



Radicado: 050886000200201800160
Procesado: Nelson Arnulfo Orozco Hernández
Delitos: Acceso carnal abusivo con menor de
catorce años y otros
Asunto: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma parcialmente y modifica
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 061

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, quince de mayo de dos mil veinticuatro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, el 15 de junio de 2022, mediante la cual condenó al señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** a la pena principal de 19 años de prisión y a la accesoria de ley por el mismo término, al considerarlo autor penalmente responsable del delito de Acceso carnal abusivo con menor de

catorce años agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con la conducta de Actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, en contra de la menor MOF¹. Al sentenciado le fueron negados los sustitutivos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos génesis del presente proceso sucedieron, según lo acreditado en el juicio oral y lo narrado en escrito de acusación, en los siguientes términos:

“Los hechos se dieron en la avenida 19 D Nor. 57c 11, barrio “Navarra” de esta municipalidad, durante el periodo comprendido entre el mes de octubre 2008 hasta el año 2012, cuando el acusado NELSON ARNULFO OROZCO HERNÁNDEZ, padre biológico de la menor MOF, procedió casi todos los días a realizar tocamientos de carácter sexual a la menor consistentes en: ingresar en la madrugada a la habitación donde dormía la menor, quien para esas fechas contaba entre 5 y 9 años de edad y proceder a desnudarla, desnudarse el, subirse encima, tocarle sus senos, vagina y nalgas. Igualmente procedió en otras oportunidades a introducirle el dedo en la vagina y al menos en cinco (5) oportunidades a colocarle el pene en la mano a fin de que lo masturbara. A fin de que la menor no revelara lo sucedido, la amenazaba con darle muerte a su madre. La menor víctima MOF revela a su progenitora lo sucedido en marzo de 2018, cuando ya su padre no convivía con ellas”.

Ante la denuncia formulada por la madre de MOF, se inició la investigación correspondiente y se ordenó la aprehensión de **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

El 21 de mayo de 2019, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bello, se llevaron a cabo las audiencias preliminares concentradas en las que además de legalizar el procedimiento de captura, la Fiscalía General

¹ Cuyos nombres y apellidos se omitirán en esta providencia siguiendo las pautas fijadas por el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Corte Constitucional.

de la Nación formuló imputación al señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**, por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con la conducta de Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, cargos a los cuales el imputado no se allanó. Previa solicitud del Fiscal Delegado, se impuso al encartado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

La representación del ente acusador radicó escrito de acusación. El conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, ante el cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 27 de septiembre de 2019.

Posteriormente, el 13 de agosto de 2020, se realizó la audiencia preparatoria. Luego de ello se desarrolló el juicio oral a lo largo de 9 sesiones, al término de las cuales se anunció sentido del fallo de carácter condenatorio.

El 15 de junio de 2022 se profirió la sentencia en el sentido ya reseñado.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

En la sentencia de primer grado, el Juez Primero Penal del Circuito de Bello encontró demostrada tanto la existencia y materialidad de las conductas punibles de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, cometidas en contra de la niña MOF, como también la responsabilidad penal en las mismas del señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

Destaca que, en este caso, como en la mayoría de los delitos sexuales contra menores, la única testigo directa de los hechos fue la víctima MOF; no obstante, arguye que tal situación no demerita la credibilidad de ese testimonio ni la posibilidad de construir conocimiento a través de este, en tanto la evaluación de su atestación, confrontada con la prueba periférica, el examen científico y los criterios de corroboración, revelaron como digno de pleno crédito el dicho de la joven afectada, dando cuenta suficiente de los criterios de credibilidad intrínseca y extrínseca.

Pone de presente que, en su declaración en juicio, la menor MOF narró coherentemente lo ocurrido y sus dichos están ratificados con las demás pruebas practicadas en el juicio oral, destacando entonces que no se trata de un testimonio único rodeado de testigos de referencia, sino de un conjunto de prueba de corroboración periférica que hace que la versión otorgada por la víctima, sea verosímil y creíble.

Manifiesta que MOF dio a conocer en juicio que entre los años 2008 y 2012 esto es, cuando tenía entre 5 y 9 años de edad, en la vivienda ubicada en la avenida 19 # 57C-11, barrio Navarra de Bello, en la que vivía con sus padres y hermanos, en múltiples ocasiones su progenitor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** le realizó tocamientos de carácter sexual en sus zonas íntimas, en al menos cinco (5) ocasiones propició que lo masturbara colocándole el miembro viril en las manos y en dos (2) eventos le introdujo a la menor los dedos en la vagina.

La niña fue clara al explicar que tales hechos ocurrían principalmente en su habitación en horas de la noche, circunstancia que, resalta el Juez, era aprovechada por **Orozco Hernández** para

ingresar al cuarto en el cual la niña dormía sola y allí le realizaba los actos libidinosos.

En lo que atañe a cómo acaecieron los eventos de abuso sexual denunciados, remarca el fallador que MOF fue enfática al distinguir y narrar los vejámenes de tipo sexual de los que fue víctima. Precisó que el perpetrador le tocaba los senos y la vagina, también hacía que lo masturbara con sus manos, en varias ocasiones le realizó sexo oral y en dos oportunidades la accedió con los dedos por la vagina, eventos en los que hace énfasis MOF, pues recuerda que le generó sangrado.

Ahora bien, en este punto *el A quo* sostiene que, si bien la menor no estuvo en capacidad de precisar las fechas de ocurrencia de los vejámenes ni la cantidad exacta de veces en que sucedieron los tocamientos, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia especializada, dicha carga es desproporcionada y no resulta exigible para un menor de edad, bastando que de su relato se extraiga el momento temporal aproximado en que tales actos tuvieron despliegue.

Insiste el Juez en que tal narración de los hechos es creíble y verosímil, teniendo además corroboración, en tanto la versión de los hechos que dio a las diferentes personas es uniforme.

Pone de presente el funcionario fallador que también acudieron a la vista pública María Margort Flórez Lopera y Leidy Catalina Cardona Flórez, madres y hermana de MOF, respectivamente, quienes realizaron una descripción similar de los hechos a la que fue dada por la víctima. Igual sucede con la psicóloga María Alejandra Álvarez, el perito psicólogo Javier Villa Machado y el médico legista Gustavo Maldonado Cardona, quienes tuvieron

oportunidad de entrevistar a la niña y, en sede de juicio oral, aseguraron al unísono escuchar de MOF un relato en que daba a conocer haber sido víctima de vejámenes sexuales, sin que se advierta variaciones en la narración fáctica hecha a estos por la menor, pues al respecto informaron al estrado de manera uniforme.

Sumado a lo anterior, el médico legista Gustavo Maldonado Cardona atestiguó que después de escuchar el relato de MOF, le realizó el examen físico general y el sexológico forense, encontrando un himen con morfología festoneada y con un desgarramiento antiguo localizado entre las 7 y las 8, tomando como referencia las manecillas del reloj, hallazgos compatibles con la narración hecha por la menor acerca de los episodios de violencia sexual de los que fue víctima.

El perito en psicología Javier Villa Machado declaró que, luego de entrevistar a la menor, encontró en ella un relato detallado, con respaldo afectivo esperable para el acontecimiento que ella describió. Adujo que la narración de la menor contaba con múltiples indicios de validez, con coherencia interna y consistente respecto a los relatos dados a otras personas, con alta probabilidad de que la narración vertida por la menor sea basada en una experiencia vivida y no en algo inventado ni sugerido por terceros, además que pudo evidenciar en MOF ser una persona que puede diferenciar entre la fantasía y la realidad.

Recalcó el funcionario fallador que tanto la psicóloga María Alejandra Álvarez como el perito en psicología Javier Villa Machado, manifestaron encontrar en MOF cambios en el comportamiento y del estado anímico, que generalmente se presentan en víctimas de violencia sexual: la menor inició tranquila las entrevistas, pero se tornó triste al narrar los hechos denunciados; lloró

bastante cuando se refirió a los vejámenes que sufrió y lloró cuando escuchó a la mamá contar su versión de lo acontecido. La joven relató episodios de incontinencia urinaria *-enuresis nocturna-* lo cual, explicaron los testigos, muchas veces es un síntoma que se correlaciona con episodios de abuso sexual. La joven también contó que inició su vida sexual, pero reportó esos encuentros como problemáticos, duros, o dolorosos, y sin bien accede a tener una relación sexual, finalmente esta nunca le es satisfactoria, habiendo realizando tal actividad dentro del marco de complacer a su pareja, sin lograr satisfacerse ella. Además, reporta sobrepeso y consumo compulsivo de alimentos, síntoma que se correlaciona con ansiedad, siendo ese aumento del apetito una forma de apaciguar sus conflictos. Finalmente, MOF da cuenta de su temor a dormir sola, siempre lo hace con otra persona o por lo menos cerca.

De esta manera, el Juez Primero Penal del Circuito de Bello concluye que la narración hecha por MOF respecto de los hechos de abuso sexual de los que fue víctima, son creíbles, contando con criterios de corroboración periférica como la reiteración y coherencia de su relato, el daño psíquico que se le causó a raíz del ataque sexual, su estado anímico y su cambio comportamental posteriores a la ocurrencia de los hechos.

En cuanto a la prueba aportada por la defensa, remarca el *A quo* que se allegaron los testimonios de Hermes de Jesús Grajales Jiménez y Leonel Valencia Legarda, ambos dirigidos a restar credibilidad a los peritos de cargo, precisando el fallador que, en momento alguno, aquellos alcanzaron tal objetivo.

Hermes Grajales Jiménez pretendió atacar la valoración efectuada por el legista Gustavo Maldonado, aseverando que éste debió fijar sus supuestos hallazgos a través de video o

fotografía; sin embargo, aduce el Juez que tal como lo aclaró el profesional de medicina legal, aquello es solo una posibilidad no un mandato, y en este tipo de eventos en los que está involucrada una menor, debe propenderse por su dignidad y respeto, siendo suficiente entonces que el legista verificara directamente la presencia de rasgos y hallazgos en el cuerpo de la paciente y los diera a conocer en la vista pública, todo lo cual se cumplió en este caso.

En cuanto al informe psicológico presentado por Javier Villa Machado, Leonel Valencia Legarda pretendió descalificar tal peritazgo argumentando que éste no cumplía con estándares internacionales para diagnosticar alguna psicopatía a MOF; no obstante, remarca el fallador que, tal como lo manifestó el psicólogo de cargo, el objetivo de la valoración realizada por éste era examinar los dichos de la menor y establecer: (i) si tenía consecuencias en su salud mental; (ii) si es una persona que puede confundir la fantasía con la realidad; y (iii) si se avizoraba algún indicio de haber sido manipulada para dar una versión falsa.

Resalta el *A quo* que tales aspectos fueron debidamente examinados por el psicólogo Javier Villa Machado, dando a conocer sus hallazgos, mismos que, como se dijo antes, respaldan y dan credibilidad a la narración de MOF.

El Juez también se refirió a la declaración de Cristian Felipe Orozco Flórez, hijo de **Nelson Orozco Hernández** y hermano de MOF. Este deponente manifestó que MOF, Catalina y él dormían en una habitación del segundo piso y que los demás habitantes de la casa dormían en el primer piso, y que siempre durmió en el mismo cuarto que MOF.

El fallador no duda al calificar a este testigo como contradictorio y mendaz, en tanto quedó demostrado que Leidy Catalina Cardona ya no vivía en ese inmueble para la época en que nació MOF, evidenciándose su intención de toda costa estructurar una coartada para favorecer a su padre y hacer ver que era imposible que la menor estuviese a solas, a merced de su victimario.

Insiste en que la prueba de descargo no logró su objetivo de mermar credibilidad o valor suasorio a la prueba de la Fiscalía, como tampoco logró cimentar válidamente una hipótesis alterna que diera cabida a alguna duda razonable sobre la ocurrencia de los hechos y de la responsabilidad penal de **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

En lo que atañe a la circunstancia de agravación atribuida al señor **Orozco Hernández**, esto es, aquella prevista en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, aduce el Juez que la misma está plenamente acreditada, pues se demostró con suficiencia que el aquí procesado es el padre biológico de MOF.

Así mismo, indica que, si bien en la presente actuación no fue posible establecer con certeza la cantidad de eventos de actos sexuales, sí se demostró que fue en múltiples oportunidades, probándose de esa manera el concurso homogéneo de esa conducta. En cuanto al delito de Acceso carnal abusivo, precisa que la víctima fue clara al reconocer que se trató de dos eventos, y en razón a esto se predica también la existencia del concurso homogéneo respecto a este injusto.

Concluye entonces el Juez de primer grado que de acuerdo con la prueba legalmente aducida en el juicio oral se demostró, más allá de toda duda razonable, que el aquí procesado

incurrió en las conductas delictivas a él atribuidas, esto es, Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con la conducta de Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, motivo por el cual se cumplen los presupuestos previstos en los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal para la emisión de un juicio de responsabilidad en contra de **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** y el proferimiento de una sentencia de condena.

Al momento de tasar la pena el Juez partió de lo previsto en el artículo 208 del Código Penal para el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, que contempla una sanción de 12 a 20 años de prisión, marco punitivo que se aumenta por la circunstancia de agravación específica del artículo 211 numeral 5 ibídem, quedando un marco punitivo final de 16 a 30 años de prisión.

Conforme con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del Estatuto Penal, el *A quo* se ubicó en el primer cuarto, que va de 16 a 19.5 años y, en este punto, aseveró que se ubicaría en el extremo mínimo, quedando una sanción provisional de 16 años.

En esta misma línea, en cuanto a la conducta de Actos sexuales con menor de catorce años, el funcionario fallador precisó que el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, establece una pena de 9 a 13 años de prisión y en razón de la circunstancia de agravación antes indicada, el marco punitivo va de 12 a 19.5 años. Como lo indicó antes, lo procedente era ubicarse en el primer cuanto de movilidad que en este caso oscila entre 12 y 13.87 años, ubicándose igualmente en el mínimo, esto es, 12 años.

Ahora bien, al tratarse de concurso homogéneo de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado,

incrementó 1 año y respecto al concurso de Actos sexuales con menor de catorce años agravado, incrementó 2 años, arrojando una sanción definitiva a imponer de 19 años de prisión.

Como pena accesoria determinó imponer el mismo término de aquel previsto para la pena privativa de la libertad.

Inconforme con la decisión de primer grado, la representante de la defensa interpuso y sustentó el recurso de alzada en el término de ley.

LA IMPUGNACIÓN:

La profesional del derecho que representa los intereses del procesado **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**, sustentó su inconformidad con el fallo señalando que discrepa de la determinación del *A quo* de emitir sentencia de condena, pues argumenta que el fallador incurrió en una indebida valoración de las pruebas practicadas en el juicio, pasando por alto detalles esenciales y, por tanto, quebrantando la debida apreciación de la prueba que le era exigible.

Cuestiona que la prueba de cargo aportada por la Fiscalía no genera el convencimiento necesario para proferir condena y, por el contrario, existe duda razonable sobre la ocurrencia de los hechos. Pone de presente que los testimonios de MOF, su hermana Leidy Catalina Cardona y su madre María Margort Flórez, adolecen de serias contradicciones que dan al traste con su valor suasorio.

La menor dijo en el interrogatorio que contó a su mamá lo sucedido una única vez, cuando ya tenía 14 años y **Nelson**

Arnulfo Orozco ya no vivía con ellas; pero después, en el redirecto, explicó que cuando tenía 6 años le dijo a su progenitora que en las noches sentía que la tocaban y que creía que era su hermano Cristian, por lo que su mamá lo castigó.

Así mismo, la presunta víctima fue clara al manifestar que al momento de la ocurrencia de los hechos ella no tenía posibilidad de ver al perpetrador, pues era de noche y su habitación permanecía oscura. En un aparte de su declaración dijo que sí vio que era su progenitor, pero después aclara que ella nunca pudo observarlo, que cuando sentía los tocamientos se quedaba con los ojos cerrados y totalmente inmóvil; se limita a decir que fue **Nelson Arnulfo Orozco** quien le hizo esos tocamientos porque, en una ocasión, luego de que se percató de que el perpetrador se retiró de su habitación, ella fue al baño y cinco minutos después bajó al primer piso de la casa y allí vio a su padre sentado en la sala, y porque él era el único que estaba con ella en dicho inmueble.

También la menor MOF da a conocer que supo que se trataba de su padre porque en una ocasión éste intentó hablarle mientras la tocaba y porque le “traqueaban” las rodillas; sin embargo, resalta la apelante que la misma niña aclara que no le hablaba con la propia voz, sino que la cambiaba hablándole en un tono de voz muy bajo; adicional a ello, afirma, no se demostró que el señor **Orozco Hernández** tuviese alguna lesión o enfermedad en las piernas que generara que sus rodillas “traquearan”.

Sumado a lo anterior, arguye que cuando fue interrogada al respecto, la menor aseguró que previo al juicio la Fiscal le había repasado las preguntas que le realizaría en la audiencia, actuar que la defensora califica como desleal,

reprochable e, incluso, vulnerador de las garantías fundamentales de su mandante.

En lo atinente a la declaración de Leidy Catalina Cardona, sostiene que dicha testigo tampoco es creíble. La deponente afirmó que en una ocasión ella vio que **Nelson Arnulfo Orozco** estaba tocando a MOF, lo que le contó inmediatamente a su madre, pero que el aquí procesado golpeó fuertemente a la señora María Margort Flórez, teniendo que ser trasladada a un Hospital. No obstante, cuestiona la recurrente el hecho de que ante tal agresión no se haya formulado denuncia alguna, como tampoco por el supuesto descubrimiento hecho por Leidy Catalina Cardona.

De igual manera, pone en entredicho la credibilidad de esta testigo pues ella misma dio a conocer que desde los 15 años no vivía en esa casa, no existiendo manera entonces de que ingresara sin el consentimiento de quienes allí residían.

Resta igualmente credibilidad al testimonio de María Margort Flórez, pues asevera que, inicialmente, dijo que cuando su hija MOF tenía 6 años le manifestó que la tocaban y que le ponían un pene en la mano, que ella creyó que era Cristian Felipe, hermano de MOF, pero que cuando llegó Leidy Catalina, entre las dos le preguntaron a la niña y esta les dijo que el pene era grande, y es en ese momento en que Leidy Catalina dice que seguramente fue **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**, pues también le hacía lo mismo a ella; pero más adelante en el interrogatorio, dijo que se enteró ya cuando MOF tenía 14 años, la niña de le acercó y le contó lo que le había sucedido. Allí, asegura, se evidencia lo contradictorio de dicha declaración.

Insiste en que los testigos de cargo incurrieron en serias contradicciones que dan al traste con su valor suasorio y generan serias dudas acerca del señalamiento incriminador realizado a su defendido, situación que no fue debidamente valorada por el Juez de primer grado.

En esa misma línea, sostiene que el funcionario fallador, sin razón alguna, no otorgó credibilidad a la declaración de Cristian Felipe Orozco, hijo del aquí procesado, quien fue contundente al desmentir las manifestaciones de María Margort Flórez Lopera y de Leidy Catalina Cardona Flórez, según las cuales **Nelson Arnulfo Orozco** las agredía o maltrataba, reiterando además la apelante que ninguna de esas supuestas agresiones fue demostrada en modo alguno por la Fiscalía. En su lugar, dicho testigo puso de presente que entre el señor **Orozco Hernández** y María Margort Flórez existían inconvenientes y problemas maritales por supuestos actos de infidelidad de aquel.

De otro lado, la apelante critica también el dictamen realizado a MOF por el galeno de medicina legal. Remarca que, si bien el legista manifestó que en la valoración realizada a la menor le observó un himen festoneado con desgarró antiguo, tal hallazgo no se fijó a través de videos o fotografía; tampoco detalló suficientemente cómo era ese supuesto desgarró del himen, ello con el fin de determinar el tipo de desgarró, su origen y si está o no relacionado con los hechos materia de juzgamiento.

En este punto, pone de presente el informe realizado por el perito de la defensa Hermes Grajales Jiménez en el que se concluye que los hallazgos dados a conocer en el dictamen de medicina legal, son imprecisos y no generan claridad acerca de la responsabilidad penal del aquí imputado.

Finalmente, en lo que atañe al testimonio rendido por María Alejandra Álvarez, psicóloga de la Fundación “Jugar para Sanar”, arguye la apelante que esta deponente no acreditó los estudios y experticia suficiente para haber realizado la valoración psicoterapéutica a la menor MOF. Recalca que en el conainterrogatorio se demostró que esta testigo ostenta únicamente el título de psicóloga y no cuenta con alguna especialización y/o estudio adicional que la faculte para atender a una menor presuntamente víctima de abuso sexual. En tal sentido, asegura que la valoración y diagnóstico efectuado por la psicóloga, carecen de certeza e idoneidad.

Reitera que con la prueba aportada por la Fiscalía en modo alguno se demostró la ocurrencia de los actos y accesos abusivos, como tampoco la responsabilidad penal en los mismos de **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**. Por el contrario, asegura que de los testimonios de descargo se desprende que tanto MOF, como su hermana y progenitora, mintieron en los señalamientos realizados en contra del aquí procesado.

De esta manera, insiste en que en el presente caso no se aportó prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**, razón por la cual pide se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, se absuelva a su prohijado de todo cargo.

NO RECURRENTE

En su intervención como no recurrente, el apoderado judicial de la víctima pide se mantenga incólume la decisión de la primera instancia.

Pone de presente que, de acuerdo con lo demostrado en juicio, la agresión sexual perpetrada por **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** en contra de MOF sí existió, circunstancia que no logró ser desvirtuada por la defensa.

Señala, igualmente, que las supuestas contradicciones en las que incurrieron los testigos de cargo, a lo sumo se refiere a situaciones accesorias, pero en lo que atañe al fondo de la declaración, esto es, la ocurrencia del abuso sexual por parte del aquí procesado, no existió contradicción alguna.

La defensa no demostró en modo alguno la existencia de alguna circunstancia de animadversión de MOF en contra de **Nelson Arnulfo Orozco** que la llevara a perjudicarlo injustamente.

Manifiesta que, contrario a lo aseverado por la apelante, no existió irregularidad alguna en el contrainterrogatorio realizado a MOF. Recalca que ni el Juez de conocimiento ni las partes e intervinientes en ese momento procesal, dieron cuenta de algún procedimiento anómalo, ni siquiera la defensa en ese momento propuso objeción alguna a las preguntas que se le hacían a la testigo, no siendo dable entonces que ahora se pretenda alegar esa supuesta irregularidad en sede de apelación de sentencia.

Por lo anterior, afirma que en este caso lo procedente es confirmar la decisión de primer grado, en tanto son carentes de fundamento y desacertados los argumentos de la alzada.

CONSIDERACIONES:

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo a lo

normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las decisiones que en primera instancia profieran los Jueces Penales del Circuito.

La función revisora del Tribunal se ha de circunscribir en esta oportunidad, de manera puntual, a los reparos efectuados por el impugnante, y a aquellos que le sean inescindibles.

Abordando el estudio de los problemas jurídicos planteados por la recurrente, la Colegiatura se aprestará a constatar si la valoración conjunta del acervo probatorio allegado a la actuación lleva al proferimiento de la sentencia absolutoria solicitada por la defensora, o si, por el contrario, debe impartirse confirmación al fallo condenatorio.

Se ha de comenzar por precisar que, como suele ocurrir en la generalidad de los procesos que se adelantan por atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, en los mismos se carece del concurso de testigos directos ajenos a los protagonistas del hecho, ya que estos suelen ser cometidos sin su presencia, a puerta cerrada, en la intimidad, en donde sólo se cuenta con la presencia del agresor y la víctima, razón por la cual el testimonio de esta última adquiere gran importancia, sin que por su sola condición de único pueda ser desestimado, como erradamente lo deprecia la apelante, pues éste debe ser valorado bajo los postulados de la sana crítica y confrontado con las demás pruebas existentes para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen para apreciar con suficientes elementos de juicio su valor probatorio.

La defensa emprende tal cometido con miras a procurar desacreditar la prueba de cargo, haciendo unos reparos concretos a la sentencia respecto del valor suasorio dado a la declaración rendida por la menor MOF, a quien acusa de falta de la debida circunstanciación al momento de narrar los hechos por los cuales se juzga a su defendido, además de idear la versión referente a los accesos y los tocamientos que supuestamente le realizó el aquí acusado, testimonio que, además de ser el único directo de cargo, afirma la defensora que no estuvo acompañado de prueba de corroboración periférica y, por el contrario, adolece de contradicciones. Así mismo, ataca la valoración probatoria efectuada por el Juez de instancia, pues asegura que el funcionario judicial no examinó de manera integral la totalidad de las pruebas practicadas en el juicio oral, en tanto, en su sentir, no se demostró cabalmente la materialidad de las conductas punibles atribuidas a su defendido.

Pese a ello, el estudio minucioso de la sentencia, así como del acervo probatorio allegado a la actuación, permite concluir que los elementos de convicción practicados en el juicio oral, en particular los de cargo, demuestran de manera fehaciente y más allá de la duda razonable, tanto la existencia y materialidad de las conductas punibles de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y heterogéneo con el delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, cometidas en contra de la menor MOF, como también la responsabilidad penal en las mismas del señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

Inicialmente debe señalarse que, desde tiempo atrás, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las manifestaciones o atestiguaciones de los

menores de edad, quienes presuntamente han sido víctimas de atentados o vejámenes contra su libertad e integridad sexual, no son por sí solas creíbles y, con base únicamente en ellas, emitir sentencia de condena; por el contrario, tales manifestaciones deben ser valoradas sin prejuicios y atendiendo a las reglas de la sana crítica.

En esa misma línea jurisprudencial se ha precisado que debe existir una corroboración de sus dichos al ser contrastados con los demás medios probatorios. Al respecto, ha dicho la Alta Corporación en lo penal:

*“En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, que «el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales». Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad **que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.***

Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.

*Ciertamente, en decisión CSJ SP, 23 feb 2011, rad. 34568, se indicó que como cualquier testigo, **los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004** en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el 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 contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.*

También en sentencia CSJ SP, 11 may. de 2011, rad. 35080, se advirtió que en ciertas ocasiones, al igual que los adultos, los niños pueden mentir, tergiversar o alterar los hechos, atendiendo a algún interés o incluso por manipulación de alguien, pero «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban

*asumirse como verdades incontrastables o indubitables».*² (Subraya y negrilla fuera de texto)

La Corte Suprema de Justicia además ha planteado la existencia de tres reglas fundamentales para determinar la veracidad o no de los hechos narrados por la víctima menor de edad, aspectos éstos que han sido de permanente recurrencia por esta Sala para el análisis de casos similares al que nos concita, en cumplimiento del llamado que en tal sentido ha efectuado reiterativamente la Alta Corporación:

“a) Que no exista incredulidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor–agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.

b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y

c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones”³.

Bajo tales perspectivas la Sala abordará el análisis de los testimonios rendidos por la menor MOF, con miras a establecer si en el presente asunto se cuenta con la prueba que permita otorgar credibilidad a sus dichos, de manera que al final se establezca si existe el grado de convicción suficiente para la emisión de una sentencia adversa a los intereses del acusado o que ello sea insuficiente, o por lo menos dé cabida a la duda y deba acogerse la posición de la defensa.

La exigencia de tales perspectivas nace a partir del cuestionamiento acerca de la posible sospecha de parcialidad que puede tener en las resultas del proceso por parte de la víctima del

² Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP880 del 30 de enero de 2017. Radicación 42.656.

³ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 11 de 2007, radicado 26.128.

injusto. Algunos tratadistas⁴ han considerado a la víctima como un testigo sospechoso de su falta de objetividad al momento de realizar el recuento de la situación vivida, por cuanto se espera que en ella sostenga su incriminación hacia el procesado, pero que al realizar su narrativa estén presentes circunstancias derivadas de un posible resentimiento o animadversión en contra del señalado por la ofensa que padeció.

Para Rodríguez Chocontá, su testimonio puede contar con la fuerza suficiente para derruir la presunción de inocencia que cobija al procesado, siempre *“que esté despojada de conjeturas, sospechas o imprecisiones. En este caso, se deben descartar los móviles de resentimiento, enemistad, odio, etc., que le resten credibilidad; y siempre que no se trate de testimonio único y además esté respaldado por otros medios de prueba, por lo que se puede generar en el juez de conocimiento más allá de toda duda razonable”*⁵.

Posición a la que alude Jordi Nieva Fenoll cuando reclama *“la necesidad de que exista ausencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio debida a móviles espurios en el declarante, existencia de corroboraciones periféricas y persistencia en la incriminación, que es lo mismo que decir coherencia en el relato de la víctima. Es decir, que no se desdiga ni se contradiga”*⁶.

Por lo anterior, debe partirse de la declaración rendida por MOF en desarrollo del juicio oral, quien fue enfática al referir que desde que tenía entre 4 y 5 años de edad, su progenitor, **Nelson**

⁴ Al efecto puede observarse los Doctrinantes: Carlos José Antón Mittermaier, Tratado de la prueba en materia comparada. Pág. 349; Raquel López Jiménez, La prueba en el juicio por jurados. Págs. 123 y 124; Orlando Alfonso Rodríguez Ch., El testimonio penal y sus errores: Su práctica en el juicio oral y público, Págs. 231 y 232.

⁵ Rodríguez Ch., Orlando Alfonso. El testimonio penal y sus errores: su práctica en el juicio oral y público. Editorial Temis. Segunda edición. 2005. Pág. 232.

⁶ Nieva Fenoll, Jordi. La valoración de la prueba. Marcial Pons. 2010. Pág. 248 y 249.

Arnulfo Orozco Hernández, le realizó tocamientos en sus senos y la vagina, además, le hacía sexo oral y le ponía el pene en las manos de ella para que lo masturbara.

Explicó que tales hechos sucedían en la casa ubicada en el barrio Navarra de Bello en la que vivía con sus padres y sus hermanos; dio a conocer que, en su mayoría, tales hechos sucedían en horas de la noche en su habitación en la que dormía sola, circunstancia que era aprovechada por **Nelson Arnulfo Orozco** para ingresar a su habitación y realizarle los actos libidinosos.

Rememoró que, la primera vez que sucedió, era tarde en la noche, ella ya estaba dormida, pero sintió que se le acostaron al lado, ella se quedó con los ojos cerrados mientras sentía que le tocaban las partes íntimas, hasta que el perpetrador finalmente se fue de su habitación y no pasó más.

Dio a conocer que inicialmente no sabía quién le realizaba esos tocamientos, pues al suceder en la oscuridad y siempre tratar de mantener los ojos cerrados no observaba bien a la persona que la abusaba. Explicó que luego de esas primeras ocasiones, le contó a su madre María Margot Flórez lo que le sucedía, y ésta creyó que se trataba de su hermano Cristian Felipe, quien para la época tenía aproximadamente 14 o 15 años, y lo castigó pese a que este siempre negó tales hechos. No obstante, al contarle igualmente a su hermana Leydi Catalina Cardona Flórez, esta le indagó por el tamaño de las manos que la tocaban y del pene, y ante su respuesta de que eran unas manos y un pene grandes, su hermana le dijo a su mamá que no era posible que hubiese sido Cristian Felipe pues se trataba de un niño.

Manifestó que tales hechos siguieron sucediendo con frecuencia, precisando que se dio cuenta que se trataba de su progenitor pues en una ocasión este le habló en voz baja, amenazándola para que no contara lo que sucedía, diciéndole que si lo delataba mataría a su mamá.

Así mismo, indicó que, en una de las ocasiones, además de tocarle las partes íntimas, **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** no solo le tocó las partes íntimas y la obligó a masturbarlo, sino que además le introdujo los dedos por la vagina, hecho que le generó ardor y sangrado; relató que esperó que esta persona se fuera y se fue para el baño, esperó unos minutos y se asomó al primer piso en donde vio a su papá sentado en la sala, lo que le confirmó que era él quien abusaba de ella pues tenía claro que cuando se fue a dormir y nuevamente al despertarse, eran los únicos en la casa.

Reveló que la segunda vez que **Nelson Arnulfo Orozco** le introdujo los dedos en la vagina eran aproximadamente las 4 PM, ella se encontraba dormida en una habitación en el segundo piso de la casa. Asegura que recuerda muy bien aquella ocasión, pues no solo volvió a sangrar por la vagina, sino que además era de día y pudo ver claramente al aquí acusado, señalando incluso que tenía una pantaloneta azul con una raya amarilla.

Es reiterativa al manifestar que todos esos hechos de abusos sucedieron en repetidas ocasiones y siguieron sucediendo hasta que ella tuvo entre 8 y 9 años. Afirma que al cabo del tiempo ya ella no dormía por el miedo que le generaba pensar que **Nelson Arnulfo Orozco** iría a tocarla y a accederla. La habitación suya y la de sus padres quedaban ambas en el segundo piso de la casa, por

lo que en las noches incluso escuchaba cuando su padre se levantaba para dirigirse a su cuarto.

Pese a ello, no se oponía a los abusos de su padre ni volvió a contar a alguien más lo sucedido por miedo, pues además de las amenazas que le hizo, **Orozco Hernández** era bastante violento con todos, los agredía física y verbalmente.

Manifestó que tiempo después, cuando tenía 14 años y ya su papá no vivía con ellos, un día vio a su mamá arreglando el closet de la habitación y notó que estaba llorando; le preguntó qué pasaba y ella le respondió que estaba muy triste por todo lo que había pasado con **Nelson Arnulfo Orozco**, la manera como las agredió en tantas ocasiones, y que al parecer él también abusó de su hermana mayor Leydi Catalina Cardona. Relató MOF que en ese momento le reveló a su mamá que **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** también había abusado de ella y ante la insistencia de su madre, le contó lo sucedido durante todos esos años.

Días después, le contó también a su hermana Leydi Catalina Cardona lo que venía sucediendo, decidiendo de esa manera formular denuncia.

En esta oportunidad, el testimonio de la ofendida no puede perder su credibilidad por la sola condición de víctima, debiéndose proceder a su valoración con fundamento en los postulados de la sana crítica y su confrontación con las demás pruebas, para lo cual deberán tenerse en cuenta los criterios que para su apreciación ha contemplado el Legislador en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004⁷.

⁷ **Artículo 404. Apreciación del testimonio.** Para apreciar el testimonio, el juez tendrá 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

Atendiendo al relato puesto de presente, lo primero que debe precisarse es que para esta Magistratura no existe reparo alguno sobre las condiciones cognitivas y de sanidad de la menor ofendida que le hubiese impedido percibir por sí misma lo ocurrido. Recuérdesse que para la época en que comenzaron a tener lugar los hechos de abuso, MOF tenía alrededor de 6 años de edad, y tales sucesos se extendieron por 4 años, aproximadamente, hasta que la joven tenía entre 9 y 10 años; durante todo ese tiempo se encontraba escolarizada, sin que se advierta ningún defecto en la memoria de la menor que le impidiera percibir correctamente lo sucedido y después rememorarlos.

Ahora bien, como se indicó en el antecedente jurisprudencial traído a colación, como parte del análisis que debe realizarse de la declaración de la menor víctima, esos testimonios deben contar con prueba que los corrobore, no solo desde una perspectiva *ex ante* en la que se pueda concluir la falta de animadversión o rencor entre la agredida y el acusado, sino además desde una perspectiva *ex post* donde se verifiquen aspectos que den credibilidad al testimonio rendido por la víctima.

En este punto, encuentra esta Sala de Decisión que, de la prueba testimonial practicada en el juicio oral, no se desprende en modo alguno que, previo a la ocurrencia de los hechos, existiera un sentimiento de animadversión o venganza por parte de MOF para con el señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** que lleve a entender que la joven inventó la versión de los tocamientos y de los accesos de los que fue víctima, para perjudicar injustamente a su progenitor.

y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Nótese que, según la narración de la joven, cuando empezó a sentir los tocamientos nocturnos que le estaban realizando, ni siquiera pasó por su mente que fuese su padre el perpetrador de tales abusos; incluso, la primera vez que contó a su madre sobre las palpaciones que le estaban realizando, a pesar de los problemas maritales que ya ésta tenía con **Orozco Hernández**, la señora María Margot Flórez tampoco señaló al aquí procesado sino que en su lugar regañó y castigó a Cristian Felipe, hermano de MOF, atribuyéndole a él tales hechos.

Adicional a ello, obsérvese que fue justamente Cristian Felipe Orozco Flórez, al acudir como testigo de descargo, quien aseguró que la convivencia en su familia era buena, que no había problemas, sólo les llamaban la atención cuando se hacía necesario, tanto por parte de su madre como de su padre. En tal panorama, entonces, según el planteamiento de la defensa, se descartaría que por parte de MOF, previo a la ocurrencia de los hechos, existiera un sentimiento de enemistad o antipatía para con su padre.

Ni siquiera la defensa en el curso del juicio oral, y menos aún en el escrito de alzada, hizo referencia a algún interés dañino por parte de la joven MOF, en contra del señor **Orozco Hernández**, que llevara a lanzarle injusta y falsamente una acusación de tal naturaleza.

Siguiendo con el análisis de la declaración de la testigo víctima se tiene que, contrario a lo manifestado por la apelante, en el presente asunto sí existen varias pruebas testimoniales que se constituyen como elementos de corroboración de los dichos de la joven, y que en últimas dan cuenta de la situación ocurrida.

Se tiene que al debate probatorio acudió la señora María Margot Flórez López, madre de MOF. Dicha ciudadana informó que tiene cinco hijos, dos de ellos MOF y Cristian Felipe Orozco Flórez, hijos de **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**. Explicó que, para la época de los hechos aquí denunciados, vivían en el barrio Navarra de Bello, en una casa de dos pisos. En la habitación del primer piso dormían sus hijos hombres, en el segundo piso estaba la habitación principal en la que dormían ella y el señor **Orozco Hernández** y en una habitación adyacente dormía únicamente MOF.

Dio a conocer que cuando MOF tenía aproximadamente 5 años le dijo que en las noches sentía que le tocaban las partes íntimas. Inicialmente pensó que era su hijo Cristian Felipe, a quien regañó y castigó. Explicó que en ese momento MOF también le contó a la hermana mayor, Leydi Catalina Cardona, y entre las dos empezaron a preguntarle a la niña cómo era la persona que la tocaba, el tamaño de las manos, el grosor del pene que le hacía tocar, y como MOF les respondió que tanto las manos como el pene eran grandes, Leydi Catalina le dijo que no era posible que ello lo hubiese hecho Cristian Felipe, un niño, sino que seguramente fue **Nelson Orozco Hernández** pues cuando ella vivía con ellos, él le hizo lo mismo. Refirió la testigo que, en vista de lo anterior, ella le reclamó al aquí procesado por lo ocurrido, pero este, además de negarlo, la empezó a tratar mal y a golpearla.

Explicó que luego de eso ella no hizo nada ni formuló denuncia por miedo y temor, pues **Nelson Arnulfo Orozco** era muy violento, la trataba mal y la golpeaba, tanto a ella como a sus hijos; sumado a ello, MOF no le volvió a decir nada.

Manifestó que, mucho tiempo después, en el año 2018, cuando ya ella estaba separada de **Orozco Hernández**, ella se encontraba arreglando la habitación, en ese momento se sentía muy triste por todo lo sucedido con **Nelson Arnulfo Orozco**, la manera como la agredió durante todo ese tiempo y por lo que él le hizo a su hija Leydi Catalina. En ese instante ingresó MOF, la vio llorando y le reveló que los hechos de abuso sexual perpetrados por su progenitor, también le siguieron sucediendo a ella.

No sabe cuántas veces ni en que fechas ocurrieron los abusos, MOF solo le dijo que fueron muchas veces, en la habitación en la que dormía sola, generalmente en horas de la noche, **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** le tocaba las partes íntimas, le ponía el pene en las manos para que lo masturbara y le introdujo los dedos en la vagina. Tales hechos, según le contó su hija, continuaron hasta que MOF tenía 9 y 10 años aproximadamente.

Rememoró la deponente que en varias ocasiones MOF le pedía que la dejara dormir en la habitación de sus hermanos, luego supo que esto lo hacía la niña porque en las noches en que dormía acompañada, **Nelson Arnulfo Orozco** no le hacía nada.

Precisó que en esa segunda ocasión en la que MOF le contó lo sucedido, días después la niña también le contó a Leydi Catalina, por lo que esta última le insistió y la convenció de que no debían callar más esos hechos y que debían denunciar a **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

A la vista pública también acudió Leydi Catalina Cardona Flórez, hermana mayor de MOF e hija de María Margot Flórez López. Dio a conocer que cuando estaba pequeña vivía con

su mamá, sus hermanos y con **Nelson Arnulfo Orozco**, pero que cuando tenía 15 años, incluso antes de que MOF naciera, se fue de la casa porque no se aguantaba el maltrato y los abusos de **Orozco Hernández**.

Aseveró que conoció directamente que el aquí procesado abusó sexualmente de MOF, pues cuando la niña tenía entre 6 y 7 años, vio la manera como **Nelson Arnulfo Orozco** tocaba las partes íntimas de MOF mientras ella dormía, hechos que años después la misma joven le confirmó.

Rememoró que ese hecho que percibió directamente tuvo lugar cuando ella ya no vivía en la misma casa; ingresó al inmueble, su mamá estaba en la cocina, y ella fue hasta la habitación en la que dormía MOF, allí vio que **Orozco Hernández** le estaba tocando la vagina a la niña; aseveró que ella inmediatamente hizo escándalo por lo que su mamá le reclamó a **Nelson Arnulfo Orozco** por lo que estaba haciendo, pero este la sacó a ella de la casa a la fuerza y a su mamá la golpeó de tal manera que fue necesario llevarla al hospital. Pese a ello, su mamá perdonó a **Nelson Orozco** y siguieron viviendo juntos.

Al ser indagada al respecto, manifestó que no denunció a **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** porque le tenía mucho miedo, no sabía que le podía suceder a su mamá y a su hermana pequeña si lo hacía.

Narró que, años después, en el año 2017 o 2018, estaban en su casa celebrándole el cumpleaños a su hijo. En ese momento, se le acercó MOF, quien ya tenía 14 años, y le preguntó “¿qué es una violación?”, ella le explicó y entonces MOF le dijo que **Orozco Hernández** había hecho eso con ella; le dio a conocer que

le tocaba las partes íntimas, le hacía sexo oral y que la obligaba a masturbarlo. MOF le precisó que tales abusos sucedían generalmente en horas de la noche cuando todos dormían y que ocurrieron hasta que tenía 9 años aproximadamente. En razón de esa revelación, su mamá y ella decidieron denunciar a **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

Tal como lo precisó el *A quo*, la declaración de dichas ciudadanas se corrobora recíprocamente con lo narrado por la víctima y, a su vez, exponen, desde su propia perspectiva, lo que les narró MOF; la manera como **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** aprovechaba las horas de la noche en que todos dormían o las ocasiones en las que se encontraba a solas en la casa con la joven denunciante y esta dormía, para la abordaba y le realizaba tocamientos erótico-sexuales en sus zonas íntimas, para realizarle sexo oral y para obligarla a masturbarlo, y que con el paso del tiempo empezó a accederla carnalmente introduciéndole los dedos en la vagina; que tales sucesos empezaron a tener lugar desde que MOF tenía cinco años aproximadamente y que éstos se repitieron en múltiples ocasiones con el paso de los años.

Dichas atestaciones corroboraron que cuando MOF tenía aproximadamente seis años, de manera desprevenida contó los tocamientos que empezó a sentir en las noches y que, aunque inicialmente no pensaron que se tratara del aquí acusado, por las indagaciones que hicieron y por las respuestas que la infante les proporcionó, empezaron a creer que era el progenitor de la niña quien le realizaba los abusos, pero por temor a este no lo denunciaron.

Confirmaron igualmente el hecho de que MOF guardó silencio durante muchos años acerca de lo que le venía sucediendo

y de los abusos de los que venía siendo víctima, y solo después de que se sintió segura de que su padre ya no volvería a la casa con ellos, decidió revelar lo sucedido, dando a conocer las testigos la manera como cada una se enteró de la revelación de la joven, así como la explicación de la forma como se desarrollaron esos tocamientos y prácticas sexuales que durante todo ese tiempo le efectuó **Orozco Hernández**.

De otro lado, a instancias de la Fiscalía General de la Nación, también participó del debate probatorio la psicóloga María Alejandra Álvarez Taborda, quien informó que en el año 2018 atendió a MOF como parte del apoyo psicoterapéutico que se le prestó a la menor en la Fundación Jugar para Sanar.

Informó que en las primeras sesiones que tuvo con MOF la niña se mostró bastante tímida, pero tenía un discurso claro y fluido; sin embargo, al hacerse referencia a los hechos de abuso sexual, la joven se cerraba emocionalmente y se mostraba triste sobre ese tema.

La psicóloga dio a conocer en la vista pública que, en las últimas sesiones de las terapias, MOF le contó que su papá **Nelson Arnulfo Orozco** abusó de ella, que le tocaba las partes íntimas y que le introdujo los dedos en la vagina.

Adujo la testigo que pudo evidenciar que los hechos de abuso que padeció MOF, le impedían relacionarse con otras personas, situación que incidía bastante a nivel emocional y comportamental.

Por su parte, el médico legista Gustavo Maldonado Cardona informó que el 14 de marzo de 2018 le realizó una valoración

médico legal a MOF, quien para ese momento tenía 14 años. El galeno da cuenta, inicialmente, de los dichos de la joven, en los que relata que desde que tenía 5 años, su progenitor, **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** le realizaba tocamientos en sus partes íntimas, le tomaba la mano y la llevaba hasta el pene con la intención de que la niña lo masturbara y en ocasiones le introdujo los dedos por la vagina, lo cual, según la menor, la hizo sangrar; tales hechos, le indicó MOF, sucedieron en muchas oportunidades, generalmente en horas de la noche en la habitación en la que ella dormía.

El médico legista puso de presente que en el examen sexológico realizado a MOF, se observó un himen festoneado con desgarramiento antiguo. Especificó que tales hallazgos guardan correspondencia con la narración de la joven, quien en la anamnesis siempre hizo referencia a que se trató tanto de tocamientos como de acceso carnal vía vaginal. Al ser requerido al respecto, aclaró que un desgarramiento antiguo del himen es aquel que supera los 10 días, siendo para tal efecto igual 10 días o 10 años; además, que no es posible determinar cómo o con qué se produjo el desgarramiento del himen, como tampoco la fecha de ocurrencia.

Finalmente, como testigo de cargo, también acudió al juicio el psicólogo Javier Villa Machado, quien informó sobre la valoración psicológica llevada a cabo a MOF. El perito explicó que, al entrevistar a la joven, esta le narró que desde que tenía 5 años, su papá, **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** abusaba de ella realizándole tocamientos en sus partes íntimas e incluso accediéndola por la vagina con los dedos; la entrevistada la especificó que esos hechos tenían lugar en la casa donde vivían en el barrio Navarra de Bello y sucedían comúnmente en horas de la noche.

MOF le indicó que se dio cuenta que se trataba del papá ya que en una ocasión mientras la tocaba, éste la amenazó de que no fuese a contar a nadie lo sucedido o si no mataría a su mamá. La joven le manifestó que sí sentía temor de que su papá matara a su mamá, pues aquel la maltrataba y la golpeaba. Le contó que ya cuando sus padres se separaron y que su mamá le prometió que no volvería con su progenitor, MOF decidió contarle lo que venía sucediendo; posteriormente le contó a su hermana mayor.

Fue enfático el experto al asegurar que la narración de MOF fue coherente, desde un punto de vista interno como externo, sin contradicciones entre sí, como tampoco con las familiares a quienes también le contó, además tiene respaldo efectivo con los relatos que previamente surtió la joven, evidenciando consistencia en los hechos esenciales por ella dados a conocer. El perito advirtió que no observó elementos que permitieran inferir que MOF fue manipulada como tampoco que haya fantaseado o imaginado los hechos narrados.

Adicionalmente, el psicólogo informó que, aunque encontró que la joven tiene un estado mental normal y no tiene déficit en las capacidades intelectuales, sí evidenció cambios emocionales relacionados con los hechos, reflejados en tristeza, ansiedad, dificultad para cumplir con actividades académicas y problemas y dificultades en su vida íntima, pues informó que cuando tiene relaciones sexuales consentidas, ello le evoca los abusos sufridos. Remarca el perito que tales síntomas, son una reacción a los hechos padecidos.

Por último, precisó que si bien a él no le corresponde determinar si una narración es veraz o no, sí puede valorar si un

relato es inventado, imaginado o sugerido, y su conclusión, en el caso de MOF, es que no lo es.

Aunque dichos testimonios realmente correspondan a prueba de referencia por haber concurrido la joven víctima a declarar en el juicio oral, no se puede desconocer su valor probatorio en la medida en que concurren a confirmar que MOF siempre ha suministrado una misma versión desde el mismo momento en el que dio a conocer lo sucedido a su progenitora. Y, es que indiscutiblemente al estar en armonía con lo atestiguado por la joven, tales deponencias contribuyen a confirmar que la víctima ha sido persistente en sus relatos, el cual ha sido el mismo que le narró a su madre y a su hermana, el que le expuso tanto al médico legista como también a los psicólogos que la valoraron, así como igual fue lo que dijo al momento de declarar en la vista pública.

En este orden de ideas encuentra esta Sala de Decisión que, contrario a lo manifestado por la apoderada de la defensa en su escrito de alzada, cada uno de los testigos de cargo que participaron en el juicio oral, sí reafirmaron y corroboraron la coherencia y la fuerza demostrativa del relato incriminador de la joven MOF, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar que según sus narraciones rodearon el acontecer, lo que lo hace perfectamente creíble, no siendo posible poner en duda sus aseveraciones, dada precisamente la claridad y persistencia en sus dichos.

Así mismo, es importante tener en cuenta que en ningún punto de la censura la recurrente expuso algún fundamento válido que llevara a entender que determinado aspecto del testimonio incriminador era dable poner en duda.

Evidencia esta Colegiatura que la estrategia de la defensa fue dar a entender que el señalamiento incriminador de MOF no era creíble porque, según afirma la recurrente, adolece de serias contradicciones que dan al traste con su valor suasorio, concretamente porque en el interrogatorio la joven dijo que contó a su mamá lo sucedido cuando ya tenía 14 años y **Nelson Orozco Hernández** ya no vivía con ellas; pero después, en el redirecto, explicó que cuando tenía 6 años le dijo a su progenitora que en las noches sentía que la tocaban y que creía que era su hermano Cristian, por lo que su mamá lo castigó.

No obstante, la Sala de Decisión no encuentra acertada tal apreciación, no solo porque, como se precisó antes, dicho relato sí resulta verosímil y coherente, sino además porque esa aseveración de la defensora parte de un entendimiento erróneo del testimonio de MOF, pues de sus atestaciones claramente se desprende que consistieron en dos momentos diferentes, con circunstancias concomitantes disimiles, por lo que de ninguna manera puede entenderse que MOF se haya contradicho así misma en cuanto al momento que reveló los abusos.

Tal como se puso de presente párrafos atrás, cuando la joven tenía alrededor de 6 años, de manera desprevenida le contó a su mamá que sentía que en las noches la tocaban pero que no sabía quién lo hacía ni con qué intención y, contrario a lo que asegura la apelante, fue la señora María Margot Flores quien simplemente supuso que se trataba de su hijo Cristian y lo castigó.

La segunda y definitiva revelación de MOF tuvo lugar años después, cuando ella contaba con 14 años y **Orozco Hernández** ya no vivía en la misma casa; en esa ocasión la joven víctima se decantó por contarle a su mamá -y días después a su

hermana mayor- acerca de todos los tocamientos y abusos que durante varios años le realizó **Nelson Arnulfo Orozco**.

Tampoco se evidencia discrepancia alguna en los dichos de la denunciante por el hecho de que haya precisado que cuando ocurría la mayoría de los abusos era de noche, estaba oscuro y no tenía clara visibilidad. Tal manifestación, contrario a lo que pretende hacer ver la defensa, evidencia la honestidad con la que declaró MOF, pues evidentemente si su intención fuese inculpar injustamente a **Orozco Hernández** a través de mentiras, simplemente hubiese podido decir que, pese a la falta de luz, lo veía o identificaba con claridad.

Ahora, basta con escuchar atentamente el testimonio de MOF para entender que tal imposibilidad de reconocer al perpetrador de los abusos, únicamente fue en los primeros eventos, pues con el paso del tiempo y al transcurrir los tocamientos y accesos, la niña sin lugar a dudas estableció que se trataba de su progenitor.

Obsérvese que incluso en ocasiones **Nelson Arnulfo Orozco** le hablaba a MOF mientras la tocaba, no solo para insistirle que no le fuera a contar a nadie lo que le hacía, sino además para amenazarle con matar a su madre en caso de que lo delatara. Y el hecho de que la misma víctima diera a conocer que el aquí acusado le hablaba en tono muy bajo como tratando de cambiar la voz, en modo alguno desdice del hecho de que lo reconociera, pues, como lo indicó la víctima, pese al tono de voz bajo, ella al ser la hija, podía reconocerle la voz a su papá.

Sumado a ello, de manera deliberada, la apelante pretende dejar de lado que, tal como lo dio a conocer MOF, uno de

los sucesos de acceso, ocurrió aproximadamente las 4 PM, cuando ella se encontraba dormida en una habitación en el segundo piso de la casa; la joven aseguró que recuerda muy bien aquella ocasión, pues no solo volvió a sangrar por la vagina luego de que **Orozco Hernández** le ingresara los dedos, sino que además era de día y pudo ver claramente al aquí acusado, señalando incluso que tenía una pantaloneta azul con una raya amarilla.

Tampoco se evidencia contradicción o discordancia alguna en los testimonios de María Margot Flórez y de Leydi Catalina Cardona, por el hecho de que estas dieran cuenta de agresiones físicas perpetradas por **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** pero que no acompañaran esas delaciones de denuncias formuladas en contra de éste.

En primer lugar, no puede pasarse por alto el hecho de que en la presente actuación se juzgan son los abusos sexuales perpetrados **Orozco Hernández** a MOF, y no agresiones físicas realizadas por aquel a otras personas. Además, obsérvese que Leydi Catalina Cardona aseveró que sí se formularon denuncias, el hecho de que la Fiscalía no las haya aportado al juicio seguramente se debió a que no las consideraba importantes para su teoría de cargo, pero ello, de ninguna manera significa que las mismas no hayan existido.

Esta Sala de Decisión tampoco encuentra acertada la aseveración de la recurrente en cuanto a que el relato incriminador MOF no es creíble porque no fue capaz de precisar la fecha y el día en que tuvieron lugar los tocamientos y accesos carnales atribuidos a **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

Al respecto, téngase en cuenta, en primer lugar, que de tiempo atrás, la jurisprudencia especializada ha definido que exigirle al menor precisión y exactitud acerca de la fecha y día de la ocurrencia de los vejámenes en su contra, resulta irrazonable. De esta manera se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“No obstante, ya la Corte ha tenido oportunidad de señalar que exigir de la menor, como lo demanda la libelista, «precisión exacta sobre la fecha de ocurrencia de los actos (...), no sólo resulta irrazonable atendiendo a la edad con que contaba para aquella época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas”⁸.

Posteriormente, la Alta Corporación precisó:

“De otro lado y en lo que se refiere a las supuestas contradicciones o incoherencias en las que incurrió la víctima, basta con analizar el perfil de la testigo a la luz los criterios que establece el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal para entender que, por tratarse de una niña de 4 años de edad, es apenas obvio que sus procesos mentales percepción de los hechos, retención de la información, rememoración y ubicación espacio temporal están en desarrollo y, por lo tanto, no se le puede exigir un nivel complejo de percepción de la realidad y fijación exacta e inmodificable de los hechos que percibió.

(...)

Para el caso, como así lo concluyó el Tribunal, el testimonio de (...) es digno de toda credibilidad porque las incoherencias o vacíos de información en los que incurrió no afectaron el núcleo central de su relato sobre los tocamientos que le realizó (...). Por este motivo, el hecho de que la niña no se acuerde de cuántos años tenía para el momento en el que se le recepcionó el testimonio o quiénes eran los miembros de su familia, no afecta en manera alguna la validez o credibilidad de su testimonio”⁹.

En punto a la postura jurisprudencial puesta de presente, en consideración de esta Magistratura tal omisión de indicar fechas y días precisos y exactos, es comprensible ya que los hechos y accesos abusivos se desplegaron contra una niña que tenía

⁸ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP1640-2018 del 25 de abril de 2018. Radicación 47.161.

⁹ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP1591-2020 del 24 de junio de 2020. Radicación 49.323.

alrededor de 5 años de edad, quien los mantuvo en secreto y no tenía interés alguno en denunciar al abusador, justamente por las amenazas del mismo.

Obsérvese que, tal como se ha venido dejando claro, la víctima MOF siempre fue clara y conteste al explicar cómo y de qué manera ocurrieron los vejámenes en su contra, lo único es que no fue capaz de precisar una fecha y día exactos. En tal sentido, no es que MOF haya olvidado esas situaciones de las que fue víctima, sino que ese tópico concreto de la fecha y día no lo tiene presente, exigencia que, como se indicó previamente, resulta irracional para este tipo de asuntos en los que es víctima un menor de edad.

El análisis probatorio efectuado hasta este momento, le permite a la Sala de Decisión concluir que ese único detalle no es suficiente para menospreciar la exposición de la joven MOF o para restarle credibilidad, si como viene de reseñarse, la narración de las demás circunstancias de modo y lugar, las mantuvo sin modificaciones, siendo corroboradas por su progenitora, su hermana, los psicólogos y el médico forense a quienes contó lo sucedido. En este sentido bien puede concluirse que el no haber concretado una fecha exacta de cada uno de los abusos, obedece justamente a la inmadurez psicológica dada por su corta edad para la fecha en que empezaron a tener lugar los hechos, 5 años.

Finalmente, en cuanto a la crítica que realiza la apelante respecto al testimonio rendido por María Alejandra Álvarez Taborda, psicóloga de la Fundación “Jugar para Sanar”, a quien señala de no contar con especialización y/o estudio adicional que la facultara para atender a una menor presuntamente víctima de abuso sexual, considera la Sala de Decisión que tal reproche carece de fundamento.

Tal como lo dio a conocer la psicóloga Álvarez Taborda, la atención que le suministró a MOF consistió simplemente en brindarle apoyo psicoterapéutico, circunstancia que precisamente fue la que dio a conocer en el juicio, sin que se evidencie un motivo por el cual, necesariamente dicha profesional, para esa labor concreta, tuviese que contar con alguna especialización o maestría, tal como lo extraña la defensa.

Además, obsérvese que la defensa en momento alguno explica porque, indefectiblemente, la psicóloga que brinda apoyo psicoterapéutico, debe contar con estudio adicionales, más aún si se tiene en cuenta que la profesional María Alejandra Álvarez claramente indicó en juicio que en momento alguno su papel consistía en identificar alguna psicopatología en la joven paciente.

De otro lado, en cuanto a las declaraciones de los testigos de cargo a los que hace referencia la representante de la defensa en la apelación, encuentra esta Colegiatura que, contrario a lo que ocurre con la veraz narración de la joven víctima, tales deponencias no tienen fuerza demostrativa, en tanto se sustentan en meras suposiciones carentes de fundamento o, en el caso de Cristian Felipe Orozco Flórez, adolece de serias contradicciones, por lo que se evidencia parcializada y con interés en las resultados del proceso.

En cuanto al informe presentado por el perito Hermes de Jesús Grajales, obsérvese que el objetivo de éste fue restar credibilidad al dictamen de medicina legal presentado y sustentado en el juicio por el legista Gustavo Maldonado Cardona; no obstante, tal como lo indica la misma recurrente y así fue tenido en cuenta por el *A quo*, con motivo de esa pretensión, el perito de la defensa lo único que adujo fue que los hallazgos encontrados por el profesional

de medicina legal, debieron quedar fijados a través de video o fotografía, pues ante la falta de ello, afirma la apelante, los hallazgos fueron imprecisos.

En este punto, además de que la apoderada de descargo está planteando una especie de tarifa legal, olvidando el principio de libertad probatoria presente en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, lo cierto es que fue el mismo médico legista quien le aclaró a la defensa, en sede de conainterrogatorio, que aquello si bien es una posibilidad, en modo alguno constituye un mandato, precisando además el legista que en este tipo de eventos en los que está involucrada una menor de edad, debe propenderse por su dignidad y respeto, siendo suficiente entonces que el legista verificara directamente la presencia de rasgos y hallazgos en el cuerpo de la paciente y los diera a conocer en la vista pública, todo con lo cual, se resalta acertadamente en el fallo de primer grado, se cumplió en este caso, debiendo resaltarse que ni la defensa ni el perito de descargo pusieron de presente el por qué, a falta de esa fijación través de video o fotografía, los hallazgos del médico legista fueron imprecisos o carecen de certeza.

En lo ateniende a la declaración de Cristian Felipe Orozco Flórez, hermano de MOF e hijo de los señores María Margot Flórez López y **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**, se tiene que dicho deponente pretendió dar a entender que MOF, Catalina y él dormían en una habitación del segundo piso y que los demás habitantes de la casa dormían en el primer piso, y que siempre durmió en el mismo cuarto que MOF. Además, que su papá nunca los agredía y que siempre el ambiente en el hogar fue de paz y tranquilidad. El deponente fue insistente al afirmar que nunca vio ninguna actitud perjudicial de su padre hacia MOF.

Al respecto, tal como lo pone de presente el Juez de primera instancia, al examinar detenidamente los dichos de este testigo, se evidencia su intención de, a toda costa, estructurar una coartada para su padre y hacer ver que era imposible que la menor estuviese a solas, a merced de su victimario.

Nótese que, tal como quedó demostrado en el debate probatorio, Leidy Catalina Cardona ya no vivía en ese inmueble para la época en que nació MOF, razón por la cual no resulta coherente la manifestación de Cristian Felipe Orozco Flórez en el sentido de que ellos tres dormían en el segundo piso de la casa ubicada en el barrio Navarra, y que los demás habitantes de la casa dormían en el primer piso.

En esta misma línea, y con el claro interés de desmentir los señalamientos incriminadores de su hermana, fue reiterativo al señalar que MOF y él siempre dormían en la misma habitación; sin embargo, en sede de contrainterrogatorio, aseveró que MOF dormía en la habitación delantera del segundo piso y él en la habitación de atrás.

Incluso, al referirse a ello, aseguró que en muchas ocasiones MOF se pasaba a dormir a la habitación de él porque ella sentía miedo en las noches ya que las habitaciones no tenían puerta. Tal manifestación claramente encuadra con los hechos dados a conocer previamente por la menor víctima, trayendo a colación inclusive un dato hasta ahora desconocido, esto es, que las habitaciones no tenían puerta, circunstancia que, en concepto de esta Magistratura resalta la verosimilitud de lo relatado por MOF.

En cuanto a que nunca observó una actitud reprochable del señor **Orozco Hernández** para con MOF, ello

constituye una situación que era de esperarse. Recuérdesse que la mayoría de los hechos por los que aquí se atribuye responsabilidad a **Nelson Arnulfo Orozco** ocurrían en horas de la noche en la habitación en la que dormía sola la menor, mientras que el suceso ocurrido en horas de la tarde, resulta apenas obvio que el aquí acusado se cuidara que no hubiese más personas en la vivienda.

Obsérvese que, como lo indicó el *A quo*, este testimonio, además de incurrir en verdaderas y serias contradicciones, se sustenta en simples suposiciones que carecen de demostración y no restan credibilidad a los señalamientos incriminadores MOF.

El testigo hace hincapié en que, en el hogar, el ambiente era de paz y tranquilidad, situación que, contrario a la pretensión de la defensa, descarta sentimientos de venganza o animadversión de MOF hacia **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** y hace menos viable que los señalamientos acusadores de aquella sean falsos.

En esta línea de análisis, le asiste razón al Juez de primera instancia al concluir que los dichos de los testigos de descargo no desvirtuaron la teoría de la Fiscalía y consistieron en malas justificaciones, tendientes, a toda costa, a buscar beneficiar al acusado.

En su lugar, se insiste, las manifestaciones de la joven MOF acerca de la existencia de los hechos y la incriminación realizada al hoy acusado, para la Sala, al igual que para el *A quo*, se tornan en testimonio sin ánimo dañino, y sin que en él se advierta la existencia previa de animadversión o rencor, por lo que se aprecia digno de credibilidad sobre las circunstancias espaciotemporales en

las que ocurrieron los hechos de acceso y los tocamientos erótico-sexuales que se le atribuyen al acusado. No existe un elemento, por más mínimo, que indique que la menor ofendida haya creado la versión de los hechos a partir de su imaginación o su fabulación; por el contrario, como se ha podido ver, su declaración ha sido corroborada por los demás deponentes que asistieron a la vista pública, y que dieron cuenta de lo coherente, clara e inalterable que ante ellos fue MOF al poner de presente tales sucesos.

Corolario de todo lo anterior, la valoración efectuada permite llegar al grado de conocimiento necesario para la emisión de una sentencia adversa a los intereses del acusado, esto es, hay prueba suficiente que permite tener un conocimiento más allá de toda duda acerca de la comisión de los delitos de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años y Actos sexuales con menor de catorce años, y de la responsabilidad penal del señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** en la comisión de los mismos, por lo que corresponde impartir la confirmación a tal declaratoria.

Finiquitado el tema de la responsabilidad penal en cabeza del aquí procesado, a continuación, se ocupará la Sala de Decisión de resolver un problema jurídico que en este caso se presenta respecto de la circunstancia de agravación atribuida en este caso a **Nelson Arnulfo Orozco Hernández**.

MODIFICACIÓN OFICIOSA:

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad debe tener vigencia en todos los espacios de la actuación penal y atendiendo el resultado favorable que tendría para el acusado, se introducirán las siguientes modificaciones oficiosas.

La Sala considera procedente dar aplicación a la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que obliga a acudir al criterio de elegir el delito con mayor riqueza descriptiva como sucede cuando se imputa la agravante contenida en el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal, cuyo contenido descriptivo se halla inmerso en el punible de Incesto si se atribuye la circunstancia por el solo hecho de que el agente sea ascendiente de la víctima, como ocurre en esta oportunidad.

Sobre el particular, como un primer referente obra la sentencia del 25 de mayo de 2011, radicado 34133, M. P. José Luis Barceló Camacho, en el que la Alta Corporación puntualizó:

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

(...)

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

Señaló la Sala sobre el particular:

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

económico y libertad personal), no hay duda que la valoración de la finalidad perseguida por el acusado resulta inane, pues sin dificultad se advierte la configuración de un concurso material de delitos.”

(...)

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

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

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

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

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

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

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

5.4 La existencia del concurso ideal, en todo caso, impide que el acceso carnal o los actos sexuales diversos del acceso carnal sean

agravados, cuando la posición, carácter, autoridad o confianza previstas en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal provenga del parentesco (hoy numeral 5) y este, se encuentra en la línea o grados configurativos del punible de incesto.

Obsérvese que la agravante referida afecta el tipo penal básico con un incremento de una tercera parte a la mitad, que respecto al mínimo significa de 12 a 16 años, esto es, 4 años más. No obstante, el acceso carnal con “**descendiente**, adoptante o adoptivo” se encuentra definido como delito autónomo denominado “Incesto”, en el artículo 237 del Código Penal, y que tiene un ámbito punitivo de 16 a 72 meses. Lo procedente es la exclusión de la causal de agravación y su variación por el delito de Incesto.

Conforme con lo que viene de observarse, se acudirá al criterio jurisprudencial mencionado, debiendo conservarse el tipo penal que reúna mayores elementos de riqueza descriptiva y que sea más beneficioso para el procesado, que para el caso resulta ser el punible de Incesto; por ende, se procederá a eliminar la agravante del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal para condenar por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y heterogéneo con las conductas de Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo, e Incesto, modificación que se encuentra autorizada en tanto que establece un resultado punitivo más benigno, se respeta el núcleo fáctico de la acusación y no se observa que se afecten los derechos de los intervinientes¹⁰, pues el vínculo de familiaridad reconocido como factor adicional de reproche penal, se conserva.

DETERMINACIÓN DE LA PENA:

¹⁰ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP162-2023. Radicación 58.235 del 19 de abril de 2023.

El delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, de conformidad con el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008, tiene una pena de 12 a 20 años de prisión, lo que equivale a 144 a 240 meses.

Por su parte, la conducta de Actos sexuales con menor de catorce años, de conformidad con el artículo 209 del Estatuto Punitivo, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tiene una pena de 9 a 13 años de prisión, esto es, 108 a 156 meses.

Finalmente, el injusto de Incesto, según lo normado en el artículo 237 ibidem, tiene prevista una sanción privativa de la libertad de 16 a 72 meses.

Siguiendo los mismos parámetros indicados en la sentencia objeto de alzada, se tomará el delito de la pena más grave, es decir, Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y allí nos ubicaremos en el primer cuarto movilidad que va de 144 a 168 meses.

Ahora bien, atendiendo a los mismos argumentos del *A quo*, no se hace necesario ni existe fundamento válido para apartarse del mínimo del primer cuarto. En tal medida, para el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, se partirá de una pena inicial de **144 meses de prisión**.

Una vez individualizada la pena para la conducta punible de sanción más grave, se debe acudir a lo normado en el artículo 31 del Estatuto Penal, ello atendiendo a que, como quedó demostrado, se trató de dos hechos de Acceso carnal abusivo cometidos por **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** en contra de

MOF. De esta manera, aplicando el mismo porcentaje de aumento determinado por el Juez de primer grado, el guarismo antes señalado se incrementará en **nueve (9) meses** en virtud del concurso homogéneo y sucesivo de esta conducta, quedando entonces una **pena a imponer de 153 meses**, para el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Ahora bien, atendiendo a que en este caso se trata también de un concurso heterogéneo con la conducta de Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, nuevamente se aplicará el mismo porcentaje de aumento teniendo en cuenta por el *A quo*, por lo que se agregarán **dieciocho (18) meses más de prisión**.

Por último, en consideración a la modificación oficiosa determinada en esta providencia, por la conducta de Incesto se aumentarán **cuatro (4) meses más**.

La indicada sanción se entiende proporcional y suficiente en consideración al número de sucesos en que tuvieron lugar dichas conductas ilícitas y que fueron puestos de presente de forma efectiva por la víctima. Sumado a ello, no puede perderse de vista que, al tratarse de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos en una menor de edad, existe prohibición legal para que a la postre el aquí sentenciado pueda acceder a algún tipo de beneficio, y en tal sentido la pena que se impone debe ser descontada de manera integral.

Así, entonces, la pena privativa de la libertad que se impondrá al sentenciado corresponde a **ciento setenta y cinco (175) meses de prisión**.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

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

FALLA:

Primero: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se declaró penalmente responsable al señor **NELSON ARNULFO OROZCO HERNÁNDEZ**, con la **MODIFICACIÓN** de que se excluye la agravante del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal y, en su lugar, se le condena por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y heterogéneo con las conductas de Actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo, e Incesto, cometidos en contra de MOF. Ello, por las razones indicadas en la parte motiva.

Segundo: En consecuencia, el señor **Nelson Arnulfo Orozco Hernández** queda condenado a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, ambas por el término de **ciento setenta y cinco (175) meses de prisión.**

Tercero: En los demás aspectos se mantiene incólume el fallo objeto de alzada, incluyendo lo resuelto sobre la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Cuarto: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de Ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8c7847dd4e18a94a18a165f73faf94a25665414a7bedd51b6390db2506044fa7**

Documento generado en 15/05/2024 09:54:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>