



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

SP086-2023

Radicación N°53097

Acta No. 050

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santiago de Cali, que confirmó el fallo emitido el 11 de julio de 2017 por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, a través del cual condenó a su representado como autor responsable del delito de actos

sexuales abusivos con menor de 14 años y lo absolvió del cargo por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

HECHOS

En la ciudad de Cali, a partir del año 2011, **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, de 21 años, entabló comunicación a través del PIN de BlackBerry con la menor de edad (en ese entonces de 11 años) **DMMC**, a quien conocía en virtud de la participación de ambos como integrantes de la banda músico-marcial del colegio Nuestra Señora de la Asunción; la niña como estudiante; el hombre, como refuerzo en las presentaciones de la agrupación y en la enseñanza musical.

Iniciado el intercambio de mensajes en un principio de contenido normal, **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA** empezó a solicitar fotos a la menor, en principio vistiendo el uniforme de la banda, luego en pantaloneta, evolucionando los requerimientos a imágenes en vestido de baño, en ropa interior y finalmente desnuda, propuestas a la que **DMMC** accedió remitiendo las imágenes, recibiendo ella, en algunas oportunidades fotografías de **ALEXANDER**, de su torso desnudo y en una ocasión de su miembro viril.

En este contexto, **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, entre los años 2012 y 2014 acude eventualmente y de

manera esporádica, en 5 oportunidades, a la residencia de **DMMC**, en horas de la tarde y cuando ésta se encuentra sola. Allí, en una primera oportunidad la besa en la boca introduciéndole la lengua en su cavidad bucal, y en posteriores visitas, toca sus senos y vagina, unas veces por encima de la ropa, otras veces sin mediar prenda de vestir.

Estos eventos logran salir a la luz, como consecuencia de la circulación en redes de una fotografía de **DMMC** con el torso desnudo, en virtud de lo cual, al ser informada de ello a través de algunas de sus amigas y compañeras, la hace entrar en shock, recibiendo la atención del personal profesional de la entidad educativa.

Enterada la progenitora de **DMMC** de lo ocurrido con la fotografía, la menor admite haber enviado la imagen a **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, y le relata lo acontecido con esta persona desde el 2011, razón por la cual, la madre decide interponer la correspondiente denuncia.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Por los anteriores hechos, el 14 de febrero de 2015 la Fiscalía General de la Nación, ante el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, formuló imputación en contra de **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA** por el concurso heterogéneo de los delitos de acceso

carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años, descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal; cargos que el procesado manifestó no aceptar.¹

2. Radicado el escrito de acusación,² correspondió por reparto al Juzgado 21 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, despacho judicial que el 03 de agosto de 2015 adelantó audiencia, en la que el Fiscal del caso elevó pliego de cargos en contra de **FERNÁNDEZ CORREA** por el concurso heterogéneo de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambas conductas igualmente, en concurso homogéneo.³

3. Adelantada la etapa del juicio, en los alegatos finales la Fiscalía manifestó que *«las pretensiones de la Fiscalía aunque originariamente en la acusación eran por acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, la Fiscalía la solicitud que (...) le hará a Usted señor Juez, sobre petición de condena, es del contexto de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo, porque ante la pregunta que se le hiciera a la menor DMMC, que se opuso el defensor, para ver si se habían presentado unos hechos con mayor trascendencia, la menor no lo dijo, no lo dijo aquí en el escenario del juicio y en ese escenario transparente, la petición que más adelante haré será por actos sexuales con*

¹ Cuaderno Original No. 1, fl. 7 y reverso.

² Cuaderno Original No. 1, fls. 16 - 22.

³ Cfr. audio registro de audiencia de formulación de acusación de 03 de agosto de 2015, récord 12:10 en adelante.

menor de 14 años en concurso homogéneo»,⁴ manteniendo así la pretensión condenatoria por el último de los ilícitos mencionados. En este orden, el 11 de julio de 2017, el Juzgado de Conocimiento emitió sentencia, condenando a **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA** a la pena principal de 108 meses de prisión, como «**autor responsable del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS**», absolviéndolo del punible de «*ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS*».

4. Interpuesto el recurso de apelación en contra de la anterior determinación por parte de la defensa, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la confirmó, mediante providencia aprobada el 16 de marzo de 2018.

5. El apoderado del sentenciado, dentro del término legal, interpuso el recurso de casación y presentó la correspondiente demanda.

6. Mediante auto de 03 de diciembre de 2019, la Corte admitió el libelo extraordinario.

LA DEMANDA

⁴ Cfr. audio registro de audiencia de juicio oral de 26 de septiembre de 2016, Registro 2, récord 4:29:13.

Del ingente, repetitivo e intrincado escrito presentado por el abogado defensor, es posible deducir las siguientes inconformidades con los fallos de instancia:

Bajo la causal 3^a de casación, el libelista denunció la sentencia de segunda instancia, de incurrir en diversos errores de hecho por falso raciocinio, derivados de la vulneración a principios de la lógica (no-contradicción y razón suficiente), reglas de la experiencia y leyes de la ciencia; así como también, defectos por falso juicio de identidad.

1. Reproches por falso raciocinio – vulneración de los principios de la lógica - respecto del testimonio de la menor víctima D.M.M.C.

En lo que el recurrente destacó como primer y tercer cargo, censuró la valoración que el Tribunal realizó del **testimonio de la menor víctima D.M.M.C.**, al cual – infringiendo el principio de la lógica de la no-contradicción y reglas de la experiencia – otorgó plena credibilidad, derivando de ello erradamente la responsabilidad penal, más allá de toda duda, de su representado **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**.

Estimó que la presunta agraviada incurrió en múltiples **contradicciones** en lo que tiene relación con la **temporalidad de la conducta juzgada** y las **circunstancias modales** en que ésta aconteció, así:

1.1. De la temporalidad de la conducta

Alega que en principio **D.M.M.C.** manifestó haber tenido contacto con el acusado desde el 2011, cuando tenía 11 o 12 años, para luego afirmar que le envió fotos en esos 3 o 4 años que estuvieron hablando y que las citas con el procesado tuvieron lugar entre el 2011 y el 2014. Deduce el abogado que con ello la menor se contradice, porque *«primero afirma que los abusos ocurrieron cuando tenía 11 o 12 años y luego señala una serie de abusos que ocurrieron durante 3 o 4 años»*.

Carácter contradictorio del testimonio que se acrecienta según el censor, cuando compara con lo aludido por otros declarantes en juicio que tuvieron contacto con la menor, última quien, de acuerdo con éstos, les refirió otros datos respecto a la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, así:

- A la psicóloga del colegio, informó que los hechos habían sido en noviembre de 2013
- A la coordinadora del colegio, en noviembre de 2010
- A la madre, ALBA NORA, a principios del año 2011
- Al psicólogo (sin especificar nombre): años 2012 y 2013.

1.2. De las circunstancias modales

Según la defensa, **D.M.M.C.** señaló que en los encuentros que sostuvo con el denunciado *«me tocó la vagina y los senos»*, añadiendo seguidamente *«no recuerdo qué pasó en cada una de las citas, no me acuerdo muy bien, pero en algunas de las citas él me tocaba»*.

Para el impugnante, resulta dudoso que la joven no recuerde lo acontecido, contraviniendo la regla de la «sana crítica», según la cual, *«si bien es cierto tratándose de delitos sexuales la víctima no debe recordar con precisión aspectos puntuales sobre las circunstancias del abuso (días, fechas, horas, etc.) debe si por lo menos tener de presente qué fue lo que ocurrió en cada evento (...)*», so pena de emerger el testimonio en insuficiente para atribuir responsabilidad penal, no siendo creíble que indique de un lado, haber sido víctima de una serie de abusos durante múltiples años, y de otro, no recordar lo que ocurría en ellos.

Relato que, añade el censor, contrasta con lo narrado en entrevista por la menor al psicólogo de la Fiscalía, ANÍBAL VALDERRAMA TOVAR, último quien refirió en el juicio al respecto, que: *«ya dentro del inmueble empezó a presentarse acciones de carácter íntimo entre ellos, besos, cuando se besaban introducía su lengua dentro de su cavidad bucal, en cuanto a los tocamientos, ella manifestó que los senos y la vagina»*, agregando que **D.M.M.C.** igualmente le dijo en aquella oportunidad haber tenido contacto íntimo con el acusado, *«[...] en una ocasión introdujo los dedos en la vagina, se presentó una oportunidad donde él me solicitó que le tocara el pene, le hiciera sexo oral, [...] al final eso sucedió [...]*».

Circunstancia última que resalta el recurrente, la joven adolescente omitió relatar en el juicio, lo que en su criterio, insiste, devela lo contradictorio de su relato y por lo mismo, la falta de credibilidad que merece la presunta víctima.

2. Reproches por falso raciocinio – vulneración de las reglas de la sana crítica

Bajo la misma causal invocada (falso raciocinio por vulneración a las reglas de la sana crítica), aduce el casacionista que de acuerdo con las pruebas incorporadas en el juicio, no existió afectación a la menor víctima, quien de por sí, nunca presentó rechazo hacia el procesado, incluso, luego de ocurridos y denunciados los hechos. En este sentido, indica:

- **D.M.M.C.** dijo no haberse sentido afectada entre los años 2011 y 2013, contrario a lo ocurrido en el 2014, cuando tuvo que revelar lo ocurrido. Adicionalmente afirmó en juicio haber seguido teniendo contacto con el procesado después de la denuncia interpuesta.
- Por su parte, ROSA INÉS POSADA VILLA, perito psicóloga de la defensa, en su análisis concluyó, entre otros aspectos, que la denunciante no presentó afectación alguna producto de los hechos denunciados.
- En igual sentido refirió la progenitora de **D.M.M.C.**, ALBA NORA CASANOVA, quien dio cuenta de un comportamiento normal de su hija entre los años 2011 y 2013.
- Por su parte la mejor amiga de **D.M.M.C.**, la menor S.A.S.O. indicó que en el 2014 su compañera continuaba «*enamorada y obsesionada*» con **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**.
- Situación que corroboró KAREN XIMENA MONTES, quien afirmó que la menor involucrada, en el 2014, continuaba buscando al acusado.

En este orden, concluye el libelista, la vulneración de la regla de la experiencia, según la cual *«casi siempre que víctimas son vulneradas en su integridad sexual, muestran rechazo a su agresor»*, así como también, el principio de la lógica de la no-contradicción, pues *«de haber padecido abuso, ninguna necesidad tenía de seguir buscando al procesado»*.

3. Reproches por falso raciocinio – vulneración leyes de la ciencia - respecto al testimonio de ANIBAL VALDERRAMA TOVAR

Bajo la referida causal 3ª de casación en la modalidad del falso raciocinio, reprocha el abogado defensor la vulneración de las leyes de la ciencia por parte del juzgador de segunda instancia, en la valoración del testimonio del psicólogo de la Fiscalía, ANIBAL VALDERRAMA TOVAR, cuya declaración, alega:

- Fue valorada por el Tribunal como si se tratara de una prueba pericial cuando no lo es, en tanto se trató de una simple entrevista del orden judicial, producto de la orden del fiscal del caso, a través de la cual se le solicitó *«recibir testimonio de la menor “sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos que se están investigando”*.
- No utilizó guías, protocolos, técnicas ni métodos de psicología forense.
- Pretende imponer un criterio de valoración probatorio desde la *“ciencia”* aduciendo *“certeza”*, cuando, tal como lo anotó el perito de la defensa CARLOS ALBERTO VIDAL REYES, la psicología es un área de *“probabilidad”* y no de *“certezas”*, no indagó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos denunciados, sugestionó e indujo en sus respuestas a la menor, errando por todo lo señalado en su conclusión al señalar que la menor fue *“coherente, lógica y carente de falsedad”*.

Para el recurrente, el Tribunal erró al dar credibilidad a este testimonio y fundamentar la condena del acusado, en “*la pericia*” de VALDERRAMA TOVAR.

4. Reproche por falso juicio de identidad - cercenamiento

Amparado también en la causal tercera de casación, el libelista – en lo que refirió como segundo y cuarto cargos – demandó la violación indirecta de la ley sustancial en la modalidad del falso juicio de identidad por cercenamiento de los medios probatorios que a continuación se relacionan en los siguientes aspectos:

4.1. De la menor D.M.M.C.

Según la defensa, los jueces de instancia cercenaron el testimonio de la menor involucrada, de tal forma que si los apartes echados de menos hubiesen sido contemplados, su conclusión acerca de la credibilidad del relato hubiese sido la contraria. En concreto:

- Que no recordaba lo que pasó en cada una de las citas que tuvo con **FERNÁNDEZ CORREA**, resaltando que sí se acordaba que en algunas de éstas él la tocó. Premisas que en criterio del demandante se oponen entre sí.

- Que las citas con el acusado se presentaron desde el año 2011 hasta el 2014 aproximadamente, habiendo acudido incluso una vez a la actual residencia. Manifestación que de haber sido tenido

en cuenta, anota el censor, descubre la discrepancia con lo ya manifestado por la misma **D.M.M.C.** cuando indicó que los encuentros tuvieron ocurrencia cuando tenía 11 o 12 años .

- Afirmó la menor no haber tenido problemas ni afectaciones entre los años 2011 a 2013, mientras en el 2014 sí, por haber tenido que contar a varias personas lo sucedido. Para el impugnante, de haber apreciado tal afirmación, los jueces se habrían dado cuenta de la poca credibilidad que merece el testimonio, *«cuya narración va en contra de la regla de la experiencia, según la cual, cuando un menor es víctima de agresión sexual, refleja afectación»* y presenta *«rechazo a su agresor»*.

4.2. Del psicólogo de la Fiscalía ANÍBAL VALDERRAMA TORO

Sostiene el apoderado del sentenciado, se omitieron los siguientes aspectos referidos por el declarante en juicio:

- Que según relato que le hizo la menor en entrevista, los hechos acaecieron en el año 2012
- Que en la misma diligencia, **D.M.M.C.** reportó conductas de acceso carnal (oral y vaginal) con el procesado.

4.3. De la psicóloga del colegio YAMILET OCHOA MARTÍNEZ

Aduce que en forma similar, el Tribunal no tuvo en cuenta la información aportada por esta testigo, según la cual **D.M.M.C.** le refirió:

- Que los hechos ocurrieron en el año 2013 y 2014
- Que **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA** fue quien le solicitó el envío de una foto desnuda.
- Que le envió fotos a otra persona de nombre NICOLÁS.
- Que el contacto con el acusado solo fue por celular.

4.4. De la psicóloga de la defensa ROSA INÉS POSADA VILLA

Alega el censor el cercenamiento de los siguientes aspectos en este testimonio:

- La mención que hizo la experta en la que relaciona los protocolos validados para la intervención psicológica en delitos sexuales respecto de menores de edad RATAAC, SATAC y la prueba MICHIGAN.
- El motivo declarado de su pericia, el cual correspondía a encontrar indicadores de probabilidad frente a los hechos acontecidos.
- El material revisado para adelantar su labor, esto es, *i) examen de medicina legal practicado a la menor, ii) la denuncia penal, iii) la historia clínica de la menor y iv) la entrevista forense practicada a la menor.*
- Que, de acuerdo con la revisión de la denuncia, la revelación de los hechos por parte de la menor involucrada fue accidental, como *«mecanismo de defensa», «con la finalidad de eludir el hecho de haber sido sorprendida con imágenes de su corporalidad (íntimas), aclarando que lo utilizó al parecer en situación de re-victimización».*

- La alusión que **D.M.M.C.** le hizo referente al «acercamiento» y/o «contacto sexual» que tuvo para la época de los hechos con ROLAND.
- Que de la revisión de la denuncia, encontró que si bien menciona la existencia de expresiones de carácter sexual, no se evidencia *«situación de abuso o afectación emocional o psicológica»*.
- Que al revisar la entrevista realizada por el psicólogo de la Fiscalía, ANIBAL VALDERRAMA, evidenció errores cometidos por este profesional al inducir a la menor en sus respuestas, además de haber ignorado el contacto que ésta dijo haber tenido con NICOLÁS a través de fotografías, al igual que la interacción sexual que sostuvo con RONAL y que con ALEXANDER solamente tuvo una relación afectiva y no sexual.
- Que no encontró afectación emocional o psicológica en la menor, *«existiendo indicadores de veracidad respecto a hechos expuestos con NICOLÁS y RONAL y respecto de ALEXANDER se sostuvo que existían encuentros afectivos, que no expresan afectación de carácter sexual»*.

En suma, sostiene el impugnante, los apartes cercenados por el Tribunal comportan absoluta relevancia, en la medida que lo omitido desdibuja el carácter veraz concluido respecto del relato **D.M.M.C.**, concurrencia que sirvió de fundamento de la responsabilidad penal del acusado.

4.5. De la coordinadora del colegio NORA ELENA GAONA ALVEAR

Apunta el demandante en que la Corporación de segunda instancia pretermitió lo referido en juicio por **NORA ELENA**

GAONA ALVEAR relacionado con el relato que en pretérita oportunidad le entregó **D.M.M.C.**, con ocasión de la revelación y circulación de su foto desnuda en el medio escolar, respecto a circunstancias tales como:

- Que los hechos ocurrieron en noviembre de 2010 y 2011.
- Que el contacto que tuvo con el acusado únicamente fue por celular, sin haber existido contacto sexual
- Que envió fotos suyas a NICOLÁS
- Que no tuvo problemas en el año 2012
- Que observó a la menor **D.M.M.C.** afectada con lo ocurrido.

4.6. De los testimonios KAREN JIMENA MONTES, S.A.S.Q., JAIRO ANDRÉS PALACIO PATIÑO y el procesado ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA

Declaraciones que asegura, fueron cercenadas respecto a:

- Que la menor tuvo una relación con RONAL en los años 2012 y 2013.
- Que **D.M.M.C.** estaba enamorada y obsesionada con el acusado.
- Que aquella no sufrió afectación con los hechos y
- Que después de la denuncia siguió acercándose a **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA.**

De haberse tenido en cuentas estas circunstancias informadas por estos testigos, sostiene el libelista, los jueces hubiesen concluido la falta de coherencia y lógica en el dicho de la menor involucrada, llevando a la decisión contraria a la responsabilidad del acusado.

4.7. Del testimonio del perito psicólogo de la defensa CARLOS ALBERTO VIDAL REYES

La defensa alega el cercenamiento del contenido íntegro de la declaración del profesional, quien develó críticas e insuficiencias en la labor del psicólogo de la Fiscalía, tales como:

- Que realizó un *«contra peritaje forense»* respecto a la valoración psicológica efectuada por el psicólogo de la Fiscalía, ANIBAL VALDERRAMA TOVAR.
- Que encontró una serie de inconsistencias relacionadas tanto con el formato utilizado de informe de investigador de campo, como con la entrevista judicial realizada.
- Indicó que en la labor realizada por el psicólogo de la Fiscalía, no se utilizaron los protocolos en psicología de Medicina Legal .
- Que a partir de la entrevista realizada por VALDERRAMA TOVAR, concluyó que a partir de la entrevista realizada a la menor, no es posible sacar conclusiones sobre funciones mentales complejas, pues no realizó un verdadero examen mental, *«ya que este, solo cumplió con aspectos metodológicos, sin que el mismo haya una referenciación de parte del aludido psicólogo sobre marcos técnicos que permitan llegar a una conclusión»*.

- Que el informe de VALDERRAMA TOVAR es meramente policivo.
- Que las preguntas realizadas por VALDERRAMA TOVAR a la menor, fueron sugestivas, insinuando a la víctima la «suposición» de una relación de carácter afectivo con el acusado, condicionando así la respuesta de ésta desde ese momento. Con ello obstaculizó el entrevistador que el relato de la menor fuese espontáneo, generando una narración de circunstancias por claras, en las que se hizo referencia a diversos actores.
- Que la menor involucrada le refirió haber tenido relaciones sexuales con RONAL, enviado fotografías a otras personas y que respecto a **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, no especificó circunstancias de tiempo, modo y lugar, dejando entrever los vacíos de la entrevista.
- La entrevista practicada a **D.M.M.C.** por VALDERRAMA TOVAR, dejó muchos vacíos, no se realizaron preguntas aclaratorias, resultando insuficiente.
- Que en criterio de este profesional de la psicología, la denuncia de la menor, se presentó como mecanismo de defensa, en virtud de conflicto de orden personal y familiar, por lo que la revelación que realizó de presunto evento abusivo, es poco espontánea.

En líneas generales, alega el impugnante que la prueba pericial ofrecida por VIDAL REYES y omitida por las instancias, apuntaba a refutar desde la psicología forense, la labor, el método, la técnica e instrumentos utilizados por el testigo de la Fiscalía VALDERRAMA TOVAR, cuyo dicho finalmente culminó incidiendo en el fallo adverso a los intereses del acusado.

5. Reproche por falso juicio de identidad - tergiversación y/o adición

Finalmente, en el marco de lo aducido por el defensor como 'cuarto cargo', invocó también la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad, esta vez en la modalidad de tergiversación y/o adición.

Revela que de acuerdo con las consideraciones expuestas por el Tribunal en la sentencia impugnada y según las cuales los testimonios de los psicólogos de la defensa, CARLOS ALBERTO VIDAL REYES y ROSA INÉS POSADA VILLA, al igual que los demás testimonios de la parte acusada, destacaron que la víctima sentía atracción por el enjuiciado y había sido la promotora de los encuentros con el procesado, consintiendo los hechos. Aseveraciones que, indica el casacionista, de acuerdo con lo ya referido como cercenado, nunca realizaron estos testigos, tergiversando el contenido de sus relatos.

En este orden, concluye el libelista, de no haberse adicionado ni cercenado las pruebas presentadas en juicio a favor de su representado, la conclusión respecto de la información brindada por el psicólogo del ente acusador, como de la misma D.M.M.C., hubieran sido otras, dadas las falencias, irregularidades y contradicciones en que éstos incurrieron, siendo imposible derivar de ello tanto la materialidad del delito como la responsabilidad penal del procesado, que permitieran la emisión de sentencia condenatoria.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, el recurrente solicita casar el fallo impugnado y en su lugar absolver a su representado **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA** del delito de actos sexuales con menor de 14 años, disponiéndose su libertad inmediata.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El apoderado del procesado recurrente en casación, insistió en los argumentos de la demanda.

2. El Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte solicitó no casar la sentencia impugnada.

2.1. En relación a las contradicciones en el relato de la menor involucrada, expuestas como primer cargo, para la Fiscalía resulta inapropiado hablar de contradicciones trascendentes en los relatos aportado por **D.M.M.C.** *«pues si bien pueden emerger diferentes términos o palabras frente a lo expresado en una y otra versión de lo sucedido, lo cierto es que en lo esencial, concretamente respecto del origen y de lo que entrañó su relación con **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, el relato de la menor, sin dubitación alguna, refiere cómo, lo que inicialmente empezó como un precario acercamiento a través del envío de fotografías, derivó luego en encuentros en su casa y en múltiples acercamientos físicos acompañados de besos, tocamientos de sus senos y de sus partes íntimas, unas*

veces por encima de la ropa, y otras desnudos, todos ellos ocurridos durante aquellas temporadas».

En criterio del ente acusador, el testimonio se mantuvo en lo esencial en sus diferentes intervenciones con ocasión del proceso. Si se observan ciertas imprecisiones, ello es frente a circunstancias accidentales de menguada relevancia jurídica, explicables por el paso del tiempo y por tratarse de episodios que toda víctima tiende a querer olvidar.

Frente a la supuesta desatención del principio de razón suficiente, relacionadas con las testificaciones de la menor, toda vez que no expuso detalles de la forma en que sucedieron los hechos, ni recordó lo que pasó en cada evento delictual en particular, así como también en las inexactitudes en las fechas, resalta la Fiscalía que la jurisprudencia ha sido reiterada en destacar, que tratándose de esta clase de ilícitos, imprecisiones como las destacadas por el demandante se tornan en intrascendentes. En consecuencia, sostiene que los sutiles olvidos que le impidieron precisar con lujo de detalles lo acontecido en cada encuentro con el procesado, resultan superfluos. Lo importante es que su narración en los elementos medulares del hecho percibido, se mantuvo incólume.

Señala que a diferencia de lo esgrimido por el censor, las versiones de la menor se aprecian consistentes en temáticas puntuales tales como: i) la manera en que conoció a su agresor cuando llegó a reforzar la banda del colegio; ii)

la clase de relación que sostuvieron, primero charlas cortas, intercambio de pines de celulares y envío de fotografías; iii) primeros encuentros con el procesado, cuando éste aprovechaba las horas de la tarde para pasar por el domicilio de la menor, cuando ésta se encontraba sola, y iv) que en esos encuentros al principio no pasaban de simples besos o caricias deviniendo posteriormente en tocamientos más íntimos en sus senos y vagina, época en la cual, también envió fotografías en ropa interior o desnuda, por exigencias que el implicado le hacía.

De otra parte, la censura relacionada con la vulneración de las reglas de la experiencia en la valoración del testimonio de la menor **D.M.M.C.**, en criterio del Fiscal Delegado no está llamada a prosperar, en razón a que ninguna de las reglas postuladas desvirtúan los aspectos esenciales de su relato respecto de los hechos jurídicamente relevantes, aún más, cuando se advierte que en ninguna de sus versiones, la víctima refirió actos típicos de acceso carnal abusivo.

En cuanto a aquella máxima aludida por el demandante, acerca del correlativo alejamiento o animadversión de la víctima hacia su agresor sexual, resalta el acusador, no debe perderse de vista que cada caso comporta circunstancias particulares, como en el sub-iúdice, en el que no existe acción violenta o abusiva del sujeto activo de la conducta, teniendo en cuenta que el tipo penal de actos sexuales con menores de 14 años, eleva tales

comportamientos a delito, independientemente del consentimiento del menor.

El error de hecho por falso juicio de identidad derivado del cercenamiento del testimonio de **D.M.M.C.** también lo descarta el delegado de la Fiscalía, pues el Tribunal evaluó cabal y debidamente la declaración de la víctima, sin adicionar o restar el valor demostrativo pretendido por el censor.

Tampoco advierte el Fiscal omisión alguna en la valoración del testimonio de la menor, pese a las aparentes e intrascendentes contradicciones que la defensa se esfuerza en resaltar insular e inútilmente. En su criterio, el *ad-quem* no realizó una lectura equivocada del testimonio de **D.M.M.C.** habiéndose ajustado en sus premisas a la genuina expresión fáctica de las atestaciones de la perjudicada.

Descartó igualmente las críticas relacionadas con la valoración del testimonio del psicólogo de la Fiscalía, ANIBAL VALDERRAMA TOVAR, al considerar que en últimas el testigo refirió lo transmitido por la menor. Que aquella no hubiera precisado con exactitud lo sucedido o sus afirmaciones no dieran certeza de su edad cuando ocurrieron los hechos, *“no desnaturalizan ni descalifican el dicho de la niña y mucho menos le restan valor (...) a su contenido incriminatorio (...) más si se advierte desprovisto de la menor animadversión de aquella hacia el procesado”*.

Los aspectos relacionados con el método científico empleado por VALDERRAMA TOVAR, son para el Delegado intrascendentes, comportando la idoneidad y trascendencia suficiente para refrendar la credibilidad del testimonio de la niña **D.M.M.C.**

Sobre el testimonio de CARLOS ALBERTO VIDAL REYES, respecto del cual el recurrente planteó falsos juicios de identidad, aduce que el argumento del defensor, *“se ofrece un tanto difuso e impreciso respecto de las premisas de la sana crítica y los principios de la lógica que supuestamente se conculcaron en la valoración del testimonio del psicólogo”*.

En suma, para el representante del ente acusador, *«los razonamientos ofrecidos por el recurrente desconocen la importancia del testimonio de la víctima de un delito de claro contenido sexual, máxime cuando se trata de una menor de edad, para establecer la real ocurrencia de la agresión y las circunstancias de toda índole en que la misma se ejecutó, lo cual en modo alguno significa que sus atestaciones deban asumirse como verdaderas e irrefutables, pues para ello se debe realizar una ponderación conjunta, racional y tranquila de todos los medios de convicción, como efectiva y acertadamente aquí lo hicieron los sentenciadores»*.

Concluye que la prueba obtenida en juicio es suficiente para afirmar la materialidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años, así como la responsabilidad del procesado.

3. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, pide a la Corte no casar el fallo objeto de impugnación, al encontrar que cada uno de los cargos formulados por el recurrente no están llamados a prosperar.

3.1. Frente al primer cargo a través del cual se ataca el fallo de segundo grado por haber concedido valor probatorio al testimonio de la menor, pese a las contradicciones de su relato y ausencia de detalles, encuentra la delegada del Ministerio Público la inexistencia de tales discrepancias, *«Más aún cuando el asunto relativo al punible de acceso carnal abusivo no fue materia del interrogatorio, ni del contrainterrogatorio»*.

Recalca que la joven informó en el juicio que en el 2011 sostuvo una relación simplemente telefónica con el acusado. Durante y con posterioridad a una estancia en la ciudad de Buenaventura, señaló haber proseguido con el contacto telefónico ocasional, enviándole alguna fotografía; y solo, finalmente, tras el retorno a Cali, fue cuando se suscitaron los encuentros con alcance sexual objeto del presente proceso, que tuvieron lugar entre el 2011 y el 2014, lapso en el cual adicionalmente dijo *“haber salido”* con RONAL y MIGUEL ÁNGEL.

En este sentido, afirma que en la sentencia demandada se realizó un estudio del relato, el cual generó la convicción suficiente, sin que se observe en dicha actividad la alteración de su contenido.

En torno a la reglas de la experiencia citadas por la defensa como infringidas (*i. casi siempre que la víctima es vulnerada en su integridad sexual recuerda de forma íntegra los acontecimientos que padeció; ii. Casi siempre que una persona es víctima de un delito sexual recuerda con mayor profundidad el evento más lesivo frente a su sexualidad; y iii. Casi siempre que un menor es víctima de abuso sexual tiende a rechazar, repudiar y alejarse del agresor*), sostiene que «carecen tanto de la debida integración lógica y probatoria al presente caso, como de la especialidad y rigor científicos de su origen y, especialmente, son totalmente ausentes de aplicación al sub iudice por cuanto, como bien lo señala el propio recurrente, tales resultan simplemente aleatorios, ya que como allí se afirma, ellos se irrogan “casi siempre”, lo que implica, un mínimo, un relativo margen de no concurrencia».

Anota que en todo caso, restar credibilidad a la testigo y víctima por no recordar puntualmente detalles secundarios como fechas exactas de cada acto, no solo resulta irrazonable por el paso del tiempo, sino atendible frente a su condición de víctima de este tipo de conductas.

3.2. En torno al cargo por falso juicio de identidad devenido del cercenamiento del testimonio de la menor, refiere la Procuradora que el fallo de segunda instancia tuvo en cuenta lo esencial de la exposición de aquella, tanto en lo que hace a la forma de acercamiento por parte del sujeto hacia su víctima, cómo la relación se profundizó con el tiempo por acción del procesado, los actos sexuales realizados sobre ésta y los tiempos, así como también, el lugar en que ocurrieron;

particularidades llevaron a los jueces a otorgar credibilidad al testimonio, inobservándose en el análisis que éstos realizaron, alteración alguna de la prueba, ya fuera por adición o sustracción. Concluye así que el cargo carece de sustento fáctico que conduzca a declarar su prosperidad.

3.3. Frente al falso raciocinio derivado de la valoración del testimonio de ANIBAL VALDERRAMA TOVAR, estima que de lo referido por la menor a éste y lo relatado por ésta, no se erige alteración alguna. Ahora, que ese relato inicial se hubiese realizado en virtud de pericia practicada por un psicólogo o un acto de entrevista judicial resulta irrelevante, en tanto la ponderación del testimonio y su grado de credibilidad es materia exclusiva del fallador. Por ello el cargo no está llamado a prosperar.

3.4. En lo que concierne a los testimonios de los peritos de la defensa CARLOS ALBERTO VIDAL REYES y ROSA INÉS POSADA VILLA, cuyo cercenamiento reclama el censor, afirmó la Ministerio Público *«no corresponder las atribuciones fácticas que realiza el libelista con los elementos considerativos expuestos por el fallador en su determinación, pues como allí se reseña, independientemente de la iniciativa o no que en los hechos haya tenido la propia víctima, el bien jurídico por cuya protección propende la norma, es la libertad y formación sexuales de los infantes, careciendo ellos de la capacidad de autodeterminarse en estas material, en atención a su condición de inmadurez psicológica. De donde colige , el grado de conocimiento de ilicitud y antijuridicidad del comportamiento se*

reclama es del procesado, encontrándose este ampliamente demostrado del acervo probatorio».

En este orden, concluye, el cargo tampoco está llamado a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En atención a que los defectos de la demanda de casación se entienden superados con su admisión, la Sala procederá a examinar de fondo los reparos formulados por la defensa técnica de **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, los cuales en suma, se contraen a determinar si los fallos de primera y segunda instancia, se fundaron en una valoración indebida de la prueba, que impediría la declaración de responsabilidad del acusado, en los términos exigidos por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

Para la resolución del recurso, la Sala abordará en el siguiente orden las temáticas que a continuación se relacionan, sin perder de vista los singulares reproches presentados por la defensa en su demanda:

- Las pruebas incorporadas en juicio
- Fundamentos de los fallos de primera y segunda instancia
- Reglas probatorias aplicables al caso

- Incorporación de declaraciones anteriores como prueba – alternativas
 - Declaraciones anteriores incompatibles con el testimonio en juicio - Presupuestos para atacar la fiabilidad de un testigo – reiteración de jurisprudencia
 - La entrevista forense a menores víctimas de violencia sexual – artículo 206A CPP – naturaleza - no tiene carácter de prueba pericial
 - Testigo perito.
 - La prueba de corroboración periférica
- El «*online child grooming*» o ‘*propuesta sexual telemática a menores*’
 - Examen de los cargos formulados y
 - Conclusión

1. Las pruebas legalmente incorporadas en juicio

1.1. Testimonio de la menor DMMC

D.M.M.C. rindió su testimonio en el juicio oral, el 15 de julio de 2016, época para la cual contaba ya con 16 años de edad. Allí fue interrogada en cámara de Gesell, a través de la defensora de familia, EDITH ESPERANZA ARANGO CAMPO, y la psicóloga adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ELIZABETH ECHEVERRY LAVERDE.

Señaló haber conocido al procesado, **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, en el colegio, pues éste acudía en reemplazo del profesor de la banda marcial o como refuerzo de

la organización musical a la cual ella pertenecía desde la primaria.

Un contacto más cercano tuvo inicio a partir de un día en que luego de una presentación de la banda, una amiga le pidió conseguirle el PIN de BlackBerry de **ALEXANDER**. Entonces, le hizo la solicitud al joven músico y éste le compartió su PIN. Desde entonces empezó a hablar con el acusado a través de este medio de mensajería instantánea, pues ella igualmente utilizaba esta tecnología. Al principio, cuenta la adolescente, *«hablábamos muy normal, cosas normales, cómo estás, cómo está tu día, él me decía que estaba en ensayos, que me hablaba después, cosas normales»*. Éste tipo de interacción, anotó la declarante, inició cuando ella tenía 11 o 12 años, *«en el 2011 si no estoy mal»*.

Sobre el envío de fotografías a través de este medio al procesado, detalló **D.M.M.C.:**

«Al principio cuando estaba recién hablando con él, me dijo que si le podía mandar fotos mías. Yo lo vi muy normal y le mandé fotos mías. [...] Él me dijo que yo le parecía muy linda, que tenía unas piernas muy lindas, que si le podía enviar una foto con el uniforme de la banda. Pues yo se la mandé, normal. Y ya, dejamos de hablar. Después yo me fui con mi mamá para Buenaventura y en la foto de perfil del PIN puse una foto en vestido de baño. Entonces él me dijo que si le podía mandar una foto en vestido de baño y yo se la mandé en vestido de baño. Ya después me dijo que si le podía mandar una foto de mis piernas y todo eso, y yo le dije pues que no, que no quería. Y ya las cosas quedaron así.»

No volvimos a hablar hasta más adelante, que él me dijo que qué estaba haciendo, yo le dije que estaba en mi casa, entonces él me dijo que si le iba a mandar la foto. Yo le dije pues que no, entonces él me dijo: “ah, esas bobadas tuyas”, que yo no sé qué, entonces yo le mandé la foto normal. Después me dijo que si estaba en mi casa y que qué estaba haciendo, yo le dije que no estaba haciendo nada. Me dijo que si podía arrimar, yo le dije que sí. Ya después de que él estaba afuera, él me dijo que le abriera, yo le dije que no, que me daba mucho miedo. Él me dijo: “deje esas bobadas, tranquila que no va a pasar nada”, que no sé qué, entonces ya después yo le abrí y él entró. En ese entonces vivíamos en la calle 70C Bis # 1A-14, bloque 63, apartamento 302. Él subió cerró la puerta y en ese entonces, solo nos dimos besos, fue aproximadamente de 5 a 7 minutos. Ya después él salió y no volvimos a hablar.

Ya después fue que me dijo que le mandara fotos en ropa interior que él también me mandaba fotos de él, que las iba a borrar y yo le dije que no. Entonces él me volvió a decir que esas bobadas, que no iba a pasar nada, que él las iba a borrar, y yo le mandé una foto. Entonces él me dijo que bueno, que le mandara más, yo le decía que no, que ya no quería mandar más, él me decía “no va a pasar nada, tranquila, deje esas bobadas, que yo te voy a mandar fotos más”. Si no recuerdo mal, él me mandó, si fueron 10 fotos fueron muchas, las fotos que él me mandó. Él no me mandó casi fotos, yo a él si le mandé varias fotos, en esos de 3 a 4 años que estuvimos hablando, le mandé demasiadas fotos a él. Le mandé fotografías en ropa interior, le mandé fotografías desnuda, donde se veían mis senos y mis partes íntimas también».

Cuestionada sobre quién tomaba la iniciativa para enviar las fotos, la menor indicó: «él me decía que le enviara fotos más y que él me iba a mandar de él y yo se las mandaba».

Al preguntársele sobre el contenido de las fotografías que **ALEXANDER** le remitía, informó: *«las fotos que él me mandaba eran o de su torso o si no, hubieron (sic) dos fotos que él me mandó que eran de su miembro».*

Requerida **D.M.M.C.** para que informara si habían sucedido otros encuentros físicos con el acusado, indicó:

«Si señora. Él arrimó a mi casa, donde vivíamos antes, arrimó 4 o 5 veces. Esas otras veces que él arrimó él me tocaba los senos o me tocaba mis partes íntimas. Hubo un momento en que él sacó el celular, no sé si estaba tomando fotos o estaba grabando.

Me tocaba mi vagina, y también los senos».

Ante pregunta realizada en el sentido de dilucidar si la declarante había sido accedida carnalmente de forma alguna por el acusado, fue categórica en ese momento, en indicar que **ALEXANDER** no había realizado sobre su cuerpo acción o acciones diferentes a las ya descritas.

Interrogada acerca de los pormenores ocurridos en cada uno de los encuentros, la menor de edad señaló no recordar muy bien *«porque ya han pasado varios años»*, siendo enfática al afirmar: *«Pero en algunas de las citas, cuando él iba a mi casa, él me tocaba»*, dejando en claro ante la pregunta de la defensora de familia, que la iniciativa tanto en la interacción corporal como para los encuentros, provenía de **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, preguntándole siempre éste, si estaba sola en casa.

En relación con la época en que ocurrieron esos encuentros, relató:

«Tenía 11 o 12 años, ya cuando él iba a mi casa.

[...]

Estas citas se presentaron desde el 2011 hasta el 2014 más o menos. Es más, cuando ya nos cambiamos de casa a la que estamos viviendo ahora, él alcanzó a arrimar una vez a esa casa.»

Acerca de los momentos en que sucedían esos encuentros, precisó:

«Cuando yo estaba sola en mi casa. Por las tardes mi papá trabajaba en zona franca con carros, entonces él mantenía toda la tarde allá. Mi mamá tiene un horario muy extenso, que a veces arrima por las tardes a almorzar, a veces no. Entonces prácticamente mantenía sola todo el día».

Explicó así el motivo por el cual no se siguió frecuentando con **ALEXANDER**:

«Porque yo la última vez que fue a la casa, yo le dije que yo ya no quería y entonces él me dijo “ah, esas bobadas tuyas, siempre con cuentos de niñas” y me eliminó del PIN. No volvimos a hablar.»

Frente al evento relacionado con la circulación de una fotografía de su torso desnudo entre varios compañeros de su colegio, narró la declarante:

«Esas fotografías nunca las ví, pero unas amigas se me acercaron y me dijeron que había una fotografía mía con el torso desnudo, que se la habían mandado a otra compañera. Pues yo asustada, me puse a llorar demasiado, pues pensando porque me daba pena que estuvieran circulando esas fotografías. Un profesor me preguntó -qué te pasa?- porque me vio llorando, yo le dije que no me pasaba nada. Entonces él ya informó a la psicóloga, a la señora YAMILET OCHOA, entonces ella al otro día me llamó y me dijo que qué era lo que pasaba. Yo le dije pues que las fotos estaban circulando y todo eso, y ahí fue cuando llamó a mi mamá. Y mi mamá se dio cuenta de lo que estaba pasando».

En el contrainterrogatorio realizado por el abogado defensor, manifestó la joven que después de los hechos relatados, **ALEXANDER** y ella siguieron asistiendo a las marchas y eventos de la banda, y cuando se veían *«él no me decía nada»*.

Frente a las preguntas realizadas por el hoy recurrente, relacionadas a si había tenido afectación y/o problemas entre los años 2011 a 2014, **D.M.M.C.** respondió que entre 2011 y 2013 su comportamiento fue normal, *«cero problemas»*, sin afectaciones, mientras que en el 2014 no estuvo tranquila *«porque fue el año en que me tocó contar, decirle a las personas lo que me estaba pasando, por lo menos cuando fuimos a denunciar en CAIVAS me tocó contarlo, volver a revivirlo, entonces fue muy duro para mí»*.

1.2. Testimonio de la progenitora de DMMC

ALBA NORA CASANOVA TENORIO, narró que en el año 2014 fue citada al colegio donde estudiaba **DMMC**, donde la psicóloga le informó acerca de la existencia de una fotografía de su hija con el torso desnudo, la cual se encontraba circulando vía PIN en los teléfonos de los estudiantes del plantel. Imagen que afirma la declarante nunca vio.

De acuerdo con lo que le informaron en el centro de estudio, la foto había surgido de un contacto de nombre NICOLÁS PERDOMO. Sin embargo, su hija le manifestó que aquella imagen solo la había enviado al acusado **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, a quien la declarante distinguía desde años atrás como integrante de la banda marcial a la cual también pertenecía su hija desde los 6 años. Anota que **ALEXANDER** *«siempre pertenecía al grupo de los vientos, era el que prácticamente entrenaba a los niños que empezaban a integrar la banda músico-marcial»*.

A raíz de lo sucedido en el colegio, refiere que su hija avergonzada y muy afectada, le cuenta los hechos denunciados que constituyen objeto juzgamiento en el presente asunto (los cuales aclara que la niña no contó en el colegio) y que de acuerdo con aquél relato iniciaron en el último trimestre del año 2011.

Acerca de circunstancias que le constan y rodean lo acontecido, en efecto confirmó la señora ALBA NORA que para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011 fue citada a un curso en la Escuela de Suboficiales en Bogotá,

época por la cual decidió hacer reposición de su teléfono celular, dejándole el equipo viejo a su hija **DMMC**. En ese entonces, su hija tenía 11 años, cumpliendo 12 a final de año.

Reconoció igualmente la testigo, que su trabajo le impedía estar con su hija en casa, retornando a casa frecuentemente entre 8 y 9 pm.: *«[...] mi hija como estudiaba en la mañana, la ruta la recogía por la mañana y nuevamente la dejaba en la tarde. Ella aproximadamente tipo entre 2:30 y 3 de la tarde ya quedaba en el apartamento, ella quedaba ahí sola [...]»*.

1.3. Testimonio de la coordinadora de convivencia del colegio

NORA ELENA GAONA ALVERAR, profesora y coordinadora del plantel educativo Nuestra Señora de la Anunciación, refirió el evento acontecido en el colegio con la fotografía de **DMMC** desnuda, que circuló entre los demás estudiantes, la cual anotó, nunca observó.

Atendió y acompañó a **DMMC** en el momento en que sus amigas le informaron de tal imagen: *«[...] Yo me fui a la sacristía y conversé con la niña y la niña lloraba y que estaba en crisis totalmente; es muy triste como la vi, gritaba, lloraba, no paraba de llorar y no podía hablar»*.

1.4. Testimonio del psicólogo de la Fiscalía

ANIBAL VALDERRAMA TORRES, indicó que en el presente caso, recibió orden de trabajo, a través de la cual se le solicitó obtener de la menor **DMMC** testimonio sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos objeto de investigación, *«para que la menor diera las respuestas de investigación: qué, quién, cómo, cuándo y dónde»*. Encargo cuyo producto, explicó, está dirigido *«para la autoridad que está desarrollando la investigación, para que pueda tomar decisiones investigativas y judiciales si lo cree conveniente»*.

Como herramienta para recibir el testimonio encomendado, señaló haber utilizado el protocolo desarrollado a nivel nacional por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, denominado *‘Abordaje integral forense para la investigación del delito sexual’*, en tanto éste no solo fue diseñado en el entorno social colombiano, sino también porque es integral, por cuanto contiene un protocolo para obtener un testimonio y establece pautas para proteger al menor que está ante la diligencia judicial. Su metodología la explicó así a la audiencia:

«Este protocolo es básicamente una entrevista semi-estructurada que contiene preguntas abiertas, semi-cerradas y cerradas, que origina profundidad en la versión que se está dando, a través de las preguntas abiertas, semi-cerradas y cerradas. Se inicia con una conversación con la menor sobre sus capacidades mentales, o si no las tiene las capacidades correctas mentales, remito al especialista. Pero en este caso la menor tenía completamente estructurado su yo en relación consigo misma, con los demás con su entorno. [...] Se empieza con la pregunta

totalmente abierta, para libre rememoración y libre verbalización. Entonces se le preguntó a DMMC cuál era el motivo -porqué estás aquí-, - qué fue lo que ocurrió para que tú estés sentada con nosotros en esta entrevista- En ese momento estaba presente la defensora de familia de Bienestar Familiar, dándole cumplimiento al Código de Infancia y Adolescencia. [...]».

Luego de recordar lo señalado por la menor en relación con la primera pregunta, el declarante continuó explicando el desarrollo metodológico de la entrevista, a fin de obtener respuestas a las demás preguntas de investigación.

Frente a la narración que le hizo la menor, describió el psicólogo de la Fiscalía, que la observó afectada emocionalmente al relatar las razones por las cuales había terminado el tipo de relación que había surgido con el acusado, describiendo así lo percibido:

«En ese momento se observa que su tono de voz se vuelve melancólico y eso es coherente con su expresión paraverbal. Porque se observa el cambio en su figura, en su expresión, donde es coherente con la expresión que está efectuando, porque es algo que le afecta a ella emocionalmente, pero en ningún momento afecta el contenido de la narración, ni el relato de la narración porque ella continúa haciéndolo de manera coherente con todo lo que ella viene afirmando. Además en la primera pregunta inicial sobre “el qué”, ella hace un resumen muy total y muy detallado que después lo vamos desmenuzando con el quién, el cómo y cuándo. En ese momento se siente que a ella le afecta que esta persona la haya utilizado de la manera emocional y sexual, porque es el concepto de ella».

Al preguntársele por las razones por las cuales consideró a la menor coherente, indicó que además de lo ya expresado, también tuvo en cuenta el tono y la coherencia entre su expresión verbal y para-verbal. Además de encontrar que la información brindada coincidía en su mayoría con información previa recolectada, como lo eran el informe técnico de Medicina Legal y la denuncia instaurada por la progenitora.

Al preguntársele sobre los comportamientos observados en **DMMC** al rendir la entrevista y que dejó plasmados en su informe de investigador de campo, describió:

*«[...] la menor se ubicaba en el espacio-tiempo. La menor no tenía problema de pronunciación, a nivel de construcción verbal, no tenía problema de entonación, eso hacía que yo le comprendiera todo el contenido de su narración. La menor entabló una relación acorde conmigo y con la defensora de Bienestar Familiar que estaba presente [...] Cuando yo le pregunté por sus generales de ley, lo que estoy haciendo es mirando sus procesos superiores, tenía toda la capacidad para rememorar la información vivida por ella en la realidad. [...] Todo eso, [...] me hizo concluir que ella en ese **momento estaba verbalizando libremente y espontáneamente un hecho, donde yo veía que tenía conexión con la realidad**».*

En el contrainterrogatorio, el defensor, entre otros aspectos, solicitó al psicólogo indicar si la realización de esa sola entrevista era suficiente para concluir su credibilidad y veracidad, a lo cual el testigo aclaró, que la labor encomendada nunca incluyó emitir tal concepto.

Al ser requerido por no haber utilizado otros protocolos, VALDERRAMA TOVAR dejó en claro que aquellos no eran necesarios para la actividad encomendada, la cual – insistió – consistía en obtener un testimonio con técnica y metodología, minimizando la revictimización de la menor, a fin de extraer insumos para la investigación. Y el protocolo de Abordaje Integral utilizado, justamente es empleado para obtener ese tipo de testimonio.

Especificó igualmente, que la naturaleza de la entrevista que se le ordenó recolectar, es diferente al tipo de labor que normalmente encargan a los psicólogos de Medicina Legal, a quienes solicitan evaluaciones y/o valoraciones de afectación emocional. En su caso, su trabajo fue obtener un testimonio sobre hechos que en ese momento se estaban investigando, para lo cual solamente necesitaba una entrevista a través de una técnica y metodología, como lo es el ‘Abordaje integral forense’.

1.5. Testimonio de la psicóloga del colegio

YAMILET OCHOA MARTÍNEZ, narró ante la audiencia lo relatado por la menor respecto a la fotografía que de su cuerpo desnudo estaba circulando en las redes sociales. Percibió que la, en ese entonces, preadolescente tenía temor por su familia, se sentía intimidada *«[...] incluso en un momento yo sentí que ella trataba como de proteger a una persona, no me era clara la persona»*.

1.6. Testimonio de ROSA INÉS POSADA VILLA

ROSA INÉS POSADA VILLA fue acreditada por el abogado de la defensa, como profesional de la psicología, maestría en educación, psicóloga de Comisaría de Familia, y docente universitaria.

Explicó habersele encomendado por la defensa realizar experticia consistente en *«tratar de encontrar situaciones y/o indicadores de probabilidad frente a los hechos acontecidos que estaban remitidos (sic) en la documentación»*, en otras palabras, aclaró, encontrar indicadores de veracidad y/o credibilidad, para lo cual le fueron entregados como insumos: examen de Medicina Legal, denuncia, entrevista forense e historia clínica de atención médica.

La profesional de la psicología da a entender en su salida en audiencia, que la develación de los hechos fue *«accidentalmente circunstancial»*, como *«mecanismo de defensa»* de la menor, al verse expuesta como consecuencia de la circulación de fotos de su corporeidad.

Refirió la experta, que en los documentos analizados se habla de varios nombres: ALEXANDER, a quien se acusa en un principio de publicar la foto; NICOLÁS, de quien se dice fue quien finalmente puso a circular la imagen y RONAL, con quien la niña **DMMC** sostuvo una relación sentimental.

Respecto a la entrevista forense practicada por su homólogo ANIBAL VALDERRAMA TOVAR, indicó:

«[...] realmente es una información muy vacía ya que se omiten indicadores importantísimos como la evaluación que se hace previo, durante y al final de la entrevista, en cuanto al examen mental, las condiciones actitudinales, afectivas, cómo llega, durante la entrevista, cómo permanece. [...]»

Al ser cuestionada si encontraba preguntas sugestivas en la entrevista realizada por el psicólogo de la fiscalía, respondió tajantemente que no. Sí encontró fallas por omisión, como consecuencia de la limitación del tiempo.

Explicó la psicóloga, que los estudios especializados identifican dos maneras de abuso sexual: una, a través de la sugestión, seducción y/o vinculación afectiva; y otra, a través de la agresión física, precisando:

«Esas dos situaciones generan un evento traumático de manera distinta. Pero también la cronicidad. Entonces las conductas sexualizadas identificadas en la niña caben en el primer ítem, desde la teoría de la etiología del abuso, esta me da a mí a entender que se venía presentando de manera continuada, por qué, por el detalle de la exposición de la niña frente a las imágenes mostradas, porque no es muy probable que se presente inicialmente una imagen con la explicitud de esa exposición corporal para una fotografía [en este punto por interrogante de la defensa, la psicóloga anota que se está refiriendo a la fotografía que circuló en el colegio y de la cual se dijo NICOLÁS inició su rotación].

[...]

Me da a mí a entender que este evento debía estarse presentando de manera continuada desde hacía algún tiempo por la característica de la exposición de la corporalidad de la niña. Desde los estudios y las indagaciones al respecto de estos fenómenos, vemos que se genera de manera paulatina: primero la persona detrás de la pantalla o detrás del celular, seduce, enamora, encanta, convence, sugestiona a la niña para lograr obtener de ella de manera paulatina esos recursos. Entonces primero esa foto con la ropita del uniforme , luego la foto en vestido de baño, va trascendiendo en la medida de que va generando esa necesidad psicoafectiva y como digo yo, el soporte desde la teoría ecológica o de la ecosistémica que planteamos es la familia. Y las relaciones de familia son las que permiten generar los factores protectores para prevenir o para atender esa situación específica. Entonces ese primer evento que influyó para desencadenar esa conducta y esa necesidad afectiva, porque también identifiqué dentro de las falencias, hay unas dificultades a nivel parental, la figura paterna no está presente de manera continuada, la madre está de manera constante en sus labores de trabajo. Entonces la niña debe hacer su propia construcción de identidad, que puede ser de manera adecuada o no adecuada, dependiendo de las influencias del contexto, en ese momento específico».

Si bien la declarante al analizar la entrevista practicada por el psicólogo de la Fiscalía afirma que *«en algún momento del discurso se volvió confuso, dubitativo, pienso yo que era precisamente por las circunstancias en las cuales emergió el evento»*, precisando seguidamente **«pero cada momento en su tiempo, fue claro en relatarlo»**.

Insistió la psicóloga en afirmar que de su estudio no concluye afectación frente a los eventos relacionados con

ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA: *«yo lo único que les puedo confirmar es que la medida en que habiendo eventos de carácter sexual, que involucran esta parte relacional-afectiva, no se encuentra afectación emocional o psicológica como consecuencia de la exposición a situaciones traumáticas de características de abuso sexual».*

Ante preguntas del Ministerio Público, no descartó la psicóloga que en algunos eventos, las relaciones afectivas pueden ser causa probable de algún tipo de abuso sexual, al igual que la omisión de información por parte de víctimas de abuso sexual, puede estar ocasionada por el interés en proteger a una persona y que no se sepa acerca del abuso.

1.7. Testimonio del psicólogo de la defensa CARLOS ALBERTO VIDAL REYES

Fue acreditado como psicólogo forense, con experiencia en el área en la Fiscalía General de la Nación, la academia y su propia empresa.

Realizó el experto contra-pericia de informe presentado por ANIBAL VALDERRAMA, en el que se plasmó entrevista a la menor **DMMC**, y evaluación practicada a **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**.

En relación con la primera, concluyó que el informe presentado por VALDERRAMA TOVAR no puede ser tenido como experticia, no utiliza los protocolos debidos y carece de un

análisis psicólogo-forense, correspondiendo más bien a un mero informe de policía judicial contentivo de una entrevista judicial en el marco del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal. Concluye que lo realizado por VALDERRAMA TOVAR carece de los presupuestos técnicos que debe cumplir una experticia forense, entre otros, examen de orden mental y psicológico forense.

Critica que la entrevista realizada contiene preguntas sugestivas, además de resultar insuficiente, para determinar los hechos objeto de investigación.

Respecto a la evaluación practicada al procesado, señaló que los resultados obtenidos indicaron la ausencia de hallazgos en el sentido de que **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA** tuviera un comportamiento sexual patológico.

1.8. Testimonios de KAREN XIMENA MONTE ARCE, SUSANA ANDREA SILVA QUINTERO, JAIRO ANDRES PALACIOS PATIÑO y KAROL LIZET CAMARGO MORENO

Los mencionados en precedencia, en su orden, corresponden a la novia del acusado para el año 2013, una amiga de **DMMC**, el director de la banda músico-marcial del colegio Nuestra Señora de la Anunciación y una estudiante de la referida institución educativa y amiga del procesado.

KAREN XIMENA MONTE ARCE afirmó que el grupo al cual pertenecía **DMMC** en la banda, eran niñas «alborotadas» y

«coquetas». Refiere que a **DMMC** y a sus amigas se les notaba que les gustaba **ALEXANDER**. No le consta ninguna relación entre el procesado y **DMMC**, resaltando que **ALEXANDER** la ignoraba. Anotó que supo que **DMMC** sostenía una relación con RONAL. Por lo que su novio le contó, **DMMC** fue quien le envió las fotos él y cuando recibió las fotos borró la conversación y la eliminó a ella.

S.A.S.Q. estudió entre los años 2011 y 2013 al colegio Nuestra Señora de la Anunciación, siendo amiga de la joven involucrada. Informó que según le contó **DMMC** salía con un muchacho de nombre RONAL y a ella le encanta, estaba muy enamorada de **ALEXANDER**. No vio nunca ningún tipo de relación o contacto del procesado con **DMMC**., ni le consta personalmente el momento en que **DMMC** envió la fotografía ni los diálogos que sostenía ésta al momento de enviar la imagen.

JAIRO ANDRES PALACIOS PATIÑO, director de las bandas musicales en las que participaba acusado y víctima, dijo no constarle la existencia de relación alguna entre estos dos, percibiendo que la menor perseguía a este último y éste a su vez era repelente.

KAROL LIZET CAMARGO MORENO refirió que por **ALEXANDER** tuvo conocimiento que **DMMC** lo llamaba y lo molestaba y que él era cortante con ella.

1.9. Testimonio del acusado ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA

De acuerdo con su relato, **DMMC** lo perseguía cuando se veían en los ensayos y presentaciones de la banda músico-marcial e incluso en algunas oportunidades le pidió después de los ensayos que la llevara a casa. Anotó que él nunca atendió los requerimientos de la menor.

DMMC lo contactó y le hizo una envío de una foto en un top; borró la imagen y la bloqueó. Luego lo contactaba a través de otros PIN por medio de teléfonos de sus compañeras.

Manifestó nunca haber realizado los hechos por los cuales ha sido acusado. En su criterio, la niña tenía una obsesión con él, hasta el punto de haberlo involucrado en este proceso.

Escuchó por compañeros de la banda, que sostenían un tipo de juego con **DMMC**, que se veían, se besaban.

2. Fundamentos de los fallos de primera y segunda instancia

2.1. El Juez de primera instancia encontró demostrada la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, a través de las pruebas legalmente incorporadas, principalmente el relato de la menor en juicio y las declaraciones de la progenitora de aquella, ALBA NORA CASANOVA, y el psicólogo ANÍBAL VALDERRAMA TOVAR.

Al aludir a este último, el *a-quo* hizo mención al contenido del relato que la menor entregó a VALDERRAMA TOVAR, resaltando la *«conclusión de todo el análisis que él hizo como perito»*, de acuerdo con la cual, **DMMC** verbalizó libre y espontáneamente un hecho que se observaba, tenía conexión con la realidad.

Estimó que lo dicho por madre y psicólogo, confirmaba *«aún más el trato cercano que tuvo el enjuiciado con la menor DMMC, trato que permitió que aquél fuera ganando poco a poco su confianza, al punto que no solamente le enviara fotos desnudas de sus partes íntimas, sino que le abriera la puerta de su casa para que él ingresara, la besara, le tocara sus senos y su vagina, lo cual ocurrió en varias oportunidades [...]»*.

Frente a la calificación del testigo, verificó el fallador de primer grado, que en efecto se trataba de un investigador criminalístico grado II de la fiscalía y psicólogo, por ende, con *«la idoneidad para en sus entrevistas valorar a los entrevistados con la óptica que su profesión le brinda»*.

Con respecto a los cuestionamientos realizados por los psicólogos traídos por la defensa a la entrevista realizada por ANIBAL VALDERRAMA a la menor comprometida, no otorgó relevancia, en tanto **DMMC** rindió su propio testimonio en juicio con el lleno de formalidades establecidas en la ley, donde el fallador tuvo oportunidad de apreciar su dicho de manera directa, percibiendo la seguridad y coherencia de su relato, sin

encontrar contradicción alguna en su versión, ni con los demás testigos de la Fiscalía.

De 'genérico' calificó el testimonio de **KAREN XIMENA MONTE ARCE**, el cual no pone en tela de juicio las pruebas en contra del enjuiciado, máxime cuando esta clase de delitos son cometidos sin testigos.

Finalmente, como carente de contundencia catalogó la narración entregada por el acusado, quien en todo caso no negó ocurrencia de comunicación vía PIN con **DMMC**.

2.2. El Tribunal, encontró igualmente corroborada la versión de la niña, con los testimonios de su progenitora ALBA y del psicólogo de la Fiscalía, *«quienes ofrecieron un relato de aquello que conocieron con ocasión de los presuntos abusos de los que fue víctima, suministrando circunstancias de tiempo, modo y lugar, de las que ella misma los había enterado durante sus diálogos y entrevistas, que la Sala encuentra coherentes y consistentes entre sí, y por tanto, dignas de credibilidad»*.

Para la Segunda Instancia, *«la contundencia de la narración efectuada por la víctima y la espontaneidad con la que el testigo psicólogo, presentado por la Fiscalía narró todo cuanto ella le había contado, con absoluta relación entre sí, son el fundamento de la responsabilidad del procesado, la cual para la Sala se presenta con el riguroso grado de conocimiento*

exigido por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia de condena».

Como un medio de convicción apreciable, tuvo al psicólogo ANIBAL VALDERRAMA TORRES, en tanto tratándose de menores víctimas de agresiones, el sistema judicial requiere de apoyo de psicólogos, médicos y técnicos, entre otros profesionales, que funjan como fuente directa del conocimiento de los hechos.

Acogió en consecuencia las conclusiones de coherencia, claridad y lógica a las que arribó dicho profesional luego de la observación del desenvolvimiento y de la narración de la adolescente en la entrevista.

Frente a las críticas relacionadas con la omisión en la utilización de protocolos de psicología forense y metodología del interrogatorio, concluyó el Tribunal que la declaración de VALDERRAMA TOVAR *«dentro de su ciencia y oficio se mostró versada frente al conocimiento que poseía de su profesión, evaluando circunstancias concatenadas con los hechos aquí investigados que le permitieron al a-quo establecer que el relato de la víctima no era producto de la mentira o la fantasía».*

Carente de incidencia en la responsabilidad del acusado y en la credibilidad de la víctima encontró el *ad-quem* las hipótesis referidas por algunos testigos de la defensa relativas a la relación de DMMC con algún otro joven (RONAL o NICOLÁS) o inclusive sobre la responsabilidad de quien pudiera difundir

la fotografía que ésta envió a través de su celular, en la medida en que la versión de la menor involucrada no encontró rastros de una ánimo fantasioso o malsano hacia el enjuiciado.

Respecto a los testimonios de ROSA INÉS POSADA VILLA, CARLOS ALBERTO VIDAL REYES, KAREN XIMENA MONTE ARCE, SUSANA ANDREA SILVA QUINTERO, JAIRO ANDRES PALACIOS PATIÑO y KAROL LIZET CAMARGO MORENO, a través de quienes se pretendió destacar que DMMC sentía atracción por el procesado y en tal medida no solo consintió los hechos sino también tuvo la iniciativa, recordó la Corporación de segundo grado, que lo que sanciona la norma a través del tipo penal investigado, es la realización de cualquier conducta sexual con un menor de 14 años, pues no tiene capacidad de autodeterminarse.

3. Reglas probatorias aplicables al caso

3.1. Incorporación de declaraciones anteriores como prueba – alternativas

El artículo 16 de la Ley 906 de 2004, consagró como principio rector del proceso penal el '*principio de inmediación*', de acuerdo con el cual «*En el juicio oral únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento*». Con ello se garantiza no solo el conocimiento directo y personal por parte del juez de la prueba que lo conduce a tomar la decisión

acertada, sino también, el derecho a la confrontación de quien se puede ver afectado con ella.

En tal virtud las entrevistas, declaraciones y/o exposiciones anteriores al juicio carecen por regla general y en principio, de vocación probatoria.

Sin embargo el Código de Procedimiento Penal de 2004 consagró algunas excepciones a la citada regla, las cuales constituyen casos específicos, que atados al cumplimiento de unos precisos presupuestos, pueden prestar cierta utilidad a fin de alcanzar la verdad procesal, o bien, en ciertos casos, ingresar como prueba. Se trata de los dispositivos que a continuación se relacionan:

- *La prueba anticipada*, la cual concede la oportunidad de practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los requisitos de ley (artículo 284 CPP);
- *la prueba de referencia admisible*, que hace posible la admisibilidad de declaración realizada fuera del juicio oral, en los casos legalmente establecidos (artículo 438 CPP);
- *el testimonio adjunto*, a través del cual, ante la retractación del testigo o cambio de versión, permite la incorporación como prueba de las declaraciones inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio; y

- *la impugnación de credibilidad*, con el cual se busca mostrar la existencia de contradicciones u omisiones del testigo en juicio, otorgando la posibilidad – de no aceptar el declarante el aspecto concreto de impugnación – de incorporar el apartado respectivo de una declaración anterior, a fin de cuestionar y/o restar credibilidad de su relato (artículo 403 CPP).

No de otra forma, será posible la incorporación de manifestaciones realizadas en estadios previos a la etapa probatoria del juicio oral.

3.2. Declaraciones anteriores incompatibles con el testimonio en juicio / Presupuestos para atacar la fiabilidad de un testigo, reiteración de jurisprudencia

La utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación, constituye una de las herramientas de las partes para cuestionar la credibilidad de los testigos presentados por su extremo contrario y/o para restarle credibilidad a la narración.

Así lo permite el numeral 4º del artículo 403 de la Ley 906, de acuerdo con el cual, la credibilidad del testigo se puede impugnar, específicamente con relación a *«manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías»*.

De igual manera lo contempla el artículo 347 *ibidem*, cuando indica que las partes podrán aducir declaraciones juradas por cualquier testigo, y para hacerlas valer como impugnación estas deben ser leídas durante el conainterrogatorio, lo cual no implica, establece la norma, que tales expresiones se pueden tomar como prueba, por no haber sido practicadas con sujeción al conainterrogatorio de parte.

De tal forma, el primer e indispensable presupuesto para su utilización es que la referida entrevista y/o declaración anterior, haya sido *debidamente descubierta* en el momento procesal oportuno, sin que exista la imperiosidad de haber solicitado su empleo en audiencia preparatoria, toda vez que su uso surge durante el interrogatorio. En este orden, deviene como segundo presupuesto, la *solicitud expresa por parte del interesado de incorporación del aparte cuestionado*, garantizándose el derecho de oposición o contradicción.

De esta manera, admitido e incorporado el segmento de la declaración debatido, se podrá conainterrogar al testigo en tal sentido, posibilitando el real ejercicio del derecho de contradicción.⁵

Es por lo hasta aquí expuesto, que una posterior crítica al testimonio por contradicción con versiones anteriores al juicio sin adelantar las fases hasta aquí explicadas, será

⁵ En este sentido, CSJ SP4191, de 28 de octubre de 2020, Rad. 56209.

extemporáneo e inútil, en tanto se impediría el debido ejercicio del derecho de contradicción.

En este contexto, se aplica la regla procesal, ya decantada por la jurisprudencia de la Corte, de acuerdo con la cual:

*«Si la defensa no impugna la credibilidad del testigo en juicio por una declaración contradictoria con otra que ha sido rendida de manera previa, posteriormente no puede cuestionar la fiabilidad, con la versión que no fue incorporada».*⁶

3.3. La entrevista forense a menores víctimas de violencia sexual – artículo 206A CPP / Naturaleza- no tiene carácter de prueba pericial.

Dentro de las técnicas de indagación e investigación contenidas en el Código de Procedimiento Penal de 2004, el legislador a través de los artículos 1 y 2 de la Ley 1652 de 2013 introdujo la *‘entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal relacionados con violencia sexual’* (artículo 206A CPP), incluyéndola en el catálogo de “elementos materiales probatorios” del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal.

⁶ En este sentido, recientemente, CSJ, SP3981-2022, de 30 de septiembre, RAD. 56993.

La norma en comentario (artículo 206A ibidem) 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 1º 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 [...]»***.

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»*.

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.⁷

No significa lo expuesto, que la *entrevista forense a menores víctimas de delitos sexuales* esté siendo elevada a la categoría de “prueba autónoma”, debiéndose entender este elemento material probatorio dentro de la sistemática de la Ley 906 de 2004, de acuerdo con la cual, ‘prueba’ es solo aquella que ha sido practicada o incorporada en la audiencia de juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación y contradicción por las partes.

Ahora, que el personal especializado que realiza la entrevista deba rendir un informe detallado y exista la posibilidad de que aquél profesional pueda ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado, no lo convierte por sí solo en prueba pericial, en tanto no iguala la naturaleza de esta última, ni supe las exigencias que se le imponen a este medio probatorio específico.

⁷ En este sentido, Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2014.

3.4. La prueba pericial

En la reconstrucción histórica de los hechos objeto de juzgamiento, en algunos casos, el conocimiento de circunstancias que los rodearon, ya sean principales o accesorias, se refieren a cuestiones sobre las que el juez como destinatario de la prueba, carece de los conocimientos suficientes como para poder apreciarlas. Como al juez solo se le exige que sea técnico en derecho, mas no en otras ciencias, ante la ausencia de conocimiento en técnicas diversas, artes o especialidades, se erige la necesidad de recurrir al auxilio de expertos para que lo ilustren sobre tales extremos. Para suplir tal deficiencia, se erige la prueba pericial.

En este contexto y conforme lo estipulan los artículos 405 y ss. de la Ley 906 de 2004, la prueba pericial es procedente, *«cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados»*.

Así, este particular medio de prueba tiene como finalidad, **brindar al juez conocimientos científicos o técnicos, necesarios para resolver el caso sometido a su conocimiento.**

Su incorporación, está sujeta al cumplimiento de un debido proceso, ya reiterado por esta Corporación en diversos

pronunciamientos,⁸ el cual se sintetiza en el cumplimiento de las siguientes etapas:

- Descubrimiento del informe base de la opinión pericial en las oportunidades reguladas por la ley (artículos 344, 356 y 415 CPP), indicando los puntos sobre los cuales recae la pericia.

- Enunciación y solicitud motivada de su incorporación en audiencia preparatoria, delimitando el tema sobre el cual versará la prueba.

- Decreto, previa verificación del cumplimiento de parámetros de pertinencia, necesidad y utilidad; y finalmente.

- Comparecencia del perito a juicio a rendir interrogatorio bajo el cumplimiento de los lineamientos establecidos en los artículos 417 y 418 *ibidem*.⁹

De lo hasta aquí expuesto se deduce entonces, que no todo individuo convocado a juicio a rendir su testimonio y que se acredite como personal especializado (profesional o técnicamente) en una materia específica, por ese simple hecho

⁸ Entre otros cfr. CSJ, SP3960 de 23 de noviembre de 2022, Rad. 58476; SP 4191 de 26 de octubre de 2020, Rad. 56209.

⁹ En juicio oral el perito deberá comparecer a rendir interrogatorio, durante el cual, en primer lugar, se establecerá su condición de experto en la respectiva materia (conocimientos teóricos y prácticos). Enseguida, deberá explicar: (i) los «principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis», (ii) el grado de aceptación de los mismos en la comunidad científica, (iii) los «métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso», y (iv) «sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza». (art. 417 C.P.P.)

deberá ser tenido como perito en los términos establecidos por los artículos 405 y ss. Para tener tal calidad, no solo debe cumplir con la técnica hasta aquí descrita, sino que también, principalmente, deberá haber sido primigeniamente requerido o convocado por alguna de las partes del proceso y en virtud de su especialidad, a rendir su experticia o concepto científico específico sobre un tema, para el cual se *requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados*.

Entonces, no ofrece dificultades la diferencia entre el testigo común y el perito. Teniendo en cuenta la naturaleza y las características de cada uno de ellos, se delimita con claridad la especial diferencia entre ambos: el testigo común está llamado a narrar su experiencia sobre hechos pasados, mientras que el perito emite dictamen sobre cuestiones que pueden ser pasadas, presentes o futuras. Fundamentalmente y salvo algunas excepciones, el perito emite juicios de valor, mientras que el testigo narra sobre hechos que ha percibido por sus sentidos.

Luego entonces, el personal profesional, técnico o experto, que en la etapa de indagación o investigación ha sido asignado para realizar la *entrevista forense* a menores víctimas de delitos sexuales a fin de establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el delito (artículo 206A del Código de Procedimiento Penal de 2004), comparezca al juicio oral, por el simple hecho de su especialidad, no tiene la calidad de perito y no puede ser convocado ni tenido como tal dentro del proceso. En consecuencia, su testimonio se registrará

por lo dispuesto en el artículo 402 de la Ley 906¹⁰ y, por consiguiente, serán exclusivamente testigos de la existencia de la entrevista practicada, de su contenido, así como de las circunstancias que la rodearon. En tal virtud, estarán habilitados para manifestar sus observaciones sobre el comportamiento del entrevistado durante esa declaración. Será *testigo de acreditación*, en aquellos casos en que por su intermedio y cumplido el trámite procesal pertinente, se pretenda incorporar la entrevista practicada de manera previa al juicio oral, como prueba de referencia admisible.

3.5. La prueba de corroboración periférica

Rasgo esencial de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, es su comisión en ámbitos reservados, privados, fuera del alcance de cualquier observador, por lo que el único testigo de la agresión o abuso, resulta siendo la propia víctima.

Cuando tales conductas ilícitas no dejan rastros en el cuerpo de quien afirma haber sido abusada, la Fiscalía se enfrenta a la difícil tarea de demostrar lo acontecido, ante el déficit que el secretismo del delito implica.

A fin de palear tales situaciones, la jurisprudencia de la Corte ha recurrido a la metodología de la '**corroboración**

¹⁰ Artículo 406: **Conocimiento personal.** «El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir. [...]».

periférica', la cual propone acudir a la comprobación de datos marginales o secundarios, que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha explicado:

«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 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».*¹¹

En este contexto, el uso de los elementos citados, entre otros, permitirán a través de esta metodología aportar a los jueces mejores herramientas para resolver.

4. El «online child grooming» o ‘propuesta sexual telemática a menores’

El ‘grooming’ o ‘child grooming’, hace referencia, en pocas palabras, al *contacto vía TICs, preordenado a la actividad sexual con menores.*

La literatura especializada se refiere a esta actividad como una especie de ‘*seducción emocional de menores de edad*’, a fin de conseguir que éstos realicen conductas sexuales, ello, haciendo uso de las tecnologías de la información, sin excluir el uso de otras formas de comunicación off-line.¹² En otras palabras, el término cobija el “*conjunto de estrategias, conducentes a ganarse la confianza de un menor de edad obteniendo control sobre el mismo para lograr tener acceso sexual a éste*”, describiéndose como “el

¹¹ CSJ, SP1525-2016.

¹² Entre otros, *Salter Ana C.*, Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse, Sage Publications, August 1995.

*proceso con el que se inicia el ciclo de abuso sexual, llegando a constituir una parte integral de todo el proceso de abuso”.*¹³

Esta actividad puede abarcar un intercambio epistolar erótico o sexual con el niño o niña, en el que de manera progresiva y conforme avanza el diálogo, el actor puede solicitar audios, fotos o sugerir encuentros.

Los estudios acerca de este proceso de socialización entre el adulto y el menor de edad con fines en últimas criminales, han identificado las siguientes fases del ‘grooming’:

«- **Fase de establecimiento de amistad**, que implica que el ofensor conoce al niño. [...] en esta fase generalmente el ofensor requiere al menor que le facilite alguna fotografía suya con una doble finalidad: confirmar que efectivamente ha iniciado una relación con un menor, y asegurarse de que el menor se adecúa a su predilección. Las solicitudes de fotografías generalmente se limitan únicamente a aquellas imágenes en que aparece solo la cara del menor o que son tomadas durante vacaciones familiares o en circunstancias de este tipo; hay que esperar a un momento posterior para que las solicitudes escalen hasta pedir imágenes sexuales del menor.

- **Fase de conformación de la relación**, que es una extensión de la primera fase en la cual el adulto puede iniciar conversaciones sobre cuestiones relacionadas con la vida del menor,

¹³ En tal sentido, Ost, S., Chlid Pornography and Sexual Grooming. Legal and Societal Responses, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pág. 32 y ss; McAlinden, A.M., “Grooming” and the Sexual Abuse of Children, Institutional, Internet and Familial Dimensions, Oxford University Press, Oxford, 2012, pág. 87 y ss. Citados por Villacampa Estiarte Carolina, El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo blanch, 2015, pág. 19.

como el colegio o cuestiones domésticas [...] tienden a crear la ilusión en el niño de ser buenos amigos [...]

- **Fase de valoración de riesgo**, *en aquellos casos en que el ofensor pasa a preguntas para obtener información acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor, [...]. En este caso de lo que se trata es de valorar las posibilidades de éxito que tiene el ofensor, de manera que pretende garantizarse que el menor se halle socialmente aislado en cuanto a relaciones de apoyo o que sea vulnerable en algún sentido.*

- **Fase de exclusividad**, *cuando la conversación se torna más personal o privada [...]. El sujeto activo conduce la interacción de forma muy intencional y en general intensificándola rápidamente, tornándola cada vez más personal, emocional y eventualmente sexual. [...]*

- **Fase sexual**, *que se inicia cuando el adulto conduce la conversación hacia un terreno en que la confianza entre ambos parece ya instalada. [...] Al principio, la naturaleza sexual de la conversación online puede ser implícita, pero progresivamente va derivando a intercambio explícitos focalizados en actos sexuales potenciales en el adulto o en el niño. [...] Pese a que no todos los ofensores emplean pornografía, la conversación sexualizada generalmente precede al intercambio y la creación de material erótico o incluso pornográfico del menor».¹⁴*

¹⁴ Villacampa Estiarte Carolina, El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo blanch, 2015, págs. 25 y ss., citando a O'Connell, A., Typology of Child Cyberexploitation and Online Grooming Practices, 2003.

5. Examen de los cargos formulados

5.1. Eficacia del testimonio de la menor víctima D.M.M.C.

El primero de los reproches formulados por el abogado de la defensa, se dirige en contra de la credibilidad otorgada por los jueces de instancia al testimonio de la menor **D.M.M.C.**

En criterio del impugnante, la presunta víctima incurrió en diversas contradicciones en lo que tiene que ver con las circunstancias temporales y modales de la conducta objeto de juzgamiento.

Confrontados el relato de la menor involucrada en el juicio oral y el carácter veraz otorgado por los jueces de instancia, no encuentra la Corte configurados los defectos formulados por el impugnante respecto a la valoración del testimonio de **D.M.M.C.**, el cual tacha de contradictorio y en consecuencia mendaz.

5.1.1. En cuanto al **aspecto temporal** en el que aconteció la conducta objeto de juzgamiento, el relato en juicio oral de la adolescente, contrario a lo aducido por el apoderado del acusado, fue coherente, incluso de fácil y elemental comprensión, el cual siguió un hilo conductor en el tiempo o, lo que es lo mismo, guardó un orden cronológico, contando de manera ordenada cómo y por qué conoció al procesado, cómo transcurrido un tiempo entabló contacto con éste a través de

las nuevas tecnologías de la comunicación, el desarrollo que tuvieron esas conversaciones vía PIN de BlackBerry, el intercambio de fotografías que surgió y la evolución respecto al contenido de esas imágenes compartidas, lo cual a su vez llevó al encuentro físico en la vivienda de **D.M.M.C.**, episodios que si bien se infiere sin necesidad de elucubración alguna no fueron asiduos, sí se presentaron en pluralidad de oportunidades (4 o 5), hasta llegar la historia de aquella interrelación a un final, cuando la joven adolescente expresó su determinación de no querer continuar, luego de lo cual **ALEXANDER** la eliminó de su PIN.

No existe contradicción alguna en el dicho de la víctima, cuando en un principio señala que tuvo contacto con el acusado, resalta la Sala, **desde 2011** cuando tenía 11 o 12 años, para posteriormente indicar que el intercambio fotográfico se dio en esos 3 o 4 años y que los encuentros en la vivienda ocurren entre 2011 y 2014. El uso de la preposición gramatical '**desde**', denota el punto, en este caso en el tiempo, a partir del cual se origina o empieza el hecho o acontecimiento, y no denota, como equivocadamente lo entiende el recurrente, un preciso y único momento en el que tiene ocurrencia el suceso.

5.1.2. De las **circunstancias modales** en las que se desenvuelven los hechos objeto de juzgamiento, dice el censor en primer lugar, que la adolescente se contradice en sus afirmaciones, cuando en entrevista con el psicólogo informó haber sostenido, en una oportunidad, sexo oral con

ALEXANDER, además de haber introducido éste, sus dedos, en la cavidad vaginal de la menor, para posteriormente en el juicio relatar única y exclusivamente tocamientos en los senos y la vagina.

En este punto, pierde de vista el apoderado del enjuiciado, que la entrevista a la cual alude, no fue incorporada ni como prueba anticipada, de referencia, testimonio adjunto o, dado el caso, el aparte debatido de la misma, aducido a través del trámite de impugnación de credibilidad, opciones legales con las que contó la parte, para el debido ingreso de este tipo de elemento material probatorio.

En el *sub-iúdice*, desde el inicio de la etapa de juicio, la Fiscalía eligió presentar a la víctima como testigo en el juicio oral, tal como en efecto sucedió, oportunidad en la que aquella estuvo disponible para el respectivo interrogatorio cruzado. Y en efecto, el defensor al hacer uso de su derecho de contradicción y/o refutación, pese a haber sido abordada tal temática en el interrogatorio directo, se abstuvo en el contrainterrogatorio de cuestionar al respecto a la menor; inclusive, prescindió de utilizar la figura de impugnación de credibilidad, caso en el cual hubiera estado autorizado para utilizar en el juicio la referida entrevista en lo que toca a las posibles conductas de acceso carnal y de la cual tenía pleno conocimiento de su existencia y contenido, al haberle sido debidamente descubierta desde la audiencia de acusación, al inicio de la etapa del juicio.

Luego entonces, al no haber impugnado la credibilidad de la testigo, en virtud de la declaración anterior que tacha de contradictoria, no está habilitado el defensor, para cuestionar la fiabilidad de la testigo con la versión que no fue aportada, conforme a la regla mencionada en el punto 3.2.

Los cargos en tal sentido no prosperan.

5.1.3. Igualmente, dentro de los reproches formulados en contra de la valoración del testimonio de **D.M.M.C.**, adujo el impugnante la vulneración de las reglas de la experiencia, en tanto en su criterio, resulta dudoso que la presunta agraviada no recuerde en detalle lo sucedido en cada una de las citas sostenidas en su vivienda con el acusado, limitándose a manifestar que éste le tocó los senos y la vagina. En tal sentido, asegura el recurrente, de acuerdo con las reglas de la experiencia, *«los menores de edad que padecen de abuso sexual, casi siempre recuerdan los hechos de que fueron víctimas»*.

Tal defecto denunciado, carece de sustento y desconoce el contexto en el que se desarrolló la conducta imputada constitutiva del ilícito de Actos sexuales con menor de 14 años. Veamos:

Del relato realizado por la menor en desarrollo del juicio oral, en concordancia con el restante material probatorio legalmente incorporado, es evidente que la conducta objeto de juicio, tuvo desarrollo a través de un contexto típico y/o

característico de *'child grooming'* o *contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores*.

En efecto, el aquí enjuiciado, de acuerdo con el relato en juicio de la menor **D.M.M.C.**, valiéndose del inicial interés que la entonces preadolescente le mostró al solicitar su PIN de BlackBerry, empezó, poco a poco a ganar su confianza a través de las conversaciones que sostenían por la red; posteriormente empezó a solicitar sus fotos, primero en uniforme de la banda, luego de transcurrido un tiempo, en vestido de baño; de sus piernas, ulteriormente en ropa interior, para más tarde pedir imágenes desnuda, indagar por su situación familiar a fin de establecer que la niña permanecía sola en su vivienda, para luego proponer los encuentros físicos en la residencia de la menor y allí, finalmente lograr su objetivo, como fue, alcanzar, gracias a la confianza obtenida, los encuentros eróticos, que según el dicho de la menor en audiencia, llegaron a los besos en la boca y el tocamiento de sus senos y superficie vaginal en varias ocasiones.

Tal conducta debe ser vista en conjunto y no reducir la configuración del delito de acto sexual con menor de 14 años descrito en el artículo 209 del Código Penal a los tocamientos libidinosos puestos de presente sobre la menor de 14 años.

Téngase en cuenta, que actualmente, el *"grooming"*, a diferencia de legislaciones foráneas,¹⁵ por sí solo y en sus fases

¹⁵ Téngase en cuenta que en el ámbito internacional para sancionar al abusador virtual, basta con contactar por la red al menor de edad, con fines sexuales. En

iniciales, no alcanza a constituir conducta delictiva contra la libertad, integridad y formación sexuales de acuerdo con la legislación colombiana; solo resulta objeto de reproche, a través del artículo 209 del Código Penal, cuando la *'inducción'* es específica a realizar actividades sexuales o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima. Constituye por tanto el proceso del *'grooming'*, unos actos preparatorios o primeros pasos dentro de un plan delictivo idóneo para llegar al ansiado contacto sexual o, en algunos casos, la obtención de material pornográfico de parte del menor o en general a una actividad sexual reprochada penalmente.

últimas se ha caracterizado esta tendencia por un adelantamiento de las barreras del derecho penal. A manera de ejemplo, en Latinoamérica encontramos: el **Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano**, en su artículo 173 tipifica el 'Contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medio electrónicos', sancionando a "*La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de 18 años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica...*"; la **Ley de Delitos Informáticos del Perú**, en su artículo 5 sanciona "*El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación contacta con menor de 14 años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él...*"; el artículo 131 del **Código Penal argentino** incorporó la figura del grooming castigando con prisión a "*... el que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma*"; por otra parte, en el derecho continental europeo, el artículo 183 del **Código Penal español**, castiga a «1. *El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años*».

Es por todo lo hasta aquí analizado, que el proceso del “*grooming*”, debe ser utilizado como instrumento de interpretación para establecer una correspondencia inequívoca que apunte a que el enlace virtual con el menor, tiene como objetivo el ulterior contacto sexual, que en efecto, se dio en el presente asunto.

Es así que los acercamientos tipo ‘*grooming*’ que el acusado tuvo con **D.M.M.C.** hacen parte en el particular asunto, de los actos preparatorios del delito tipificado en el artículo 209 del estatuto penal, encajando como uno de los primeros pasos dentro de un plan delictivo idóneo para llegar al deseado contacto sexual.

Por lo tanto, calificar el relato de **D.M.M.C.** en juicio, como falta de detalles, es desconocer la narración de todo el conjunto de acciones encaminadas a obtener ese contacto físico sexual que, si bien tuvo lugar en 4 o 5 oportunidades y obrando tiempo considerable entre uno y otro, según se desprende del relato de la menor, el acusado logró; proceso que la joven adolescente rigurosamente describió.

Insiste la Sala, que en casos como el aquí analizado, limitar la conducta constitutiva de actos sexuales al tocamiento de las partes íntimas de la menor es injustificable, en tanto la joven víctima y su indemnidad sexual como bien jurídico, entraron en peligro desde las primeras acciones que involucra el proceso de ‘*grooming*’.

No se puede tampoco perder de vista, que si bien estamos frente a un tipo de 'abuso', en la medida que se hace objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, en tanto el individuo o sujeto pasivo de la conducta apenas se encuentra en una etapa elemental de desarrollo en la que su capacidad volitiva está en formación, tal comportamiento carece de contenidos agresivos, violentos o en principio coactivos que puedan resultar traumáticos al menor. Por lo tanto, el detalle incisivo como lo quisiera obtener el demandante, de las fechas exactas, hora y pormenores de la forma en que el acusado tocó las partes de su cuerpo señaladas por **D.M.M.C.**, pueden efectivamente no ser recordadas con tal precisión por ésta, justamente por no ser traumáticos o violentos, en tanto se trató de actividades consentidas como consecuencia de los actos de seducción, encantamiento y atracción que logró el victimario a través de todo aquel conjunto de acciones desarrolladas sobre la menor de 14 años, en pro de controlar y/o lograr la aquiescencia de ésta.

5.2. Naturaleza y eficacia del testimonio del psicólogo de la Fiscalía - ANÍBAL VALDERAMA TOVAR

Para el demandante en casación, el Tribunal erró al otorgar el carácter de prueba pericial a este testimonio, – quien pasó por alto protocolos de psicología forense y metodología del interrogatorio –, y concederle credibilidad, fundamentando la condena en contra del acusado en su dicho.

Con respecto a la calidad en que fue llamado a declarar el señor ANIBAL VALDERRAMA TORRES, verifica la Sala lo siguiente:

- Tanto en el escrito de acusación, como en la audiencia de verbalización del mismo, la Fiscalía descubrió como elementos materiales probatorios, entre otros, el testimonio de ANIBAL VALDERRAMA TORRES, así como también el informe de investigador de campo de 25 de febrero de 2004, elaborado por éste *«por medio del cual entrevista a la menor DMMC»*.

- En audiencia preparatoria, fue solicitado como **‘testigo psicólogo de la fiscalía’**. Al argumentar la pertinencia de la prueba, el Fiscal del caso señaló que esta persona, profesional de la mencionada disciplina conductual, adscrito al ente acusador, había practicado entrevista a la víctima **DMMC**, indicando:

*«[...] como psicólogo, **tuvo la oportunidad de observar, de apreciar los comportamientos exhibidos por la menor víctima en el desarrollo de la entrevista forense** que tenía como objeto nuclear establecer circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se suscitaron esos hechos de la acusación. Este testimonio es también importante, porque **en condición de psicólogo, ANIBAL VALDERRAMA realiza una información integral de las actividades de investigación de la Fiscalía y a partir de ese examen integral puede establecer parámetros de consistencia, coherencia en los relatos que hace la menor acerca de los hechos constitutivos de abuso sexual, que afectan su integridad. Se***

empleará con este testigo obviamente la correspondiente entrevista plasmada en un informe de investigador de campo».¹⁶

- Sin haberse presentado objeción alguna por la contraparte, el testimonio fue admitido por el Juez de Conocimiento, para ser presentado en el juicio oral.

- Llamado en la etapa probatoria, al inicio de su exposición, ANIBAL VALDERRAMA TORRES indicó ser profesional de la psicología, especialista en psicología forense y psicología jurídica, egresado de la Escuela de Investigación y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación, capacitado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en entrevista forense y juicio oral, además de poseer diez (10) años de experiencia en entrevistas a menores posibles víctimas de abuso sexual, adscrito al Centro de Atención e Investigación Integral a Víctimas de Abuso Sexual -CAIVAS-.

Como quedó plasmado en el acápite de pruebas legalmente incorporadas en el juicio, este psicólogo procedió a explicar la orden de trabajo recibida (obtener entrevista de la menor **DMMC** testimonio sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos objeto de investigación), la metodología adelantada para cumplir con su labor y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le narró la joven víctima acerca de lo sucedido.

¹⁶ Cfr. registro de audiencia preparatoria adelantada el 22 de octubre de 2015, récor: 45:33 en adelante.

De la anterior reseña se advierte en consecuencia que:

- La citación a rendir testimonio de ANIBAL VALDERRAMA TORRES, se hizo dentro de la facultad reglada específicamente por el artículo 206A de la Ley 906 de 2006, que permite la convocatoria de la persona cualificada que recepciona entrevista forense a menores víctimas de delitos sexuales, a *«rendir [en juicio] testimonio sobre la entrevista y el informe realizado»*.
- En momento alguno fue citado como perito, en los términos de los artículos 405 y siguientes de la Ley 906 de 2004.
- La Fiscalía desde un inicio dio a conocer que aquél poseía la calidad profesional de psicólogo y en tal virtud podría entregar una perspectiva de lo observado desde su especialidad. Así, el juez decretó la prueba, sin que la defensa manifestara objeción alguna, mostrándose conforme con el decreto posterior de la prueba.
- De tal forma, ANIBAL VALDERRAMA TORRES **no concurrió como ‘testigo perito’** tal y como someramente lo dieron a entender los jueces en los fallos de primer y segundo grado. En consecuencia, al regirse su declaración por lo normado en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, estaba autorizado para suministrar su versión sobre lo observado en aquella entrevista.

Luego entonces, las percepciones – desde su ilustración – del declarante acerca del estado de la menor al momento de rendir la entrevista, sus observaciones acerca de la claridad del relato, del tono de voz en algunos apartes específicos de la narración y coherencia entre su expresión verbal y para-verbal, así como también la espontaneidad observada, constituyen elementos completamente válidos del testimonio y se mantienen como prueba, en cuanto corresponden a lo observado y percibido en forma directa y personal.

Ahora, el contenido de la narración de la menor **DMMC** en aquella entrevista, por tratarse de hechos no percibidos directamente por el testigo, no podían ser introducidos a través de éste. Para poder ser utilizado y valorado como prueba, debía haber sido sometido al trámite legalmente exigido para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio, según las reglas del debido proceso. Como ello no se hizo, ya que la Fiscalía optó por la comparecencia directa de la víctima en juicio, tal entrevista constituye prueba de referencia inadmisibles. En consecuencia, el contenido de dicha entrevista rendida por DMMC, deberá ser removida de la sentencia impugnada.

En todo caso, tal como lo dejó en claro el psicólogo ANIBAL VALDERRAMA TORRES, la labor encomendada, nunca incluyó emitir concepto acerca de la credibilidad y/o veracidad del relato de la adolescente.

5.3. Los restantes testimonios llevados a juicio

5.3.1. En censor planteó diversos reproches relacionados con el cercenamiento de algunos apartes de los testimonio de ANIBAL VALDERRAMA TORRES, YAMILET OCHOA MARTÍNEZ (psicóloga del colegio), NORA ELENA GAONA ALVER (coordinadora del colegio) y el psicólogo de la defensa, CARLOS ALBERTO VIDAL REYES en lo que tiene que ver con hechos y circunstancias que **DMMC** narró a estas personas según el dicho de éstos.

Tales manifestaciones, por no constituir aspectos que en forma directa y personal observaron o percibieron estos testigos, constituyen prueba de referencia inadmisibles, razón por la cual no es posible someterlos a valoración probatoria.

Por consiguiente, carece de toda lógica los cargos propuestos en tal sentido.

5.3.2. Ahora bien, aquellos cercenamientos alegados por el abogado defensor vinculados a manifestaciones de algunos testigos, referentes a que aquella sostenía una relación sentimental con un joven de nombre ROLAN, que estaba enamorada y obsesionada con el acusado, que compartió fotos íntimas con otro joven de nombre NICOLÁS y que incluso la adolescente involucrada no presentó afectación alguna, al punto que luego de presentada la denuncia la joven continuó asistiendo a la banda musico-marcial que también frecuentaba **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, carecen tanto

de relación con la conducta investigada, como de relevancia para efectos de determinar la responsabilidad del acusado.

Adicionalmente, no tiene en cuenta el censor que tratándose de esta tipología de delitos con menores de 14 años, no existe resistencia por parte del niño o niña implicados, mucho menos violencia por parte del victimario, sí la anuencia o consentimiento de la víctima, porque justamente, todas las acciones realizadas por el sujeto activo desde el inicio del contacto con quien se torna en víctima, están dirigidas a conquistar, seducir y al final, controlar a la joven e inexperta púber, quien se ve envuelta por su corta edad, en un falso o engañoso ambiente afectivo. Por ello tampoco se presentan las reacciones de posterior rechazo hacia el sujeto activo, que el demandante echa de menos.

Pareciera en diferentes apartes de la demanda, que el abogado defensor desestima la configuración del delito atribuido a su representado, en tanto no existió resistencia, ni posterior rechazo por parte del sujeto pasivo de la conducta hacia el enjuiciado, e incluso, en tanto la menor expresó atracción por **ALEXANDER** y no sentirse afectada por lo que le sucedía entre los años 2011 y 2013, como si aquella fuese la persona idónea para conceptuar el tipo de afectación emocional y psicológica que este proceso de abuso sexual en su desarrollo infantil, le ocasionó.

Olvidó el recurrente, que los tratados internacionales suscritos por Colombia, así como la Constitución Política

reconocen a los menores de edad no solo como sujetos de especial protección, sino además, como sujetos de una protección reforzada.

En tal virtud, a diferencia de los casos de violencia sexual, el carácter abusivo de las conductas punibles tipificadas descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal, personal y racional, y especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desarrollado su madurez volitiva y sexual, lo cual se presta para el aprovechamiento indebido por parte de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual, precipitándolos precozmente a unas experiencia para las cuales no están adecuadamente preparados. Y es por ello entre otras razones, que el Legislador considera que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas, sino por tratarse el sujeto pasivo de esta conducta, en últimas, de un incapaz absoluto ante la ley.¹⁷

En este punto, merece la pena traer a colación los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, en tanto se afirmó:

¹⁷ Confrontar en todo, Corte Constitucional, sentencia C-876 de 2011.

*«La diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años persigue fines constitucionalmente legítimos, pues es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así las cosas, la medida tomada resulta idónea y adecuada debido a que, **aún existiendo el consentimiento del menor de 14 años, lo cierto es que su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuada para su edad. Por eso la Ley lo protege, aún de su propia decisión, con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad**».*¹⁸

Todo lo anterior, desdibuja en consecuencia, cualquier lógica de los cargos propuestos por el abogado en tal sentido.

5.3.3. Los defectos asociados a los testimonios de los psicólogos de la defensa, CARLOS ALBERTO VIDAL REYES y ROSA INÉS POSADA VILLA, en su mayoría tienen relación directa con la entrevista forense practicada a la menor **DMMC** previo al juicio, pasando por alto el recurrente que tal elemento material probatorio carece de la calidad de ‘prueba’, por no haber sido incorporada a través de cualquiera de los mecanismos establecidos por la ley procesal, constituyendo cualquier alusión a ella en la etapa probatoria del juicio ‘prueba de referencia’ inadmisibles.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-876 de 2011.

Igual calidad tienen otros documentos estudiados por los peritos de la defensa, como lo son el escrito de denuncia, examen de medicina legal practicado a la menor e historia clínica de la niña, desconociendo el censor postulado elemental, de acuerdo con el cual, los fallos de primera y segunda instancia se fundamentan, en las pruebas legalmente incorporadas y debatidas.

Así mismo, desconoció el demandante que si su objetivo era debatir el dicho de la víctima, el medio probatorio a atacar era el testimonio de aquella en juicio, donde el abogado contó con la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, contrainterrogando y utilizando cualquiera de los mecanismos establecidos por la ley procesal para fomentar el debate en juicio (refrescar memoria, impugnar credibilidad o el uso del testimonio adjunto) y no los elementos materiales probatorios e información recolectados en la etapa de indagación que no llegaron a ser incorporados y debatidos en juicio.

6. Conclusión

De lo hasta aquí considerado, emerge el fracaso de los cargos propuestos por el demandante.

Concluye así la Sala, que prueba de la conducta ilícita desplegada por el acusado **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, tal como lo estimaron los jueces de instancia en los fallos atacados, emerge del sólido testimonio de la entonces adolescente, única testigo directa de lo acontecido, en tanto

como se deduce de su relato, el procesado se valió del secretismo y/o reserva que proporciona este tipo de conductas que inician a través del uso de la tecnologías de la información, y posteriormente, ya obtenido el interés de la víctima, de la soledad de ésta en su domicilio, en las tardes, mientras sus padres laboraban.

Sin embargo, acudiendo a la metodología de la *'corroboración periférica'*, es extensa la lista de datos marginales pero importantes comprobados a través del material probatorio legalmente incorporado, que en últimas, conceden solidez al dicho de la víctima y conducen al convencimiento, más allá de toda duda, de la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado en éste. Veamos:

- **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**, tal como lo reconoció él mismo y como lo confirmaron la menor involucrada, la madre de ésta, el director de la banda músico marcial, la Coordinadora y la psicóloga de convivencia del colegio, pertenecía agrupación musical del Colegio Nuestra Señora de la Asunción, actuando como refuerzo externo y formador musical.

- La progenitora de **DMMC**, ALBA NORA CASANOVA TENORIO, señaló haber regalado a su hija al inicio del último trimestre de 2011 su equipo celular viejo, época que coincide con el inicio de la comunicación por mensajes relatada por la afectada.

- La misma madre de la joven adolescente, confirmó en juicio que por su trabajo y el de su marido, su hija permanecía sola en las tardes en su domicilio, horario en el que tenían lugar las conversaciones vía PIN de Black Berry, y más adelante, los esporádicos encuentros físicos.

- el estado anímico de la víctima al declarar en juicio, su lenguaje corporal y verbal, lo cual tiene coincidencia en la percepción de ANIBAL VALDERRAMA a su entrevista forense al narrarle los hechos materia de juzgamiento,

- Y finalmente, la ausencia de cualquier ánimo vengativo o interés de la víctima en perjudicar al acusado.

Todas las anteriores circunstancias consideradas en conjunto, permiten fundamentar el reproche penal en contra de **ALEXANDER FERNÁNDEZ CORREA**.

Consecuencia de todo lo expuesto, la Corte no casará el fallo impugnado, manteniéndose incólume la declaratoria de responsabilidad del procesado.

7. Anotación final

Considera la Sala oportuno realizar un llamado de atención al abogado defensor que actuó en el presente asunto, profesional que en desarrollo de la técnica del contrainterrogatorio a la mayoría de los testigos de cargo, desplegó un trato intimidante e irrespetuoso con la intimidad

de la menor de edad víctima, desbordando en múltiples ocasiones su labor defensiva, pretendiendo en otras, debatir el comportamiento e integridad moral de aquella, cuando el objeto de debate debe enmarcarse en lo eminentemente jurídico y que fue objeto de acusación. Se le recuerda, que de acuerdo con la Ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario Único, en su artículo 28 numeral 7°, señala como '*deber profesional del abogado*':

«Observar y exigir medida, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión».

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 proferida el 16 de marzo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santiago de Cali, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.


HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

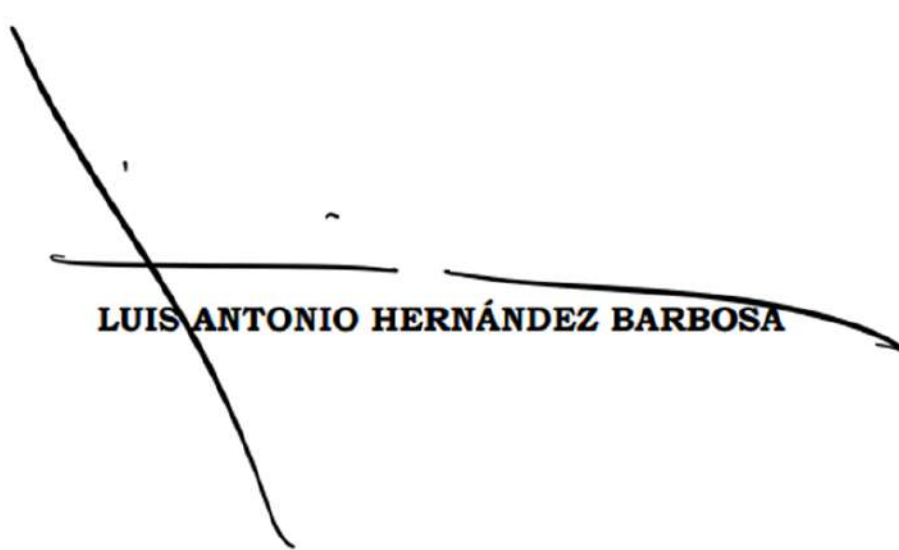


GERSON CHAVERRA CASTRO


Sala Ca



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria