

Señores:

Honorables Magistrados

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL  
E. S. D.**

Ref.: TRASLADO DE SUSTENTACIÓN DE CASACIÓN

Rad.: 681676000138201000025 segunda instancia número: 0099-2014

PROCESADO: **AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ**

**JHON ALEXANDER SERRANO FAJARDO**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bucaramanga e identificado con la cedula de ciudadanía número 1.098.654.465 expedida en la ciudad de Bucaramanga; Abogado Titulado portador de la Tarjeta Profesional No. 196.279 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como defensor del procesado **AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ**, a través del presente escrito me permito sustentar dentro del término legal el **recurso extraordinario de Casación**, dentro del itinerario procesal de la referencia.

Sea lo primero reiterar que la estructuración del recurso se hace con fundamento la causal **PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA** de las estipuladas en el artículo 181 de la ley 906 de 2004, las cuales me permito demostrar, anunciando desde ya que los argumentos que se pasan a exponer se encuentran ya expuestos con mayor profundidad en la demanda de casación, la cual solicito que sea tenida en cuenta en su integridad, como quiera que la presente sustentación tiene una limitación en cuanto a su extensión.

#### **RESPECTO DE LA CAUSAL SEGUNDA**

Me permito invocar como causal de casación la segunda de las señaladas en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por considerar la sentencia acusada violatoria de garantías fundamentales por Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Esta vulneración se presentó al negarse el derecho de acudir al recurso de impugnación contra la primera sentencia condenatoria, toda vez, que, como se anunció al *A Quo* profirió sentencia de carácter absolutorio y el *Ad Quem* en el recurso de alzada interpuesto por el representante de la víctima resolvió Revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar Condenar por el delito de actos Sexuales con menor de catorce años al procesado AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ.

Al negarse la posibilidad de presentar el recurso de doble conformidad en contra de la sentencia de segunda instancia en la cual se revocó la absolución de primera instancia y se condenó por primera vez al señor AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, la dignidad humana y el acceso a la administración de justicia, debiendo acudirse al remedio extremo de decretar la NULIDAD

#### **RESPECTO DE CAUSAL PRIMERA.**

Me permito invocar como causal de casación la primera de las señaladas en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, **por considerar la sentencia acusada violatoria de garantías fundamentales por Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.**

En este caso la garantía fundamental dejada de aplicar realmente se encuentra estipulada en varias normas de carácter legal, constitucional y de bloque de constitucionalidad. Hacemos referencia al principio milenar del *in dubio pro reo*.

Este sensor considera cercenadas las garantías constitucionales por cuanto tanto el *A Quo* como el *Ad Quem* condenaron a mi prohijado pese a que en sus correspondientes sentencias aceptan la existencia de hechos que ponen de presente que en el caso que nos ocupa surge con suficiente claridad dudas que ponen en entre dicho la responsabilidad del acusado, y sin embargo no aplican el mandato constitucional y legal de absolver esa duda a favor del procesado, reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como **in dubio pro**

**reo**, proveniente del principio de presunción de inocencia reconocido en La **Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11º**, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José**, artículo 8 y en nuestro ordenamiento jurídico con rango de derecho fundamental en el artículo 29 constitucional.

En el caso sub examine, del juicioso análisis probatorio se puede inferir que la responsabilidad a mi prohijado atribuida no está demostrada plenamente, toda vez que las pruebas de cargo presentadas no son suficientes para derruir esa coraza erigida sobre las bases de un Estado Social de Derecho que protege a todo sujeto de derecho como lo es la presunción de inocencia.

Por el contrario, se encuentran plenamente demostrados hechos, aceptados en las sentencias tanto de primera como de segunda instancia que hacen que emerja con absoluta claridad duda sobre si realmente se presentó la materialidad del hecho y más aún sobre la autoría de mi defendido.

Es de resaltar que el único sustento del fallo condenatorio son los testimonios de la víctima y de su progenitora, los cuales debido a sus inconsistencias e incoherencias resaltados en el juicioso análisis que de ellos hiciera el honorable juez de primera instancia fueron igualmente el fundamento de la absolución en aplicación del principio del in dubio pro reo.

Y es que, existen dos hechos que fueron acreditados dentro del juicio oral, que nunca fueron ni siquiera cuestionados por la fiscalía y que fueron reconocidos por las sentencias que hace surgir la duda sobre si el supuesto agresor sexual de la menor fue el señor AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMES o cualquier otro de los 11 trabajadores del trapiche que tenían acceso a la casa donde se encontraba la menor, máxime cuando esta no pudo observarlo ni reconocerlo, sino que escuchó un susurro de su parte.

En efecto, estos dos hechos, tanto que habían 11 trabajadores más a la hora de la presunta agresión, como la imposibilidad de ver a su agresor y que la única forma en que se pudo reconocer fue un susurro de una persona con la cual nunca antes había hablado la víctima, son hechos sobre los cuales no hubo discusión y por ende generan la duda sobre quien fue el responsable de estos actos, máxime, cuando las incongruencias existentes entre los testimonios se da en punto de la forma como ocurrieron los hechos y en la forma en que se identificó que el supuesto atacante fue el procesado y ello fue lo que llevó al Juzgado de primera instancia a reconocer la existencia de la duda y la consecuente sentencia absolutoria

En efecto, la sentencia de primera instancia, proferida el 9 de junio de 2014 por el honorable Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá señaló:

*"en el caso que nos ocupa, la menor no reconoció a su victimario físicamente, sino simplemente ante la psicóloga dice que lo reconoció porque le habló pasito, ni siquiera sabía su nombre, pero como ya se ha dicho, ante el ruido ensordecedor de un motor de trapiche ¿será que en una noche silenciosa se escucha una voz que le habla a uno pasito y más, recién despertada para poder inferir que esa voz pertenece a cierta y determinada persona?"*

*(...) lo que quiere decir ante la imposibilidad del reconocimiento físico de su agresor por parte de la víctima, es muy difícil que a una investigación como la que nos ocupa se le pueda dar credibilidad a la menor, y menos cuando hay serias contradicciones en sus dichos, con los demás elementos y evidencias aportadas al juicio"*

Es de advertir honorables magistrados que dado que la madre de la menor en su denuncia manifestó que había dejado dormida a la niña, resulta fundamental tener en cuenta que solo en una salida procesal, esto es en desarrollo del juicio, se le preguntó a la menor si estaba despierta o dormida cuando sucedieron los hechos, pregunta realizada por la digna representante del ministerio público a lo que la niña manifestó que ESTABA DORMIDA, lo cual refuerza la convicción de la existencia de la duda incluso sobre la ocurrencia misma del hecho

Siguiendo con lo estipulado por el A Quo tenemos que el mismo advirtió que la duda se presentaba por las deficiencias en la investigación y la falta de material probatorio:

*"De todas maneras, en caso de que el hecho haya ocurrido, no hay certeza de que el acusado lo haya cometido, precisamente por todas las dudas que afloraron en el juicio, tanto en el informe de psicología, la declaración de la menor, su progenitora, como de las evidencias arrimadas.*

*La fiscalía no pudo probar si el supuesto acto sexual constitutivo de acción penal ocurrió, precisamente con todo el acervo probatorio por ella arrimado y el desistido, lo que generó más dudas en la investigación, como es sabido de acuerdo al sumario, que había once trabajadores más en el trapiche, incluido el padre de la menor, nunca fueron entrevistados, ni estos, ni los propietarios del trapiche y la casa donde se dice sucedieron los hechos"*

Es de advertir que en toda la sentencia de primera instancia se argumenta las razones que llevan a concluir la existencia de la duda, pero tan solo se transcriben algunos apartes que se consideran de mayor relevancia y los cuales fueron rechazados por el Ad Quem al considerar que *"en contraposición a lo planteado por el A quo, en este caso en concreto, no resulta procedente la aplicación del principio del indubio pro reo, consagrado en el artículo 7 de la ley 906 de 2004, como quiera que no existe duda alguna en la presente actuación que se debe aplicar en favor del procesado, al existir certeza racional respecto de la materialidad del ilícito de actos sexuales con menor de 14 años, y de la responsabilidad de AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ en la comisión de los mismo"*.

A la anterior conclusión arrima sin tener en cuenta ni hacer referencia alguna a la manifestación que hiciera la menor en el juicio oral respecto a que los hechos sucedieron cuando ella se encontraba DORMIDA.

De la misma forma desestima las demás incongruencias con especulaciones como que "en ningún momento se estableció, por parte de ninguno de los deponentes, que para el momento en el que sucedieron los hechos el trapiche estaba en funcionamiento", desconociendo que del mismo testimonio de la progenitora de la menor se puede extraer que en efecto se encontraba en funcionamiento, por una parte porque se anuncia que en ese momento estaban los trapicheros y que incluso ella se fue a hacer la fiagua para estos y que posteriormente se fue a hacer unos batidillos.

De la misma forma el Honorable Tribunal apuntala que las reglas de la experiencia enseña que cuando dentro de un proceso una misma persona rinde varias versiones bien pueden no coincidir en estricto sentido unas y otras, sin embargo no se trata de cualquier clase de inconsistencias, pues ellas recaen justamente sobre la forma en que se identificó al presunto agresor, pues mientras la menor manifiesta que no conocía el nombre de este en su entrevista en psicología, la madre manifiesta en juicio que su hija le indicó con nombre propio que fue Alexander.

Así las cosas, como se dijo **se tienen como hechos no debatidos en juicio que la menor se encontraba dormida cuando sucedieron presuntamente los hechos, que los mismos ocurrieron cerca a un trapiche en funcionamiento en el cual se encontraban 11 trabajadores diferentes al procesado, que la madre no vio al acusado ingresar a la casa, que la menor no observó a su agresor y que al procesado se está acusando por un reconocimiento que se hace de su voz cuando tampoco se discutió que la menor nunca antes había hablado con él, fundamentando toda la acusación en que la víctima indica haberlo reconocido por un susurro ante lo cual los jueces de instancia debieron aplicar el principio del in dubio pro reo y proferir sentencia absolutoria**, como en efecto lo hiciera el A Quo, toda vez que reiteradamente la H. Corte Suprema de justicia ha señalado que no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Por ello, a luz del principio del in dubio pro reo si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al acusado, y toda duda debe resolverse a su favor implicando su absolución.

## **RESPECTO DE LA CAUSAL TERCERA**

### **CARGO PRIMERO**

El primero de los varios errores que se alegan a la hora de realizar la apreciación de la prueba el primero de ellos obedece a un **falso juicio de identidad** que conllevó a desestimar los argumentos dados en primera instancia y consecuentemente dar por

probados la materialidad y la responsabilidad de del procesado AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ.

En el caso que nos ocupa se presenta a la hora de realizar la valoración de la prueba lo que se conoce como falso juicio de identidad por tergiversación y por cercenamiento al realizar el análisis del testimonio de la menor y en falso juicio de identidad por cercenamiento al realizar el análisis del testimonio de la madre de la menor, todo encaminado a restarle merito a las incongruencias expuesta por el A Quo que conllevaron a determinar la imposibilidad de que la menor hubiera reconocido a su agresor por un susurro.

En efecto así quedaron plasmados estos errores a la hora de apreciar la prueba en la sentencia:

*"Ahora bien, pese a que el cognoscente encuentra en la declaración de la víctima contradicciones porque, en un principio, indica que el señor Agustín Alexander le habló pasito y en la audiencia de juicio oral refiere que su voz es fuerte, ello, para esta magistratura, no configura per se discordancia, pues en un primer momento ella se refiere al volumen de la voz con el que su agresor le pronunció las palabras ya referidas, y en el debate oral, cuando señala que él habla fuerte, alude es al tono de la voz y a la forma de hablar del procesado, pues eso se desprende del siguiente interrogante: "P: tú lo habías oído antes, R: sí, P: como habla el, R: fuerte"*

La tergiversación por parte del Ad Quem, justamente radica en inferir que cuando la menor manifiesta frente a psicología que él le habló pasito hace referencia al volumen de la voz con que el agresor le pronunció las palabras y que cuando señala que habla fuerte alude es al tono de la voz y la forma de hablar del procesado.

Sea lo primero indicar que en efecto en el informe de psicología del 22 de febrero de 2010 se consignó que la menor referenció: "cuando me estaba haciendo eso yo dije mami, la llamé, y él dijo pasito, su mamá está ocupada (lo pronuncia a voz baja)"

Por su parte en el juicio oral al ser interrogada por la fiscalía no aclaró como es que le reconoció la voz, como es que supo que era la voz del procesado y no otra, pues se extrae de su testimonio lo siguiente:

*P: Por qué sabes que era Alexander Arenas*

*R: porque conocí la voz*

*P: como lo reconociste*

*R: por la voz*

*P: como era la voz que tú dices que reconocías*

*R: como él hablaba*

*P: como hablaba, como lo reconociste, la voz como era*

*R: como él*

*P: tú lo habías oído antes*

*R: sí*

*P: como habla él*

*R: fuerte*

*P: habías hablado antes con él*

*R: no*

*P: tú sabes donde vivía Alexander para ese momento*

*R: sí*

*P: donde*

*R: en una casa*

*P: tú lo habías escuchado antes*

*R: sí*

De la lectura fracturada de esta parte del testimonio se podría concluir que en efecto no existe incongruencia entre lo narrado en su primera salida procesal y en el marco del juicio oral, sin embargo como se observa al preguntársela como era la voz que reconocía tan solo dijo que "como él", sin embargo el interrogatorio realizado por la representante del ministerio público que enmarca la mayoría de desaciertos valorativos por parte del honorable Ad Quem, quien parece haberlo omitido se ocupó de este tópico:

*P: ¿Has hablado varias veces con Agustín Alexander?*

*R: no*

*P: ¿en qué parte del cuerpo él te besó?*

*R: en la vagina y en la boca*

*P: ¿cuando ocurrieron esos hechos tú estabas despierta o dormida?*

*R: dormida*

***P: ¿cuál fue el tono que empleo Agustín?, es decir, ¿cómo te hablo él? ¿cómo era la voz de él?***

***N: fuerte***

*CF: le has contado a otras personas lo que te ha pasado*

*N: sí*

*CF: no más preguntas*

De lo anterior se desprende que efectivamente la menor incurrió en la incongruencia detectada por el honorable A Quo, la cual fue desestimada por el Ad Quem, al considerar que en el juicio tan solo se refería a como era el tono de voz de Agustín.

Resulta ineludible anunciar que este error en la valoración de la prueba, al tergiversar lo dicho en el interrogatorio realizado por la fiscalía y cercenar lo manifestado en el testimonio realizado por el ministerio público, es de mayúsculas repercusiones en el proceso, pues al concluir que la menor si pudo reconocer la voz del agresor, se da por probada la única forma en la que se pudo señalar por la victima que era este y no otro quien la agredió mientras dormía.

Y respecto de esto último, es decir que la menor se encontraba dormida en el momento en que ocurrieron los hechos, es donde recae igualmente el falso juicio de identidad por cercenamiento, pues si bien el testimonio de la menor fue analizado se excluyó de él esta circunstancia de medular importancia.

Efectivamente la conclusión a la que arrima el Ad Quem para fundamentar que resulta probado que la menor identificó plenamente a su agresor ignoró lo que objetivamente mostraba la prueba, por lo que en el fallo se estableció:

*"Igual sucede con el segundo punto anunciado, pues en ningún momento el Juez estableció el recorrido intelectual que lo llevó a concluir que los menores, a la edad de 7 años, no tienen capacidad de identificar la voz de quien les habla en tono bajito "mientras" se despiertan, cuando no se tiene "la orientación necesaria", máxime si en cuenta se tiene, como también lo destacó la profesional en psicología cuando es requerida para que informara sobre ese punto en particular, que la menor en el momento en el que escucha la voz de su agresor ya se encontraba despierta, pues incluso precisa que cuando él le estaba haciendo "eso", refiriéndose a los vejámenes, **"yo dije mami, la llamé, y él dijo pasito, su mamá está ocupada (lo pronuncia a voz baja)"** es decir, que la menor no solo tenía la conciencia suficiente para establecer que un*

*señor estaba tocándola, sino que fue porque ella preguntó por su mamá, que él le responde que ella estaba ocupada, precisando también, más adelante, que él también le indicó que su madre se encontraba en el trapiche, por lo que esas palabras las articula no cuando ella estaba despertándose y carecía de "orientación", sino cuando ya estaba despierta y con la suficiente disposición para saber dónde se encontraba y quien fue la persona que habló, por lo que ninguna duda puede haber respecto de lo anterior." (resaltado propio del Tribunal)*

Sea lo primero resaltar el falso juicio de identidad por tergiversación frente al testimonio de María Leonor Tarazona Celis, quien realizó la entrevista psicológica, toda vez que es falso que la profesional acredite que la menor se encontraba despierta, contrariu sensu, tan solo aclara que la menor refiere que el señor la despertó, pero más importante es la misma profesional la que advierte que hay que tener en cuenta tanto la edad de la niña como las circunstancias que rodearon el hecho, al ser interrogada por el ministerio público:

*P: Usted desde su posición como psicóloga puede decir si una niña de 7 años que está dormida y la molestan en su persona puede reconocer con certeza por la voz que pertenece a determinada persona*

*R: la niña refiere que el señor la despertó para hacerle esto **sin embargo ella es clara en manifestar que ella no lo observó, no observó que ropa él tenía que solo lo reconoce por la voz cuando ella llamo a la mama en ese momento**, la señora a su vez menciona que ellos han tenido interacción con la familia de él porque ellos han ido allá y de igual manera han tenido el saludo. No podría mencionar en cuanto la voz humana tiene diversas variaciones, pero en algún momento por la interacción continua que se le podría darse, **sin embargo, en ese momento hay que tener en cuenta la edad de la niña y las circunstancias en las que se encontraba** (se resalta)*

Como se observa se tergiversa lo anunciado por la deponente, pues si algo se puede concluir de la entrevista psicológica es que al decir de la menor esta se despierta al sentir a alguien y allí es donde pregunta por su mamá. Lo anterior cobra aún más sentido si en cuenta se tiene que el anunciado falso juicio de identidad por cercenamiento se presenta por omitir a la hora de valorar el testimonio de la menor que esta fue fulminante a la hora de responderle al ministerio público que se encontraba dormida cuando sucedieron los hechos:

Como se observa honorables magistrados, al incurrir en este falso juicio de identidad se dio por probado que la menor se encontraba en condiciones de reconocer la voz de la persona que al parecer la estaba agrediendo sexualmente desechando la duda planteada por el A Quo respecto de este tópico, así, como también desestimó lo concerniente a las circunstancias del ruido cerca a la casa donde sucedieron los hechos, incurriendo el falso juicio de identidad por cercenamiento a la hora de valorar el testimonio de la madre de la menor al estimar que :

*"Aunado a lo anterior, es necesario advertir que no es de recibo lo referido por el juez de primera instancia respecto de la imposibilidad de que la menor, por un lado, escuchara el "susurro" de su agresor al decirle que su progenitora se encontraba en el trapiche ocupada, por el ruido que produce este y por otro, identifique la voz de quien le "susurra" mientras se despierta, cuando no se tiene la "orientación necesaria", especialmente por ser una menor de 7 años de edad, pues, pese a que la razón de que estuvieran en el lugar sus progenitores, su agresor, las otras 11 personas y la menor, se debía a que estaban laborando en el trapiche, lo cierto es que en ningún momento se estableció, por parte de ninguno de los deponentes, que para el momento en el que sucedieron los hechos el trapiche estaba en funcionamiento; que el mismo produjera un sonido que imposibilitara escuchar otros, sin perjuicio de que el lugar exacto de los hechos, o en el que el procesado pronunció las palabras ayudara a su identificación por parte de la víctima, fue dentro de una casa, estructura que logra bloquear parte del sonido o ruido que se produce afuera – en el trapiche- de tal forma que tal conclusión a la que arribó el cognoscente no encuentra apoyo probatorio y por ende, resulta meramente especulativa o conjetural"*

Al respecto se debe resaltar que fue la misma madre de la menor la que en todas las salidas procesales advierte que el trapiche se encontraba en funcionamiento, pues la misma anuncia que deja a la menor en la casa y se desplaza al trapiche a realizar unos batidillos:

*"(...) me Salí de la cocina y mi primo me ofreció una colchoneta para acostar a la niña en un pasillo de la cocina y pues yo en ese momento yo confiaba mucho, no desconfiaba de nadie entonces acosté a la niña y me dirigí hacia abajo a **hacer unos batidillos y a recoger una caña**, eran más o menos las 11 de la noche cuando yo me encontraba abajo en el trapiche cuando la niña llegó llorando y yo la regañé en ese momento porque yo le había advertido que se quedara en la casa..."*

Es de anotar que en todas las salidas procesales la madre de la menor refiere que al dejar a la niña acostada se dispone a hacer batidillos, lo cual en un trapiche requiere el funcionamiento del mismo y el trabajo a altas temperaturas toda vez que *"El batidillo es un producto natural derivado de los jugos de la caña de azúcar, que mediante varios procesos da como resultado un producto con altos contenidos de sacarosa al igual que fructuosa, galactosa, glucosa, azúcares reductores, cenizas, minerales, vitaminas, proteínas entre otros. El proceso inicia con la extracción del jugo de la caña de azúcar, mediante el paso de ésta por un molino, luego se inicia un proceso de pre lavado de los jugos. Posteriormente se limpian los jugos pero con adición de calor, con la utilización de hornilla y pailas. Luego de la pre limpieza y limpieza se inicia el proceso de deshidratación de los jugos pasando por 2 calderas que deshidratan a una temperatura entre 98 y 110°C. en las pailas y entre 800 y 900°C en la hornilla"*.<sup>1</sup>

Así las cosas, se tiene que con los falsos juicios de identidad explicados en los cuales incurrió el Ad Quem a la hora de desestimar las dudas señaladas por el A quo se cambió la decisión que debía tomarse de confirmar la primera instancia por existencia de duda en virtud del principio milenario del in dubio pro reo.

## **CARGO SEGUNDO**

Me permito invocar como causal de casación la tercera de las señaladas en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por considerar la sentencia acusada violatoria de garantías fundamentales por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba al incurrir en falso juicio de raciocinio que conllevó a desestimar los argumentos dados en primera instancia y consecuentemente dar por probados la materialidad y la responsabilidad de del procesado AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ.

En este falso juicio de raciocinio recae sobre las diferentes salidas procesales de la menor, esto es, su entrevista psicológica y su testimonio

- i. Lo que objetivamente dice el medio probatorio:

Que la menor se encontraba dormida cuando sucedieron los hechos, que se despierta y pregunta por su mamá y una voz le responde pasito que se encontraba en el trapiche ocupada, que identifica esa voz como la de Alexander Arenas pero que nunca había hablado con él, que lo había escuchado hablar con el papá, que esta persona habla fuerte, que no pudo observar a su agresor.

- ii. Que se infirió en la sentencia atacada

Que la menor se encontraba despierta y alerta, que podía reconocer la voz de su agresor y por ende identificarlo y con ello infiere la responsabilidad penal

- iii. Cual fue el mérito persuasivo otorgado

Deriva la responsabilidad penal del señalamiento que se da en el testimonio, considerando suficiente para la individualización del responsable la identificación de su voz.

---

<sup>1</sup> Tomado de internet: <http://elaboraciondelbatidillo.blogspot.com/2007/05/batidillo.html> consultado el día 10 de julio de 2019

- iv. El postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo

Con profusa humildad llamo la atención en lo que la reseña jurisprudencial en materia de ***Sana Crítica y Reglas de la Experiencia***, aplicable al caso, en donde se nos ofrece lo que podríamos denominar una especie de protocolo o por decirlo de otra manera un fanal ofrecido por la corte suprema de justicia a efectos de evitar divergencias conceptuales al interior de la fenomenología de la probática validos si queremos evaluar el indicio de manera técnica y científica.

Adicionalmente, por parte de la Corte Suprema de Justicia se ha decantado que la fiscalía tiene el deber de realizar actos de investigación que permitan obtener prueba de hechos o circunstancias de los que pueda inferirse que los hechos ocurrieron tal y como los relata la víctima, para confirmar o infirmar su dicho.

Estas herramientas de valoración se conocen en nuestra jurisprudencia como corroboración periférica y ha sido reiterada entre otros en sentencia proferida el 16 de marzo del 2016 por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal bajo SP-3332 -2016 y Radicación n° 43866, con ponencia de la ilustre magistrada Patricia Salazar Cuéllar así:

*"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"*

De lo anterior se colige que a la hora de realizar la valoración del testimonio de la menor se debió acudir a esta herramienta, con los cual se observaría que en lugar de fortalecer el dicho de la menor lo que se hace al realizar esta valoración periférica es robustecer las dudas que se originaron por las incongruencias de la menor.

Esta falta de valoración que originó el falso raciocinio en el Ad Quem se presentó por cuanto en su análisis desconoce los postulados de valoración probatoria fijados por la misma Corte suprema de Justicia que se deben tener en cuenta a la hora de valorar los testimonios de los menores en reiterada jurisprudencia que establece que:

*"En cuanto a la credibilidad de las manifestaciones de los niños, la Sala ha clarificado el entendimiento equivocado que en ocasiones le han dado los operadores judiciales a una cita descontextualizada de la CSJ SP, 26 ene. 2006, rad. 23706, que «el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales». Ello porque no debe tomarse como un criterio de autoridad que siempre las manifestaciones de los menores merecen crédito, pues lo que corresponde al juez en cada caso es valorarlas bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción.*

***Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad, o de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie juntillas sus relatos.***

*Ciertamente, en decisión CSJ SP, 23 feb 2011, rad. 34568, se indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma*



*imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004 en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, **las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración**, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.*<sup>2</sup>

v. la trascendencia del error

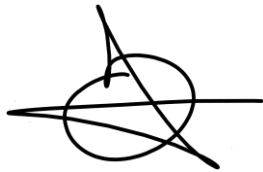
de aplicarse en debida forma la regla de la experiencia se hubiera llegado a la conclusión de que no hay certeza sobre la identificación del procesado debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia toda vez que el silogismo lógico si fue aplicado de forma correcta en esta primera sentencia en la cual luego de analizar que en efecto la niña se encontraba dormida según su propio dicho y le de su madre, que estaba en la oscuridad, que todas las pruebas hablan de 11 personas más en el lugar de los hechos, que la madre aclara que la puerta estaba abierta aparte de las innumerables incongruencias expuestas en la primera instancia debió conllevar a que se reconociera que no era posible en grado de certeza reconocer con la voz a una persona con la que nunca antes se había hablado.

Todo lo anterior indefectiblemente nos lleva a concluir que de no presentarse este error la sentencia de segunda instancia hubiera sido absoluta.

### **PETICION DE FONDO**

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, comedidamente solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, CASAR el injusto fallo impugnado, para en su lugar ABSOLVER A AGUSTIN ALEXANDER ARENAS GOMEZ.

De los Señores Magistrados, con sentimientos de la más alta consideración, con todo comedimiento y vehemencia



**JHON ALEXANDER SERRANO FAJARDO**  
**C.C. No. 1.098.654.465 de Bucaramanga**  
**T.P. 196.279 del C. S. de la J.**

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. Sentencia SP880-2017 Radicación 42656, Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil diecisiete (2017).