Octavo. En firme esta determinación, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

Notifíquese y cúmplase


RICARDO MOJICA VARGAS
Magistrado


PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES
Magistrada


LUIS HERNANDO ROJAS ISAZA
Magistrado