

Bogotá, D. C. 28 de febrero de 2022

Doctor
GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado Sala Penal
Corte Suprema de Justicia
E. S. D.

Asunto: Consideraciones recurso extraordinario de casación, postulado contra la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga del 21 de julio de 2020.

Honorable Magistrado:

En mi condición de Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento concepto en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Lo anterior, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el defensor de **Bairon Abiler Oviedo Carvajal**, contra de la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, el 21 de julio de 2020 por medio de la cual, confirmó y modificó la decisión emitida por el Juzgado segundo Penal del Circuito de Buga del 10 de septiembre de 2019.

1. HECHOS

Fueron descritos por el fallador de primera instancia:

“... Al presentar escrito de acusación en contra del hoy sentenciado, señalándolo a título de probable autor del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS (sic), descrito en el Código Penal, artículo 209 modificado por la Ley 1236 de 2008, con circunstancia de agravación punitiva dispuesta en el numeral 2° del artículo 211, en concurso homogéneo y sucesivo según las voces del artículo 31 del Código Penal tal como además le había formulado cargos a la hora de la imputación ante el Juez de Control de Garantías, las circunstancias de

agravación que se le imputó fue la que describe el Código Penal como aquella en que incurre el acusado tuviere cual carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse en él a depositar su confianza.

Dijo la fiscalía que probaría y así lo consignó en el escrito de acusación que en esta ciudad en la comuna tres al interior del inmueble ubicado en la carrera 15 No 16-57 segundo piso, barrio Divino Niño, en la residencia del señor BAIRON ABILER OVIEDO CARVAJAL para el 13 de mayo de 2018 celebración del día de la madre, entre las dieciséis y las veintiuna horas el señor BAIRON ABILER OVIEDO CARVAJAL perpetró en contra de la menor VGG actos sexuales abusivos diversos al acceso carnal consistentes en tocarle la vagina por encima de la ropa, a veces le tocaba la cola, la cargaba y le daba besos en la boca, miraba a la niña cuando se bañaba, igualmente la niña VGG le vio el pene a BAIRON ABILER OVIEDO CARVAJAL a quien la niña le decía tío en razón a que vivía con MARIA EUGENIA GUERRERO CASAMACHIN, tía del padre de la niña.

VGG tenía seis años de edad, pues nació el 12 de abril de 2012, cuando tuvieron lugar esos actos sexuales, hechos que ocurrieron siempre en la casa de habitación del implicado BAIRON ABILER OVIEDO CARVAJAL repitiéndose como ocho veces, iniciados el día de la madre cuando llevaban la niña VGG para que la señora MARIA EUGENIA GASAMANCHIN la cuidara y en el interior de la habitación del imputado, éste abusaba de ella. Se aprovechó de la confianza depositada en él tanto por los progenitores de la niña VGG como por la niña, pues se trataba de una persona a quien la niña lo reconocía como tío desde pequeña. BAIRON ABILER OVIEDO CARVAJAL aprovechó que la niña era dejada en su residencia para el cuidado personal y los momentos en que estuviera sola para tocarla en su vagina, cola y darle besos a la niña VGG en la forma ya señalada. La última vez que repitió estos actos sexuales fue, según lo refiere la niña, un día miércoles antes de la denuncia. ...”

2. DEMANDA.

El recurrente presentó dos cargos principales y dos subsidiarios, en las siguientes condiciones.

Para la primera censura principal, el apoderado judicial indicó, que el fallador de segundo grado, presuntamente incurrió en desconocimiento del debido proceso por transgredir el principio de imparcialidad, inocencia y el derecho de defensa del procesado.

En el segundo cargo principal, adujo que el yerro presentado consistió en una presunta aplicación indebida de la ley sustancial. por falta de aplicación de la presunción de inocencia.

En las censuras subsidiarias de manera similar en su argumentación, el accionante refirió la presunta transgresión por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba. sobre la cual se fundó la sentencia condenatoria.

Por ello, solicita que se case la sentencia en el sentido de proferir fallo absolutorio.

3. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA

De la lectura de las sentencias de primera y segunda instancia, así como también de la demanda de casación esta delegada del Ministerio Público se aparta de las consideraciones plasmadas en el libelo de casación, ello en consideración a las siguientes postulaciones.

La Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a la valoración de la declaración de las menores víctimas en delitos que afecta su libertad e integridad sexual, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de febrero de 2018 radicado 44.074 indicó:

“... Siguiendo las Directrices sobre Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de delitos de Naciones Unidas, la Sala ha sostenido que cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz, y a que su testimonio sea aceptado como confiable y suficiente para dictar condena cuando ponderado frente a las reglas de la sana crítica se ofrece coherente, sólido, creíble y veraz (CSJ SP, SP9805-2015, Casación 38716; CSJ AP6291-2015, casación 42783). ...”

En la sistemática penal establecida en el Ley 906 de 2004, permite fundar una decisión en prueba indiciaria, al establecer en su artículo 313 el

principio de libertad probatoria, ya que los diferentes elementos que estructuran un delito se pueden establecer por cualquier medio de prueba, a menos, que la ley directamente lo prohíba o establezca uno especial para su acreditación, es así que frente a este aspecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de mayo de 2010 bajo el radicado 33.420 refirió:

“(…) Si bien en la sistemática de la ley 906 de 2004 no se incluyó el indicio dentro de la lista de pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae el artículo 382, ello no significa "que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas", y que posteriormente expresó:

Las inferencias lógico-jurídicas a través de operaciones indiciarias son pertinentes dentro de la sistemática procesal vigente para permitirle al juez un convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (Ley 906 de 2004, artículo 7°), que cuando ello se alcanza le permitan proferir sentencia de condena en contra de los acusados. (…)”

De los elementos materiales probatorios allegados al expediente, tenemos que a juicio oral acudió Derly Catherine Guerrero Villegas, progenitora de la menor VGG, momento en el cual, refirió que su hija había sido víctima de abuso por parte del procesado. Indicó que la información no la recibió inicialmente de su hija, sino a través de un familiar, el cual le reveló que si no tenía conocimiento de lo que estaba sucediendo con su hija, al escuchar una conversación de la menor con dos amigas, a las que le contaba que el procesado la estaba violando, por ello increpó directamente a su hija y la menor entró en llanto, afirmando que todo era verdad, a razón de esto decidió contarle al padre de la niña y se dirigieron a realizar la respectiva denuncia.

En igual sentido, se contó con la declaración del señor Jhon Fernando Guaca Casamachin, quien corroboró el dicho de la progenitora, adicionando que, en una oportunidad, cuando su madre estuvo en el país quiso llevar a la menor a la casa de Bairon Carvajal y la niña le manifestó que no quería ir a ese lugar, fue cuando le pregunto que si era verdad lo del tío Bairon y ella se lo confirmó.

En cumplimiento de los lineamientos legales establecidos para la declaración de menores, se tiene, que la víctima rindió testimonio en cámara de Gessell, testimonio que evidencia un conocimiento pleno de las partes íntimas de su cuerpo, al igual que la diferenciación entre las partes íntimas de un hombre y una mujer.

Al indagarle sobre si alguna persona ha tocado sus partes íntimas, adujo que únicamente el señor Bairon, al que le manifestaron que no era su tío, que ese acto fue tiempo atrás, que estando en la habitación del procesado él le tocaba sus partes íntimas y en una oportunidad, Bairon le indicó su miembro viril, tenía temor de contar lo sucedido, tampoco pudo identificar la cantidad de veces que fue víctima de dichos actos.

Refirió, tener pesadillas en donde rememora el suceso, precisamente un día antes de rendir la declaración en juicio oral.

Para corroborar dicho acto de señalamiento, se cuenta con la declaración de la profesional psicóloga Viviana Taborda Marín, quien, como consecuencia de requerimiento por ruta de atención a menor víctima de abuso, recordó haber tratado a la víctima, quien asistió en compañía de su madre y le relató, que, su tío le había tocado su vagina, le intentó darle un beso, y le mostró su pene, pero ella salió corriendo.

Igual manifestación, realizó la trabajadora social Astrid Castillo Ramírez, quien, además de identificar veracidad en el relato de la víctima, sentando como recomendación no dejar a la menor en la casa del procesado, con el fin de evitar se repita la conducta.

De los elementos exculpatorios allegados por la defensa, el fallador de primer grado indicó, que los testigos de descargo adujeron haber estado con el procesado en los establecimientos Melao y la Pollera, pero ello no es evidencia que conduzca a concluir que el acto pudo haber ocurrido después del 13 de mayo de 2018. La defensa en su debate probatorio, se dedicó exclusivamente a demostrar que para el 13 de mayo de 2018 el acusado no podía haber cometido el acto por el que fue llamado a juicio. En efecto, tal como fuere indicado por el ente acusador, al señor Bairon Abiler Carvajal, se le formuló acusación por un concurso homogéneo y sucesivo, con la presunción de que dicho acto ocurrió en varias oportunidades, con base en la manifestación que hizo la niña ante el

psicólogo forense, para ello el fallador de primer grado se identificó plenamente con la valoración que hiciera el psicólogo Francisco Javier Vásquez Gil, presentado por la defensa en la audiencia del juicio y del mismo psicólogo forense adscrito al CTI de la Fiscalía, Samir Arturo Alonso Contreras, porque él en su sentencia translitero:

“cuando le pregunté a la niña cuántas veces ella, no supo responder coge tus deditos, entonces ella comienza a contárselos dedos uno, dos, tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho, pero no estaba contando realmente el número de veces en que se presentaron los hechos”

La menor en dicha entrevista dijo que fue muchas veces, no manifestó cuántas, pero adujo haber pluralidad de actos y, en todas las ocasiones señaló que fue BAIRON, manifestación que se realizó igualmente en juicio oral, al interior de la residencia de sus familiares, lugar donde era trasladada para ser cuidada como consecuencia a la confianza con sus progenitores.

Ahora bien, del análisis de los argumentos plasmados en la decisión de primer grado, confrontados con los argumentos de la censura principal del libelo de casación, por una presunta transgresión al principio de imparcialidad, dicha manifestación carece de sustento, por cuanto, tanto el fallador de primer grado, al igual que el de segunda instancia¹, realizaron valoración probatoria de manera completa confrontando los elementos materiales introducidos por las partes para estructurar su teoría del caso. Que la conclusión otorgada al ejercicio valorativo por los falladores de instancia sea contraria al caso planteado por la defensa, no quiere ello suponer una transgresión al principio de imparcialidad, mucho menos violación al derecho de defensa. Lo anterior, en tanto que el procesado tuvo representación jurídica, la cual presentó y desarrolló activamente la defensa de los intereses del procesado, interrogó y contrainterrogó los testigos que acudieron a juicio oral, así como también tuvo su oportunidad para controvertir la evidencia física introducida por la fiscalía.

¹ Ver al respecto acápites 5.2 y 5.3 de la sentencia de segunda instancia

No existe evidencia que permita deducir que los jueces de instancia incurrieran en falencias, que deban ser subsanada a través de la declaratoria de nulidad.

Respecto a la segunda postulación principal, el apoderado judicial adujo que el juez de primer grado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, presuntamente transgredieron directamente la ley sustancial, por falta de aplicación y aplicación indebida de una norma llamada a regular el caso.

Disenso que no esta llamado a prosperar, en ninguna instancia anterior se dejo de aplicar el articulo 7° de la ley 906 de 2004, toda vez que la responsabilidad fue estructurada con base en la declaración en juicio oral de la menor víctima V.G.G. testigo directo, que confrontada con los demás elementos de juicio de cargo. Le asiste razón al *a quo* y *ad quem*, para quienes el dicho tiene alto grado de fiabilidad, y con los elementos introducidos, se logra soportar mas allá de toda duda razonable la responsabilidad del procesado en la conducta por la que fuere llamado a juicio, inhabilitando la aplicación del *in dubio pro reo*.

Por sustentarse únicamente en un solo testigo directo, no quiere decir que la sentencia carezca de elemento material probatorio que permita conducir a la certeza de la concurrencia del acto delictivo, debe reiterarse que en la sistemática de la ley 906 de 2004 no tiene tarifa probatoria. En consecuencia, con un testigo directo es suficiente para llevar al convencimiento judicial, tal como en diversos pronunciamientos lo ha referido esta Honorable Sala Penal, mas aun cuando el relato de la víctima es constante en cada una de las declaración por ella ofrecida.

Para esta representación del Ministerio Público, el dicho de la menor de haber sido víctima de abuso sexual, y el señalamiento directo que hace al señor Bairon Abiler Oviedo Carvajal, como el responsable del mismo, no puede ser descartado simplemente porque esta no lo contó inmediatamente a sus padres.

En este aspecto debe tenerse en cuenta, como lo hicieron ver las instancias que la víctima del abuso sexual era una niña de escasos seis años, que por su corta edad y frente a situaciones de que estaba siendo víctima, y no comprendidas por ella, sentía temor, miedo e inseguridad

ante sus padres, porque no solo le daba vergüenza y no sabía cómo decir o describir lo vivido, sino porque pensaba que no le creían a ella o se sentía culpable.

Por lo anterior, obsérvese que la menor decidió contarle a su prima Sharon Lineth Guerrero Cruz, lo que estaba sucediendo, pero esta a su vez señaló que no lo creyó, porque la niña es muy mentirosa.

Justamente, situaciones como la antes anotada, considera esta delegada que es común en el medio social, y se repite con mucha frecuencia, ya que por no escuchar a los menores frente a esta clase de hechos de los cuales son víctimas. Es por ello, que sienten miedo, temor e inseguridad de hacer saber a sus padres o familiares las vivencias de que son víctimas, situación conocida por abusadores y se aprovechan de tal circunstancia, con el agravante que a veces el agresor es un miembro del grupo o clan familiar.

Ahora bien, la defensa trató de desvirtuar la responsabilidad de su patrocinado, allegando el testimonio de unos amigos del procesado para acreditar que el mismo no estuvo en el sitio de los presuntos hechos en la fecha aparentemente señalada por la menor. Al respecto, esta delegada considera que los mismos no son suficientes para desmentir la autoría y responsabilidad en el hecho por el acusado teniendo en cuenta que:

La menor relató lo sucedido, como la misma defensa lo pone de presente tiempo después de iniciada la conducta, la primera vez, se lo indicó a varias personas entre ellas a su progenitora, y de allí fue que enfocaron como fecha probable del suceso, el día de la madre sin que necesariamente se correspondiera a esa fecha. Pero lo que debe interesar para el caso, no es tanto la fecha de los hechos sino su real ocurrencia y la cual, en nuestro criterio, no parece tener la duda que se le quiere hacer ver. En efecto, obsérvese que la menor describió el hecho libidinoso del cual fue víctima, refirió que esto ocurrió en varias oportunidades y también, señaló que el autor de la misma era el señor Bairon Abiler Oviedo Carvajal, a quien identifica como su tío, sin realmente tener esa condición familiar, pero si la cercanía con su entorno de su familia.

Además, observa la delegada del Ministerio Público, que la defensa señala que la versión de la menor no merece credibilidad por ser mentirosa y fantasiosa. Sin embargo, no se allegó soporte alguno que fundamente o argumente tal aseveración. Para esta delegada, tampoco se observa ni concluye que exista razón o motivo por la cual, la menor VGG, quisiera señalar al procesado por un hecho que este no realizó, con el agravante que señala que la conducta se repitió en varias oportunidades.

Los demás testigos de cargos, incluida la madre de la menor Derly C. Guerrero Vanegas, tampoco fueron señaladas de tener una causa o motivo para querer perjudicar a Oviedo Carvajal, más aún cuando se trata de una persona cercana al entorno familiar.

Respecto a las censuras subsidiarias, por una presunta transgresión de la ley sustancial, debida a una errada valoración de los elementos de juicio, al igual que las postulaciones principales, considero que los mismos deben desestimarse. En efecto, conforme lo pretendido por la defensa, que es hacer valer la tesis, relacionada con que el hecho por el cual fue llamado a juicio y declarado responsable su prohijado, se trató exclusivamente de una conducta cometida únicamente el 13 de mayo de 2018, fecha en la cual su representado no pudo haber transgredido los derechos de la menor.

Tal como lo evidencio el fallador de primer grado, el relato sucinto de los hechos jurídicamente relevantes efectuado en el escrito de acusación, se estableció que fue el 13 de mayo y a partir de ese momento, el tiempo que se desarrolló el concurso de delitos que se imputa al procesado, sin embargo, de la evidencia presentadas conocidas por la defensa en el descubrimiento probatorio, las mismas conducen a inferir que el 13 de mayo surgió como una deducción lógica que hicieron los padres, no de ningún relato de la niña.

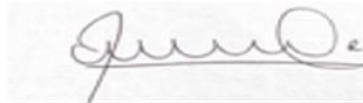
Lo anterior, toda vez que la niña no logra recordar fechas, por cuanto, a su corta edad, tal como lo tiene referido esta Honorable Sala de Casación Penal, no se le puede exigir a un menor de edad una descripción puntual de los hechos, más aún, cuando a su corta edad sufrió un hecho traumático. En efecto, el cual, le ha causado tanto daño que ha tenido pesadillas en las que repite dicho suceso, no puede entonces exigirse que

la víctima establezca puntualmente la cantidad de veces que se repitió y la fecha exacta en la que se realizaron dichos actos abusivos.

Los elementos materiales probatorios y evidencia física obrantes en el expediente, demuestran si duda alguna que V.G.G. fue sometida a reiteradas transgresiones en su integridad sexual, aprovechando la posición de confianza que pesaba en el procesado respecto a la víctima. Del análisis de las pruebas en su conjunto, no puede deducirse circunstancia diferente a la responsabilidad del procesado, en efecto, que el resultado de dicho acto sea contrario a los intereses de la defensa, no quiere decir que la judicatura incurriese en yerros por valoración.

De conformidad a lo anteriormente referido a lo largo de este concepto, esta delegada del Ministerio Público solicita que no se case la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, al no encontrar yerro directo e indirecto de la ley sustancial, por el contrario los falladores de instancia efectuaron un adecuado análisis del acervo probatorio, correcta y debida aplicación de la ley sustancial.

Atentamente,



PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal