GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP292-2023

Radicación n° 59361

Acta No 139

Bogotá D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Roberto Alexander Ostos Ruge* contra el fallo del 19 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual confirmó el emitido el 16 de octubre de 2019, por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que lo condenó como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

HECHOS

Fueron reseñados en el fallo de segundo grado de la siguiente manera:

> *«Según lo ilustran las pruebas arrimadas al proceso, en 2009, ROBERTO ALEXANDER OSTOR 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.»*

ANTECEDENTES

1. El 20 de mayo de 2015, ante el Juzgado 30 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía formuló imputación en contra de *Roberto Alexander Ostos Ruge*, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado (artículos 208 y 211, numeral 5, del Código Penal). No se solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

Sala Casación Penal@ 2023

2. El 3 de junio de ese mismo año, la Fiscalía radicó escrito de acusación, por la referida conducta en contra del citado[1]. Dicho acto se materializó en audiencia del 14 de junio de 2015, ante el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

3. La audiencia preparatoria se cumplió el 25 de julio de 2016 y el juicio oral y público en sesiones del 22 de agosto de 2017, 11 de julio, 19 de septiembre de 2018 y 11 de julio de 2019.

[1] Folios 29 a 35, carpeta

Así, en sentencia del 16 de octubre de ese último año[2], el Juzgado cognoscente condenó a *Roberto Alexander Ostos Ruge* a la pena principal de 200 meses de prisión como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual lapso. Asimismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

4. Apelado el fallo por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 19 de agosto de 2020[3], lo confirmó.

LA DEMANDA

El apoderado del acusado postuló dos cargos en contra de la sentencia de segundo grado, así:

Sala Casación Penal@ 2023

1. Al tenor del numeral 2 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, demandó la nulidad de la actuación por lesión del debido proceso, con repercusión grave en el derecho de defensa.

Una vez refirió los principios que rigen el instituto de la nulidad, indicó que el ente investigador no cumplió *«en el acto de imputación ni al realizar el acto formal de la acusación, con una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes»*[4], ello, debido a que, al formular imputación se

[2] Folios 230 a 245, carpeta
[3] Folios 16 a 42, carpeta
[4] Página 4 de la demanda, folio 61 reverso, cuaderno Tribunal

limitó a dar a conocer elementos materiales probatorios y no a estructurar una hipótesis en la que se destacaran los sucesos por los cuales debía defenderse el implicado.

En esa línea manifestó que se hizo uso de la denuncia presentada por el padre de E.S.A.A., la cual *«ni siquiera fue objeto de debate en la respectiva audiencia de juicio oral ante la no comparecencia extrañamente del denunciante quien debía velar por los derechos de su menor hijo, del informe médico legal sexológico con fecha 11 de abril de 2011 (un día antes de la denuncia), que en su conclusión no aporta la evidencia o signo de penetración y una entrevista SATAC, de una narración que realizó el menor de aspectos que no permiten ser corroborados en tiempo, modo y lugar, la cual fue realizada en el año 2014.»*[5], lo cual, además, generaba ambigüedad respecto de la fecha de ocurrencia del suceso.

Sala Casación Penal © 2023

Sobre este aspecto, destacó que la Fiscalía aseveró que el acceso carnal habría ocurrido cuando el menor tenía 7 años, no obstante, al formular acusación la varió para sostener que fue «*cuando el menor tenía cinco años de edad y esto es un día que (…) estaría ubicado hacía el año 2009*»[6], sin tampoco lograr especificar si los actos de violencia doméstica de los que se dice, también fue víctima el menor, acaecieron antes o después del evento lascivo.

Aspectos que, en su conjunto, convergen en el desconocimiento del principio de congruencia al dictar sentencia.

---

[5] Página 8 de la demanda, folio 63 reverso, cuaderno Tribunal
[6] Página 9 de la demanda, folio 64, cuaderno Tribunal

Consecuente con lo anterior, solicitó se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de imputación, inclusive.

2. Al amparo de la causal tercera de casación, reprobó el fallo por incurrir en los siguientes defectos:

(i) falso juicio de legalidad.

Con ocasión de la incorporación de la entrevista forense realizada a E.S.A.A. con el testimonio de la investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación, Jennifer A. Molano. Al respecto, señaló que, a pesar que el menor E.S.A.A. rindió declaración en sesión del juicio oral del 22 de agosto de 2017, al momento de escucharlo no solo no se le puso de presente dicho elemento, sino que se optó por tenerlo como prueba para ser luego valorado por el juez colegiado.

Sala Casación Penal@ 2023

En esa senda, aclaró que la citada investigadora acudió como testigo técnico, practicó una entrevista forense y no se ofreció su testimonio en calidad de perito -a pesar de que la testigo era profesional de la psicología-, al igual que, el menor no se retractó, lo cual impedía tener el medio recogido como testimonio adjunto conforme con el antecedente radicado 45056 del 28 de octubre de 2015 que citó el Tribunal.

Aseveró que la trascendencia de este yerro se verifica en que la Sala Penal del Tribunal empleó la entrevista para *«complementar de manera errónea el testimonio del menor*

como si se tratase de un testigo adjunto»[7] y acogerla con el propósito de *«respaldar la condena dado que lo vertido por el menor en el juicio oral no le daba certeza más allá de toda duda conforme al artículo 381 del C.P.P.»*[8]

De allí que, peticionó que se excluya la entrevista de E.S.S.A. que fue incorporada con la declaración de la investigadora y, en consecuencia, se absuelva a su defendido.

(ii) Falso juicio de identidad por supresión o por cercenamiento del testimonio de Edinson Franco Fulton.

Sostuvo que el testimonio del psicólogo convocado por la defensa fue cercenado en apartes fundamentales, en particular, aquellos que desestimaban la ejecución del hecho enrostrado a partir de que la víctima no reflejaba ningún afecto o emoción al evocarlo, y que lo que realmente expresaba eran actos de violencia en contra de su progenitora y de él mismo, por parte del sindicado.

Sala Casación Penal @ 2023

Advirtió de la evaluación efectuada por el profesional, que en ella se revelaba de forma objetiva que los relatos del niño conllevaban una *«probabilidad de que el menor este haciendo una incriminación como consecuencia y/o producto de esos hechos de violencia que se generaban al interior del núcleo familiar, por el señor Ostos –padrastro-, su progenitora y el mismo.»*[9]

---

[7] Página 25 de la demanda, folio 72, cuaderno Tribunal
[8] Idem
[9] Página 35 de la demanda, folio 77, cuaderno Tribunal

Lo anterior, debido a la extrañeza de que los hechos de abuso sexual se hayan descubierto tres o cuatro años después, la forma cómo se dio el proceso de evocación del suceso por el niño -no lo recuerda y luego, de forma sorpresiva es capaz de detallarlo- y que, el infante tampoco hubiese podido convivir con su padre por problemas con su pareja sentimental, lo que, en su criterio, sugiere que el deseo del menor es querer vincular nuevamente a sus padres.

En ese contexto, el abogado se mostró inconforme con el estudio que de tal testificación hizo el *ad quem*, al referirse únicamente a la historia clínica que se empleó para demostrar que el niño presentó problemas estomacales que explicarían las molestias referidas en su declaración, ignorando todos los datos que suministró el profesional de la salud y que apuntaban a la existencia de duda respecto de la real ocurrencia del suceso denunciado, misma que imponía la emisión de una sentencia de carácter absolutorio.

Sala Casación Penal @2023

(iii) Falso raciocinio en la valoración del testimonio de E.S.A.A.

Enunció que en las dos sentencias se valoró de manera inadecuada la declaración del menor, pues sin explicar las razones por las cuales la encontraba ajustada a la sana crítica se le concedió plena credibilidad.

También mencionó que el contraste de las dos providencias, daba cuenta de la vulneración del principio de no contradicción, pues, para el juez de primer grado el menor

estuvo tranquilo y fue concreto en sus respuestas, mientras que, para el de segundo, se mostró nervioso y limitado al ofrecer detalles.

Aseveró que la labor investigativa fue deficiente a fin de conseguir la corroboración periférica de la atestiguación y, por ello, el reseñado defecto junto con los previamente denunciados, dejaban sin soporte la conclusión incriminatoria que realizó la judicatura.

De allí que, por este defecto, igualmente solicitó un fallo absolutorio en favor de *Ostos Ruge*.

SUSTENTACIÓN Y RÉPLICAS

A la luz de lo establecido en el Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020, emitido por esta Sala, las partes e intervinientes expresaron sus argumentos por escrito, así:

Sala Casación Penal © 2023

1. El defensor

Ratificó el contenido de su demanda.

2. El delegado de la Fiscalía

2.1. Frente al primer cargo.

Se opuso a su prosperidad. Señaló que a pesar de que el Fiscal que actuó en las diligencias incurrió en la no aconsejable práctica de leer medios materiales de prueba al describir los hechos que se atribuían a *Roberto Alexander*

Ostos Ruge, lo cierto es que, de la narración realizada por el delegado tanto en audiencia de formulación de imputación como de acusación, emergían con claridad y debidamente circunstanciados los hechos jurídicos relevantes por los que se le convocaba a juicio al implicado, los que a su turno, permitieron un ejercicio eficiente de la actividad defensiva a lo largo del diligenciamiento.

Explicó que no era posible lograr el detalle que la defensa ahora exige en su demanda -y que no reclamó al momento de las audiencias en comento-, debido a que los sucesos inicialmente expuestos tenían como fuente el menor afectado, quien apenas contaba con siete años de edad para la época en que fue escuchado; de modo que, es un *"despropósito"* no solo en consideración a la edad de la víctima, sino también a la calidad del victimario, pues sería tanto como *"exigir del primero que llevara una especie de diario o bitácora que reflejara con milimetría las circunstancias que de los hechos demanda el casacionista, para tener el registro de las agresiones que le hizo el segundo, quien además lo amenazaba para que no le contara a su mamá sobre lo sucedido."*

Sala Casación Penal ©2023

En todo caso, manifestó que conforme con el desarrollo del proceso, pudo conocerse de forma circunstanciada la ejecución del hecho punible que se imputó y quedó demostrado conforme con la práctica probatoria. De este modo, la testificación del afectado y su progenitora permite observar *«…las actividades constitutivas de acceso carnal que se ejecutaron sobre el menor, así como el lugar y la época en*

que tuvieron ocurrencia, teniendo por referencia el sitio en el que habían habitado su señora madre junto con ROBERTO ALEXANDER OSTOS, quien a la postre resultó ser su agresor sexual, siempre con relación al periodo en que éstos tuvieron una vida en común.»

Destacó, que no observó error alguno en la labor de la judicatura cuando acudió a la entrevista forense del 25 de septiembre de 2014, practicada por la sicóloga Jennifer Alejandra Molano, pues, aun cuando el niño compareció a juicio, era evidente su falta de disponibilidad por su estado de nerviosismo, lo cual habilitaba su uso para corroborar las aserciones hechas en juicio y frente a las cuales se mostraba coincidente.

Por lo anterior, estimó que *"en correlación con esa imputación fáctica y jurídica, el acusado y su defensor conocieron a ciencia cierta cuáles eran los hechos que la sustentaban y su denominación típica, bases sobre las cuales ejercieron la debida contradicción, según surge, se reitera, de sus peticiones probatorias y de los diferentes cuestionamientos que realizaron en la audiencia de juicio oral, en sus alegaciones, así como en el recurso de apelación interpuesta contra el fallo del a quo. Por lo mismo, la denuncia de que se infringió el derecho de defensa deviene infundada, en la medida en que no señaló el demandante de qué manera esa aducida imprecisión o carencia de claridad, limitó tal garantía, ni cuáles serían las pruebas que pudo haber aportado con eficacia para contraponerlas a las de cargo.»*

Sala Casación Penal © 2023

2.2. Frente al segundo cargo.

Señaló que revisados cada uno de los errores acusados, éstos no pasan de ser falencias planteadas por la defensa para poner en entredicho la solvencia de la decisión adoptada -primera y segunda instancia-, como pasa a exponer.

2.2.1. Falso juicio de legalidad.

Contrario a lo indicado por el recurrente, la entrevista que entregó E.S.A.A. no se valoró para superar deficiencias que dejó aquel en su testimonio, sino fue que empleada por el Tribunal para corroborar lo afirmado por éste y resaltar la credibilidad que debía dársele al menor a pesar de su actitud nerviosa y si se quiere evasiva, lo que permitía que fuera complementada.

Sala Casación Penal @2023

En esa línea, destacó que el testimonio del niño, básicamente se identificó con lo expresado en la entrevista forense, y contrario a lo afirmado por el recurrente, no se le dio el alcance de testimonio adjunto, sino como prueba de referencia legalmente incorporada en juicio conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según quedó explicado en el proveído CSJ SP14844-2015.

De modo que, no subsiste el error alegado por el uso de una entrevista forense incorporada legalmente y valorada en debida forma.

2.2.2. Falso juicio de identidad por supresión o cercenamiento.

En contravía de lo afirmado por el censor, sí se consideró el testimonio de Fulton Ericsson Franco Vélez en ambas instancias, sin embargo, no con los efectos esperados por el defensor.

Indicó que toda vez que las sentencias de instancia constituyen una unidad, no es cierto que se ignorara tal prueba, pues, el juez en la sentencia de primera instancia se ocupó en extenso de esa testificación y descartó su fuerza suasoria al observar que: (i) de manera equivocada el profesional refirió que los hechos habrían tenido ocurrencia cuando el niño tendría 3 o 4 años, cuando se demostró que la agresión sexual se ejecutó en tiempo diferente y, (ii) era un experto que no recordaba haber realizado un análisis psicológico y su informe base de opinión pericial se remitió a temas relacionados con la credibilidad de la entrevista forense, asunto que era impertinente, si en cuenta se tiene el testimonio del menor en juicio; y, el juez colegiado, descartó el dictamen por él entregado, debido a que se fundamentó en una historia clínica que no fue aportada al trámite, lo que de contera ubicaba su pericia en el campo de la especulación.

Sala Casación Penal © 2025

Agregó que en todo caso, el testimonio de Franco Vélez resultaba inconducente porque con su intervención en juicio no se puede suplir la labor de la judicatura de ponderar las pruebas practicadas en juicio.

2.2.3. Falso raciocinio

Sostuvo que la valoración probatoria estuvo sujeta a las reglas de la sana crítica, basadas en la experiencia y los principios de la razonabilidad, en particular, al momento de analizarse el testimonio de la víctima y considerarse como creíble en tanto fue vertido de forma libre, espontánea y sin presiones; encontrando además corroboración en las declaraciones de sus familiares, la psicóloga del C.T.I. y la médica legista.

En tal senda, se estimó que lo relatado por el ofendido fue consistente en la relación de los hechos en términos de oportunidad, temporalidad y convivencia con el agresor, lo que permitía establecer a Roberto Alexander Ostos como el único responsable del asalto sexual que se denunció.

Sala Casación Penal © 2023

Sin que resulte eficiente para desestimar la condena emitida, la percepción que se consignó en la sentencia de primera instancia, referida a la tranquilidad de E.S.A.A. al rendir testificación, contrario a la actitud nerviosa de la que se percató el Tribunal, pues, ambos funcionarios, de modo alguno descalificaron la declaración, ya que, por el contrario, exaltaron su coherencia y la manera como corresponde la víctima a las versiones entregadas por el afectado con anterioridad.

Conforme con lo anterior, solicitó que las sentencias demandadas se mantengan incólumes.

3. La Representante del Ministerio Público

3.1. Al primer cargo.

Destacó el contenido de la sentencia emitida bajo el radicado 47680, de 11 de abril de 2018, y los artículos 250 de la Constitución Política de Colombia, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, que imponen a la Fiscalía el deber de precisar la premisa fáctica de la acusación y su calificación jurídica para emitir condena conforme a ello.

En ese contexto, indicó que el recurrente incurría en un error de interpretación en la enunciación de su censura, ya que la congruencia se predica ente acusación y sentencia y no con relación a la imputación y acusación.

Ahora, en el escrito de acusación el supuesto fáctico se delimitó así *"… 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 mamá se moría, hechos que tuvieron ocurrencia en el Barrio Villa María Suba de Bogotá. …";* y al momento de su verbalización en audiencia, la Fiscalía en aplicación del artículo 339 del C.P.P., realizó una aclaración en la situación fáctica por la cual delimitó los hechos objeto de reproche, indicando que fue cuando el menor tenía 5 años de edad, en un día que podía ser ubicado hacia el año 2009,

Sala Casación Penal © 2023

proposición frente a la cual, la defensa adujo estar conforme, convalidando dicho acto.

Escenario que fue respetado precisamente en la sentencia censurada, como se verifica a partir del relato de los hechos que se consignó así: *"…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."*

Consideró que no es suficiente enunciar un presunto defecto procesal relacionado con la estructuración de los hechos jurídicamente relevantes para pretender la invalidación de lo actuado, si no se explica de qué manera la ausencia de aquél determina la posibilidad de sacar avante la tesis defensiva; más aún, cuando el supuesto error se subsanó de forma previa a la audiencia preparatoria.

Sala Casación Penal © 2023

A lo que adicionó que se haya expuesto que los hechos acaecieron cuando el menor tenía 5 o 7 años, no modificaba en nada la estrategia defensiva, en tanto, no suponía un cambio en los hechos relevantes a judicializar, en tanto la fiscalía fue clara en señalar que el procesado accedió a un menor de 14 años, en un lugar y espacio de tiempo, así que, el niño fue violentado por el padrastro cuando se encontraba al cuidado del menor, en el barrio Villamaría en la localidad de Suba, Bogotá, hecho que ocurrió en una sola ocasión.

En ese orden de ideas, manifestó que el cargo no está llamado a prosperar.

3.2. Frente al segundo cargo.

Luego de remitirse a la descripción del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sus elementos y circunstancias de agravación, al igual que algunas pautas jurisprudenciales sobre la valoración de la declaración de menores víctimas en delitos que afectan su libertad e integridad sexual, refirió que no le asiste razón al demandante en sus planteamientos.

Para ello, partió por reseñar las declaraciones de E.S.A.A., su progenitora Diana Acosta Moreno, de la psicóloga del C.T.I. Jennifer Alejandra Molano, y la médica del Instituto de Medicina Legal, Jackelin Cangrejo, y sostuvo que, conforme con el primero, ya estaban dados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, mismos que encuentran corroboración en los demás medios de convicción.

Sala Casación Penal © 2023

Así afirmó que *"los dichos del menor son creíbles, sus manifestaciones realizadas a lo largo de este proceso judicial, en el cual consideró ha sido un proceso revictimizante, en el sentido de haber tenido que rememorar una y otra vez ante diversos entes estatales el hecho materia de investigación, que genera en un menor detrimento en su correcta y adecuada maduración a nivel sexual."*

Sin que se presentara alguna de las irregularidades que se afirman en la demanda, ya que los *"informes fueron introducidos para refrescar memoria, por cuanto los profesionales de la medicina y psicología requerían los informes para recordar el paciente valorado"*; el testimonio del profesional Fulton fue verificado, solo que a diferencia del psicólogo de la Fiscalía que examinó el comportamiento directo del menor, su informe se realizó con fundamento en estudio de documentos, y tampoco contaba con la suficiencia científica y soporte clínico o médico de que el abuso no se hubiese presentado.

Conforme con ello, sostuvo que comparte el raciocinio de los falladores de instancia, en tanto son suficientes para acreditar con grado de certeza la responsabilidad del acusado.

Sala Casación Penal@ 2023

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a la Sala pronunciarse de fondo sobre las censuras planteadas, dado que con la admisión de la demanda se tienen superados los defectos de los que adolece. Ello, por razón de la prevalencia de los fines del recurso extraordinario de casación, a saber, la eficacia del derecho material, el respeto a las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, tal como lo establece el artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

2. Así las cosas, en orden a atender las réplicas del demandante, inicialmente se analizará el cargo principal a través del cual el censor pretende la nulidad de la actuación, en particular, desde la audiencia de formulación de imputación y, en caso de no accederse a la invalidación, la Sala se adentrará en la censura postulada como cargo segundo, en donde se cuestiona, el fundamento probatorio para dictar sentencia de carácter condenatorio.

3. De los hechos jurídicamente relevantes y el principio de congruencia.

El defensor demandó la nulidad de la actuación por violación al debido proceso con efectos en el derecho de defensa, no obstante, aun cuando el demandante se ocupó de reseñar los hechos narrados en la audiencia de formulación de imputación y destacó con acierto, la mala práctica en la que incurren servidores del ente acusador al remitirse en la construcción de la imputación fáctica a elementos probatorios y evidencia física que la soportan -como ocurrió en este asunto-, no logró demostrar cómo ese solo desacierto le impidió conocer al indagado los motivos por los cuales se le vinculaba al proceso penal.

Sala Casación Penal @ 2023

En ese sentido, cierto es que, de forma reiterada, la Sala ha indicado que para la construcción de los hechos jurídicamente relevantes[10] es imprescindible que: *(i)* se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se

[10] CSJ SP, 8 mar, 2017, Rad. 44599, SP1271-2018, Rad. 51408; SP072-2019, Rad. 50419; AP283-2019, Rad. 51539; SP384-2019, Rad. 49386, AP5204-2019, Rad. 54814, entre otras

traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; *(ii)* el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y *(iii)* se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –*entendida en sentido amplio*-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 8 Mar. 2017, Rad. 44599).

No obstante, también ha referido que en aquellos eventos donde se observe la falencia advertida, ésta debe ser evaluada en concreto, a fin de constatar si el procesado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados:

Sala Casación Penal © 2023

Así, se expresó la Corte:

> *«Si se mezclan medios de prueba, hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes, suele suceder que (i) se extienda injustificadamente la duración de las audiencias, con el grave impacto que ello genera para la recta y eficaz administración de justicia; (ii) entremezclar estos aspectos suele conspirar contra la claridad de los cargos incluidos en la imputación, lo que no solo afecta las posibilidades de defensa, sino, además, el estudio de la medida de aseguramiento y la terminación anticipada de la actuación en el evento de que el imputado se allane a los cargos o decida celebrar un acuerdo con la Fiscalía; y (iii) aunado a la extensión injustificada de las audiencias, es común que, bajo esas condiciones, no se incluyan en los cargos todos los referentes fácticos de las normas penales seleccionadas, lo que afecta todas las fases del proceso.*

No debe olvidarse que el descubrimiento de las pruebas se inicia en la fase de acusación. Ahora bien, si la Fiscalía pretende hacer un descubrimiento anticipado, para facilitar el allanamiento a cargos o un acuerdo, debe buscar el momento adecuado para hacerlo, que, en todo caso, no será la audiencia de imputación, por las razones que se acaban de explicar.

Sin embargo, como a lo largo de los años en diversos escenarios judiciales se arraigó la mala práctica de comunicar los cargos a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada por la Fiscalía durante la fase de indagación, en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, se cumplieron los objetivos de la diligencia, especialmente, si al imputado se le brindó información suficiente acerca del componente fáctico de los cargos y sobre la calificación jurídica del mismo, bajo el entendido de que esto último tiene un innegable carácter provisional en la audiencia de formulación de imputación, como se resaltará más adelante». (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007)

Y en el caso *sub judice*, del audio que contiene la audiencia, a pesar de que se corrobora que la imputación fáctica se hizo a través de la lectura de la denuncia, el informe médico legal sexológico y una entrevista efectuada al ofendido, no hay duda de que se cumplió el cometido de la diligencia al tenor de lo dispuesto en los artículos 286, 287 y 288 de la Ley 906 de 2004, al habérsele puesto de presente a *Roberto Alexander Ostos Ruge* que se le vinculaba a la actuación como posible responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en razón a que se le sindicaba de haber penetrado vía anal al menor E.S.A.A., aprovechando un momento en el que estaban solos en el apartamento donde residían en el barrio Villa María, vivienda en el que habitaban con la progenitora del infante, persona con quien el inculpado mantenía una relación sentimental.

Así, quedó el relato en el acto de comunicación[11]:

[11] Audio 110016500101201100470_01J30G, a partir del minuto 6:10

"Como hechos, tenemos que estos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía por parte de la Comisaria Décima de Familia, a petición del señor Carlos Alberto Ávila Bermúdez (…) en su calidad de progenitor del menor (…) E.S.A.A. (…) de 7 años de edad para la época de los hechos, y en la denuncia se indica lo siguiente, según mi hijo el señor Alexander Ostos lo ha golpeado en varias oportunidades, además me relata que cuando vivían en el barrio Villa María en Suba, Alexander introduce su extremidad, haciendo referencia al pene, en su colita, generando imposibilidad para hacer popó y mi hijo S. se sentía muy incómodo con esta situación según me relata. Me dice que este señor le bajo los calzoncillos y Alexander le exhibió su pené y se lo introdujo por el ano, violando a mi hijo. Luego de ello Alexander amenaza a S. mi hijo, diciéndole que si le llega a contar algo a la mamá, ella se muere. S. me relata que cada vez que observa una escena de violencia generada por Alexander se acuerda de todo lo ocurrido. Igualmente se tiene un informe técnico médico legal sexológico de fecha 11 de abril del año 2011, suscrito por Jackelin Cangrejo Arias, en calidad de perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en que se indica lo siguiente, examinado hoy 11 de abril de 2011, a las 12:23 horas, en primer reconocimiento médico legal, ante la pregunta de la razón por la cual esta acá, dice, el esposo de mi mamá me trata mal y a mí mamá también, le pega a mi mamá, a mí también me pega patadas. Tercero para que me miren el cuerpo, porque hace como 3 años, que vivíamos en Villa María, él me metió la extremidad de él en mi colita (se especifica que es "el chichi"). Me bajó los calzoncillos, le vi la extremidad, le conté a mi papá y fuimos donde unos señores y por eso vine acá a que me revisaran el cuerpo. Él me seguía pegando y a mí también, a mi mamá la maltrataba, le pegaba, un día se le montó encima y la empezó a regañar y yo me le monté encima y me botó al piso. A mi mamá le conté que me metió lo que ya te conté y mi mamá se puso triste, habló con Alex, con el señor, él le dijo que fue un sueño, pero fue verdad, yo me acuerdo. Sentí que me salían como gotas del chichi. Cuando estaba haciendo popó no podía, sentía una cosa pero no sabía qué era. No le conté a mi papá porque mi mamá me dijo que no le contara a nadie. No le ha contado a nadie más que a la mamá. Hechos sucedidos una vez, me dijo que no le dijera a mi mamá porque se podía morir y yo le dije. Eso fue en el cuarto de él, yo me quería ir de allí porque no me gustaba. Después me llevó a mi cuarto y él se quedó viendo televisión en el cuarto de él. Dentro de la conclusión, dice examen genital, presenta genitales masculinos infantiles normoconfigurados, tono anal normal, forma anal normal, no hay signos clínicos de contaminación venérea al momento del examen. Conclusión, E. hace un relato compatible con abuso sexual. Relata episodios de agresión física por parte del esposo de la madre. El examen anal y genital es normal, hechos como los relatados por el menor pueden suceder sin dejar huella de que se halle al momento del examen. La ausencia de lesiones no desvirtúa el relato del

Sala Casación Penal @ 2025

menor. Se recomienda obtener información de otras personas que puedan tener sobre los hechos, madre del menor, se recomienda valoración y manejo por psicología especializada. Igualmente se tiene una entrevista por cámara Gesell con el protocolo correspondiente, de fecha 30 de septiembre del año 2014, con la correspondiente presencia de la Defensora de Familia y el consentimiento informado, en que el menor indica lo siguiente, al indagar sobre el motivo por el cual vive con los abuelos, el menor dice que "cuando era chiquito a la edad de 7 años ocurrió un accidente con el novio de mi mamá que se llama Alexander Ostos, tiene 37 años, trabaja como jefe de seguridad", ampliando la información dice el menor, comienza diciendo "el maltrataba a mi mamá y mi mamá se fue y me dejó solo con él", comenta el menor que Alex le pagaba a la mamá y respecto de la forma (realiza el gesto de empuñar la mano en forma de puño) no le decía porque lo hacía, dice que siempre era lo mismo pero él no dejaba, haciendo referencia a que se anteponía para evitar la agresión, para esa época la mamá trabajaba en claro. Respecto a los hechos en los que el menor fue víctima refiere lo siguiente, se encontraba viviendo el menor en el sector de suba, en un bloque de apartamentos, en el tercer piso, en compañía de su mamá y Alex, el día específico no lo recuerda, menciona que era en horas de tarde, cerca de las 4 de la tarde, la mamá se tuvo que ir a trabajar, el menor le dijo que no lo dejara solo, entonces a solas el menor con Alex, dice que el menor estaba en su cuarto viendo televisión el canal Disney Channel, cuando escuchó que Alex lo llamó por su nombre, el menor dice que fue porque pensó que algo importante le iba a decir, al entrar al cuarto donde se encontraba Alex, le dijo al menor que se acostara sobre la cama, el menor lo hace, y dice "yo pensé que me iba a pegar porque ya en otros momentos lo había hecho y luego me bajó los pantalones y me violó", más adelante dice el menor ampliando el escenario del abuso dice el menor que Alex "comenzó a quitarle la pantaloneta junto con los calzoncillos y el menor vio que Alex comenzó a bajarse el jean y su ropa interior "como si fuera a orinar"", el menor dice que cerró los ojos, se volteo de lado, refiere que Alex estaba detrás del menor, abrazo al menor 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 "cuando me lo intercedió en la cola", haciendo referencia a meter el pipí en la cola, le dijo Alex al menor que no le podía decir a la mamá porque si no ella se moría, sintió un escalofrío horrible, asco también y una piquiña horrible, el menor no notó que hiciera algún movimiento ni ningún sonido en el momento en que Alex estaba cerca de él, vuelve y refiere "era grueso, sentí que me había metido algo, lo siguiente que hice fue subirme los pantalones e ir al baño, hice churrias, al limpiarme con el papel higiénico vi que tenía sangre y un moco de color blanco, estaba asustado me fui para mi cuarto a encerrarme y no le quiso contar a nadie", después de ese momento el menor no le habla a Alex, aunque cuando estaba presente la mamá sí lo hacía, porque yo tenía miedo de que ella se

Sala Casación Penal @ 2023

muriera, solo ocurrió esa vez. Entre estos hechos así narrados por el menor, estos tienen su adecuación típica en el artículo 208 del Código Penal, que establece el acceso carnal abusivo con menor de edad (…) igualmente en el presente caso concurren circunstancias de agravación punitiva contenidas en el artículo 211 del Código Penal (…) cuando, numeral quinto, la conducta se cometiere o se realizara sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre (…), se imputa, primero, porque compartían o estaba integrada la unidad doméstica e igualmente fue aprovechado aquí, el menor, la confianza depositada en usted (…)

Estos supuestos, en lo fundamental, tuvieron coincidencia con los consignados en el escrito de acusación, donde se reiteraron los señalamientos incriminatorios que fueron advertidos por el menor a sus padres, a la médica Jackelin Cangrejo y en la entrevista forense, de una forma más resumida:

Sala Casación Penal@ 2023

"El 12 de abril de 2011, el señor CARLOS ALBERTO ÁVILA BERMÚDES, puso en conocimiento ante la Comisaria 10 de Familia de Bogotá, que su hijo E.S.S.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 a la mamá se moría, hechos que tuvieron ocurrencia en el Barrio Villa María Suba de Bogotá.

Por su parte, la señora DIANA MARCELA ACOSTA MORENO, refiere que un día domingo su hijo E.S.S.A., le contó que cuando vivían en Villa María ALEXANDER le metió el chichi en la colita, además, le daba patadas.

La médico forense JACKELIN CANGREJO ARIAS, ausculto al menor E.S.S.A. 7 años de edad, quien refirió dentro de la anamnesis que el esposo de su mamá los trata mal, le pega tanto a él como a su madre, le pega, ha pegado patadas, cuando vivían en Villa María, su padrastro le bajo los calzoncillos, le vio el pene, luego le metió el

chichi en la cola, después le dijo que no dijera a su mamá porque se podía morir, hechos que tuvieron ocurrencia en el cuarto de él, hace tres años, se acuerda de los tiempos pasados, le contó a su mamá quien se puso triste y le dijo que no le contara a nadie, pero le contó a su papá, paso una sola vez.

En entrevista forense rendida ante la psicóloga JENNIFER A. MOLANO, el menor E.S.S.A., sostuvo que pensó que ALEXANDER OSTOS, le iba a pegar porque en otras ocasiones lo había hecho, lo que le hizo fue bajarse los pantalones y lo violo, le metió el pipí en su cola, luego le dijo que no le dijera a la mamá porque ella se moría, dice que sintió un escalofrío horrible, asco, una piquiña, era grueso, lo que hizo después fue subirse los pantalones e ir al baño e hizo churria, cuando se limpió con el papel higiénico observó que tenía sangre y un moco color blanco, ocurrió una sola vez"

Y al ser formulada la acusación, la delegada de la Fiscalía como una de las modificaciones[12] al escrito precisó que *"la primera tiene por objeto, ubicar los hechos objeto de investigación, los cuales, de acuerdo con los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, estarían ocurriendo cuando el menor tenía 5 años de edad, esto es, un día que podría estar, que se estaría ubicando, hacía el año 2009, aproximadamente"[13];* lo cual, hizo, según lo indicó posteriormente al dar lectura al escrito de acusación, contextualizando lo que ya había revelado el menor, en el sentido que los hechos habían sucedido aproximadamente hace tres años antes de presentada la denuncia, lo que permitía calcular que ocurrieron a la edad de 5 años, es decir, *"finales del 2008 principios de 2009"*.

Oportunidad en la que, además, la defensa[14] manifestó quedarle claras las modificaciones realizadas.

Sala Casación Penal © 2023

[12] Se hicieron otras dos aclaraciones tendientes a adicionar testimonios a recibir.
[13] Registro de la audiencia, a partir del minuto 07:23
[14] Registro de la audiencia, a partir del minuto 8:46

Lo que da cuenta que el procesado y su apoderado fueron advertidos de la imputación fáctica que en contra del primero se realizaba, e incluso con mayor detalle, al darse precisión a la fecha posible de ocurrencia de los hechos, mismo aspecto que era compatible, con lo ya advertido en la imputación, si en cuenta se tiene la mención que de los hechos hizo el examinado a la médica adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Así las cosas, no resulta trascendental desde el punto de vista que propone la defensa, sostener que la precisión que en últimas se realizó sobre la fecha de ejecución del hecho, le impidió plantear una estrategia adecuada para desestimar la inculpación, porque, de la exposición que se hizo en la imputación, quedó dicho por el menor que los hechos se habrían cometido *«hace como tres años»*[15] lo cual permitía conocer que el suceso se habría ejecutado en un margen temporal anterior a la radicación de la denuncia, cuando, efectivamente, el agredido tenía 7 años.

Sala Casación Penal @ 2023

Luego, por esa sola circunstancia, no se verifica necesaria la anulación del trámite debido a *«un estado de indefensión procesal»* que afecte *«realmente las posibilidades de defensa»*[16], como infructuosamente lo propone el libelista.

Adicionalmente, el planteamiento que el censor eleva guarda identidad con el exteriorizado a través del recurso de

[15] Lectura del informe técnico médico legal del 11 de abril de 2011. Cfr. Registro del audio a partir del minuto 07:46
[16] CSJ SP2042-2019, Rad. 51007

apelación, y el mismo, fue descartado por el Tribunal, conforme al siguiente razonamiento:

> *«Sin embargo, su pretensión invalidatoria no puede salir avante, habida cuenta que no se vislumbra la trascendencia del yerro endilgado, es decir no se advierte, y tampoco logró explicarlo el recurrente, el motivo por el cual esa variación afectó el derecho de defensa.*
>
> *Es que no basta con que el interesado en la invalidación destaque un defecto procesal relacionado con la estructura de los hechos jurídicamente relevantes, teniendo en cuenta que la vía de la nulidad "no está habilitada para exponer sin rigor metodológico y argumentativo, cualquier vicisitud procesal pretextada al rango de irregularidad sustancial, con aptitud suficiente para propugnar por la invalidación de lo actuado.". Bajo esa óptica, en el escrito de alzada, no se explica la forma en la cual la ausencia de la irregularidad hubiese hecho que la estrategia defensiva rindiera mejores frutos.*
>
> *No se alegó, a título de ejemplo, que el acusado aun no conviviera con la progenitora de E.S.A.A. cuando este tenía 5 años, y que comenzó a hacerlo solo cuando el menor llegó a los 7, los que sin duda habría sido un elemento significativo y trascendente, pues, en ese caso, la concreción de la edad del niño habría hecho más o menos probable uno de los ejes centrales de la tesis acusatoria. Empero dicho alegato, que sería idóneo para la acreditación de la trascendencia del yerro, brilla por su ausencia. »*[17]

Sala Casación Penal @ 2019

Posición, frente a la cual, no sostuvo el recurrente nada distinto al desconcierto que le generaba la desestimación de su propuesta.

Por lo demás, esto es, los reclamos que hace acerca de la no práctica del testimonio del denunciante -progenitor del agredido- y, los que le surgen a partir del recaudo tardío de elementos probatorios o deficiencias de índole investigativo, no se acompasan con el hilo argumentativo del reparo que

[17] Páginas 11 y 12 de la providencia. Folios 26 y 26, cuaderno Tribunal

enunció, con lo que de forma evidente demuestra la falta de aptitud de su propuesta.

Así las cosas, el cargo no prospera.

3. De la sentencia condenatoria.

Ahora, toda vez que a través del cargo segundo se invocan tres errores, a saber, falso juicio de legalidad, falso juicio de identidad y falso raciocinio, todos los cuales se remiten al proceso de valoración de la prueba practicada, la Sala los analizara de manera conjunta, previo a recordar algunos conceptos que subyacen a tales reparos, esto es: (i) las declaraciones anteriores al juicio, en particular, la entrevista forense y su admisión como prueba de referencia y (ii) el testimonio de menores víctimas de delitos sexuales, para luego resolver el caso concreto.

Sala Casación Penal@ 2023

3.1. Las declaraciones anteriores al juicio, en particular, la entrevista forense y su admisibilidad como prueba de referencia.

Como fuera explicado en sentencia CSJ SP086-2023, del 15 de marzo de 2023, la Ley 1652 de 2013, artículo 2, introdujo a las técnicas de indagación e investigación contenidas en el Código de Procedimiento Penal de 2004, la *'entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal relacionados con violencia sexual'*, incluyéndola en el catálogo de *"elementos*

materiales probatorios" del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, el canon 206A del Código de Procedimiento Penal, que fue adicionado por el artículo 2 de la Ley 1652, impone que cuando se trata de menores de edad víctimas de cualquiera de los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, entre otros, deberá llevarse a cabo entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico, que deberá cumplir con estándares tales como:

- Ser realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia.

- Surtirse en Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los elementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima.

- Grabación por medio audiovisual y presentación de informe detallado de la entrevista con requisitos del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal.

Dicha entrevista, dispone el Parágrafo 1° de la norma citada ***«será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario*** *y no afecte los derechos de la víctima […]».*

@Sala Casación Penal@ 2023

Para lo cual, establece igualmente el último inciso de la norma, que el profesional que realiza la entrevista *«podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado».*

Ahora, la consagración de este tipo específico de entrevista judicial como elemento material probatorio, tuvo como fin primordial salvaguardar la dignidad e intimidad de los menores que se ven involucrados en este tipo de conductas penales, procurando reducir la revictimización mediante una entrevista que debe ser realizada por personal de especialistas de la ciencia del comportamiento humano, a fin de (i) fortalecer la fiabilidad de las manifestaciones del menor y (ii) disminuir el impacto emocional de la entrevista.[18]

Por este entendimiento que le fija la disposición legal, la entrevista forense *per se* no tiene el carácter de prueba ni la condición de autónoma e independiente. Dicha entrevista, como las demás, puede ser utilizada para refrescar memoria[19] durante el contrainterrogatorio, o para cuestionar ante el juez la credibilidad del testigo impugnando sus manifestaciones anteriores[20].

Sala Casación Penal © 2023

> *"En ese orden, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, los interrogatorios, declaraciones juradas y entrevistas pueden ser utilizadas por las partes en el debate oral para refrescar la memoria del testigo -art. 392, literal d) ibidem- o para impugnar su credibilidad -arts. 347, 393, literal b) y 403, numeral 4 ejusdem-, pero no tienen la naturaleza de prueba autónoma e independiente, sin perjuicio de que el juez pueda apreciar su contenido, como acontece en los casos de menores víctimas de abuso sexual, siempre y cuando se garanticen los principios de contradicción y*

[18] En este sentido, Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2014.
[19] Ley 906 de 2004, artículo 392 literal d.
[20] Ley 906 de 2004, artículo403.4.

confrontación en el juicio oral, lo cual se cumple cuando la parte contra quien se aduce tiene la oportunidad y posibilidad de contrainterrogar al testigo sobre sus declaraciones anteriores, pues es a través de éste con quien se incorpora su contenido (CSJ AP, 28 ago. 2013, rad. 41764; CSJ AP, 11 dic. 2013, rad. 40239 y CSJ SP, 2 jul. 2014, rad. 34131)"[21].

En este sentido, para que la entrevista sea admisible con fines de refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo debe ser descubierta dentro de la oportunidad legal, lo cual habilita su apreciación conjunta con el testimonio del menor para mejor entendimiento de los hechos investigados, sin que ello signifique su ingreso al caudal probatorio como prueba independiente, toda vez que su incorporación al juicio se hace por quien la rindió y, solo, respecto de aquello que fue objeto de impugnación.

La otra solución emana de lo previsto en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, esto es, aducirla en calidad de prueba de *referencia admisible* con las limitaciones del artículo 381 de la citada ley, ya que dichas manifestaciones anteriores son traídas al juicio oral por un tercero, debido a que el menor víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y demás citados en la Ley 1652 de 2013, no comparece al juicio a declarar, o si bien compareció su disponibilidad es relativa, dado que por fallas de memoria o superación del hecho traumático no pudo evocar lo sucedido.

@Sala Casación Penal@2020

Ahora, en aquellos casos que se pretenda incorporar declaraciones previas, en particular la entrevista forense,

[21] CSJ AP, 27 jul. 2014, rad. 44066.

cuando el menor víctima de agresión sexual comparece a juicio a declarar, es necesario que la parte interesada, cumpla con ciertos requisitos[22], a saber: (i) identifique la declaración rendida antes del juicio oral que pretende incorporar, (ii) especifique la causal de admisión de prueba de referencia, (iii) establezca los medios que utilizará para la demostración de la existencia y el contenido de la declaración anterior, (iv) presente la solicitud de admisión de la prueba de referencia, y (v) proceda a su incorporación en el juicio oral. Esto, sin perjuicio del descubrimiento y los otros aspectos generales del denominado debido proceso probatorio.

En torno a estos temas, ha explicado la jurisprudencia que estos requisitos se orientan a mantener un punto de equilibrio entre las necesidades de la administración de justicia, la protección de las víctimas y los derechos del procesado. Ello, sin perder de vista que las fallas u omisiones sobre el particular siempre deben ser analizados a luz del principio de trascendencia (CSJSP606, 25 ene 2017, Rad. 44950; CSJSP 1875, 12 mayo 2021, Rad. 55959).

Sala Casación Penal © 2023

3.2. Del testimonio de la víctima menor de edad en delitos sexuales.

La jurisprudencia de la Sala ha señalado que la clandestinidad que suele acompañar la comisión de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes comporta, casi siempre, que sólo se cuente con

[22] CSJ SP3981-2022, Rad. 56993

la versión de la víctima para determinar las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se materializó el agravio.

De manera que, el testimonio de la persona afectada, constituye, por regla general, la pieza fundamental a partir de la cual es posible establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, más, cuando en muchos casos no quedan huellas materiales perceptibles o pueden desaparecer prontamente al discurrir la vida cotidiana, siendo ello una dificultad probatoria que la jurisprudencia de la Corte[23] ha venido en operar por la senda de la corroboración periférica de los hechos, entendida esta como una metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la víctima.

En tal sentido, la Sala ha explicado:

Sala Casación Penal@ 2023

> *En el derecho español se ha acuñado el término "corroboración periférica", para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (…).*
>
> *Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las*

[23] Cfr. CSJ SP068-2023, SP015-2023, SP2107-2020, SP108-2019, SP 3069-2019, entre otras.

actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros. (SP3332 de 2016, Rad. 43866)

3.3. Caso concreto.

Verificada la actuación, se tiene que en la audiencia preparatoria la Delegada de la Fiscalía General de la Nación, solicitó y le fueron decretados los testimonios de: *i)* la víctima E.S.A.A.; *ii)* Diana Marcela Acosta Moreno (su progenitora); *iii)* Jennifer Alejandra Molano, psicóloga del C.T.I. de la Fiscalía que practicó entrevista forense al menor y con quien se introduciría informe de campo contentivo de aquella y, *iv)* Jackelin Cangrejo Arias, médica del grupo de clínica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en calidad de perito, como profesional de la salud que realizó la valoración sexológica al afectado e introduciría el correspondiente dictamen.

Sala Casación Penal C.S.J. 2023

También se decretó el testimonio de Carlos Alberto Ávila Bermúdez (padre de la víctima), sin embargo, el ente investigador renunció[24] a este ante su renuencia a comparecer.

Por otra parte, por solicitud de la defensa se admitieron y practicaron los testimonios de *v)* Fulton Edison Franco Vélez, psicólogo, como perito, en tanto efectuó un análisis de

[24] Audiencia 11 de julio de 2018

psicología forense, mismo del cual se peticionó su incorporación y *vi)* Máximo Alberto Duque Piedrahita, médico.

Y del testimonio de Diana Marcela Acosta Moreno (madre de la víctima), desistió al tampoco lograr su asistencia[25].

Quedando como hechos probados, vía estipulaciones, la identidad del implicado, como también que E.S.A.A. nació el 15 de enero de 2004, y es hijo de Carlos Alberto Ávila Bermúdez y Diana Marcela Acosta Moreno.

De esa práctica probatoria, conforme con la explicación que antecede (§ 3.1.), debe descartarse la entrevista forense que practicó la investigadora del C.T.I., psicóloga de profesión, Jennifer Alejandra Molano, en tanto ésta no se ofreció ni decretó en la audiencia preparatoria o de juicio oral como prueba de referencia, carga que se imponía si lo pretendido era que se considerara su contenido.

Sala Casación Penal © 2023

Así, constatadas cada una de las sesiones de esos espacios procesales, no se hizo la menor mención a dicho respecto, a lo que se suma que, el menor ofendido E.S.A.A. testificó en el juicio oral y público en diligencia celebrada el 22 de agosto de 2017, atendiendo en su totalidad las preguntas efectuadas en curso de interrogatorio y contra interrogatorio e, incluso, las complementarias de la Juez.

[25] Audiencia del 11 de junio de 2019, a la que debía comparecer como testigo directo de la defensa.

Lo que permite descartar una situación de indisponibilidad del testigo, ya que nada de ello quedó revelado, y menos exteriorizado por alguno de los asistentes, entiéndase, Fiscalía o defensa, que los llevara a su vez a solicitar como prueba de referencia admisible la declaración previa de E.S.A.A. contenida en la entrevista forense practicada por la psicóloga Jennifer Alejandra Molano, adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación -C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación.

Sobre este punto, del registro audiovisual de la diligencia a la que compareció, observa la Corte que E.S.A.A., quien para ese entonces tenía 13 años, se mostró tranquilo, reservado y concreto, tal y como lo definió el juez de primera instancia, lo que permitió que contestara cada una de las preguntas que se le hizo, aunque, en algunos momentos moviera sus piernas y se tocara la cara como lo anotó el Tribunal, descripciones corporales que no impidieron, se reitera, que atendiera los interrogantes que eran realizados a través de la psicóloga que lo asistió en la práctica probatoria, hasta el momento en que las partes y la Juez así lo requirieron.

Sala Casación Penal © 2023

Incluso, algunas de esas expresiones se hicieron presentes cuando el menor esperaba a que se le realizara el interrogatorio, debido a que entre su presentación y antes de iniciarse el directo se generó un debate entre fiscalía, defensa y Juez, en punto a la forma cómo se desarrollaría el testimonio, esto es, prescindiendo de un cuestionario y a

través de preguntas que se harían en tiempo real, previo filtro de la Defensora de Familia.

Y el hecho de que no entregara mayores detalles de lo ocurrido, se explica en las preguntas que le fueron expresadas, en las que no se le abordó de manera más eficiente para que entrara en ellos.

De manera que, aunque la entrevista fue incorporada al proceso con la testificación de Jennifer Alejandra Molano, ello no es razón para considerar su contenido, debido a que materialmente lo que ingresaba al debate era una declaración anterior al juicio, la cual, conforme quedó explicado, debía ser decretada como prueba de referencia.

La que tampoco, sea del caso resaltar, fue utilizada para refrescar memoria o impugnar la credibilidad, ni se pretendió su análisis como testimonio adjunto al no verificarse retractación en la testificación del menor.

Sala Casación Penal @ 2023

Lo que impide en esta oportunidad considerar su contenido, por no ser prueba legalmente aducida al juicio, lo que permite aseverar que, al ser apreciada por el Tribunal Superior de Bogotá, se incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Efectuada entonces la anterior consideración, se procede a analizar las pruebas legalmente practicadas.

En tal sentido se cuenta con el testimonio de E.S.A.A., quien luego de ser indagado por las razones por las cuales vive con los abuelos maternos, luego de que su padre les cediera la custodia y explicara que ello obedecía al suceso que aquí se juzga, relató:

> *Fiscalía [26]: Nos puedes decir ¿hace cuánto vives con tus abuelitos maternos?*
> *Responde: como hace 3 o 4 años vivo con ellos.*
>
> *Fiscalía: Antes de vivir con sus abuelos maternos, ¿tú con quien vivías?*
> *Responde: con mi papá.*
>
> *Fiscalía: ¿En dónde?*
> *Responde: Creo que era en sur, no sé.*
>
> *Fiscalía: Te acuerdas del barrio*
> *Responde: No, solo me acuerdo que estudie allá en un colegio distrital.*
>
> *Fiscalía: ¿Cuánto tiempo viviste con tu papá?*
> *Responde: Casi un año*
>
> *Fiscalía: ¿Antes de vivir con tu papá, con quien vivías?*
> *Responde. Creo que yo aún vivía en Neiva, o llegue a vivir un tiempo con mi mamá y pues, con el esposo, cuando mi hermano aún no había nacido.*
>
> *Fiscalía: Tú me puedes decir ¿Cómo se llama el esposo de tu mamá?*
> *Responde: Roberto Alexander Ostos Ruge, es que ni siquiera fueron esposos, o sea no sé porque esposos.*
>
> *Fiscalía: ¿Tú recuerdas por qué razón tu dejaste de vivir con tu mamita?*
> *Responde: Porque la custodia mi papá se la entregó a mis abuelitos y lo que tengo entendido es que yo no podía vivir con ella.*
>
> *Fiscalía: ¿Tú sabes porque razón tú no podías vivir con ella?*
> *Responde: Por lo que sucedió, cuando yo tenía entre 5 y 7 años.*
>
> *Fiscalía: ¿Qué fue lo que sucedió?*

Sala Casación Penal @ 2023

[26] Se dejan citadas las preguntas cómo fueron realizadas por la psicóloga que interrogó al niño en la cámara Gesell, enunciadas por las partes y funcionaria, como se reseña.

Responde: Que, pues, fui violado o abusado sexualmente por el novio de mi mamá.

Fiscalía: ¿Tú recuerdas en dónde ocurrió eso, que te pasó con el novio de tu mamá?
Responde: En el cuarto principal, donde ellos, pues, dos dormían.

Fiscalía: ¿Tú recuerdas que otra persona estaba ahí cuando estaba pasando eso?
Responde: No, solo estábamos los dos.

Fiscalía: Tú nos puedes decir, o que tú entiendes por violación, ¿qué es eso?
Responde: Es cuando una persona penetra en otra, sus genitales o sus partes por decirlo así, eh, pues fue lo que sucedió no, lo que pues lastimosamente me pasó a mí. Ya no tengo nada más que decir.

Fiscalía: Tú a quien le contaste lo que te había pasado con el novio de tu mamá.
Respuesta: El primero que supo fue mi papá, porque, lo que recuerdo fue que él me dijo que no le contara a mi mamá porque, pues, podía morirse, pues, con esa inocencia que uno tenía, pues, yo no recurrí a mi mamá, fue con el tiempo que mi papá me dijo que le contara a ella y ahí se supieron bien las cosas y fue cuando mi papá acudió a la fiscalía.

Fiscalía: Tú dices él, él me dijo que podía morirse tu mamá, tú nos puedes decir ¿quién es él?, ¿el nombre de esa persona?
Respuesta: Alexander Ostos.

Fiscalía: ¿Quién te dijo que se podía morir tu mamá?
Respuesta: Él, él, cuando acabó lo del tema, pues, aja, él me dijo que, pues, si lo de mi mamá.
(…)
Fiscalía: Cuando te pasó eso de la violación, en ese momento tú llegaste a ver alguna parte del cuerpo del novio de tu mamá.
Respuesta. Sí

Fiscalía: ¿Qué parte?
Respuesta: Pues, como tal, el pene.

(…)
Fiscalía: Ese día que ocurrieron los hechos, ¿quién te quitó la ropa?
Respuesta: Él, Alexander Ostos.

(…)

Sala Casación Penal @ 2023

Fiscalía[27]: Eso que nos cuentas hoy del señor Alexander, ¿habría ocurrido en otra oportunidad?
Respuesta: No.

(…)
Defensa[28]: Tú me puedes decir, exactamente, ¿cuántos añitos tenías cuando pasaron esas cosas?
Responde: Entre los 5 y 7 años.

Defensa: Para esa época, exactamente con ¿quién tú vivías?
Responde: Con mi mamá y el novio, Alexander Ostos.

Defensa: Tú conoces por qué razón, la custodia se la otorgaron a tus abuelitos.
Responde: Por, pues, por la violación.

(…)
Jueza[29]: Tú cuentas, mencionaste, que Alexander te violó, tú me puedes decir en qué consistió eso detalladamente, ¿qué fue lo que pasó?

Responde: Pues recuerdo que estaba en mi habitación y que él me llamó, estaba viendo televisión, pero, pues, la verdad no recuerdo muy bien que era lo que estaba viendo, eh, pues, me acosté en la cama, recuerdo que él estaba detrás mío y que él, pues, me bajó los pantalones y, pues, me penetró.

Jueza: ¿Con qué te penetró?
Responde: Con sus partes íntimas, su pene.

Jueza: ¿Eso ocurrió en alguna otra ocasión?
Responde: No.
(…)"

Sala Casación Penal@ 2023

A partir de lo reseñado, se extrae que el E.S.A.A. informó que cuanto tenía entre 5 a 7 años de edad, en una ocasión, fue objeto de un vejamen sexual, consistente en la penetración vía anal por el órgano genital de *Roberto Alexander Ostos Ruge.*

[27] A nombre del apoderado de víctimas.
[28] Minuto 42:30
[29] Minuto 45.

Que ello ocurrió en una sola ocasión, en la habitación principal de la residencia que compartía el acusado con su progenitora, quien era su pareja sentimental, cuando fue dejado bajo su cuidado mientras aquella se ausentaba del lugar.

Suceso que a su vez dio lugar a que E.S.A.A. quedara a cargo de su padre, quien una vez fue enterado de ello por el niño, instauró la correspondiente denuncia, pasando luego, la custodia con sus abuelos con quien actualmente reside.

Luego se verifica que el niño rindió en juicio un testimonio coherente, detallado y circunstanciado, en el que describió lo sucedido e identificó al acusado como la persona que lo agredió sexualmente.

Relato que rindió de forma espontánea, porque su elocuencia no permite advertir un solo rasgo de manipulación; natural, ya que el lenguaje utilizado fue acorde a su edad; reiterativo, pues sostuvo la sindicación en todas las fases del interrogatorio cruzado y consistente, dado que no incurrió en contradicciones.

Sala Casación Penal © 2023

De manera que, sus afirmaciones no se muestren de manera alguna inconsistentes o mendaces desde el punto de vista interno, como quiera que no se observan inverosímiles desde un plano lógico, ni mucho menos, deban ser descartadas a partir de la evocación del error de hecho por falso raciocinio el que no tuvo desarrollo en la demanda.

Así, aun cuando del demandante evocó la falta de fiabilidad de la testificación, a partir de lo que asume como una contradicción entre los sentenciadores de instancia respecto de si el menor al momento de rendir testimonio se mostró tranquilo y concreto –así lo describió la Juez Penal del Circuito-, o nervioso o limitado –como lo dijo el juez colegiado-, no demuestra cómo esa percepción del estado del declarante resultaba significativa en el juicio realizado a su narración, a partir de lo normado en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

De modo que, el censor es silencioso en expresar las reflexiones por las cuales la valoración de la testificación en comento resultaba desacertada en cuanto a la apreciación de las afirmaciones incriminatorias que efectuó el ofendido, para probar su desenlace falaz.

Sala Casación Penal @2023

Y más allá de ello, lo que observa la Corte de esa testificación es que, en efecto el menor sí dio muestras de nerviosismo como lo identificó el Tribunal -recuérdese, movimiento de piernas y se cubrió el rostro en algunas ocasiones- pero ello no le impidió describir el suceso padecido en los términos antes trascritos, como tampoco identificar a su agresor, siendo esas aseveraciones las que se verifican creíbles y suficientes para mantener la incriminación que en contra de *Roberto Alexander Ostos Ruge* se realizó, como testigo que dio de primera mano cuenta de los hechos.

Y los movimientos observados, resultan consecuentes con la situación de poner a un menor de edad a declarar en

un juicio sobre sucesos que claramente afectan su integridad sexual -así fuese a través de la cámara Gesell y con apoyo de una profesional de la psicología-, dejando con ello en evidencia su pudor, al tener que narrar una conducta de la que seguramente evitaba hablar al considerarla una afrenta. De modo que las alegaciones defensivas no encuentran eco.

Ahora, continuando con el análisis de las pruebas recaudadas, se tiene el testimonio de Diana Marcela Acosta Moreno, madre de E.S.A.A., quien en su declaración indicó que, en efecto, mantuvo una relación sentimental con el acá procesado e incluso, fruto de aquella tiene un hijo con aquel -hermano de ofendido-, además, que durante un tiempo aproximado de 8 años convivieron como unidad familiar, ella, *Roberto Alexander Ostos Ruge* y E.S.A.A.

Anotó que esa coexistencia se dio principalmente en dos lugares, uno en la localidad de Suba y luego en el barrio Quirigua, dando cuenta que E.S.A.A. dejó de estar a su cuidado cuando el niño le reveló a Carlos Alberto Ávila Bermúdez -su padre- que su pareja *Roberto Alexander Ostos Ruge* le había puesto su *"chichi"* en la *"colita"*, hecho que se pudo dar cuando vivieron en el barrio Villamaría de la localidad de Suba, de acuerdo con la descripción que le hizo el menor del lugar de los hechos.

Sala Casación Penal © 2023

Dijo que no indagó mucho más sobre el tema en ese momento, pues estaba atenta de su bebé recién nacido, lo que facilitó que Ávila Bermúdez se llevara al niño de la casa,

y fuera aquél quien presentara la denuncia y lo llevara a medicina legal.

Sobre la edad del menor para el momento del suceso, dijo que aproximadamente debía tener 5 años e iba a cumplir 6, dejando igualmente en claro, que sí era dable que E.S.S.A quedara a solas con el enjuiciado, ya que ella trabajaba en Comcel, inicialmente, y luego en un trabajo de publicidad, razón por la que, fuera de la jornada escolar del niño que estableció entre las 6 de la mañana -hora en que era recogido por la ruta- y 2 o 3 de la tarde -que era devuelto en servicio de trasporte escolar-, estaba a cargo de una vecina -de quien no recuerda su nombre- a una cuadra de su casa, de donde, no solo la declarante recogía al menor, sino también lo hacía el procesado *Ostos Ruge*, ya que ella llegaba entre las 6 y 7 de la noche, lo que facilitaba que éste quedara a su cuidado; situación que ratificó a pregunta directa referente a si el infante se quedaba a solas con aquél.

Sala Casación Penal@ 2023

También, refirió que su hijo le tenía miedo a *Ostos Ruge,* ello, indica porque en alguna ocasión le contó que éste era brusco, le gritaba e incluso lo golpeó -hizo referencia a un calvazo y una patada, al parecer por encontrarlo en la calle-.

Y que una vez enterada de la situación lasciva, su hijo le expresó no solo que luego del acceso tuvo diarrea, sino que el agresor le indicó que no debía contarle nada porque ella se moría.

Adicionalmente, sostuvo que el niño no tuvo tratamiento psicológico, no porque no se recomendara, sino

porque la custodia la tenía su mamá, quien no lo podía llevar, razón por la cual optó por inscribirlo en una escuela de futbol para manejar el asunto.

Destacó que, luego de la revelación, el contacto entre *Ostos Ruge* y E.S.S.A, ha sido esporádico, limitado al saludo, por razón de las visitas que hace el procesado al hijo en común que tienen.

Esta declaración ofrece importantes datos de corroboración periférica. En particular, refrenda la revelación tardía del suceso: pasados algunos años, pues los hechos habrían ocurrido cuando el menor tendría 5, pero lo contó a los 7; (ii) el lugar donde se habría cometido: residencia en el Barrio Villamaría, en la localidad de Suba, donde convivió la pareja con el infante; (iii) la persona a quién inicialmente hizo la revelación el niño: Carlos Alberto Ávila (su padre); (iv) la reacción que se tuvo con posterioridad al descubrimiento: separación del niño del núcleo conformado entre su mamá y el implicado, para estar inicialmente a cargo del padre y luego de los abuelos, al igual que, la radicación de la correspondiente denuncia, por parte del progenitor, (v) la razón por la que no contó previamente el suceso: amenaza en contra de la vida de Diana Marcela Acosta Moreno; (vi) actos de agresión del acusado en contra del niño y, (vii) no sometimiento de tratamiento psicológico al menor.

Sala Casación Penal® 2023

Lo que permite afianzar la credibilidad del relato de la víctima.

Igualmente, a juicio compareció la médica forense Jackelin Cangrejo Arias[30], adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien como perito introdujo el informe médico legal sexológico 2011C-1010106342, practicado el 11 de abril del 2011, al niño E.S.A.A.; en el que, como resultado del examen genital, se consignó:

> *«Presenta genitales masculinos infantiles normoconfigurados. Tono anal normal, forma anal normal. No hay signos clínicos de contaminación venérea al momento del examen.»*

Y en el acápite de *"conclusión",* precisó:

> *«1. E. hace un relato compatible con el abuso sexual. Relata episodios de agresión física por el esposo de la madre.*
> *2. El examen anal y genital es normal. Hechos como los relatados por el menor pueden suceder sin dejar huella que se halle al momento del examen. La ausencia de lesiones no desvirtúa el relato de menor.*
> *3. Se recomienda obtener información que otras personas puedan tener sobre los hechos (la madre del menor).*
> *4. Se recomienda valoración y manejo por psicología especializada.»*

Sala Casación Penal@ 2023

A las anteriores disertaciones, explicó la médica, llegó una vez escuchó el relato del menor, quien no sólo puso de presente que los hechos ocurrieron años atrás -3 años aproximadamente- sino a la forma cómo habrían sucedido, lo que debido al paso del tiempo no permitía desestimar el acceso denunciado, pues de haberse generado lesiones estas podrían haber cicatrizado.

[30] Audiencia del 11 de julio de 2018, a partir del minuto 04:40

Punto que no logró que perdiera contundencia la defensa al contrainterrogar pues, aunque este procuró demostrar que un acceso de un adulto a un menor debía dejar huella, la profesional de la medicina explicó que es posible que se pueda dar la penetración sin que ello ocurra, en tanto el ano es un esfínter que puede dilatarse para permitir la penetración, la que no necesariamente es traumática y que puede generar dolor.

De manera que la experticia referida, contrario a lo esperado por la defensa, no derriba la incriminación efectuada en contra de *Roberto Alexander Ostos Ruge*, pues al haber sido practicada cuando el menor tenía 7 años -revelación del hecho- y no cuando sucedió el acceso -5 años aproximadamente- no permite desvirtuar la penetración que describe el menor en su testimonio, pues el no hallazgo de lesiones anales para el momento del examen no es señal de que la penetración no haya existido, pues el proceso de cicatrización pudo hacerlas desaparecer, es más, como bien explicó la médica, no necesariamente se deben producir.

Sala Casación Penal @2023

Así las cosas, la versión del menor sigue manteniendo su consistencia y fiabilidad, bajo las probanzas que fueron practicadas a instancias de la Fiscalía.

Ahora, a la vista pública de juzgamiento concurrió el psicólogo Fulton Edisson Franco Vélez[31], cuyo propósito fue incorporar el *"análisis de psicología forense"* que, según explicó, realizó atendiendo la literatura científica pertinente

[31] Audiencia del 11 de julio de 2018, a partir del minuto 39:30

a la entrevista forense realizada al menor y demás documentos que habría puesto el apoderado del acusado a su disposición a partir del descubrimiento probatorio y los recaudados por la defensa en sus actividades investigativas[32], exponiendo como conclusión que el relato del niño podía ser calificado como *"probablemente increíble o dudoso"*, al no satisfacer todas las condiciones establecidas a partir de lo que determinó como la metodología de verificación de criterios cognitivos y psicosociales (PC-CBCA).

A ese respecto, destacó que en la entrevista forense a la cual tuvo acceso -consideró que no era necesario tener contacto con el niño, para evitar su revictimización-, a pesar de que no se hace evidentes alteraciones en el entrevistado y, por el contrario, se identifica como una persona apta para declarar, en la labor cumplida por la entrevistadora no se indagó a fin de determinar datos importantes para establecer la fiabilidad de sus dichos, por ejemplo, el motivo de la revelación tardía (pasados 3 o 4 años); qué pasó durante ese tiempo, si fue contaminado, insinuado o el menor mal interpreta una situación, porque el relato es corto y escaso frente a la descripción del suceso incriminado o los posibles motivos que se tendrían para acusar al implicado, dado que quedaba en evidencia un conflicto familiar entre el niño y *Ostos Ruge* -por maltratos directos del implicado al menor y hacía la madre del ofendido-; al tiempo que observó que las respuestas podían ser producto de sugestión o inducción por el tipo de interrogatorio realizado, sumado a que, no se exploró para conocer si el niño diferenciaba la verdad de la mentira.

Sala Casación Penal © 2023

[32] No fue explícito en una enunciación de estos.

También destacó el profesional de la psicología que el hecho denunciado no correspondía al patrón que en la literatura se puede documentar cuando el agresor pertenece al grupo o núcleo familiar -utilizó la denominación intrafamiliar- ya que en estos eventos no es habitual que el ataque sea espontáneo, sino que generalmente está precedido de una etapa de seducción; situación disímil a cuando los victimarios no pertenecen al referido círculo -"extrafamiliar"- y actúan por oportunidad, aspectos sobre los cuales no se exploró.

Reseñó que el relato del niño es carente de emotividad, además de que no quedan anotadas las posibles secuelas de del acontecer delictivo y, habiendo sido un hecho traumático que según el dicho del menor le produjo signos físicos como la diarrea, no haya sido notado inmediatamente por su cuidador.

Sala Casación Penal@ 2023

Este medio de conocimiento -que la defensa en su demanda alegó ser objeto de cercenamiento, por lo que denunció un falso juicio de identidad, pero que no encuentra eco, como se explicara a continuación-, no ofrece mayor relevancia para la definición del asunto, ya que no sólo se atuvo al contenido de la entrevista forense que por las razones indicadas en párrafos anteriores no se analiza probatoriamente, sino que queda desprovista de eficiencia para desestimar el testimonio del menor que fue escuchado en juicio y que sin dubitación incrimina al acá procesado.

Así, sea lo primero resaltar que contrario al yerro que se propone en la demanda, ninguna de las dos instancias

desconoció el contenido integral del testimonio de este experto, sino que, en su orden, en cada una se explicaron las razones por las cuales no tenía aptitud dicho medio para derribar la tesis acusatoria, a lo que se debe sumar que, al ser las sentencias coincidentes en su sentido condenatorio, constituyen una unidad que debe ser leía de manera inescindible -como incluso lo reconoce el censor-.

En tal línea, en el fallo de primera instancia, se desestimó la tesis de la defensa que se tomaba ese elemento de persuasión, para generar la hipótesis de que la incriminación del menor era consecuencia del ánimo vindicativo originado en agresiones a él y su madre, precisando que:

> *«Del mismo modo y en punto que el niño no se llevaba bien con el padrastro y por eso lo denunció, es un argumento no acertado en razón a que el menor bien pudo desde el primer día en que el procesado empezó a golpearlo a él y a su progenitora, haber creado una situación similar si el fin era terminar con las acciones violentas de parte de Ostos Ruge contra ellos, pero no fue así, la denuncia se presentó una vez el papá de la víctima tuvo conocimiento de los mismos, por boca del propio hijo en las circunstancias ya conocidas que se probaron en el juicio como ya se mencionó.»*

Sala Casación Penal © 2022

Y en la de segunda instancia se menguó su trascendencia porque no encontraba correspondencia lo dicho por el psicólogo relativo a que, de haberse presentado diarrea, como lo narró el niño, su explicación estaba en una contingencia médica:

> *«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»

Aspecto que respondía a la tesis de la defensa que pretendió ligar la diarrea que en algún momento se enunció, a una contingencia médica, la que claramente no quedó documentada en el expediente, debido a que se hizo alusión a una historia clínica que no fue ofrecida, decretara y menos incorporada a la actuación, quedando huérfana de soporte probatorio.

Aspectos que fueron los que dejaron sentados los jueces singular y colegiado para desestimar la propuesta que se pretendía sostener desde la estrategia defensiva, la que no era otra que desacreditar los señalamientos incriminatorios del menor.

Sala Casación Penal 2023

Luego más allá de solicitar que los jueces en extenso se hubiesen puesto a reseñar los planteamientos del psicólogo Franco Vélez, como parece pretenderlo el abogado recurrente, lo que hicieron fue plasmar en lo sustancial las razones por las cuales no aportaba a la teoría alterna que se pretendió edificar.

Punto que, en unidad con las decisiones de instancia, no quedó ni siquiera sentada como una hipótesis alternativa plausible[33], ya que parte por considerar sin más, que debido

[33] *"El procesado comparece al juicio oral amparado por la presunción de inocencia, la que debe ser desvirtuada más allá de duda razonable. Sin ningún ánimo reduccionista, la jurisprudencia ha establecido que existe duda razonable cuando la defensa presenta una hipótesis alternativa, que si bien es cierto no debe ser demostrada en el mismo nivel de la acusación, sí debe encontrar un respaldo razonable en las pruebas, al punto*

a los incidentes de maltrato que relataron el menor y su progenitora, debe partirse de la premisa que en el niño de 7 años para el momento de la revelación, dispuso de una estrategia vindicativa en contra del sindicado.

La cual es carente de soporte, pues si bien es cierto que el menor narró episodios de agresión del procesado hacia él y su entonces compañera permanente -sin desconocer el grado de reproche que ello merecen-, la descripción que de ello entregó no refleja un grado de intensidad que permitan deducir un estado de animadversión que genere una intención de retaliación de E.S.S.A. y, por el contrario, lo que se percibe es que esas conductas generaron en el menor miedo hacía *Ostos Ruge*, el mismo que le hizo atender el llamado a la habitación y seguir las instrucciones que le dio para perpetrar el hecho punible, así, como también, para mantener en secreto lo acaecido ante la amenaza de que la vida de su mamá estaría en riesgo de muerte.

Sala Casación Penal@ 2020

Lo que, a su vez, puede ser explicativo del tiempo que tardó la revelación, pues al existir una relación de subordinación entre víctima y agresor, más el hecho de que cohabitara *Ostos Ruge* con su madre como pareja, aunado a los maltratos físicos que el acusado le infligía, generó un escenario en el cual la víctima al no sentirse segura prefirió guardar silencio.

---

de poder ser catalogada como "verdaderamente plausible" (CSJ SP, 12 oct 2016, Rad. 37175, CSJSP,28. jul.2021 Rad.58687, entre otras)."

Finalmente, se escuchó al médico Máximo Alberto Duque Piedrahita[34], quien refirió haber estudiado algunos elementos a fin de dar un concepto de medicina forense[35] (declaraciones tomadas a los padres de E.S.S.A, informe de investigador de campo, resumen de entrevista al menor, denuncia, informe médico legal sexológico, escrito de acusación, entre otros).

Indicó que respondió un cuestionario de la defensa, dejando sus observaciones pertinentes, así, (i) que al momento del examen médico sexual los hallazgos fueron normales, aun cuando llamó la atención de que una agresión sexual como la relatada por el infante en su momento debía dejar huellas que debieron ser notadas por los padres, (ii) no hay claridad frente a la fecha de ocurrencia de los hechos, sin embargo, entre más pronto se realice el examen médico legal sexológico se pueden encontrar elementos que comprueben o descarten el abuso, ello debido a que las lesiones pueden sanar entre 10 y 15 días de manera general. Por ello, el paso del tiempo, refirió, resta posibilidades de que se detecten esos elementos.

Sala Casación Penal 2023

(iii) No tiene medios que le permitan sostener que el examen médico practicado en el año 2011 al niño no haya cumplido los protocolos establecidos, por el contrario, lo que observó es que estaba plasmado en los formatos habitualmente empleados con tal fin, lo que es señal de que probablemente sí fueron usados y (iv) era recomendable que se hiciera estudio de la escena en este tipo de casos.

---

[34] Audiencia del 19 de septiembre de 2018, a partir del minuto 03:00
[35] No ingreso informe alguno.

Apreciaciones que le llevaban a concluir, nada diferente a que no había elementos objetivos que denotaran que el menor fue abusado anal o por otra vía conforme el informe médico legal del año 2011, y en todo caso de haberse practicado de manera más oportuna se habría podido desmentir o corroborar la acusación.

En tales términos, la exposición no controvierte la sindicación, pues como ya se sabía, el dictamen médico legal sexológico, en efecto, no arrojó resultados físicos sobre huellas indicativas de la penetración, lo que se explica, en que los hechos acaecieron años atrás a la valoración, lo que hacía que las huellas, en caso de existir, desaparecieran debido al paso del tiempo -por ejemplo, por razón de un proceso de cicatrización o sanación-, lo cual es coincidente con la elucidación que realizó la médica forense que lo practicó.

Sala Casación Penal @ 2023

Sin que, además, quedara al descubierto una falla técnica o de aplicación de los protocolos diseñados para su práctica, ya que nada de ello pudo advertir el testigo, lo que da cuenta que esa probanza queda indemne.

En este escenario, no se advierte ningún desacierto en el proceso de apreciación de la prueba que llevó a las instancias, de manera atinada, a encontrar acreditada más allá de toda duda razonable la materialidad de la conducta y la responsabilidad de *Roberto Alexander Ostos Ruge,* como autor de la misma, por el contrario, lo que se concluye es que las pruebas de la Fiscalía acreditan con suficiencia la exigencia requerida para emitir sentencia condenatoria.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. **NO CASAR** el fallo del 19 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual, confirmó el emitido, el 16 de octubre de 2019, por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó a *Roberto Alexander Ostos Ruge* como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

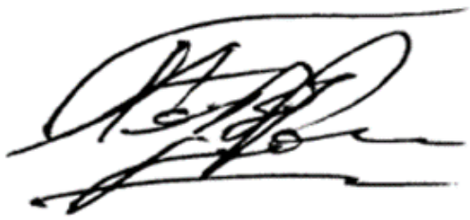


HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

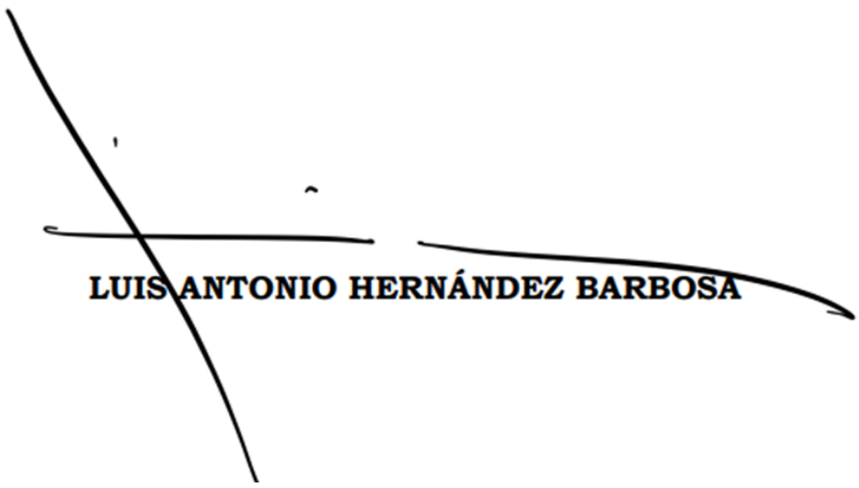


FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

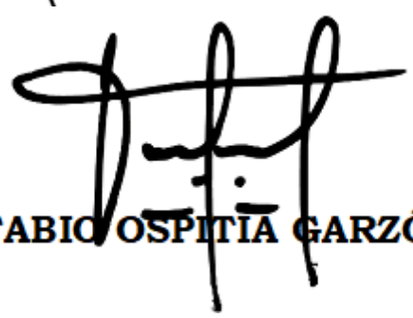


GERSON CHAVERRA CASTRO

EN PERMISO
DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

Sala Casación Penal@ 2023