

RV: CASACIÓN N° 59361.

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Lun 13/06/2022 16:44

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Casación 59361

De: Luis Orlando Forero Gamboa <lforero@procuraduria.gov.co>

Enviado: lunes, 13 de junio de 2022 4:42 p. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Cc: macosta@procuraduria.gov.co <macosta@procuraduria.gov.co>

Asunto: CASACIÓN N° 59361.

Respetados Señores

Solicito de manera muy amable, que por parte de la Honorable Corte se confirme el recibido de la presente comunicación.

Agradezco su amable atención, y me permito informar que el señor Orlando Forero se encuentra incapacitado. En consecuencia, les agradezco que cualquier comunicación telefónica o requerimiento urgente sea hecho al celular 3125211679, a la funcionaria Natalia Herrera. Adicionalmente, informo que la señora Mercedes Acosta se encuentra en periodo de vacaciones, por lo que la secretaria de la delegada estará a cargo de la funcionaria Laura Corzo, con número de teléfono 3043807054.

Cordialmente,



Luis Orlando Forero Gamboa

Auxiliar Servicios Generales 3

Procuraduria Delegada De Intervencion 2

lforero@procuraduria.gov.co

PBX: +57(1) 587-8750 Ext IP: 12637

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Cra. 5ª. # 15 - 80, Bogota D.C., Cód. postal 110321

Bogotá, D. C., 13 de junio de 2022

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

Asunto: Consideraciones recurso extraordinario de casación, postulado contra la decisión adoptada el 19 de octubre de 2020 por el Tribunal Superior de Bogotá.

Honorable Magistrado:

En mi condición de Procuradora Segunda de Intervención 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, 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 contra la decisión de fecha del 19 de agosto de 2020, comunicada por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá del 16 de octubre de 2019.

1. HECHOS

Fueron relacionados por la fiscalía en el escrito de acusación de la siguiente manera: “El 12 de abril de 2011, el señor Carlos Alberto Ávila Bermúdez puso en conocimiento ante la comisaria 10 de familia de Bogotá, que su hijo E.S.A.A, de 7 años de edad, le reveló que su padrastro Roberto Alexander Ostos Ruge, le bajo los calzoncillos, le exhibió el pene y lo penetró vía anal, a más de que lo ha golpeado en varias ocasiones, luego lo amenazó diciéndole que si llegaba a contar algo, la mamá se moría, hechos que tuvieron ocurrencia una sola vez en el barrio Villa María de Suba, Bogotá. ...”

2. DEMANDA.

El 21 de febrero de 2022, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al momento de analizar la admisibilidad de la demanda postulada por la defensa del procesado en la cual censuró la sentencia de segundo grado de conformidad a 4 postulaciones.

2.1 PRIMER CARGO¹:

El demandante censuró la sentencia de segunda instancia de conformidad al artículo 181 numeral 2 por cuanto, a su consideración, para el asunto bajo examen se incurrió en una afectación sustancial en su estructura lo que conllevó a que la sentencia se dictara en un juicio viciado de nulidad por lesión de la garantía del debido proceso.

Lo anterior, a juicio del apoderado judicial que el ente investigador no cumplió con el acto de imputación, ni realizar el acto formal de la acusación, con una relación clara y sucinta

¹ Folios 2 a 20 de la demanda de casación.

de los hechos jurídicamente relevantes, ello, porque no mencionaron los supuestos facticos, puesto que los hechos fácticos formulados en la audiencia de imputación, conforme al principio de progresividad de la acción penal, deben ser refrendados en la formulación de acusación, ya que se tornan inmodificables a lo largo del proceso penal, situación que no se mantuvo en este caso.

Por otra parte, considera la defensa que no puede ser una excusa por parte del ente instructor, que por la fecha de ocurrencia de los hechos y la edad del menor los mismos no podían tener otros medios de corroboración. Lo anterior, dado que, si no es posible delimitar de manera detallada el comportamiento atribuido a una persona, y que como hecho histórico halla correspondencia en una hipótesis normativa penal, es porque en realidad no hay mérito para formular una acusación, deviniendo improcedente la convocatoria del ciudadano para someterlo a un juicio con todas las consecuencias que de ello se derivan.

2.1. SEGUNDO CARGO²:

Acuso la sentencia de segunda instancia al amparo del artículo 181 numeral 3, por presunto falso juicio de legalidad, al existir un error de hecho en tres de sus modalidades, específicamente con el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

2.2. TERCER CARGO³:

Acuso la sentencia de segundo grado por falso juicio de identidad por supresión o cercenamiento, por cuanto, no tuvieron en cuenta la integridad del testimonio del psicólogo de la defensa EDISON FRANCO FULTON, el cual fue cercenado en sus apartes más fundamental, el cual al haberse tenido en cuenta y valorada su declaración integral y adecuadamente hubiese llegado a la conclusión que su representado debía ser absuelto por el cargo formulado.

2.3. CUARTO CARGO⁴:

Por último, censuró la sentencia de instancia por falso juicio de raciocinio al vulnerar las reglas de la sana critica al valorar el testimonio del menor E.S.A.A., considera la defensa que se incurrió en el cargo postulado. Lo anterior, por cuanto al realizar una inadecuada valoración del testimonio por fuera del rigor conceptual de la sana critica que impone al servidor judicial la carga de deber de confrontar los diferentes contenidos materiales atendiendo a específicos criterios objetivos en orden a establecer la realidad de lo acontecido.

De conformidad a los cargos formulados, solicita el defensor del procesado se absuelva a su representado del cargo por el que fuere llamado a juicio y condenado en primera y segunda instancia.

² Folios 21 a 25 de la demanda de casación.

³ Folios 26 a 37 de la demanda de casación.

⁴ Folios 38 a 43 de la demanda de casación.

3. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Del análisis de los cargos formulados y admitidos, contra la sentencia de segundo grado tenemos que el apoderado judicial ha enrostrado varios problemas jurídicos a resolver, a saber:

En el planteamiento del primer reproche frente a la sentencia de segunda instancia se presentan los siguientes problemas jurídicos a resolver, el primero de ellos, es si existe una falta de congruencia entre el núcleo fáctico comunicado a Roberto Alexander Ostos Ruge en la audiencia de formulación de imputación, los hechos puestos de presente en la formulación de acusación, y las circunstancias que sustentaron la sentencia condenatoria proferida en su contra.

En el planteamiento de los reproches 2, 3 y 4, se presente un problema común respecto a la valoración de los elementos materiales probatorios Inicialmente hemos de indicar que frente al principio de la congruencia la Sala penal de la corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento del 11 de abril de 2108, bajo el radicado 47.680 manifestó:

“... concepto / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre y cuando se respete el núcleo fáctico de la acusación, sea por delitos del mismo género, no agrave la situación jurídica del procesado y no afecte los derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes (...)

El artículo 250 de la Constitución Política prevé que el escrito de acusación debe comprender: (i) la descripción clara y precisa de aquellos hechos o comportamientos que fueron objeto de indagación e investigación (imputación fáctica) porque revestían las características de un delito, (ii) la calificación jurídica o *nomen iuris* que reciben tales supuestos fácticos (imputación jurídica) y (iii) la enunciación o listado de las evidencias o elementos materiales probatorios en que se fundan las imputaciones fácticas y jurídicas.

Tanto la precitada garantía como el mandato constitucional fueron replicados en los artículos 337 y 448 de la Ley 906 de 2004. [...]

Las transcritas normas consagran tanto la obligación que tiene la Fiscalía de precisar la premisa fáctica de la acusación y su calificación jurídica, como la consecuente imposibilidad que tiene el Juez de Conocimiento para proferir un fallo de condena por hechos no incluidos en esta (acusación) y por comportamientos típicos, antijurídicos y culpables por los cuales no se haya solicitado condena. Y de la interpretación sistemática de los artículos 250 de la Constitución Política, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004 se puede establecer que el derecho- garantía que posee todo ciudadano a que el Estado le comunique de manera “previa y detallada” la acusación, es al tiempo un mandato- obligación dirigido a quienes ostentan la representación de éste en el proceso penal: la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Conocimiento. Aquella está obligada acotar o determinar con precisión los límites de los hechos que fueron objeto de investigación por su relevancia jurídico- penal, mientras que éste no podrá soslayar esa frontera al momento de emitir el fallo o sentencia. (...)

En síntesis, la regla general establecida a nivel constitucional (art.250) y legal (arts.337 y 448 Ley 906/2004) impone que los jueces no pueden desconocer los límites señalados por la Fiscalía en la acusación dictando sentencia oficiosamente, por fuera

de ese marco, so pena de comprometer su imparcialidad al quebrantar el principio de separación categórica de funciones, el que por antonomasia describe el esquema acusatorio, toda vez que este involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas. (...)”⁵ (Subrayas y negritas fuera de texto)

De lo referido por esta Sala Penal en la sentencia antes referida encuentro que el apoderado judicial en la enunciación de la censura incurrió en un yerro de interpretación, en el sentido, que tal como lo ha indicado esta Honorable Corporación, la congruencia se entiende entre la acusación y la sentencia, no como lo quiere hacer valer el defensor entre la imputación y la acusación⁶.

Ahora bien, en este entendido tenemos entonces que la situación fáctica relacionada en el escrito de acusación de manera literal se estableció: “... El 12 de Abril del 2011, el señor CARLOS ALBERTO AVILA BERMUDEZ, puso en conocimiento ante la Comisaria 10 de Familia de Bogotá, que su hijo E.S.A.A., de 7 años de edad, le reveló que su padrastro ROBERTO ALEXANDER OSTOS RUGE, le bajo los calzoncillos, le exhibió el pene y lo penetro vía anal, a más de que lo ha golpeado en varias ocasiones, luego lo amenazó diciéndole que si le llegaba a contar algo a la mama se moría, hechos que tuvieron ocurrencia en el Barrio villa María Suba de Bogotá. ...”⁷

Una vez verificada la verbalización del escrito de acusación, tal como lo indicó el *ad quem* a récord 8:54 la delegación de la Fiscalía General en aplicación del artículo 339 de la ley 906, realizó una aclaración a la situación fáctica, en la cual se establecido que los hechos objeto de investigación son cuando el menor tenía la edad de 5 años, en un día que podía ser ubicado hacia el año 2009, aclaración que en su momento la defensa adujo haber estado conforme con ello, convalidando entonces dicho acto.

Si analizamos los hechos relacionados en la sentencia censurada, encontramos que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al momento de realizar la descripción de los hechos de manera textual adujo: “... Según lo ilustran las pruebas arrimadas al proceso, en 2009, ROBERTO ALEXANDER OSTOS RUGE penetró vía anal al menor E.S.A.A., de 5 años de edad, hijo de su compañera permanente Diana Marcela Acosta Moreno, con quien convivía en aquella época.”

Al igual que el Tribunal Superior, esta Delegada destaca que no es suficiente la enunciación de un presunto defecto procesal relacionado con la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes, para la invalidación de lo actuado, sin estructurar en qué manera la ausencia de dicho yerro varia en la posibilidad de sacar adelante la tesis defensiva, máxime cuando antes de la etapa preparatoria al juicio el yerro fue subsanado los hechos jurídicamente relevantes.

En nada modifica que en los hechos se haya expuesto que para el momento de la ocurrencia el menor tenía 5 o 7 años, diferente fuese si la variación fuera con una víctima de 17 años y se variara a 13, se modificaría sustancialmente la estrategia defensiva, circunstancia que para el caso bajo examen no concurre.

Ciertamente, en nada se vulnera el derecho de defensa o cambian los hechos jurídicamente relevantes, por cuanto, lo que imputó la Fiscalía dejo claro que el

⁵ Sentencia del 11 de abril de 2018 radicado 47680

⁶ Folios 2 a 20 de la demanda de casación

⁷ Folio 2 del escrito de acusación.

procesado accedió a un menor de 14 años, señaló lugar y fijo los hechos en un momento o espacio de tiempo, que independiente de la fecha en que se situara dejaba claro que el menor fue accedido por el padrastro, cuando este se encontraba al cuidado del menor en el barrio Villamaría en la localidad de Suba de Bogotá y que ello ocurrió en una sola oportunidad según el mismo dicho del menor. Por esta razón, esta representación del Ministerio Público estima que no hubo alteración de los hechos jurídicamente relevantes, con la acotación además que para el momento de la imputación no se requiere ningún descubrimiento probatorio. Así lo planteó la Fiscalía en el escrito de acusación radicado el 3 de junio de 2015 y el imputado sobre esos hechos le incumbía hacer su defensa.

No se corresponde la afirmación de la defensa la aseveración en que la víctima señaló que los hechos sucedieron cuando tenía 7 años, lo que se dice en la acusación y que se soporta con los dichos del forense y la madre del menor es que este contó el hecho cuando tenía 7 años. En consecuencia, se repite esta aparente discordancia no tiene la potencialidad de enunciarse como una violación al derecho de defensa o sorpresión a la misma como quiere hacerlo ver, ni genera un error que haga atípica la conducta o justifique la acción imputada, por cuanto es igualmente reprochable e ilícito acceder sexualmente a un niño de 5 años, como de 7 años. Por ello, no se encuentra ningún principio de aquellos que rigen las nulidades digno de ser aplicado al caso en concreto, aunque en criterio del censor quiera mostrar la ausencia de los hechos jurídicamente relevantes, cuando ellos si fueron descritos en la acusación y sobre la misma base se soportó el fallo de condena.

En consecuencia, considero que el cargo no está llamado a prosperar, toda vez que el postulante presupone una errada comunicación de los hechos jurídicamente relevantes, que condujo a una transgresión en el derecho de defensa, situación que no concurrió en el caso que ocupa nuestra atención en este momento, por cuanto la defensa en ningún momento fue sorprendida en la descripción fáctica.

a. Respecto al segundo problema jurídico expuesto por el censor en los cargos dos a cuatro del libelo de casación por una presunta transgresión indirecta de la ley sustancial debido a errores de hecho a los cuales nos referiremos en los siguientes términos:

El artículo 208 de la ley 599 del 2000, Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

De la lectura del anterior tipo penal, encontramos que la clasificación de acuerdo con su contenido es una conducta delictiva de resultado, de conducta instantánea, mono-ofensivo, dentro de los elementos objetivos tenemos que para la adecuación típica se requiere de un sujeto activo indeterminado, un sujeto pasivo cualificado, menor de 14 años, hombre o mujer, tiene un verbo determinador simple: "acceder carnalmente". El bien jurídico tutelado que ha protegido el legislador es la libertad y formación sexual, por medio del cual se pretende proteger al menor de catorce años para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterar tal formación. Frente al análisis subjetivo encontramos que se debe comprobar que la conducta desplegada por el sujeto activo es normativa y materialmente dolosa, pero se admite como atipicidad subjetiva admite el error frente al conocimiento de la edad sobre el sujeto pasivo.

Por otra parte, el agravante que le fuere imputado al procesado se encuentra descrito en el numeral 2 del artículo 211 de la ley 599 de 2000 que a la luz dice: "... 5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre conyugue o compañera o compañero permanente, o contra cualquier

persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno de los partícipes. Para los efectos de este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre. ...”

Ahora 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). ...” Con relación con la presunta errada valoración de los elementos materiales probatorios hemos de manifestar:

En primer lugar, respecto a los yerros por error de hecho formulados por el apoderado judicial hemos de referir desde ya que estos argumentos no tienen vocación de prosperidad en el sentido que:

-El primer elemento material probatorio obrante en el proceso penal y, como punto de partida, tenemos la versión rendida por el menor E.S.A.A., quien para el momento de su declaración tenía 13 años, en su declaración expuso que cuando tenía la edad de 5 a 7 años vivía con su madre Diana Marcela Acosta y su compañero permanente, Roberto Alexander Ostos Ruge, pero dejó de vivir con ellos a raíz de que fue accedido por el novio de su mamá, recuerda que estaba mirando televisión cuando el procesado le llamo, lo acostó en la cama, él se encontraba detrás, le bajo los pantalones y lo penetro con sus partes íntimas, su pene, que ello ocurrió cuando se encontraban solos en casa, lo que era normal, porque para esa época su madre laboraba en Comcel o Efecty, añadió que Alexander le manifestó que no fuera a contarle a su mamá porque si lo hacia ella podía morirse, sin embargo él le contó a su papá.

Refirió que el termino de violación es cuando una persona penetra en otra sus genitales y que eso fue lo que le paso, en igual sentido manifestó el menor victima que observó el miembro viril del procesado, que recibía malos tratos por parte de Alexander Ostos.

a. Cómo segundo elemento material probatorio, se tiene la declaración de Diana Marcela Acosta Moreno, madre del menor, quien convivió 8 años con el procesado, en Suba y Quiroga, su hijo E.S.A.A. le comentó textualmente que Roberto Alexander “le puso su chichi en mi colita” por eso decidió llevárselo al papá, fue en ese momento donde el niño le contó lo sucedido y el progenitor presentó denuncia en contra del acusado, Llevo al menor a medicina legal.

Informa que para la época el niño tenía 7 años, estudiaba de 6:00 de la mañana y llegaba más o menos a las 12:00. Lo cuidaba una señora cuando llegaba porque ella trabajaba, Alexander Ostos era escolta de Servientrega y manejaba su tiempo, se iba temprano y a veces llegaba temprano, señalo la madre del menor que al niño lo recogía el procesado o ella, quien primero llegara.

Para darle credibilidad al dicho del menor, la madre en igual sentido, que la víctima informa que el procesado era brusco con el niño, lo trataba mal, con gritos y si lo encontraba en la calle le daba mal genio y le pegaba en la cabeza, su hijo le tenía miedo, una vez lo encontró en la calle, lo entro y le pego una patada.

b. En igual sentido se contó con la declaración de Yenifer Alejandra Moreno psicóloga del CTI, declaró haberle practicado una entrevista al menor E.S.A.A. con apego al protocolo SATAC, en el informe rendido por la profesional adujo que el menor hizo una revelación de tipo sexual por parte de su padrastro, relatando el niño que cuando era chiquitico a la edad de 7 años ocurrió un accidente con el novio de la mamá que se llama Alex Ostos quien tiene 37 años y trabajaba como jefe seguridad. El menor señaló textualmente que: "el maltrataba a mi mamá y mi mamá se fue y me dejó solo con él" El niño lloró contando ese episodio y no recuerda el día exacto en que fue víctima del abuso sexual, pero menciona que fue en horas de la tarde cerca de las 6, que la mamá se tuvo que ir a trabajar y él le dijo que no lo dejara sólo con Alex.

Manifestó el menor que estaba en su cuarto viendo televisión, el canal Disney, cuando escuchó que Alex lo llamó por su nombre, y él fue porque pensó que algo importante le iba a decir y ya en el cuarto, donde se encontraba Alex, este le dijo que sea costara sobre la cama, él le hace caso y dice textualmente que pensó que le "iba a pegar porque ya en otros momentos lo había hecho, luego me bajó los pantalones y me violó. El niño le contó a la psicóloga que Alex comenzó a quitarle la pantaloneta junto con sus calzoncillos al tiempo que se comenzó a bajar el Jean y su ropa interior, como si fuera a orinar. El niño recordó que cerró los ojos se volteó de lado, refiere que Álex estaba detrás de él, lo abrazó con uno de sus brazos para que no se fuera y la otra mano la apoyaba sobre la cama el menor tenía sus piernas dobladas quietas y afirma que le metió el pipí en la cola.

c. Por último, se tiene como prueba de cargo la declaración de Jackeline Cangrejo, profesional médico del Instituto de Medicina Legal, quien realizó valoración sexológica al menor E.S.A.A., previo relato que hiciera de los hechos por los cuales se había ordenado la experticia, elevó un informe de ese examen pericial con el análisis y conclusiones del 11 de abril de 2011.

Informó que en la anamnesis el niño refirió que el esposo de la mamá lo trataba mal le pegaba y a la mamá también y que cuando vivían hace como 3 años en Villa María el acusado le metió la extremidad de él en su "colita". Ante la pregunta de que es la extremidad, el niño contestó que es el "Chiche", que el acusado se bajó los calzoncillos y él le vio la extremidad y luego del abuso le contó a su papá quien lo llevó a que le revisaran el cuerpo. Luego le contó a la mamá y se puso triste, él habló con Alex y él dijo que fue un sueño, pero que en verdad él se acuerda de eso y que sintió que le salían como gotas en el chiche cuando estaba haciendo popó, y la mamá le dijo que no le contara a nadie.

Que los hechos sucedieron una sola vez y que el acusado le advirtió que si contaba la mamá se moriría. Del examen médico la perito encontró ano con tono dé una forma normal sin signos externos de contaminación venérea y sin huellas recientes respecto de los hechos relatados por el menor que pueden suceder sin dejar huella, sin que se desvirtúe la ausencia de lesiones porque la gran mayoría de las veces el examen físico se realiza un tiempo después de la ocurrencia de los hechos y que la lesión pudo haber cicatrizado por el lapso transcurrido entre el ataque sexual, y el examen.

De la valoración del dicho del menor claramente se puede entrever todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de acceso carnal con menor de 14 años, ello por cuanto si se detiene a analizar todas las declaraciones a las que se sometió al menor a rendir declaración, la versión central de su relato fue conteste en la transgresión de su intimidad con la acción realizada por el procesado, aunado a ello se

cuentan con elementos que permiten revelar la personalidad del procesado con el menor.

Encuentra esta delegada que, pese al transcurso del tiempo y las circunstancias vividas por la víctima, el menor describió y relató los hechos en varios escenarios y ante diferentes personas de manera puntual indicando lo sucedido y señalando a su agresor como el novio de su mamá quien lo accedió sexualmente, indicando circunstancias de tiempo modo y lugar. Vivencias que evoca y describe como traumáticas, seguidas de otros malos tratos recibidos del padrastro. Tal como lo concluyó el Tribunal en su fallo de condena, respecto del testimonio de la víctima en que fundó la certeza de la decisión a tomar en el sentido que: *“Por lo anterior, la Sala encuentra que el testimonio del menor exhibe coherencia intrínseca y, por tanto, es digno de credibilidad, por ser a todas luces compatible con una agresión de tipo sexual como la descrita en la acusación. Aunado a ello, sus aseveraciones se encuentran corroboradas por lo manifestado por su ascendiente, Diana Marcela Acosta Moreno, quien narró que convivió con ROBERTO ALEXANDER durante aproximadamente 8 años, en la localidad de Suba.”*⁸

La narración del menor considera esta Delegada que obtiene mayor credibilidad de ser analizada en conjunto con la declaración de su progenitora y del personal de salud que le trato, momentos en los cuales se logra evidenciar una similitud en el núcleo central del hecho.

Ahora bien, si analizamos todo lo anteriormente referido encontramos por una parte que de la valoración médica, lo relatado en juicio oral, en consonancia con los demás elementos materiales de prueba y evidencia física se tiene que los relatos proporcionados por la víctima a lo largo de todas las intervenciones en el proceso judicial son veraces y sin intención de mentir.

Tiene razón el *a quo* en el sentido que, al momento de ser interrogado la menor víctima, coherencia intrínseca y fue concreto en sus respuestas al momento de relatar los hechos denunciados, por lo que, consideramos que sus declaraciones se plasmaron verdidas sin apremio alguno, no fue presionado para que dijera lo que inicialmente le contó a su padre, luego a su progenitora ni a los demás testigos que acudieron al juicio, respecto al abuso sexual del que fue víctima por parte de Ostos Ruge.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia⁹ y la Corte Constitucional¹⁰ coinciden en que los resultados de las investigaciones científicas determinan que la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los Tribunales, y su dicho debe ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados al proceso, particularmente en los casos de abuso sexual en los cuales ante los intentos de disminuir la revictimización del niño se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

Tenemos entonces que se puede concluir que los dichos del menor son creíbles, sus manifestaciones realizadas a lo largo de este proceso judicial, en el cual considero ha sido un proceso revictimisante, en el sentido de haber tenido que recordar una y otra vez ante diversos entes estatales el hecho materia de investigación, que genera en un menor detrimento es su correcta y adecuada maduración a nivel sexual. Para esta

⁸ Página 21 fallo del Tribunal

⁹ Al respecto ver pronunciamientos de la SP del CSJ del 9 de mayo de 2018, radicado 47423,23 de mayo de 2018 bajo el radicado 46.992, 22 de marzo de 2017 radicado 44.441, 30 de enero de 2017 bajo el radicado 42.656, 16 de marzo de 2016 radicado 43.866.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T-116 de 2017.

Delegada del Ministerio Público al igual que para los falladores de instancia con los elementos materiales probatorios y evidencia física allegados a juicio oral, son suficientes para acreditar con grado de certeza suficiente la responsabilidad del acusado, ello por cuanto el núcleo factico no varía. Así lo destacó el fallo de primera instancia, que mediara el juicio:

“En desarrollo del juicio y al momento de ser interrogado el menor víctima, se mostró tranquilo, reservado y concreto en sus respuestas al momento de relatar los hechos denunciados, por lo que el Despacho considera que sus declaraciones fueron verdaderas sin apremio alguno, no fue presionado para que dijera lo que inicialmente le contó a su padre, luego a su progenitora ni a los demás testigos que acudieron al juicio, respecto al abuso sexual del que fue víctima por parte de Ostos Ruge, actitudes que obedecen a la situación en que se encontraba para ese momento, pues como quiera que el acusado era un miembro de su núcleo familiar, es un hecho que genera presión de la familia, al punto que la misma madre del afectado, cuando supo del abuso sexual a su hijo, le manifestó que no contara nada, en una clara muestra de querer impedir que ese hecho saliera a la luz.”

Debe recalcar esta delegada que los informes de los que deprecia inconformidad en su incorporación la defensa, por una parte, tal como lo señaló el Tribunal, no son los únicos elementos que conllevan a derruir la culpabilidad del procesado, por otra parte, los informes fueron introducidos para refrescar memoria, por cuanto los profesionales de la medicina y psicología requerían los informes para recordar el paciente valorado.

Por último, frente a la valoración del psicólogo de la defensa Fulton no encuentra esta delegada error alguno en su valoración, su informe fue realizado con fundamento al estudio de documentos, a diferencia del psicólogo de la Fiscalía que fue analizar comportamientos directos del menor utilizando protocolos especializados para corroborar la veracidad de su dicho. Es por ello, que consideramos, que la declaración del psicólogo de la defensa en nada derriba la tesis de culpabilidad de la fiscalía, y el argumento de la defensa no tiene vocación de prosperidad. Es más, el Tribunal no omitió el análisis del testimonio del perito, solo que no le dio credibilidad por cuanto lo afirmado por este no tiene sustento probatorio en una historia clínica. Así lo indico:

“Señaló que el perito Fulton Franco Vélez realizó un informe basado en una historia clínica del niño, de fecha 22 de septiembre de 2009, en donde consta que para aquella época presentó problemas estomacales a causa de parásitos intestinales, siendo esa la posible causa de la diarrea descrita por la víctima en su relato. Empero, esa historia clínica no fue aportada al juicio, por lo que la afirmación del perito no tiene sustento en el acervo probatorio.”¹¹

Por parte, del perito no se descartó con suficiencia científica y soporte clínico o médico que el abuso sexual al menor no se hubiese presentado, simplemente desde su punto de vista cuestionó no solo el procedimiento de sus colegas para emitir unas conclusiones frente a la credibilidad del menor. Sobre lo cual el testigo de la defensa Máximo Duque, preciso¹²: *“Sin embargo, en medicina hay muy pocas pruebas que son de certeza por ejemplo de certeza una radiografía o de un embarazo, el resto son de probabilidad como en este caso. Señaló que no pudo examinar a la víctima por que habían pasado varios años y lo que plasmó en su informe estaba relacionado con el análisis de un paciente presunta víctima de un delito sexual. Cuestionó cómo se hizo el examen (refiriéndose a*

¹¹ Página 23 fallo del Tribunal.

¹² Página 7 fallo del Juzgado.

la entrevista que hiciera la psicóloga del CTI,) y cómo se interpretan los resultados de ese tipo de exámenes periciales. Dijo que leyó toda la información que le fue puesta de presente y rindió unas conclusiones a manera de experticia técnico para establecer credibilidad, documento que no fue allegado al proceso porque no corresponde con el cual se trató de hacer una valoración de lo mencionado por el menor en esa entrevista, lo cual no es procedente ya que la valoración de las pruebas le corresponde es al Juez”.

Para esta Delegada del Ministerio Público no es procedente el argumento de la defensa refiriendo que hay errores en la valoración de las declaraciones de la víctima, por el contrario, el juicio valorativo de estos elementos materiales probatorios adecuados y ceñidos con las exigencias normativas y jurisprudenciales que regulan el proceso.

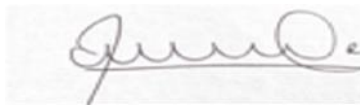
En este aspecto, no se acredita porque motivo el dicho del menor carece de credibilidad, máxime que acudió al juicio y si bien fue pasados unos años después de los hechos por él señalados, tal circunstancia se debe al trámite judicial para citarlo a declarar, hecho completamente ajeno a su voluntad. Sin embargo, ello no impidió relatar en lo fundamental que fue objeto de un acto sexual por parte de Ostos Ruge, a quien describe como el novio de su mamá.

Con estos elementos materiales probatorios y evidencia física considera esta Delegada del Ministerio Público que se acredita con la solvencia la materialidad de la conducta punible como la responsabilidad del acusado en la comisión de la conducta delictiva por la que fuere llamado a juicio y condenado.

De las argumentaciones esgrimidas por el fallador de segunda instancia, consideramos, no se incurrió en errores de hecho como lo pretende hacer valer el apoderado judicial, por el contrario, los elementos materiales probatorios y evidencia física introducida en juicio conlleva más allá de toda duda razonable la ocurrencia del episodio de abuso sexual en el menor E.S.A.A. y la autoría de dicho acto delictivo es el señor Roberto Alexander Ostos Ruge.

En atención a las consideraciones anteriormente relacionado sugiero respetuosamente a la Honorable Corte Suprema de Justicia no se case la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 19 de agosto de 2020.

Atentamente,



PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA
Procuradora Segunda de Intervención Delegada para la Casación Penal