

Doctor
Gerson Chaverra Castro
Sala de Casación Penal
Corte Suprema de Justicia
E. S. D.

Ref. Casación 54809
Juan David Cano López

Quien suscribe, **Alejandro Hernández Moreno**, en mi calidad de defensor del ciudadano **Juan David Cano López**, dentro del término concedido mediante auto del 8 de julio, notificado por estado del 19 de octubre, comedidamente concurro ante esa Corporación con el fin de sustentar la demanda de casación que formulé contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Lo hago en los siguientes términos:

1. Cargos principales

1.1. En relación con el primer cargo principal: vicios de estructura

Como expreso en la demanda, la sentencia del Tribunal Superior afectó de manera sustancial la estructura del proceso en perjuicio del ciudadano Juan David Cano López, en cuanto no observó las formas propias del juicio, garantía consagrada por el artículo 29 constitucional y que desarrolla la ley 906 de 2004. Según la cual, habrá lugar a imputación de cargos y a acusación cuando *“de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”* (Art. 287 C. de P.P.). O, *“cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”* (art. 336 C. de P.P.)

Es decir que, a efectos de la demanda, sólo es posible formular acusación contra el imputado a partir de la inferencia razonable o conclusión a la que pueda llegar el fiscal tras la valoración de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que le permitan concluir, con probabilidad de verdad, la existencia de la conducta y la autoría o participación del imputado.

La trascendencia de lo dicho radica en que la inferencia del fiscal debe tener origen en los elementos materiales probatorios; o en la evidencia física; o en la

información legalmente obtenida. Lo cual reclama de ese funcionario una mínima actividad investigativa que le permita acopiar tales elementos, evidencias o informaciones sobre los hechos denunciados y valorarlos de modo que pueda concluir la autoría o la participación y la existencia de la conducta punible. Y proceder de conformidad, según la audiencia de la que se trate.

Pero la garantía procesal no se colma con el ejercicio lógico en busca de una **inferencia** de autoría o participación. Requiere, además, que el fiscal, tanto al imputar (art. 288-2), como al acusar (art. 337-2), haga una relación clara y sucinta en lenguaje comprensible de los **hechos jurídicamente relevantes**. La cual solo es posible si ha cumplido con su obligación de ejercer la acción penal que, en este caso, dejó de lado. Esa relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, requiere un análisis juicioso a cargo del fiscal, para determinar su trascendencia jurídica; es decir, su correspondencia con la norma penal. Y debe ser conocido por la defensa. Ese análisis se echa de menos en el caso concreto. Porque, como es obvio, no es evidente ni puesta en evidencia por la *notitia criminis*, pieza que fungió como imputación de cargos y como escrito de acusación.

Si, como ocurrió, el fiscal se conformó con transcribir y leer la denuncia en las audiencias de imputación y de acusación e infirió de esa lectura que había cumplido los requerimientos de los artículos adjetivos 287, 288-2 y 337-2 es preciso concluir que omitió dos importantes aspectos de las formas propias del proceso penal: el de la inferencia razonable y el de la relación sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. Omisión tan grave que llevó a la defensa a estructurar su teoría del caso a partir de la denuncia y no de una acusación formulada según los parámetros establecidos por la ley y por la jurisprudencia que la ha desarrollado.

Sin perjuicio de lo dicho en la demanda en relación con este cargo y, que ratifico en esta sustentación, es evidente que el vicio denunciado desconoció las formas propias del juicio penal porque la Fiscalía imputó y acusó a mi defendido por un delito sin haberlo investigado, sin haber valorado desde la lógica, el material probatorio que hubiera recaudado y sin hacer el mínimo esfuerzo por demostrar la correspondencia de los hechos denunciados con una norma penal.

1.2. En lo atinente al **segundo cargo principal** debo decir, aparte de lo expresado en la demanda, que la Fiscalía impidió a mi defendido el ejercicio de su derecho a pedir pruebas. Porque al acusarlo en la forma en que lo hizo, sin cumplir su deber de investigar los hechos denunciados y de hacer una presentación comprensible de los hechos jurídicamente relevantes entorpeció la labor de la

defensa. Que se encontró seriamente limitada para la estructuración de su teoría del caso fundada en pruebas pertinentes y conducentes. Porque, como es natural y lo explicité en la demanda, una cosa es la denuncia y otra, muy diferente la concreción jurídica de los hechos que debe hacer el fiscal en el escrito de acusación y en la audiencia correspondientes.

Como consecuencia, sólo en las sentencias pudo la defensa saber que el trabajo pericial de un profesional sobre el perfil psicológico y la conducta sexual de Juan David Cano, así como sus condiciones personales, que descartarían la hipótesis de que aquel sea un abusador sexual, aunque fue decretado fue desechado por las instancias con el argumento de que el proceso no tuvo por objeto la personalidad del acusado, sino la ocurrencia de los hechos denunciados. Y el adicional de que, así la pericia hubiera dicho que el señor Cano no es agresor sexual, de ello no se seguiría que aquellos no hubieran ocurrido.

También es claro que, debido a las deficiencias investigativas y a la omisión de los requisitos que deben cumplir el escrito y la audiencia de acusación, varias solicitudes probatorias que la defensa formuló en la audiencia preparatoria fueron negadas, a saber, el testimonio de Pedro Antonio Pacheco Castro por ser prueba repetitiva. Esto, a pesar de que el defensor sustentó su solicitud probatoria en que Pacheco era el cumpleaños y fue testigo presencial de los hechos; fue quien invitó a los muchachos y a la menor a la fiesta y puede informar qué ocurrió esa noche; en qué circunstancias; a qué hora terminó la fiesta; quienes fueron a la Terminal de transporte, a qué horas regresaron de allí y hasta qué horas se quedaron; con quién estuvo la señorita Maturana en el apartamento de la familia Pacheco y si vio que alguien abusó de ella.

También, atendiendo las objeciones y solicitudes de exclusión formuladas por la fiscalía y el apoderado de víctima, la juez negó el testimonio directo de la señorita Maturana Ruiz, pedido por la defensa para demostrar cuál era su comportamiento anterior y para exhibirle un anuario de los graduandos de esa época a fin de acreditar, a partir de un texto escrito por ella, su personalidad violenta y cierto grado de demencia.

Arguyó la juez que el objeto del proceso es dilucidar si Cano López incurrió en el delito por el que se le acusó y no la vida personal y social de la víctima con anterioridad a los hechos. Argumento que puede ser válido en el marco de las deficiencias acusadas. Pero que no sería esgrimible por el juzgador si la acusación hubiera reunido los requisitos legales que se han echado de menos.

Surge, entonces, con claridad que **el fracaso probatorio de la defensa**, evidente en las sentencias de condena, guarda íntima relación con la conducta procesal de la Fiscalía que, como he dicho tantas veces, convirtió la denuncia en escrito de acusación y en fuente de tema de prueba y teoría del caso. Sin hacer una presentación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.

1.3. De otro lado:

1.3.1. La demanda de casación concluye, tras el desarrollo de los dos cargos principales, que el proceso está viciado de nulidad y que ésta debe declararse para que la Fiscalía cumpla con la obligación de formular su acusación en debida forma.

Sin embargo, la conclusión lógica de los planteamientos desarrollados en el libelo no puede ser la de que la actuación deba anularse como consecuencia de los vicios de estructura y de garantía denunciados. No. Se concluye racionalmente que el señor Cano López debe ser absuelto: porque (i) la primera deficiencia alegada alude a la omisión de los deberes de investigación a cargo de la Fiscalía, es decir de acopio probatorio de cargo (ii) porque la denuncia es la narración de los hechos pero no su prueba; (iii) porque la dicha omisión de la Fiscalía limitó a la defensa el derecho a pedir pruebas y (iv) porque la condena es resultado de la violación del principio de necesidad de la prueba .

En consecuencia, si el problema del proceso puesto de presente en los dos cargos principales de la demanda de casación alude a deficiencias de carácter probatorio, ha de concluirse que la Fiscalía no probó la responsabilidad de mi defendido y que, entonces, lo que procede es su absolución.

1.3.2. Si bien la Corte ha dicho que la audiencia de sustentación del recurso extraordinario (hoy escrito de sustentación) no puede ser aprovechada por el casacionista para corregir errores de técnica, la variación de la pretensión propuesta apunta a encontrar la aplicación de los principios y normas constitucionales y no a corregir yerros técnicos en que hubiera podido incurrir el libelo. Más cuando la Constitución ha permeado al derecho penal de tal forma que el Código procesal advierte cómo la casación tiene la finalidad de hacer efectivos el derecho material y las garantías constitucionales. Que hacen imperativo superar los errores de técnica para lograr la vigencia de la Carta.

1.3.3. El único mecanismo de que dispone el ciudadano Cano López para el restablecimiento de sus derechos es de la intervención de la Corte a través de la sentencia de casación impetrada en este trámite extraordinario. Pues debe tenerse en cuenta que, aunque los vicios de estructura y garantía alegados saltan a la vista,

pasaron inadvertidos para la juez de primera instancia y para el Tribunal Superior en el trámite ordinario.

1.3.4. Pero, además, aunque ya la Corte se ha referido en múltiples ocasiones a la naturaleza jurídica y a las consecuencias procesales de la imputación y de la acusación en sus dos fases, el presente caso debe ser motivo de unificación de la jurisprudencia nacional en torno a la relación de la teoría del caso de la defensa con la acusación y de ésta con el tema de prueba del juicio. Porque si bien la acusación es considerada un acto de información, de ello no se deduce que la Fiscalía puede actuar libremente para llegar a ella, omitiendo sus obligaciones investigativas y limitándose a copiar y a hacer suyas las versiones y valoraciones del denunciante, en contra de los derechos del procesado que, como en el caso presente, no tuvo margen alguno de maniobra pues su defensa se estructuró sobre lo dicho por la señorita Maturana y no sobre elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida por el ente persecutor. Menos, sobre la presentación clara y sencilla de los hechos jurídicamente relevantes.

2. Cargos subsidiarios:

2.1. Me ratifico en el primer cargo subsidiario: error de hecho por falso raciocinio, por desconocimiento de los postulados de la sana crítica. Falso raciocinio derivado del desconocimiento de las reglas de la experiencia.

Sólo traigo al presente lo expresado por la señorita Maturana en el juicio oral, que sirve de fundamento al cargo propuesto y la conclusión que de lo dicho se deriva:

*"Primero yo no podía admitir que eso había pasado y **menos estudiantes de mi mamá; no quería darle ese dolor a mi madre...** yo no estoy denunciando un robo de celular, yo no estoy denunciando un robo a mi casa yo estoy denunciando una violación sexual es un delito que no es fácil..."*

El Tribunal acogió esa explicación de la señorita Maturana y ratificó su conclusión de que su dicho es creíble, claro, detallado y coherente y dijo, además, **que es la prueba basilar de la condena.**

Yerra *ad quem*, porque si la señorita Maturana padeciera síntomas de estrés postraumático derivados de agresión sexual, los comunicaría de inmediato y los denunciaría. No los mantendría en secreto por cuatro años. Máxime si guardó silencio para proteger a la madre y maestra del dolor que podría causarle el comportamiento de sus alumnos y no del dolor por la tragedia de su hija.

El fallo demandado no consulta las reglas de la experiencia, porque lo que éstas enseñan, lo normal, no es que la víctima de una agresión como la denunciada, que le produce pesadillas, estados de ansiedad, insomnio, llanto y miedo decida soportarlos en silencio por largos cuatro años en vez de compartir esa realidad con su mamá e informarlos a la justicia. Recuérdese que ella misma informa que no quiere ser cómplice de la impunidad.

Tampoco consulta las reglas de la experiencia que una menor decida proteger a su madre que, además es docente y, por esa razón, está acostumbrada a tratar con adolescentes, del dolor que la causaría el mal comportamiento de sus alumnos. Ni siquiera es de ocurrencia que los hijos oculten sus faltas para proteger a sus padres de las molestias y el dolor que los mismos puedan generarles. Las ocultarán para evitarse las molestias de los castigos, los regaños o las reprimendas, pero no para evitarles sufrimiento a sus progenitores. Mucho menos que, con el mismo propósito, les oculten hechos que los afectan tan gravemente.

Por eso afirmo que el raciocinio del Tribunal desconoce las reglas de la experiencia y que ese desconocimiento lo lleva a una conclusión errada en virtud de la cual toma el testimonio de la señorita Maturana Ruiz como la prueba basilar de la condena. Con el cual desquició erradamente la presunción de inocencia consagrada por el artículo 29 Superior, en favor de Juan David Cano.

2.2. Segundo cargo subsidiario:

Error de hecho por falso raciocinio: desconocimiento de los postulados de la sana crítica. Desconocimiento de las reglas de la experiencia

También me ratifico en este segundo cargo subsidiario

La señorita Maturana no recuerda la cantidad de licor que ingirió y compró con sus amigos en la Terminal de Transporte la noche de los hechos. Tampoco recuerda quién lo pagó ni quién de ellos consumió mayor cantidad de alcohol; afirma que ellos no estaban borrachos, pero reconoce que ella sí lo estaba. Hecho aceptado por las instancias, pero desconocido al valorar el testimonio de la presunta víctima para darle credibilidad a su dicho.

En efecto, el *a quo* refuta los planteamientos de la defensa sobre la influencia de la embriaguez en el recuerdo de lo ocurrido la noche de marras y relleva que

la señorita Maturana pudo discernir las circunstancias en que accedió a las pretensiones de Juan Manuel Alvarez y aquellas en que negó sus favores a Felipe Pacheco y Cano López. Y el *ad quem* se limita a recordar que Carmen Helena, dada su corta edad, se embriaga más fácilmente que un adulto.

Dos asuntos importantes surgen de lo anterior: el primero, el de la afectación de la memoria por el paso del tiempo. Y el segundo, la afectación de la memoria por la embriaguez. Pero los fallos omiten examinar estos dos importantes eventos y su influencia en la memoria de la señorita Maturana sin acatar el mandato del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el juez debe tener en cuenta, al valorar el testimonio, los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria; los procesos de rememoración y el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción.

El paso del tiempo es un factor que no puede dejarse de lado a la hora de valorar un testimonio. No solo por lo que vengo de decir, sino porque, además, el olvido, que se da con ese fenómeno y que nos afecta a todos, es la tendencia natural a omitir los detalles de hechos vividos y a llenar, de manera inconsciente las lagunas que se van produciendo con información traída de otros lugares a través de un proceso por el cual se pueden llegar a incorporar otras informaciones al recuerdo personal, que puede ser tanto voluntario como involuntario, llamado confabulación.

La afectación de la memoria por la embriaguez es un fenómeno de permanente ocurrencia, ampliamente conocido y experimentado por la gente, tanto directamente como por percepción de lo que les ocurre a otros.

Se concluye que el paso del tiempo y la embriaguez reconocida por la señorita Maturana afectan sus recuerdos sobre lo ocurrido la noche de los hechos: no admite discusión que, cualesquiera que hayan sido las motivaciones, ella los denunció solo cuatro años después de su ocurrencia y es incontestable que el paso de esos cuatro años incidió negativamente en su rememoración. Y que estaba embriagada, aunque insista en que, pese a ello, recuerda lo que narró en la audiencia de juicio oral.

Luego, contra la credibilidad de la denunciante se confabulan su embriaguez y cuatro años corridos desde la noche de marras. Lo que resta toda seriedad a la sentencia de primera instancia confirmada por el Tribunal que, a pesar de que reconoce la presencia de esos dos fenómenos, atribuye a aquella la capacidad de

acotar momentos y etapas de lo ocurrido y distinguir aquellos en que expresó libremente su voluntad de esos en los que la retiró. Todo, a contrapelo de lo manifestado por ella misma; quien en varias ocasiones expresó no recordar por encontrarse embriagada.

Ese modo de razonar constituye el error de hecho por falso raciocinio que he anunciado a comienzo de este acápite. Porque las reglas de la sana crítica enseñan que el juzgador no puede desconocer las de la lógica, las de la ciencia o las de la experiencia. Y éstas últimas demuestran que la embriaguez y la cronología de la vida ayudan a olvidar lo vivido o lo percibido.

Así, la sentencia demandada afectó al ciudadano Cano López en cuanto derrumbó la presunción de inocencia conque la Constitución Política lo ampara pues llevó al juzgador a condenarlo con base en el error acusado: desconocer la influencia de la embriaguez en el recuerdo de lo que pasó en el apartamento de los Pacheco Castro la noche de los hechos. Y desconocer que el paso del tiempo merma la memoria y los recuerdos.

De donde se sigue que la sentencia demandada incurrió en error de hecho por falso raciocinio como resultado de la omisión de la regla de la experiencia que debía examinar en el marco de la sana crítica, según la cual la embriaguez y el correr del tiempo afectan la memoria y, por ende, restan consistencia y credibilidad al testimonio.

Ese error, que desconoció dos fenómenos tan importantes, llevó al Tribunal a condenar a Juan David Cano López en perjuicio de la presunción de inocencia conque lo ampara la Carta Política: si la Corporación hubiera tomado en consideración el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos hasta cuando Maturana Ruiz formuló la denuncia, independientemente de los motivos que tuvo para no hacerlo antes, habría caído en la cuenta de que toda persona olvida inconscientemente las cosas y hechos que vivió o percibió; que eso es normal en el ser humano y que, para saberlo, no es necesario recurrir a ayudas científicas o de cualquier otro tipo.

En el mismo sentido, si el *ad quem*, al desatar la alzada contra el fallo del juzgado, hubiera considerado la embriaguez, reconocida por su inferior funcional y por la víctima-testigo, habría concluido en la necesidad de examinar ese hecho y de verificar su influencia en la memoria. Más cuando la misma testigo dijo, en

varias oportunidades, que estaba muy embriagada y que no recordaba varios de los aspectos de lo ocurrido sobre los que se le preguntó. En ambos eventos, la conclusión habría sido otra porque habría restado credibilidad a la denunciante y habría llevado ineludiblemente al juez colegiado a revocar la sentencia del Juzgado 35 Penal del Circuito y a absolver al señor Cano López quien hoy, en virtud del error denunciado, soporta las nefastas consecuencias de una condena que desconoce el derecho fundamental a ser tenido como inocente mientras no se le declare culpable en proceso con el lleno de todas la garantías propias de cada juicio.

2.3. Tercer cargo subsidiario por error de hecho. Subsidiario de los anteriores

Falso juicio de identidad

Como cargo subsidiario de los dos anteriores, demandé la sentencia porque incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, derivado del cercenamiento del testimonio de Carmen Helena Maturana Ruiz.

Me ratifico en todo lo expresado en la demanda de casación al desarrollar este cargo. Y agrego que el Tribunal desconoció el dicho de la denunciante que, pese a sus esfuerzos por mostrarse víctima, se revela como partícipe de la fiesta de marras y comparte con el señor Pecha la experiencia sexual vivida con tres de los asistentes, Juan Manuel Alvarez, Felipe Pacheco y Juan David Cano.

Es evidente: si el *ad quem* hubiera considerado íntegramente el dicho de Carmen Helena, se habría encontrado conque, cuando regresaron de la Terminal de transporte, ella y sus compañeros iniciaron una intensa, consentida y participativa actividad erótico sexual muy distante de la violencia que refieren los jueces de las instancias: besos, caricias, tocamientos, felaciones y penetración. Todo lo cual culminó con el confidente comentario que la presunta víctima hizo a su amigo Santiago Pecha: ***“que me dolía mucho el cuerpo porque habían sido tres”***. El cual fue ratificado en el juicio, cuando la juez le preguntó: *¿usted le indicó a alguna de las personas que se encontraba en esa residencia, ajenas a la reunión, lo que había ocurrido?* Y Carmen Helena respondió: ***“A Santiago Pecha, a él le conté, pero él sabía, fueron tres personas; que me dolía el cuerpo y él me dice que creyó que yo quería yo le dije que no”***. No sobra relieves que la señorita Maturana no hizo comentario alguno de violencia al joven Santiago Pecha y que lo que él le

dijo pone en evidencia que ella no era ajena al plan de lo que en el proceso fue nominado como “orgipiñata”.

Es decir, la situación jurídica de Juan David Cano sería diametralmente opuesta de la que ahora soporta. Porque, precisamente, lo cercenado del dicho de cargo es lo que habría permitido concluir que la señorita Maturana no fue objeto de violencia y que disfrutó su sexualidad con sus amigos de colegio, tan jóvenes como ella, en una noche de fiesta que le pareció reprochable sólo después de cuatro años.

4. LA DUDA

En la demanda, al referirme a este cargo, no dije expresamente que lo formulaba como violación indirecta de la ley sustancial por desconocimiento del principio *in dubio pro reo*. No obstante, lo desarrollé a partir de los errores de hecho a que se refieren los cargos subsidiarios que en este escrito aparecen identificados con ordinales 2.1. y 2.2. relacionados con las reglas de la experiencia en cuanto desconocimiento del silencio de la denunciante por espacio de cuatro años; su beodez y el paso del tiempo como determinantes de la pérdida de la capacidad de reminiscencia. Que impiden otorgar tanta credibilidad al dicho de Carmen Helena como para deducir de él un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad de mi defendido. Y ello es así porque lo narrado por ella no encuentra respaldo en el proceso. Si bien tampoco se evidencian medios de prueba que infirmen sus asertos.

Las instancias no se preguntaron, como tampoco la Fiscalía ni la psicóloga tratante de la señorita Maturana Ruiz por lo que pudieran confirmar o desvirtuar los jóvenes Juan Manuel Alvarez, Pedro y Felipe Pacheco Castro, copartícipes de los hechos; y Santiago Pecha, el confidente de la quejosa. Tampoco hay una referencia que facilite el establecimiento de la información post-suceso, aquella a la que la declarante estuvo expuesta entre la ocurrencia de los hechos y la declaración judicial. (Loftus & Bernstein, 2005)¹.

Si bien las pruebas de la defensa recaudadas en el juicio tampoco arrojaron conocimiento, más allá de toda duda, en torno a la inocencia de Cano López, de las

¹ Loftus, E. & Bernstein, D. (2005). Rich false memories: The Royal road to success. A. F. Healy (Ed) *Experimental Cognitive Psychology and its Applications*. Washington DC: American Psychological Association Press, p 101-113.

aducidas por la acusación tampoco puede deducirse un grado de conocimiento contrario en que pueda fundarse un juicio de responsabilidad.

De donde, los errores evidenciados permiten afirmar la existencia de la duda que hace imperativa la absolución de Juan David Cano López.

5. PETICION

Con fundamento en cuanto he expuesto, solicito a la Sala de Casación Penal que case la sentencia demandada en los términos expuestos a lo largo del presente libelo, a saber:

5.1. Absolviendo al ciudadano Juan David Cano López pues la Fiscalía no probó su responsabilidad

5.2. En subsidio, que lo absuelva en virtud de los errores de hecho por falso raciocinio en que incurrieron los juzgadores al apreciar la prueba de cargo

5.3. En subsidio, que lo absuelva en virtud del error de hecho por falso juicio de identidad en que incurrieron los juzgadores al cercenar el testimonio de la señorita Carmen Helena Maturana Ruiz.

4.4. En subsidio, que dé aplicación en favor del ciudadano Cano López al principio *in dubio pro reo* y que, en consecuencia, lo absuelva con base en el mismo.

Cordialmente,



Alejandro Hernández Moreno

CC 19098376

TP 19535

gerenciaahm@gmail.com

tel 3102503450

