



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado Ponente

SP1591-2020

Radicación 49323

Acta 130

Bogotá, D.C, veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020).

I. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca el 13 de julio de 2016, mediante la cual lo condenó por primera vez como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

II. HECHOS

El 10 de agosto de 2014, Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá dejó a su hija S.V.M.R. y a su sobrina, ambas de 3

años de edad, a solas y bajo llave en el interior de su casa, mientras ella tuvo que salir a realizar unas compras. Para vigilar el comportamiento de las niñas durante su ausencia, instaló un teléfono celular con la función de grabar video activada.

Cuando regresó la madre, S.V.M.R. le reveló que su vecino, GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO, le tocó sus partes íntimas y le dio besos en la boca. Al revisar la grabación en el teléfono celular, efectivamente pudo observar que RODRÍGUEZ SOLANO alzó a S.V.M.R., la sentó en sus piernas, le frotó su zona genital y la besó en la boca.

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. En razón de la denuncia que formuló Cristian Fabián Muñoz Bautista, padre de la víctima, el 21 de enero de 2015, ante el Juez 1° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Facatativá, la fiscalía le formuló imputación a GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO como presunto autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años* (Art. 209 del Código Penal).

2. La audiencia de acusación se realizó el 13 de abril siguiente ante el Juzgado 1° Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Facatativá. Allí la Fiscalía llamó a juicio a GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO por la comisión del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo* (Arts. 209 y 211 num. 5 y 7).

3. El 12 de junio de ese mismo año se llevó a cabo la audiencia preparatoria. El juicio oral se realizó los días 14 y 24 de agosto, 14 y 21 de septiembre, 19 de octubre, 9 y 24 de noviembre de 2015, 9 y 23 de febrero de 2016. En esta última sesión el juzgado anunció que el fallo sería de carácter absolutorio.

4. La sentencia de primera instancia se profirió el 11 de marzo de 2016 en la que, conforme lo anunciado en el sentido del fallo, se absolvió a GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO de la conducta por la que fue acusado.

5. Los representantes de la fiscalía y del ministerio público apelaron la sentencia y la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo del 13 de julio de 2016, la revocó. En su lugar, condenó a RODRÍGUEZ SOLANO a la pena principal de 114 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, luego de declararlo penalmente responsable del delito de *actos sexuales con menor de catorce años* (Art. 209 del Código Penal). Sobre el concurso homogéneo de delitos por el que se acusó, concluyó el Tribunal que ninguna prueba directa demostró la ocurrencia de otros hechos similares a aquél por el que se impuso la condena. Por la misma razón, suprimió los agravantes que le habían sido imputados.

Le negó al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

6. Contra la anterior decisión el defensor interpuso y sustentó el recurso de «apelación» y esta Sala, en AP5568-2019 lo rechazó y ordenó devolver las diligencias al Tribunal de origen para que se restablecieran los términos de ejecutoria de la sentencia con el propósito de concederle al procesado la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación.

7. Surtido el trámite correspondiente, el defensor de RODRÍGUEZ SOLANO presentó demanda de casación y la Corte, en auto de 13 de junio de 2019, la admitió con el fin de garantizar el principio de doble conformidad¹.

IV. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con apoyo en la causal tercera de casación, el demandante denunció una *violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores de hecho por falsos juicios de existencia y de identidad*.

Según el censor, el falso juicio de existencia recayó sobre la valoración médico sexológica que se le practicó a la víctima en la que el perito Víctor Alfonso López Díaz concluyó que no se encontró ningún signo que confirmara o descartara los tocamientos de índole sexual que fueron materia de investigación. En su criterio, el Tribunal se equivocó al contrariar la prueba científica con la que, según él, se descartó la realización del hecho.

¹ Cfr. CC C-792-2014 y SU-215-2016, y Acto legislativo 01 de 2018, artículo 3.

De otro lado, criticó el valor probatorio que el Tribunal le otorgó al video que se introdujo en el juicio con la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá y en donde se observan imágenes de una persona adulta que realiza tocamientos en la zona genital de una menor de edad. En su criterio, este video es ilegal porque fue grabado por Rocío Rodríguez «*sin el debido consentimiento de las personas que se encontraban en ese lugar y en esa fecha*» y en él no se logró establecer, a través de una prueba técnica idónea, la identidad de las personas que allí aparecen.

Cuestionó, además, que al Tribunal le haya bastado el reconocimiento que Rocío Rodríguez hizo del procesado a partir de las imágenes del video que se proyectaron en la audiencia de juicio oral, en tanto esta testigo no es experta en morfología u otra ciencia relacionada como para poder concluir que GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO es la persona adulta que se observa en el video realizando los tocamientos a una menor.

Por la misma línea, se quejó de la forma en la que esa prueba documental fue recepcionada, manipulada, aducida al juicio y valorada por el juez. Sobre el particular, afirmó que esa prueba es «*ilegal*» porque no se preservó la cadena de custodia, a lo que se suma que todas las circunstancias que rodean la existencia de ese registro filmico ponen en duda su procedencia, autenticidad y mismidad.

Un ejemplo de ello es que la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá manifestó en el juicio que el video tenía una duración de aproximadamente 20 minutos, cuando lo

cierto es que aquél que se exhibió en la audiencia no sobrepasaba los 13 minutos. La otra inconsistencia se concretó en la fecha de «edición» del archivo que contiene el video, pues esta data del 17 de septiembre de 2014, aun cuando se dijo que la grabación supuestamente se realizó el día de los hechos, esto es, el 10 de agosto de ese mismo año.

También afirmó que el Tribunal no valoró correctamente los testimonios de cargo, pues pese al sinnúmero de contradicciones en las que incurrieron Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá y Cristián Fabián Muñoz, en la sentencia se les dio plena credibilidad para sustentar la decisión de condena.

Según el demandante, Cristian Fabián Muñoz faltó a la verdad en el juicio cuando: (i) afirmó que quien le recepcionó la denuncia fue la funcionaria Nelly Parra Castañeda, cuando lo cierto es que quien cumplió con dicha labor fue el servidor José María Alfonso Castro; y (ii) dijo que GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO era un inquilino de la casa en la que habitaban su compañera sentimental y sus hijas, lo que no resultó ser cierto, pues aquél era el propietario de la vivienda.

Por su parte, el testimonio de S.V.M.R. tampoco le ofreció mayor credibilidad. En su sentir, es evidente que los señalamientos que la niña hizo contra GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO son el resultado de la manipulación a la que fue sometida por parte de su progenitora. No de otra forma se explica que la menor, siempre de forma

espontánea, se refiriera a GUILLERMO RODRÍGUEZ como «*el que me manoseó*». Por lo demás, calificó este testimonio como «*incoherente*», «*confuso*» y mal recepcionado debido a la tergiversación que la psicóloga del ICBF hizo de las preguntas formuladas en la audiencia.

Dentro de las inconsistencias de esa declaración, destacó: (i) que la niña primero dijo que tenía 2 años de edad y después afirmó que tenía 4; (ii) que no supo decir con claridad cuántos hermanos tenía; (iii) tampoco pudo dar cuenta del lugar en el que vivía; (iv) no refirió haber vivido en «*el portal de María*», lugar donde sí ubicó a GUILLERMO RODRÍGUEZ, a quien señaló como la persona que la «*manoseó*»; (v) no logró precisar qué personas se encontraban con ella en el momento de la ocurrencia de los hechos investigados; y (vi) refirió que su mamá la amenazó con «*pegarle*» si no decía la verdad.

A esto agregó que a RODRÍGUEZ SOLANO se le vulneró su derecho a la defensa material porque no fue trasladado por el INPEC a la sesión del juicio oral en la que se recepcionó el testimonio de la víctima.

Todo lo anterior para concluir que, bajo su óptica, el Tribunal incurrió en «*los errores de raciocinio señalados en el cargo propuesto*». Solicitó, en consecuencia, casar la sentencia de segundo grado con fundamento en el derecho a la presunción de inocencia que, ante la existencia de duda, debe favorecer a su defendido.

V. LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

Convocada para el 9 de julio de 2019, a la diligencia acudieron el defensor (demandante), el fiscal delegado y el representante del Ministerio Público.

El demandante

Aclaró que su primer reproche contra la sentencia de segundo grado se soporta en la causal «tercera» de casación consistente en una «violación directa de la ley sustancial» derivada de un «error de derecho por un falso juicio de legalidad», en el entendido de que el Tribunal «da validez a un medio de prueba, no obstante, en su producción y aducción se desconocen las reglas establecidas en la ley para tal efecto».

En concreto, criticó la incorporación del video que grabó la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá en el que se observa la imagen de una persona adulta que realiza tocamientos en la zona genital de una menor. Para el censor, ese video es ilegal porque su contenido está mutilado, no se preservó su mismidad y, por lo tanto, no se puede considerar como auténtico.

En sustento de su segundo reproche, precisó que el Tribunal incurrió en un «falso juicio de convicción» porque le dio un mayor valor al dictamen médico legal sexológico que se introdujo al juicio a través del médico forense Víctor Alfonso López Díaz. En ese informe, agregó, no se confirmó la existencia de alguna huella física que corroborara los

tocamientos, lo que, en su criterio, descartó la existencia del hecho.

Por último, criticó la «*importancia*» que el fallador de segundo grado le dio al testimonio que rindió la psicóloga Andrea Almanza, pues lo único de lo que se ocupó esta profesional fue de realizar una entrevista informal a la víctima y a su progenitora.

El Ministerio Público

Precisó que las inconsistencias a las que aludió el demandante respecto a la supuesta ilegalidad del video aportado por Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá son intrascendentes porque ni la fecha de modificación del archivo, ni las contradicciones que existen en cuanto a su duración logran afectar su autenticidad o su vocación probatoria.

Resaltó que, contrario a lo argumentado por el defensor, la niña narró homogéneamente los aspectos sustanciales del debate, los cuales se contraen a las circunstancias que rodearon el abuso sexual y a la identidad de la persona que lo perpetró. Finalmente, validó los testimonios de los progenitores de la menor y tachó de irrelevantes las contradicciones en las que ellos incurrieron.

El delegado de la Fiscalía

Pidió desestimar las pretensiones del recurrente porque, en términos generales, todas las censuras están edificadas sobre ideas especulativas. Además, porque: (i) el examen médico legal sexológico nunca fue utilizado por el fallador para sustentar su conclusión sobre la materialidad de los hechos y, menos aún, para soportar el juicio de responsabilidad penal contra el acusado; (ii) el video fue una prueba documental válidamente producida, introducida al juicio y valorada; (iii) las contradicciones en las que incurrió Cristian Fabián Muñoz son irrelevantes y no recaen sobre los hechos neurálgicos del debate; (iv) no es cierto que la psicóloga Andrea Almanza hubiera concurrido al juicio en calidad de perito. Su intervención, como así lo reconoció el Tribunal, fue como testigo directa de las entrevistas psicológicas que ella le realizó a la víctima y a su progenitora.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa

El Acto Legislativo 01 de 2018 debe su existencia a la necesidad de cumplir con los estándares jurídicos internacionales² que garantizan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria, que fueran analizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-792/14. En ese pronunciamiento y luego de declarar la inconstitucionalidad con efectos diferidos de las

² Artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

expresiones demandadas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004 por omitir la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, la citada Corporación exhortó al Congreso de la República para que *«en el término de un año contado a partir de la notificación de esta sentencia, **regule integralmente** el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias»*. También advirtió que *«de no hacerlo, a partir del vencimiento de ese término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena»*.

Ese mandato del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, sin embargo, ha venido siendo desconocido por el Congreso, con excepción de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2018 para los aforados constitucionales. Es por esa razón que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se vio en la obligación de garantizar, por vía jurisprudencial, el derecho a la doble conformidad judicial de quienes hayan resultado condenados por primera vez en segunda instancia.

Bajo ese entendido, la Sala, en CSJ API263-2019, abr. 3, rad. 54215, consideró que *«ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un “examen integral de la decisión recurrida”»*.

Fue así que, con el propósito de efectivizar esa garantía, en la misma decisión la Corte anunció que flexibilizaría los criterios para acceder al recurso de casación y, por esa vía, estudiar la decisión de condena en la sede extraordinaria, aun cuando la demanda no cumpliera con las exigencias formales mínimas para ser admitida. Así se lee en la precitada sentencia:

*«Fue así como, en algunas oportunidades, decidió inadmitir las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las inadmitió por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)-, dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad.50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). **Y, en los demás eventos, las admitió sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado** (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP587-2017, rad. 49615); al interior de este último grupo, hubo eventos en los que revocó la condena y absolvió al procesado (CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692)». –*
Negritas fuera de texto-.

Con ese mismo propósito, sumado a la necesidad de otorgar una respuesta judicial homogénea a los supuestos de emisión de condena por primera vez en segunda

instancia, la Sala dispuso las siguientes medidas provisionales:

«(ii) el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.

(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente

promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría -según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad».

Todo lo anterior, con el fin de justificar la decisión de la Sala de admitir la demanda de casación que presentó el defensor de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO pese a las múltiples falencias técnicas y de debida argumentación que contiene el escrito, el cual será analizado siguiendo la lógica propia del recurso de apelación y sin reparar en el cumplimiento de la técnica casacional, de conformidad con la posición jurisprudencial vigente.

2. El problema jurídico fundamental

Superado lo anterior y a fin de garantizar el principio de doble conformidad judicial, corresponde a la Sala examinar si, en efecto, el Tribunal incurrió en algún yerro de juicio, con efecto trascendente, en el ejercicio de valoración probatoria que determinó la decisión de revocar la absolución y, en su lugar, condenar a GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años* (Art. 209 del Código Penal).

2.1 El análisis probatorio

En el presente caso, el demandante afirmó que el Tribunal quebrantó las reglas de valoración probatoria porque, en términos generales, les asignó un mérito suasorio indebido a los medios de conocimiento que, según él, sustentaron la decisión de condena que se profirió contra GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO.

Esos medios de prueba que se denunciaron como indebidamente valorados son: (i) el video que se incorporó al juicio a través de la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá; (ii) los testimonios de los progenitores de la víctima; (iii) el examen médico legal sexológico que se le practicó a la niña; (iv) el testimonio de la psicóloga Andrea Almanza; y (v) el testimonio de la menor.

En ese orden, pasará la Sala a analizarlos.

2.1.1. La prueba documental. Registros filmicos y videográficos.

2.1.1.1 Teniendo en cuenta que la primera –y principal- censura del recurrente consiste en la supuesta ilegalidad del video que la Fiscalía introdujo al juicio con la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá, estima la Sala necesario retomar algunas precisiones conceptuales que sobre la prueba documental consistente en «grabaciones fonópticas o videos», ha efectuado la jurisprudencia.

Con tal propósito, se analizará la naturaleza jurídica de estos medios de conocimiento, así como la forma en la que deben ser debidamente incorporados al juicio en calidad de pruebas.

Siguiendo ese orden, se debe partir por señalar que el numeral 4 del artículo 424 del Código de Procedimiento Penal establece que las grabaciones fonópticas o videos, entre otros, tienen la calidad de documentos. Dentro de esta categoría, por supuesto, están los videos que registran sucesos o acontecimientos.

Por su parte, el artículo 425 *ibidem* determina que, salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. Finalmente, el artículo 426 de la misma obra enlista los métodos para autenticar un documento. Entre ellos está,

como así se consigna en el numeral primero de esa norma, el reconocimiento de la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso o producido. Esto implica, entonces, que quien tenga a su disposición un documento para valorarlo como prueba, debe tener certeza acerca de su procedencia, integridad y mismidad. Lo contrario, un documento *anónimo*, por ejemplo, no puede ser admitido como medio probatorio porque, precisamente, no es posible establecer su autenticidad o identidad, como así lo establece el artículo 430 *ibídem*.

Para cumplir esa finalidad, la ley procedimental penal también previó una serie de mecanismos³ con los que se garantiza la identificación, acreditación, custodia y autenticación de las evidencias, objetos y material probatorio en orden a reforzar su capacidad suasoria. En otras palabras y como así lo precisó la Sala en CSJ SP, 21 Feb. 2007, rad. 25920:

*«La recolección técnica, el debido embalaje, la identificación, la rotulación inequívoca, la cadena de custodia, la acreditación por medio de testigos y el reconocimiento o autenticación, son algunas de las formas previstas por el legislador, **tendientes a garantizar que las evidencias y elementos probatorios sean lo que la parte que los aduce dicen que son**».* –Negrita fuera de texto–.

En todo caso, cualquier inconsistencia que eventualmente pueda acaecer en cuanto a los mecanismos de identificación, acreditación, custodia y autenticación,

³ Art. 277 de la Ley 906 de 2004.

-como por ejemplo que no se haya respetado la cadena de custodia-, no tornan la prueba en *inadmisibile* (tema que debe ser zanjado desde la audiencia preparatoria) y mucho menos en *ilícita* sobre la cual se pueda aplicar la *cláusula de exclusión* establecida en los artículos 29 de la Constitución Política y 23 del Código de Procedimiento Penal, pues esta sanción procedimental solo se predica respecto de pruebas obtenidas «*con violación de las garantías fundamentales*».

Sobre el particular, la Sala ha explicado las consecuencias que se derivan de una prueba ilícita o una prueba ilegal. Tratándose de la primera, esto es, la obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, etc., o las que para su realización o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha de ser necesariamente excluida sin que pueda ser sopesada en manera alguna por el juzgador, ni siquiera tangencialmente.

Ahora, respecto de la segunda, cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, esto es el debido proceso probatorio también ha de ser excluida siempre que la formalidad pretermitida sea esencial, pues no cualquier irregularidad acarrea su retiro del acervo probatorio⁴.

⁴ CSJ SP, 2 mar. 2005, rad. 18103.

Pues bien, dentro de esos *presupuestos legales esenciales* se encuentran todos aquellos previstos por el legislador para demostrar que los objetos o documentos que la parte pretende incorporar como prueba son lo que ese sujeto procesal dice que son. En otras palabras, el Código de Procedimiento Penal prevé una serie de mecanismos para garantizar que las evidencias y elementos materiales probatorios son auténticos. Dentro de ellos se encuentran: (i) recolección técnica; (ii) debido embalaje; (iii) identificación; (iv) rotulación inequívoca; (v) cadena de custodia; (vi) acreditación por medio de testigos; (vii) reconocimiento o autenticación, entre otros⁵.

Como es apenas obvio, si alguno de estos recursos para garantizar la autenticidad, integridad y mismidad de un medio de prueba falla, este pierde poder de convicción porque nadie le está garantizando al juez que lo que allí se está mostrando es lo que se dice que es.

2.1.1.2 En el caso que se analiza, la Fiscalía aportó un video en el que se observa la imagen de dos niñas jugando sobre una cama. Luego, aparece un hombre que alza a una de ellas, la sienta en sus piernas y comienza a hacerle tocamientos en sus genitales⁶. La acción con la misma niña se repite luego de que el hombre se asoma por la ventana y le dice: «*venga la alzo otra vez*»⁷.

⁵ CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920.

⁶ Fol. 20 cuaderno "elementos materiales probatorios incorporados en la audiencia de juicio oral", min. 9:03.

⁷ *Ibíd*em, min. 12:09.

Esta prueba documental fue introducida a juicio con la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá, quien declaró haber sido la persona que grabó dicho material. Sobre los pormenores de la creación del video, explicó la testigo que el 10 de agosto de agosto de 2014, en horas de la tarde, ella y su hermana Dalia Natalia Rodríguez Tinjacá salieron de la casa y dejaron a sus respectivas hijas solas en la habitación. Allí, narró la deponente, también dejó oculto su teléfono celular en modo de grabación de video. Agregó que al regresar a la vivienda, su hija le manifestó «*mami, GUILLERMO no nos hizo nada, él no me bajó los pantalones*»⁸ y, más tarde, luego de que Dalia Natalia «*subió llorando*» y le dijo «*que GUILLERMO les había hecho algo a las niñas*», fue que revisó el teléfono celular en donde encontró el video en el que observó a su vecino GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO alzando, tocándole los genitales y besando en la boca a su hija.

Al siguiente día, añadió la declarante, fue junto con su esposo Cristian Fabian Muñoz a formular la denuncia y a entregar el elemento de prueba. Ante la pregunta que sobre el particular le hiciera la Fiscalía en el juicio, aquella afirmó que: (i) reconoce el video que se reprodujo en el juicio oral porque fue el mismo que ella grabó y observó el día de los hechos; (ii) quienes aparecen en las imágenes son GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO, su hija S.V.M.R. y su sobrina; (iii) el lugar en donde son captadas las imágenes corresponde a la habitación en la que ella vivía junto con sus dos hijas; (iv) en el video se observa que GUILLERMO alzó

⁸ Audiencia de 14 de agosto de 2015, video 1, min. 42:07.

a su hija mayor, la sentó en sus piernas, la besó en la boca y le tocó la vagina.

Para la declarante, aunque en la imagen no se ve con nitidez el rostro del abusador, está segura de que se trata de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO, como se expresó en los siguientes términos: «es él, viví mucho tiempo con él, cómo no decir que es él, lo conozco perfectamente»⁹, y reconoció a la menor víctima como su hija.

Como se puede apreciar, es palmario que una de las principales pruebas de cargo que aportó la fiscalía para demostrar los hechos de la acusación no es ilegal y, menos aún, que carece de autenticidad, identidad o mismidad.

No es ilegal porque, como ya se explicó, no fue obtenida con violación de las garantías fundamentales ni para su producción, práctica o aducción se acudió a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En este punto cabe precisar que frente a la lacónica referencia que hizo el demandante sobre la presunta violación del derecho fundamental a la intimidad del procesado al haber grabado su imagen en un video sin su consentimiento, la jurisprudencia de la Sala ha admitido la validez de las grabaciones cuando las mismas son hechas por la víctima de un delito con el propósito de preconstituir la prueba de su ocurrencia. Así se lee en CSJ SP, 6 ago. 2003, Rad. 21216:

⁹ *Ibíd*em, minuto 1:30:20.

«Por eso se ha insistido de manera uniforme que las grabaciones de audio resultan legalmente “válidas y con vocación probatoria porque, como desde antaño lo ha venido sosteniendo la Sala, su práctica no requiere previa orden judicial de autoridad competente en la medida en que se han realizado de su propia voz e imagen, **por persona que es víctima de un hecho punible, o con su aquiescencia** y con el propósito de preconstituir la prueba del delito, por manera que no entraña intromisión o violación alguna del derecho a la intimidad de terceros o personas ajenas».

-Destaca la Sala-

Como es apenas obvio, si la víctima directa es una niña de 3 años y 8 meses, su progenitora estaba plenamente facultada para filmar imágenes de ella – independientemente del propósito que tuviera para hacerlo- y luego utilizar el contenido de ese video como prueba del abuso al que su hija fue sometida.

Por esta razón, la crítica que hizo el recurrente sobre los motivos que condujeron a que Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá instalara una cámara de video en *su propia habitación* para filmar a *sus hijas* durante su ausencia son irrelevantes, en el entendido de que las imágenes que entregó a las autoridades registraron el momento en el que su hija menor de edad estaba siendo víctima de un delito. Bajo esa consideración, se concluye que el video no se produjo con lesión del derecho a la intimidad. En consecuencia, la prueba no es ilícita y no es susceptible de exclusión.

En segundo lugar, la prueba tampoco es *ilegal* porque en su producción, aducción, práctica y valoración no se desconoció ninguno de los *presupuestos legales* previstos por el legislador para garantizar que ese elemento de conocimiento es lo que la parte que lo aportó dice que es, como se pasa a explicar.

Por una parte, la fiscalía demostró que ese video es *auténtico* porque, como así lo exige el artículo 425 del Código de Procedimiento Penal, presentó en juicio a la testigo Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá quien bajo la gravedad del juramento declaró que la filmación exhibida *fue la que ella hizo* con su teléfono celular el 10 de agosto de 2014. Es decir, se tiene *conocimiento cierto* sobre la persona que lo elaboró.

De igual modo, se tiene certeza sobre la *identidad* y la *mismidad* del documento, pues contrario a lo que alegó el recurrente, se respetó la cadena de custodia y se garantizó que el elemento material probatorio que Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá entregó a las autoridades el día en que formuló la denuncia, fue el *mismo* que se incorporó como prueba en la audiencia de juicio oral.

En todo caso, los reproches que formuló el defensor en relación con la supuesta violación de la cadena de custodia no tienen la entidad suficiente para mermar la capacidad suasoria del medio de conocimiento y, mucho menos, para configurar una causal que obligue a excluirlo del acervo probatorio.

Como de antaño lo ha venido sosteniendo la Sala a través de múltiples pronunciamientos y lo reitera en esta ocasión, «la **cadena de custodia**, reglamentada en los artículos 254 y siguientes de la Ley 906 de 2004, también tiene como finalidad demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física»¹⁰. Sin embargo, también se ha precisado, este mecanismo de autenticación no condiciona la admisión de la prueba, ni interfiere con su práctica como prueba autónoma. De ahí que, en principio, «no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad»¹¹.

Bajo ese entendido, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual posteriormente se demuestran defectos en la *cadena de custodia*, indebida *acreditación*, o se pone en tela de juicio su *autenticidad*, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en *ilegal* ni la solución es excluirla del conjunto probatorio¹². La consecuencia frente a tales irregularidades no es otra que la disminución de eficacia, credibilidad y asignación de mérito suasorio al elemento, como así se desprende del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto a la utilidad de la *cadena de custodia* y, en general, de los mecanismos de autenticación de un

¹⁰ CSJ SP, 21 feb. 2017, rad. 25920.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

elemento material probatorio la Sala, en CSJ SP, 31 Ago. 2016, Rad. 43916, expuso:

*«Como es obvio, uno de los riesgos que existe en el proceso que se inicia con el hallazgo de la evidencia y termina con su incorporación en el juicio oral, es que el elemento sea cambiado o alterado de alguna manera. De ahí que el artículo 216 de la Ley 906 de 2004 disponga: “cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en algunas de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores, será asegurado, embalado y custodiado para **evitar la suplantación o la alteración del mismo**. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia”. En el mismo sentido, el artículo 254 precisa que la cadena de custodia tiene como finalidad “**demostrar** la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física”.*

Este riesgo, de alta trascendencia para la determinación de los hechos en el proceso penal, es más notorio frente a cierto tipo de evidencias, principalmente aquellas que no son identificables a simple vista por sus características externas, como los fluidos corporales, las drogas, etcétera. Y, en la misma lógica, es menor cuando se trata de evidencias identificables a simple vista por sus características físicas (por ejemplo, un revólver identificado con su número serial), o las que en principio son confundibles pero que son susceptibles de ser marcadas (por ejemplo, una botella producida en serie, pero en la que el investigador plasma su firma como una forma de identificación).

No se requiere de mayores esfuerzos intelectivos para comprender que el proceso de embalaje y rotulación del elemento y, en general, el protocolo de cadena de custodia, es mucho más relevante cuando se trata de evidencias confundibles o alterables, que frente a aquellas que son identificables a simple vista por sus características externas, o las que son susceptibles de ser

marcadas y han sido sometidas a este procedimiento como forma de identificación.

En el plano operativo, si una muestra de sangre o un fluido no es debidamente embalado y rotulado, es posible que el policía judicial que lo halló, y los peritos que lo examinaron, no puedan declarar en juicio que el elemento que se les pone de presente es el mismo que encontraron o recibieron para el análisis, o que está en las mismas condiciones (que no ha sido alterado). En sentido contrario, si se trata de un elemento fácilmente identificable por sus características externas, es factible que el investigador pueda asegurar que es el mismo que encontró en la escena, así por alguna razón no se haya cumplido con la obligación constitucional¹³ y legal de someterlos al procedimiento de cadena de custodia.

*Lo anterior permite comprender la importancia de cumplir **en todos los casos** la obligación de someter los elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia (artículos 205, 209, 254 y siguientes, 277, entre otros), sin que por ello deba entenderse que cualquier error en este procedimiento necesariamente afecta la autenticidad del elemento físico».*

En este contexto, los reparos que el censor formuló a la *cadena de custodia* del video grabado por Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá, además de ser intrascendentes respecto a su petición de exclusión, también resultan ser infundados según se pasa a explicar.

¹³ El artículo 250 de la Constitución Política dispone que es deber de la Fiscalía: “Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”.

Afirmó el defensor de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO que la referida cadena de custodia se rompió porque *«si el hecho fue el 10 de agosto de 2014 porque en la parte superior del formato aparece la constancia de entrega de este CD el 19 de agosto a las 7:00 horas, esto está en el formato N1, aparece como primera persona quien recibe un CD y entrega un CD y en el espacio donde debe firmar quien entrega y recibe el CD aparece inicialmente la firma de un policía y no se evidencia que la firma sea de ROCIO ROMELIA RODRÍGUEZ, al parecer es el señor NEIN PARRA C policía de la sijn»*.

También denunció el censor que las firmas de Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá que figuran en el consentimiento informado y en el registro de cadena de custodia no coinciden, lo que lo lleva a concluir que este segundo formato no contiene la rúbrica de esa testigo, evidenciándose así la violación del protocolo que al respecto fija la ley.

Por su parte, el Tribunal, al abordar el tema de las supuestas falencias en el registro de cadena de custodia que denunció el recurrente, con acierto precisó, por un lado, que las eventuales inconsistencias en el diligenciamiento del formato lo único que afectan es la fuerza de convicción del medio de prueba, y por el otro, que las inconsistencias señaladas no lograron superar el umbral de las simples posibilidades, lo que resulta ser un ejercicio propio de la suposición y la especulación. Al respecto se lee en la sentencia de segundo grado:

«No se cuestiona que la extracción de la información del equipo celular y su almacenamiento en un medio donde pudiese preservarse y reproducirse con posterioridad por parte de funcionarios de policía judicial hubiere sido ideal, desde la perspectiva de la consecuente convicción (comprobable técnicamente) de su procedencia, de los medios utilizados y de la justa identidad entre el archivo original y la copia reproducida en el juicio oral.

No obstante, el cumplimiento de ese proceso por parte de la progenitora de la menor y la contracción de la actuación de los investigadores a la conservación de la evidencia y no a su hallazgo, no supone per se la afectación de su valor, como equivocadamente se concibió en la decisión confutada. Tiene dos implicaciones inescindibles, bajo ninguna de las cuales resulta correcto –en el asunto sub examine– el cuestionamiento de la mismidad de la evidencia.

La primera, que la cadena de custodia procurada respecto del video no sufrió ruptura alguna pues su aplicación es responsabilidad de los servidores públicos y desde el momento en que estuvo en poder de los investigadores se preservó y custodió debidamente. Diferente es que pueda identificarse con claridad su inicio en la recepción de la evidencia y, por tanto, la extensión de sus efectos solo hasta la acreditación de la correspondencia entre el video que fue entregado al momento de interponerse la denuncia y el presentado en el juicio, con su respectiva rotulación, embalaje y formatos de seguimiento.

Y de otro lado, que quien concurrió a la recolección estaba llamado a demostrar que aquél entregado fuere precisamente el grabado, como justamente se consiguió con la declaración de Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá.

Debe recordarse en este punto que la cadena de custodia es sólo uno de los medios disponibles a la acreditación de la autenticidad y, por ello, cuando no consigue aplicarse a la totalidad del procedimiento respecto de la evidencia, incumbe y corresponde a la parte interesada en su apreciación la presentación de la prueba sobre ese aspecto, como así lo indica el artículo 277 del C.P.P. y es la valoración de aquélla y su suficiencia, no la simple ausencia de los procedimientos normativos y oficiales orientados a su preservación; lo que permite cuestionar la mismidad».

Pues bien, para la Corte, al igual que para el Tribunal, el video que grabó Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá y que fue introducido a juicio a través de ella tiene el suficiente

poder de convicción para dar por demostrado que un hombre adulto ingresó a la habitación en la que se encontraban dos niñas menores de edad y, a una de ellas, la alzó, luego la sentó en sus piernas, le dio besos en la boca y le tocó sus órganos genitales.

Este medio de conocimiento, junto con el testimonio de Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá, también probaron que ese hombre que ingresó a la habitación fue GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO y que la niña sobre la que se hicieron los tocamientos abusivos era S.V.M.R. De igual modo, que esos hechos ocurrieron el 10 de agosto de 2014 en la habitación en la que la víctima residía con su progenitora, la cual se encontraba ubicada en el barrio Portal de María del municipio de Facatativá.

Por el contrario, los reparos que sobre esta prueba planteó el defensor y que ya quedaron suficientemente analizados no lograron minar la contundencia probatoria de ese medio de conocimiento que, valorado en conjunto con las demás pruebas, lograron derrumbar la presunción de inocencia que cobijaba al procesado.

2.1.2 Los testimonios de Cristian Fabián Muñoz Bautista y Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá.

En lo que se refiere a estos dos testimonios, el recurrente planteó que cada uno de ellos, considerado individualmente, presenta serias contradicciones, las cuales

se hacen más evidentes cuando ambas declaraciones son confrontadas entre sí.

Sin embargo, al analizar los relatos que hicieron estos testigos, advierte la Sala que en lo que constituye el tema central del debate las versiones son uniformes y, en todo caso, esos testimonios, en sí mismos, no lograron probar o desvirtuar la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del procesado.

En igual sentido razonó el Tribunal cuando afirmó que el valor suasorio del testimonio de Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá se contrajo al reconocimiento directo que hizo de la persona que aparece en el video realizándole tocamientos inapropiados a su hija. Por lo demás, las supuestas inconsistencias en su versión sobre las circunstancias en las que firmó el contrato de arrendamiento de la casa en la que ella vivía con sus dos hijas en Facatativá, o sobre la duración del video que grabó con su celular, además de no ser relevantes para lo que constituye el tema de la prueba, encuentran su explicación razonable en la falibilidad de la memoria.

En otras palabras, no es relevante que Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá haya manifestado en el juicio que el video que ella grabó duró *«entre 15 y 20 minutos»* y que la duración real de este sea de 12 minutos con 25 segundos, pues como la misma testigo explicó, *«es un aproximado, es el aproximado que yo digo, de 15 a 20 minutos fue que duró*

el video»¹⁴. Tampoco le resta credibilidad a la testigo el haber afirmado que GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO era un inquilino de la casa en la que ella vivía y luego se estableciera que él era su propietario.

Con todo, al contrastar las versiones que ofreció Rocío Rodríguez Tinjacá con los restantes medios de prueba se puede concluir que los aspectos centrales de su testimonio se mantuvieron en esencia coherentes y unívocos. Solo respecto de circunstancias accidentales y de menguada relevancia exhiben algunas inconsistencias, pero éstas en nada afectan el mérito suasorio de su dicho, no solo porque no refieren a aspectos sustanciales de su conocimiento sobre los hechos, sino porque resulta apenas comprensible que en el proceso de rememoración la mente humana altere o pierda algunos recuerdos, más aún cuando se trata de información exacta como fechas o, para el caso, el tiempo de duración de un video.

Ciertamente, la narración de la progenitora fue conteste en cuanto a que: (i) el 10 de agosto de 2014, en horas de la tarde, ella salió de su casa junto con su hermana Dalia Rodríguez, dejando a sus dos hijas menores de edad y a su sobrina solas, bajo llave, dentro de la habitación; (ii) esa misma tarde, antes de salir, dejó su teléfono celular encendido en modo de grabación de video con el propósito de filmar a las niñas que quedaban solas dentro de la casa; (iii) al regresar a la vivienda y revisar el contenido del video, observó que su vecino GUILLERMO

¹⁴ C.D. audiencia 24 de agosto de 2015. Min: 30:08.

RODRÍGUEZ SOLANO entró a su habitación, alzó a su hija, la sentó en las piernas, le dio besos en la boca y le tocó sus genitales; (iv) al advertir ese hecho, inmediatamente llamó a su esposo Cristian Fabián Muñoz, quien le pidió que lo esperara hasta el día siguiente para ir a formular la denuncia. También se comunicó con Gener Rodríguez, hermano del procesado, para ponerlo en conocimiento de lo sucedido; (v) el 11 de agosto de 2014 fue junto con su esposo a la estación de policía para formular la denuncia y entregar el CD que contenía el video; y (vi) el video que ella grabó fue el mismo que se le exhibió en el juicio oral.

Como se puede apreciar, esas proposiciones fácticas, que constituyen el núcleo de lo que pudo percibir la testigo, persistieron sin variaciones y lograron resistir a la crítica que les formuló la defensa.

A igual conclusión se puede llegar luego de analizar el testimonio de Cristian Fabián Muñoz, progenitor de la víctima, quien siempre ofreció el mismo relato sobre lo que él pudo percibir acerca de lo que ocurrió con su hija. Según lo informó este declarante, el 10 de agosto de 2014, en horas de la noche, recibió una llamada de su esposa Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá quien le informó que tras dejar su teléfono celular grabando mientras sus hijas y su sobrina estaban solas en la casa, quedó registrado en el video que GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO entró a su habitación y realizó tocamientos sobre los genitales de su hija mayor. También informó el testigo, que como él vivía en la ciudad de Bogotá, al día siguiente, 11 de agosto de 2014, viajó hacia Facatativá y junto con su esposa acudieron ante

las autoridades para formular la respectiva denuncia y entregar el video.

Bien se ve, entonces, que en los temas que resultan neurálgicos para el debate, el testigo mantuvo un relato uniforme que en nada se contradice ni con lo que él mismo dijo, ni con los demás hechos que quedaron demostrados en el proceso a través de los restantes medios de conocimiento. En oposición, las sutiles distorsiones que destacó el defensor, como por ejemplo el nombre del servidor que le recepcionó la denuncia, resultan del todo intrascendentes y carentes de aptitud para menguar la credibilidad del testigo.

Lo importante, como en reiteradas oportunidades lo ha precisado la Sala, es que la narración que haga el testigo se mantenga incólume sobre los *elementos centrales* del hecho percibido. Así se lee en CSJ SP4804-2019:

*«El Tribunal, al negar el mérito suasorio a las aseveraciones de [...] por advertir en su dicho algunas inconsistencias, lo hizo sin reparar en que, frente a un testigo que en varias declaraciones cambia su relato, **la sana crítica impone al juzgador la carga de ponderar la trascendencia de las modificaciones frente a los elementos centrales del hecho percibido**; así mismo, atender “los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria”, indicativos de que el transcurso del tiempo puede difuminar los recuerdos, y las “circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió” (...). Es natural que sus crónicas exhiban algunas imprecisiones». –destaca la Sala-*

Por eso es necesario que el juez, al momento de valorar el testimonio, establezca cuáles son esos *elementos esenciales* (que deben permanecer inmutables) y cuáles son los *accesorios* (cuya variación se puede justificar por razón de la falibilidad de la memoria). Al respecto la Corte, en CSJ AP, 15 sept. 2010, rad. 34372, concluyó:

«Para que el referido principio sea aplicable como ley de la lógica en la valoración del testimonio y otros medios de convicción, debe tratarse de contradicciones esenciales, esto es, principales y no secundarias, ni que se trate de matices o variaciones que antes de excluir el aspecto o aspectos fundamentales de las conductas materiales objeto de investigación, lo que en últimas hacen es reafirmarlas en lo que corresponde a uno de los coautores y circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Las discrepancias sobre aspectos accesorios no destruyen la credibilidad del testimonio, aunque sí la aminoran sin que ello traduzca ruptura de la verosimilitud, pero al recaer sobre contenidos secundarios terminan siendo un desacuerdo aparente, esto es, no real y por ende superable o conciliable que habrá de ser valorado con ponderación y razonabilidad adoptando una especie de hermenéutica de favorabilidad apreciativa al interior de las expresiones fácticas dispares en lo no esencial.

Lo que destruye el valor y la credibilidad de los testimonios vistos en su unidad, esto es, confrontadas sus ampliaciones o con relación a otros es la verdadera contradicción sobre aspectos esenciales relevantes y esa depreciación será mayor cuando sea menos explicable la contradicción». –Negritas fuera de texto-.

Aplicados los anteriores conceptos al caso que se analiza, surge claro que los relatos de Rocío Romelia

Rodríguez Tinjacá y Cristian Fabián Muñoz son unívocos en los elementos esenciales, como son, la fecha y el lugar donde ocurrieron los hechos, las circunstancias en las que se produjo el video y el descubrimiento de las imágenes que allí quedaron registradas, el señalamiento directo a su vecino GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO como la persona que aparece en la grabación haciéndole tocamientos en sus genitales a su hija y, finalmente, todo lo relacionado con la presentación de la denuncia.

Los demás elementos que integran los relatos, como también ya se precisó, hacen parte de aspectos accesorios que no tienen ninguna incidencia al momento de valorar el aporte de estos dos testimonios para establecer la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del procesado.

2.1.3 El testimonio del médico forense Víctor Alfonso López Díaz.

Se quejó el demandante de la valoración que hizo el Tribunal al testimonio del médico Víctor Alfonso López Díaz, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien le realizó la valoración médico legal sexológica a la víctima y con quien se introdujo al juicio el informe pericial de clínica forense No. UBFC- DSC- 03265-2014 de 12 de agosto de 2014.

La crítica que formuló el defensor radicó en que, a su juicio, el Tribunal distorsionó el contenido de la prueba y no

la confrontó ni la valoró en conjunto con los demás elementos de conocimiento, como así lo exige el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal.

En su criterio, ese examen médico legal sexológico que el médico López Díaz le practicó a la menor «*no prueba la presunta agresión sexual*» y, aun así, el fallador de segundo grado le dio un sentido contrario a la prueba cuando afirmó que la ausencia de lesiones a nivel genital «*en modo alguno descarta*» la realización de los actos sexuales.

La censura así formulada de entrada permite advertir que el recurrente faltó al principio de *corrección material* en tanto no es cierto que el Tribunal distorsionó el contenido de la prueba para darle un alcance que no tenía y, a partir de allí, confirmar la realización del hecho punible.

A esta conclusión llega la Sala luego de analizar lo que sobre el particular se dijo en la sentencia de segunda instancia:

«De conformidad con los límites que de factum fueron planteados en la acusación, aquellos se centraron en tocamientos en la vagina de la menor S.V.M.R. y aun cuando en la valoración médico legal sexológica no se consignó el hallazgo de alguna lesión a ese nivel, esa situación en modo alguno descarta su realización.

Ha de aclararse en este punto, contrario a lo esbozado por el juez de instancia, la inmensa mayoría de investigaciones adelantadas por actos sexuales –aun cuando impliquen el contacto directo con el cuerpo de la víctima– se caracterizan por la ausencia de vestigios físicos, en tanto no se lleva a cabo ningún tipo de penetración.

Los eritemas y el enrojecimiento echados de menos por el fallador, claro, pueden ser compatibles con manipulación genital

pero su producción y consecuente observación depende fatalmente de la intensidad, la fuerza utilizada, la duración, la concentración en un mismo lugar, y otros tantos factores.

Esperar, entonces, su observación simplemente por el corto lapso transcurrido entre los tocamientos y la valoración física, constituye un absurdo, desconoce las reglas de la experiencia y atribuye a esa prueba pericial un valor que no alcanza: el de devanar la ocurrencia del hecho aun cuando en sus conclusiones se deja expresa constancia sobre que “no excluye una historia de otro tipo de actividad sexual a este nivel que no haya dejado lesión física”.

Que esa prueba no tenga –según se explicó- incidencia alguna en la acreditación de la materialidad de la conducta, en todo caso no la impide; pues para tal efecto, aportó el ente fiscal un video introducido válidamente con el testimonio de la madre de la menor de edad (...). –Negrita y subrayas fuera de texto-.

Como claramente se puede extraer del texto transcrito, el Tribunal en ningún momento utilizó ese medio de conocimiento para derivar de allí el convencimiento sobre la ocurrencia del delito y, menos aún, para atribuir algún grado de responsabilidad penal al acusado por esos hechos. De ahí que las afirmaciones que sobre el particular hizo el recurrente carezcan de fundamento y sí reflejen una distorsión de lo que sin ambigüedad dijo la sentencia.

Y es que la valoración que hizo el juzgador de segunda instancia sobre esa prueba no podía llevarlo a conclusión distinta a la que plasmó en el fallo. En efecto, el médico forense corroboró en el juicio los resultados que arrojó el examen médico legal sexológico realizado a la víctima el 12 de agosto de 2014, en el que concluyó que *«al examen genital se evidencia un himen íntegro no elástico sin lesiones recientes o antiguas, no se evidencia lesiones en los genitales externos, se descarta penetración vaginal por miembro viril,*

pero el examen genital no excluye una historia de otro tipo de actividad sexual a este nivel que no haya dejado lesión física, se debe tener muy en cuenta el relato de los hechos dado por la examinada».

En tal sentido es evidente, como así lo dedujo el Tribunal, que la prueba no confirma ni refuta la existencia de los hechos. De su contenido solo se puede extraer que sobre la niña no se encontró ningún hallazgo de lesión a nivel genital, lo que tampoco descarta los tocamientos, pues como también lo explicó el médico, *«puede ser un tipo de actividad, pueden ser tocamientos de otro tipo que no dejan ningún tipo de lesión física a nivel genital, a eso hago referencia, de que no encuentro como tal huellas que superen lo esperado a que no sea algo de tocamientos, con tocamientos me refiero a tocar y que ese tipo **no genera una presión suficiente para dejar una huella a nivel genital**, a eso hago referencia de que no encuentro en el examen físico unas lesiones que superen lo esperado referido a los tocamientos en la anamnesis»¹⁵.*

Por estas razones, la censura que sobre este medio de conocimiento formuló el demandante, no está llamada a prosperar.

2.1.4 El testimonio de la psicóloga Andrea Almanza

¹⁵ C.D. No. 2 audiencia 24 de agosto de 2015, min: 18:20.

Respecto a esta prueba, alegó el defensor que la Fiscalía incumplió con su deber de *«haber llevado un informe pericial de psicología forense que era el medio idóneo para demostrar que en estos hechos que eran materia de investigación, sí habían sucedido»*, pues *«la Fiscalía General de la Nación contaba con todas las herramientas para haber obtenido esta prueba pericial de acuerdo a ese art. 405 de la Ley 906 y no la realizó, se quedó con una simple entrevista que no fue aportada al proceso, se quedó en la simple declaración, rendida por la doctora Andrea del Pilar Almanza (...)»*.

La censura así propuesta pone en evidencia varias deficiencias conceptuales del recurrente. En primer lugar, el testimonio de la psicóloga Andrea Almanza no es una prueba pericial como así pareció entenderlo el defensor. La intervención de esta profesional en juicio tuvo lugar en razón a una entrevista que ella le practicó a la víctima y a partir de la cual pudo obtener un conocimiento directo sobre lo que la niña le narró respecto a los episodios de abuso. Por este motivo, no es procesalmente exigible, como así lo reclamó el defensor, que a través de esta testigo la fiscalía incorporara el informe base opinión pericial de que trata el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y, menos aún, que a este testimonio le resultaran oponibles las reglas que para la práctica de la prueba pericial establecen los artículos 405 y siguientes de la legislación procesal.

En concreto, la testigo Andrea Almanza Alfonso declaró¹⁶ que trabajaba como psicóloga de la Comisaría I de Familia de Facatativá y que, debido a tal ocupación, tuvo la oportunidad de entrevistar a S.V.M.R., quien el 13 de agosto de 2014 llegó a la Comisaría por un presunto caso de abuso sexual del que había sido víctima. Su labor, aclaró, se contrajo exclusivamente a realizar una entrevista a la menor con el único fin de obtener información sobre el episodio de abuso, más no se trató de una valoración psicológica a partir de la cual se pretendiera estructurar un juicio sobre la veracidad o falsedad de su relato.

Y así, en esa justa dimensión, fue que el Tribunal valoró esta prueba. No le dio, como erróneamente lo apreció el defensor, un valor suasorio distinto al que la prueba objetivamente analizada arrojó. Al respecto, se lee en la sentencia de segundo grado:

«Se cuenta en primer lugar con la entrevista rendida por S.V.M.R. el 13 de agosto de 2014 ante Andrea del Pilar Almanza Alfonso, psicóloga de la Comisaría Primera de Familia de Facatativá. Allí se documentó que la menor, en sus propios términos y sin haber percibido la versión que sobre los hechos tenía su progenitora (en tanto su indagación sólo ocurrió después y a la salida de la niña del recinto); además de concurrir a una descripción de los actos de los cuales fue víctima fue incisiva en precisar los había ejecutado GUILLERMO. Dijo en aquella oportunidad:

“(...) Guillermo me daba besos en la boca. Psicóloga pregunta, ¿Quién es Guillermo? Él vive en la casa de nosotros, él me baja los pantalones y me mete la mano en la vagina y la cola, me alza para la mesa de los chorizos de él, él lo ha hecho una vez. En la sala un día me dio besos en la boca, luego me alzó y me dio muchos, muchos besos en la boca, yo le dije a mi mamá que Guillermo me bajó los pantalones y me daba muchos besos en la boca, mi mamá le pegó a Guillermo (...)”».

¹⁶ C.D. audiencia de 24 de agosto de 2015.

Como se puede observar en el texto de la decisión, no es verdad que el Tribunal le haya otorgado un mayor valor probatorio a la entrevista como así lo denunció el defensor, quien, de paso, faltó al principio de *corrección material* cuando efectuó tal afirmación. Lo cierto es que esa prueba solo entró a robustecer el acervo probatorio que aportó la fiscalía para derruir la presunción de inocencia que cobijaba al procesado.

En segundo lugar, la postulación del defensor también puso en evidencia su desconocimiento sobre las pautas que ha fijado la jurisprudencia de la Sala para efectos de valorar una entrevista que se le practique a un menor de edad. En lo que resulta pertinente para el caso bajo estudio, la Corte precisó que la entrevista que le hace un psicólogo a un menor no constituye dictamen. Así se lee en CSJ SP1783-2018:

*«Así mismo, la censura recalca que en este asunto la entrevista inicial de C.R.O. en el Hospital César Uribe Piedrahita no tuvo en cuenta ningún protocolo forense para su recaudo, criticándose, según se examinó con antelación, los hallazgos que la psicóloga que la llevó a cabo hizo con relación a su extroversión e introversión. Sin embargo, aunado a lo dicho, **debe agregarse que el hecho de que las manifestaciones previas al juicio oral las realice la víctima menor de edad a un profesional de la psicología, no conlleva a entender que se está frente a la existencia de un dictamen pericial**».* –Negrita y subrayas fuera de texto-.

Bajo ese entendido, la entrevista siempre tendrá la connotación de elemento material probatorio susceptible de ser incorporado al juicio a través del profesional que la practicó, para que sea valorado junto con las demás pruebas aportadas, como así lo hizo el Tribunal en el caso que se analiza. Sobre el particular, también se pronunció la Sala en CSJ AP1001-2016:

*«El jurista pone de manifiesto su inconformidad con la introducción al juicio de la entrevista de la niña MLRO, lo que tuvo lugar a través del testimonio del psicólogo (...). Ese reproche denota su tozudez respecto del contenido de la Ley 1652 de 2013, puesto que conforme al párrafo del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal de 2004, adicionado por el 1 de la aludida Ley, las entrevistas del menor víctima de delitos sexuales **constituyen elemento material probatorio**, lo que implica que pueden ser incorporadas al juicio a través del profesional que lo examinó y, en ese orden, apreciadas en conjunto con los demás elementos de juicio.*

*Si bien se trata de una prueba de referencia, puesto que la manifestación anterior no se lleva al juicio por su autor sino por un tercero, **su admisibilidad está avalada** por el legislador de 2013, que con esa misma Ley adicionó el precepto 438 de la Ley 906 de 2004 en su literal e) (...). –Resalta la Sala–.*

En tal virtud, no hay ninguna razón para desestimar la prueba o para criticar la valoración que de ella se hizo en el fallo de segundo grado, máxime cuando las censuras que propuso el defensor no pasan de ser simples apreciaciones subjetivas que solo reflejan su particular lectura de los elementos de juicio que sirvieron de soporte a la decisión de condena.

2.1.6 El testimonio de S.V.M.R

Al igual que con las anteriores pruebas, el defensor criticó la valoración que del testimonio de la víctima hizo el juez plural. En su criterio, las contradicciones en las que la menor incurrió le restan veracidad a su dicho, a lo que se suma una posible situación de manipulación a la que fue sometida por parte de su progenitora, quien, según el recurrente, la constriñó a que mantuviera el relato del abuso so pena de irrogarle algún castigo.

Bajo esos presupuestos, corresponde a la Corte examinar el testimonio de la víctima sobre el que se hacen recaer las críticas y, como así lo exige la ley, confrontarlo con las demás pruebas que ingresaron al juicio.

En ese orden, lo primero que se debe precisar es que son varias las razones por las que el recurrente estimó que no había que conferirle credibilidad al testimonio de la menor respecto al abuso de naturaleza sexual del que GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO la hizo víctima, empezando porque la niña siempre se refiere al acusado como *«el que me manoseó»* lo que, *«según las reglas de la experiencia»*, es indicativo de que el *«testimonio está contaminado»* y que se le *«enseñó a la menor para que siempre haga referencia a lo mismo (...)»*.

De igual manera, estimó el demandante que el relato de la víctima es incoherente, confuso y contradictorio

porque, por ejemplo, la niña no supo explicar su edad, ni cuántos hermanos tenía o el lugar en donde vivía, a lo que se suma el constreñimiento al que su madre la sometió cuando la amenazó con pegarle si no decía la verdad.

Bajo ese entendido, son dos los cuestionamientos que formuló la defensa a la valoración que el Tribunal hizo de esta prueba. Por una parte, la violación de la regla de la experiencia según la cual *«cuando un [sic] menor se le pregunta por un hecho acaecido de esta forma y siempre dice el mismo argumento, esto nos lleva a concluir que el testimonio está contaminado»* y por la otra, la disminución de la credibilidad de la testigo en razón a las múltiples incoherencias en las que incurrió.

Pues bien, en lo relativo a la supuesta inobservancia de una regla de la experiencia, lo primero que se debe aclarar es que la proposición que el demandante pretende elevar a tal categoría no pasa de ser una apreciación meramente subjetiva que se quiere imponer como método de valoración del testimonio de un menor de edad.

Como así lo ha precisado la Sala, un postulado adquiere la connotación de *máxima de la experiencia* cuando se deriva de los usos o prácticas sociales con carácter reiterado, que son generalmente admitidos por un conglomerado que se desenvuelve en similares circunstancias de tiempo, modo y lugar. En resumen, *«la experiencia, entonces, es una forma de conocimiento que se concreta en prácticas sociales consuetudinarias, enunciadas bajo proposiciones que se expresan bajo la fórmula “siempre*

o casi siempre que se da A, entonces sucede B”¹⁷. Al respecto también se puede leer en CSJ SP, 14 feb. 2006, rad. 24611:

«Sobre esta concreta materia, debe partirse de qué se entiende por experiencia. Respecto a este tópico, la Corte tiene dicho:

“La experiencia es una forma específica de conocimiento que se origina por la percepción inmediata de una impresión. Es experiencia todo lo que llega o se percibe a través de los sentidos, lo cual supone que lo experimentado no sea un fenómeno transitorio, sino un hecho que amplía y enriquece el pensamiento de manera estable.

Del mismo modo, si se entiende la experiencia como el conjunto de sensaciones a las que se reducen todas las ideas o pensamientos de la mente, o bien, en un segundo sentido, que versa sobre el pasado, el conjunto de las percepciones habituales que tiene su origen en la costumbre; la base de todo conocimiento corresponderá y habrá de ser vertido en dos tipos de juicio, las cuestiones de hecho, que versan sobre acontecimientos existentes y que son conocidos a través de la experiencia, y las cuestiones de sentido, que son reflexiones y análisis sobre el significado que se da a los hechos.

Así, las proposiciones analíticas que dejan traslucir el conocimiento se reducen siempre a una generalización sobre lo aportado por la experiencia, entendida como el único criterio posible de verificación de un enunciado o de un conjunto de enunciados, elaboradas aquéllas desde una perspectiva de racionalidad que las apoya y que llevan a la fijación de unas reglas sobre la gnoseología, en cuanto el sujeto toma conciencia de

¹⁷ CSJ SP, 21 nov. 2002, rad. 16.472.

lo que aprehende, y de la ontología, porque lo pone en contacto con el ser cuando exterioriza lo conocido.

Atrás se dijo que la experiencia forma conocimiento y que los enunciados basados en ésta conllevan generalizaciones, las cuales deben ser expresadas en términos racionales para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, por cuanto, se agrega, comunican determinado grado de validez y facticidad, en un contexto histórico específico.

En ese sentido, para que ofrezca fiabilidad una premisa elaborada a partir de un dato o regla de la experiencia ha de ser expuesta, a modo de operador lógico, así: siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B»¹⁸

Y, en más reciente pronunciamiento (CSJ SP-4410-2019), la Sala reiteró:

«Sin embargo, para la Corte, ninguno de esos postulados reúne las condiciones para que los hechos concretos permitan inferir una conclusión universal que se constituya en la premisa mayor para la determinación de reglas de la experiencia, entendidas estas como “...enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos a partir de su observación cotidiana (CSJ AP, 29 Ene.2014, rad. 42086, entre muchas otras).

Es de su esencia que se refieran a fenómenos cotidianos, pues frente a los que no tienen esta característica, no es factible, por razones obvias, constatar que siempre o casi siempre ante una situación A se presenta un fenómeno B, al punto que sea posible extraer una regla general y abstracta que permita explicar eventos semejantes.

¹⁸ CSJ SP, 21 Nov. 2002, rad. 16472.

De ahí que un error, frecuente, por demás, consista en tratar de estructurar máximas de la experiencia frente a fenómenos esporádicos o frente a aquellos que no son observables en la cotidianeidad, en un determinado entorno sociocultural.

Cuando el proceso inferencial pueda hacerse a partir de una máxima de la experiencia, la argumentación suele expresarse como un silogismo, donde la máxima de la experiencia es la premisa mayor, el dato demostrado (otrora llamado hecho indicador) constituye la premisa menor, y la síntesis dará lugar a la respectiva conclusión».

Al confrontar este marco conceptual con la proposición condicionada que formuló el demandante se advierte que ésta no cumple con la estructura exigida para ser considerada como una *regla de la experiencia*, por cuanto no es de carácter general e infalible y, por el contrario, es el resultado de una percepción individual y subjetiva de quien la postula. En concreto, no es cierto e infalible que cuando a un menor se le pregunta por determinado tema y éste siempre responde de la misma manera es porque fue contaminado o está siendo manipulado para que distorsione la realidad.

De otro lado y en lo que se refiere a las supuestas contradicciones o incoherencias en las que incurrió la víctima, basta con analizar el perfil de la testigo a la luz los criterios que establece el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal para entender que, por tratarse de una niña de 4 años de edad¹⁹, es apenas obvio que sus procesos

¹⁹ Edad con la que contaba S.V.M.R. al momento de rendir su testimonio.

mentales percepción de los hechos, retención de la información, rememoración y ubicación espacio temporal están en desarrollo y, por lo tanto, no se le puede exigir un nivel complejo de percepción de la realidad y fijación exacta e inmodificable de los hechos que percibió. Al respecto se ha pronunciado la Sala, entre otras, en CSJ AP1640-2018:

«No obstante, ya la Corte ha tenido oportunidad de señalar que exigir de la menor, como lo demanda la libelista “precisión exacta sobre la fecha de ocurrencia de los actos (...), no solo resulta irrazonable atendiendo a la edad con que contaba para aquélla época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas” (CSJ SP, 12 feb. 2012, rad. 37108).

En similar sentido, frente a análoga réplica, en un caso donde se debatía la credibilidad de una menor por ciertas imprecisiones en torno a la fecha de los hechos la Corte señaló (CSJ AP2180-2015, Rad. 40740):

“La censura que radica la demandante estriba, en síntesis, en que el Ad quem derivó el compromiso de responsabilidad del acusado (...), no obstante las imprecisiones que advierte en relación con la fijación de la fecha exacta en la que ocurrieron los hechos denunciados por la menor víctima del agravio sexual (...).

Impertinente censura, no sólo por la deficiencia en su postulación y argumentación, sino porque repudia los criterios para la apreciación de la prueba en general y los previstos de manera particular para la prueba testimonial, conforme lo establecido en los artículos 380 y 404 de la Ley 906 de 2004, desconociendo que esta Sala tiene decantado en relación con el tema, que la credibilidad no es de suyo censurable en casación, habiéndose abolido el sistema de la tarifa legal, pues la tarea de

valoración probatoria la realiza el juez con sujeción a los principios de la sana crítica o libre persuasión racional.

(...)

Preciso es reseñar que (...) el Ad quem valoró de manera integral el testimonio de la menor víctima, para estimar, entre otras cosas, como válidas las razones de aprensión que tuvo la menor para no dar cuenta de los hechos una vez sucedieron y, de igual manera, restar relevancia a las imprecisiones que tuvo al señalar la fecha exacta de la ofensa de que fue víctima, acotando que:

A juicio de la Sala, ese único detalle no es suficiente para menospreciar su exposición o restarle credibilidad, si como viene de reseñarse, la narración de las demás circunstancias de modo y lugar, la mantuvo sin modificaciones, siendo corroboradas por su progenitora, la psicóloga y el médico forense a quienes contó lo sucedido. En este sentido bien puede concluirse que el no haber concretado una fecha durante sus primeros relatos, obedece justamente a la inmadurez psicológica dada por su corta edad para la fecha de los hechos (...)».

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

Lo importante, para efectos de despejar cualquier duda acerca de la responsabilidad penal del procesado en los hechos materia de juzgamiento, es que la víctima manifestó sin ambigüedad que fue él quien le realizó los tocamientos. Así lo dijo en su testimonio:

«**S.V.M.R.:** Villermo [GUILLERMO] vive en el Portal de María.

Fiscal: ¿Quién es GUILLERMO?

S.V.M.R.: El que me manoseó.

Fiscal: ¿Qué quiere decir con esa palabra?

S.V.M.R.: Es que él me manoseó y me tocó el cuerpo, y me tocó en el pecho, y me tocó en los brazos, y en las manos, y en la cola y en la vagina.

Fiscal: ¿Dónde sucedió eso?

S.V.M.R.: No, es que mi mamá me dijo que dijera la verdad o si no me pegaba.

(...)

Fiscal: Cuando dice que GUILLERMO la tocó, ¿es verdad o mentira?

S.V.M.R.: La verdad

(...)

Porque es que mi mamá se fue con mi tía Nataly a comprar unos zapatos que estaban dañados, son estos (...).

Fiscal: ¿Y qué pasó?

S.V.M.R.: Él me manoseó y me alzó dos veces»²⁰.

²⁰ C.D. audiencia 14 de septiembre de 2015, minuto 22:34.

Como se puede observar y a pesar de las dificultades propias que entraña la recepción de un testimonio a una menor de tan corta edad, la niña fue clara y contundente cuando afirmó que «VILLERMO», quien vivía en el «Portal de María» fue quien la «manoseó», es decir, quien le tocó su vagina y demás partes del cuerpo. También fue precisa cuando relató que ese episodio ocurrió un día en que su mamá se fue con su tía Nataly a comprar unos zapatos y la dejó a ella en la casa con su hermanita y su prima, momento en el que llegó GUILLERMO, la «manoseó» y la «alzó dos veces».

Al confrontar este testimonio con las demás pruebas de cargo, fácilmente se puede advertir que esa versión coincide con las imágenes que se observaron en el video que grabó la progenitora de la menor y con el relato que esta misma testigo ofreció en el juicio sobre los tocamientos abusivos que RODRÍGUEZ SOLANO le realizó a su hija.

Dentro de las críticas que el defensor le formuló a esta prueba también está el haber sido recepcionada sin la presencia del procesado, quien para ese día y pese a estar privado de la libertad, no fue remitido por el INPEC a la sede donde se realizó la audiencia, lo que, en criterio del profesional del derecho, afectó sus derechos fundamentales.

Para resolver sobre el particular, basta hacer algunas precisiones. En primer lugar, es cierto que el acusado no fue remitido por el INPEC a la sesión del juicio en la que se recepcionó el testimonio de la víctima. Ese día, la juez de primer grado argumentó que pese a haber enviado las

órdenes de remisión, el INPEC manifestó que no contaba con los medios para realizar el traslado del interno a la sede judicial. A esto agregó el juzgado que, aun así, era necesario recibir en ese momento la declaración de la niña para evitar su revictimización y una eventual frustración en la práctica de la prueba. Por último, recalcó que, en todo caso, los derechos de RODRÍGUEZ SOLANO estaban siendo plenamente garantizados a través de su defensor.

También es verdad que la inasistencia a las audiencias del procesado privado de la libertad por causas no atribuibles a él constituye una irregularidad procesal que, en determinados casos, puede tener efectos sustanciales en perjuicio del derecho a la defensa material²¹.

Sin embargo, para que una censura de esta naturaleza tenga alguna vocación de prosperidad, el recurrente estaba en la obligación de explicarle a la Corte, *en concreto*, de qué manera se vio afectado el derecho a la defensa material del acusado cuando se practicó la prueba sin contar con su presencia y, consecuentemente, cómo esta irregularidad incidió en la adopción de un fallo injusto.

En contraste, el defensor de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO de ninguna manera acreditó la *trascendencia* del yerro desde tal perspectiva. Su argumento se contrajo a denunciar la ocurrencia de la irregularidad y a señalar, en abstracto, que la ausencia del procesado durante la recepción del testimonio de la menor quebrantó su derecho

²¹ Art. 8 Ley 906 de 2004, entre otros.

fundamental a la defensa. No explicó, como era su deber, cuál pudo ser la intervención de su defendido que resultara determinante para modificar la forma en que se practicó la prueba o qué preguntas aquél le hubiera podido realizar a la testigo para contrarrestar su credibilidad o restarles fuerza probatoria a sus señalamientos.

Además, la censura pasó por alto que, por ser la testigo una menor de edad, el derecho del procesado a interrogarla directamente debe ceder frente a la necesidad de proteger su interés superior como víctima de un delito sexual. Dicho de otro modo, el interés superior de la menor modula garantías como la defensa, la inmediación y la contradicción dentro del proceso penal. Este planteamiento encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en donde se expuso:

«La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas como el principio pro infans.

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces»²².

²² CC, C-177/14.

Entonces si, por citar un ejemplo, la jurisprudencia nacional ha venido admitiendo la posibilidad de incorporar al juicio las entrevistas o versiones rendidas previamente por los niños víctimas de delitos sexuales, en las que, como es apenas obvio, el procesado no tiene la opción de confrontar directamente al testigo, no tiene ningún fundamento jurídico el pretender la exclusión del testimonio de S.V.M.R. por el solo hecho de que el procesado no estuvo presente en su práctica, salvo, como ya se indicó, que se hubiera acreditado que su intervención resultaba determinante para modificar el resultado incriminatorio que el medio de conocimiento arrojó.

En conclusión, al plantear su crítica el defensor incumplió con el deber de demostrar la *trascendencia* del supuesto yerro, a lo que se suma que la Corte no advierte la vulneración de las garantías fundamentales del procesado, motivos por los cuales la censura no está llamada a prosperar.

Recapitulando. El testimonio de S.V.M.R. fue valorado por el Tribunal siguiendo las pautas normativas que fijan los artículos 380 y 404 del Código de Procedimiento Penal. Al ponderar su mérito suasorio, la Corporación de segunda instancia tomó en consideración la edad de la niña, sus procesos de rememoración, de percepción de la realidad y fijación de la información. Para ello, empleó adecuadamente las reglas de la sana crítica y de la valoración conjunta de la prueba con los demás medios de conocimiento que fueron

incorporados al juicio y que la corroboraron. A partir de ahí, se pudo llegar a la conclusión de que ese testimonio no es insular y constituye prueba directa suficiente para soportar la decisión de condena que se profirió en contra de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

Por último, la prueba en sí misma no demuestra ningún defecto procesal trascendente que afecte su validez. La defensa, por su parte, tampoco lo acreditó.

2.2 Conclusión

La materialidad del delito de *actos sexuales con menor de catorce años* cometido sobre la menor S.V.M.R. y la responsabilidad penal de GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO quedaron demostradas más allá de toda duda a partir de la prueba practicada en el juicio oral. La Fiscalía probó que el 10 de agosto de 2014, el acusado entró a la habitación en la que se encontraba la víctima y, aprovechando la ausencia de la progenitora de la niña, le tocó su zona genital y le dio besos en la boca.

La convicción sobre la ocurrencia de estos hechos quedó afianzada con el video que aportó Rocío Romelia Rodríguez Tinjacá y con los demás testigos de cargo que declararon en la audiencia, incluido el testimonio directo de la víctima, el cual, valorado según los postulados de la lógica, resultó ser digno de toda credibilidad.

En conclusión, todas las pruebas que fueron blanco de ataque del recurrente lograron resistir a la crítica que a través del recurso extraordinario de casación se les formuló, a lo que se suma que la Sala tampoco observa la necesidad de casar oficiosamente la sentencia de condena en tanto no se advierten yerros fácticos o jurídicos que impongan la adopción de una decisión diversa, ni el desconocimiento de alguna garantía fundamental que deba ser irremediablemente restablecida.

En tal virtud y como quiera que la decisión censurada se ajusta a derecho, la decisión que se impone adoptar en esta sede, es su confirmación.

VII. DECISIÓN

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

PRIMERO: No casar la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca el 13 de julio de 2016 en la que se condenó a GUILLERMO RODRÍGUEZ SOLANO como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años* (Art. 209 del Código Penal).

En consecuencia, atendiendo al principio de doble conformidad judicial, **se confirma** el fallo condenatorio dictado por primera vez en segunda instancia.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
penal@



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA


HUGO QUINTERO BERNATE

Sala

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria