

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP5546-2021

Radicación # 55811

Acta 326

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de AGUSTÍN ALEXÁNDER ARENAS GÓMEZ contra la sentencia de segunda instancia proferida el 16 de enero de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil que, luego de revocar la decisión de absolver al acusado, lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

II. HECHOS:

El 29 de enero de 2010, en horas de la noche, en una finca de la vereda San Rafael en el municipio de Ocamonte (Norte de Santander), los padres de la menor L.K.S.M., de 7 años de edad, la acostaron en una colchoneta al interior de una casa que estaba ubicada aproximadamente a 100 metros de un trapiche en el que aquéllos iban a trabajar durante toda esa jornada.

Cuando la niña estaba durmiendo, fue despertada por un hombre que le bajó sus

pantalones y ropa interior, le tocó la vagina, los glúteos y le dio un beso en la boca. Al sentir la presencia del extraño, la menor llamó a su mamá y éste le contestó que ella estaba ocupada en el trapiche.

Pese a que la habitación se encontraba en completa oscuridad, L.K.S.M. reconoció la voz de su agresor porque lo conocía desde antes y lo identificó como AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ. Inmediatamente después, la menor salió corriendo a contarle lo sucedido a su mamá, Lizeth Gabriela Mejía Araque.

III. ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Por los hechos descritos y con ocasión de la denuncia formulada por la progenitora de la menor L.K.S.M., el 10 de octubre de 2013, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Ocamonte (Santander), se legalizó la captura de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ, de 22 años de edad. En la misma diligencia concentrada, la fiscalía le formuló imputación como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso heterogéneo con lesiones personales, conductas descritas y sancionadas en los artículos 209 y 115 del Código Penal. El procesado no aceptó los cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

2. Presentado el escrito de acusación, la respectiva audiencia se realizó el 23 de enero de 2014. Allí, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito con Función de Conocimiento de Charalá (Santander), la fiscalía llamó a juicio a ARENAS GÓMEZ por los delitos antes señalados. La audiencia preparatoria se realizó el 14 de marzo siguiente. El juicio oral tuvo lugar el 16 de mayo del mismo año. En los alegatos de conclusión, la fiscalía pidió condena solo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años. En esta última sesión el juzgado anunció que el fallo sería de carácter absolutorio. La sentencia que puso fin a la primera instancia se profirió el 9 de junio de 2014. Allí se absolvió al procesado por los dos delitos

por los que se le formuló acusación.

3. Con motivo del recurso de apelación promovido por el apoderado de la víctima, la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, en sentencia aprobada el 13 de diciembre de 2018 y leída el 16 de enero de 2019, revocó la absolución proferida a favor de AGUSTÍN ALEXÁNDER ARENAS GÓMEZ y lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años (Art. 209 del Código Penal) a la pena principal de 9 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, motivo por el cual ordenó que una vez cobrara ejecutoria la sentencia, se librara la respectiva orden de captura.

4. Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor del condenado interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

Con auto 23 de abril de 2021 se admitió la demanda de casación superando sus defectos y, en aplicación a lo dispuesto en el Acuerdo 020/2020, se ordenó correr traslado por un término común de 15 días al demandante y a los no recurrentes para que presentaran sus alegaciones a través de medios electrónicos.

IV. EL RECURSO

1. Demanda de casación

Con el fin de lograr la efectividad de las garantías del acusado y la reparación de los agravios que la condena le ocasionó, el defensor presentó tres censuras. La primera, soportada en el numeral 2º del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal. La segunda, con fundamento en el numeral 1º ibídem; y la tercera, soportada en el numeral 3º de la misma norma.

1.1. Primer cargo. Nulidad.

El recurrente aseguró que el Tribunal, al no conceder el recurso de «impugnación contra la primera sentencia condenatoria», vulneró el debido proceso, la dignidad humana y el acceso a la administración de justicia de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ y, por esa vía, se estructuró una causal de nulidad que solo puede ser remediada con la invalidación de lo actuado.

Expuso que en la sentencia de segundo grado, aunque el juez colegiado aludió a las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016 en las que la Corte Constitucional desarrolló el tema de la doble conformidad judicial, le negó la posibilidad de interponer el recurso de impugnación especial por dos razones: primero, porque para ese momento no existía regulación legal al respecto; y segundo, porque, en todo caso, contaba con el recurso extraordinario de casación a través del cual podía cuestionar la fundamentación fáctica y jurídica del fallo.

Para el censor, el recurso de casación, debido a sus limitaciones técnicas y argumentativas, no es el medio idóneo para efectivizar el derecho a que la sentencia que lo condenó por primera vez en segunda instancia sea revisada, pues su naturaleza, como así lo ha reiterado la jurisprudencia, no es la de una «tercera instancia» y allí no cabe el debate sobre hechos que ya fueron juzgados en las dos instancias anteriores.

1.2. Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial.

Al amparo de la causal primera de casación, el defensor de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ acusó a la sentencia de segundo grado de inaplicar los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004 en los que se reglamentan, respectivamente, los principios constitucionales de presunción de inocencia e in dubio pro reo y la exigencia legal de que la sentencia condenatoria esté precedida del conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

En este sentido, para el censor la prueba de cargo que le sirvió de sustento a la condena no fue suficiente para llegar a ese estándar de conocimiento sobre la autoría del procesado en los hechos delictivos que se le atribuyeron, por lo que no quedaba alternativa distinta a la de reconocer la existencia de una duda que, en todo caso, debía ser resuelta a su favor, como así lo exigen los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

Destacó que en el presente caso ese mandato no se cumplió, pues a pesar de que existen unos hechos debidamente probados y aceptados en las instancias que «hacen que emerja con absoluta claridad duda sobre si realmente se presentó la materialidad del hecho y más aún sobre la autoría de [AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ]», el Tribunal se negó a reconocerla. Estos hechos se contraen a: (i) las evidentes «inconsistencias e incoherencias» que existieron entre los testimonios de la menor víctima y su progenitora; (ii) que la niña dijo no haber visto la cara de su agresor ya que para el momento del supuesto abuso estaba dormida, era de noche y las luces de la casa estaban apagadas ; y (iii) la posibilidad de que cualquiera de los once hombres que esa noche estaban trabajando en el trapiche hubiera sido el agresor.

Con fundamento en el error señalado, solicitó confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

1.3. Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial.

Apoyado en la causal tercera de casación, el censor acusó a la sentencia de haber violado las garantías fundamentales del procesado «por manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia». En concreto, afirmó que el juez colegiado incurrió en sendos errores de hecho por falsos juicios de identidad y de raciocinio.

1.3.1. El primero de ellos ocurrió porque, según el libelista, el Tribunal tergiversó y cercenó el testimonio de la víctima, al tiempo que también alteró el contenido de lo declarado por su progenitora, todo con el propósito de «restarle mérito a las incongruencias expuestas por el A Quo que conllevaron a determinar la imposibilidad de que la menor hubiera reconocido a su agresor por un susurro».

En concreto, afirmó que el Tribunal tergiversó el testimonio de la víctima al inferir que: (i) cuando la menor manifestó frente a la psicóloga que el procesado le habló «pasito» estaba haciendo referencia al «volumen de la voz» que éste utilizó para decirle que su mamá estaba ocupada en el trapiche; y (ii) cuando la niña afirmó que el agresor «habla fuerte» aludió fue al «tono de la voz» y la forma de hablar del procesado.

Para el recurrente, estas apreciaciones del Tribunal parten de la alteración de lo que la menor dijo en el juicio cuando la delegada del Ministerio Público le preguntó: «cuál fue el tono que empleó Agustín?, es decir, ¿cómo te habló él?, ¿cómo era la voz de él?», a lo que aquélla contestó «fuerte».

Este error, agregó el censor, es de «mayúsculas repercusiones en el proceso», pues la conclusión equivocada de que la víctima pudo reconocer al procesado a través de su voz fue lo que, en últimas, constituyó el sustento probatorio de la decisión de condena.

Se tergiversó también el testimonio de María Leonor Tarazona Celis, quien fue la profesional que realizó la entrevista psicológica a la víctima y quien nunca manifestó, como erróneamente se aseguró en la sentencia, que ésta se encontraba despierta al momento en el que ocurrieron los hechos, pues lo que la niña dijo, según esta profesional, fue que «el señor la despertó».

Planteó, además, que esta prueba también fue cercenada. Ello, en razón a que se excluyó del análisis el aparte en el que la víctima informó que «se encontraba dormida en el momento en el que ocurrieron los hechos», lo cual, de haber sido considerado, sembraría

por lo menos una duda en torno a la ocurrencia del hecho o, más importante aún, a la identidad del supuesto agresor. Agregó que el Tribunal también «desestimó» lo concerniente a las circunstancias del ruido originado por el trapiche que estaba cerca a la casa en el cual su progenitora dijo que se encontraba haciendo «batidillos», lo cual hacía más difícil que se pudiera escuchar o identificar cualquier sonido originado al interior de la vivienda en donde estaba acostada la niña.

1.3.2. Con fundamento en la misma norma, el recurrente alegó que la sentencia incurrió en falso raciocinio, el cual recayó, concretamente, en: i) la entrevista psicológica que rindió la menor; y ii) su testimonio en la audiencia de juicio oral.

A partir de este razonamiento, concluyó el libelista, con apoyo igualmente en la jurisprudencia de esta Corte¹, que la regla de la experiencia que construyó el juez colegiado, según la cual «siempre o casi siempre que una menor de 7 años que se encuentra dormida, se despierta al percatarse de unos tocamientos, se encuentra en total oscuridad, escucha la voz de alguien con quien nunca ha hablado, pero que lo ha escuchado hablar con su padre, puede identificar a su agresor tan solo con la voz», constituye un silogismo errado, pues el correcto es que «siempre o casi siempre que una menor de 7 años que se encuentra dormida, se despierta al percatarse de unos tocamientos, se encuentra en total oscuridad, escucha la voz de alguien con quien nunca ha hablado, pero que lo ha escuchado hablar con su padre NO PUEDE identificar a su agresor tan solo con la voz».

Esas circunstancias de «corroboración periférica», como fueron el trapiche en funcionamiento, la puerta de la casa abierta, el que todas las luces estuvieran apagadas, la presencia de otros 11 trabajadores en ese lugar, el hecho de que la niña estuviera durmiendo, «lo cual implica que no estuviera completamente alerta», hubieran podido contribuir a desestimar las pruebas de la acusación. Sin embargo, el ad quem no las valoró, pues de haberlo hecho, la duda que persiste sobre la identidad del agresor, lejos de haberse debilitado, necesariamente se habría tenido que robustecer y ser resuelta a favor de su

representado.

Para el casacionista, el error es trascendente porque de haberse aplicado en debida forma la citada regla de la experiencia, la conclusión sería que «no hay certeza sobre la identificación del procesado debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia», motivo que sumado al evidente desquiciamiento de las garantías procesales, torna en necesaria la intervención de la Corte para que se case la sentencia recurrida y se restablezca la efectividad del derecho material y se repare el agravio que se le causó a su defendido.

Tras acusar como normas violadas los artículos 2, 6, 15 y 29 de la Constitución Política, 209 de la Ley 599 de 2000 y 7, 380 y 381 de la Ley 906 de 2004, solicitó casar la sentencia proferida por el Tribunal y, en su lugar, absolver a AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ del cargo por el que fue acusado.

2. Traslado adicional.

En esta oportunidad, el defensor del procesado replicó los argumentos expuestos en la demanda de casación e insistió en la petición de que se case la sentencia de segunda instancia, para que se absuelva a AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ del delito por el que fue acusado.

2.1. Alegatos de no recurrentes.

2.1.1 El Fiscal 2º Delegado ante la Corte Suprema de Justicia advirtió, a modo de cuestión preliminar, que si bien la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil corresponde a la primera condena en segunda instancia sobre la que opera el derecho a la doble conformidad judicial, al haberse interpuesto el recurso de casación por parte del defensor del procesado, lo procedente, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, es agotar el juicio de casación y luego sí proceder al análisis del asunto a modo de doble

conformidad, en razón a las argumentaciones que expuso el recurrente.

Bajo ese presupuesto y siguiendo el mismo orden que planteó el casacionista en su demanda, el fiscal delegado se pronunció sobre las censuras propuestas en los siguientes términos:

i) No procede la nulidad alegada por el recurrente al amparo de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 pues no es cierto que el Tribunal Superior de San Gil le negó al procesado la posibilidad de impugnar el fallo de segunda instancia, sino que, por el contrario, le indicó que de conformidad con la línea jurisprudencial que hasta ese momento había sentado la Corte Suprema de Justicia y ante la ausencia de reglamentación por parte del Congreso de la República respecto al trámite de la doble conformidad, contaba con el recurso extraordinario de casación como medio procesal idóneo para garantizar que el fallo condenatorio pudiera ser revisado por un superior funcional, entendiendo esta alternativa como una medida provisional mientras se legislaba al respecto. Por lo tanto, la actuación del Tribunal obedeció a la aplicación estricta de la jurisprudencia, en cuyo contexto corrió el respectivo traslado al defensor del procesado para que interpusiera y sustentara sus reparos sobre la legalidad del fallo, como en efecto lo hizo.

Afirmó que aunque no desconoce que el recurso de casación no satisface los estándares del derecho a la impugnación que se garantizan con la doble conformidad judicial, la Corte, «siendo consciente de dicha situación, comenzó a flexibilizar sus reglas» cuando se trataba de recursos de casación interpuestos contra las primeras sentencias condenatorias proferidas en segunda instancia y luego, a partir de la decisión AP1263-2019, adoptó las medidas provisionales orientadas a garantizar de una manera reglada el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia, dentro de las que se encuentran (i) que la defensa del procesado podría atacar el fallo a través de una sustentación desprovista de la rigurosa técnica asociada al recurso extraordinario de casación; (ii) que el Tribunal advertiría en el fallo que contra el mismo procedía la impugnación especial para el

procesado y/o su defensor y (iii) que, en los casos que ya se encontraran en la Corte, se continuaría con el trámite dispuesto por el magistrado sustanciador, garantizando, en todo caso, el derecho a la doble conformidad judicial.

Para el delegado, en el caso concreto no se desconoció el debido proceso de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ en su componente del derecho a la doble conformidad judicial, pues en el presente trámite se procederá a dicha revisión según así se anunció en el auto mediante el cual la Corte admitió la demanda de casación y en el que le advirtió al recurrente que, precisamente para garantizar el aludido derecho, tenía la posibilidad de presentar un alegato sin límite de ninguna naturaleza, en el que podía exponer los argumentos que estimara necesarios para controvertir el fallo de instancia.

ii) Respecto al segundo cargo que el recurrente formuló con base en la causal primera de casación por inaplicación del principio del in dubio pro reo, estimó el delegado de la fiscalía que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si se reclama la violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos, las pruebas y la valoración que de ellas hicieron las instancias, por lo cual no puede discutir situaciones de facto, ya que la impugnación por esta senda es de estricto orden jurídico.

iii) En cuanto al tercer cargo, que se soportó en la causal tercera de casación y que el libelista subdividió en dos cargos más, precisó que una vez revisado el testimonio de la víctima no se advierte el error planteado (falsos juicios de identidad y raciocinio), pues deviene con claridad que la valoración efectuada por el Tribunal se corresponde de manera exacta con lo declarado por ella cuando, en el juicio oral, solo se refirió al tono de la voz de su agresor, sin que se le haya permitido ofrecer respuesta en relación con el volumen utilizado por dicha persona al momento de los hechos. En suma, para el delegado no existió la contradicción que tanto recalca el casacionista en su alegato.

En cambio, agregó el fiscal, fue el mismo recurrente quien hábilmente tergiversó la

respuesta ofrecida por la menor, pues cuando en la audiencia el delegado de la fiscalía le preguntó «¿cómo habla él?», refiriéndose a AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ, la niña respondió «fuerte». Y, cuando en el mismo escenario le llegó el turno de preguntar al Ministerio Público, nuevamente se le indagó a la víctima sobre «¿cómo era la voz de él?», a lo que ella contestó «fuerte».

Entonces, lo que se observa es que la menor no respondió «fuerte» a la pregunta del tono de voz empleado por ARENAS GÓMEZ, ni a cómo le habló él al momento de los hechos, sino a cómo era, en general, la voz de él, que fue lo último que le preguntó la interrogadora y que la niña procesó para responder. Por ello, no es como lo pretendió hacer ver el censor, pues la menor en el juicio no dijo que el agresor le habló fuerte, dijo que su voz es fuerte, lo que así se valoró por el Tribunal.

A lo anterior agregó que de lo consignado en la entrevista psicológica realizada a la menor el 22 de febrero de 2010, es claro que en ese momento ella sí se estaba refiriendo al volumen de la voz y no a su tono, pues indicó «cuando me estaba haciendo eso, yo dije mami, la llamé, y él dijo pasito, “su mamá está ocupada”». En el mismo sentido, la psicóloga dejó la anotación de que la menor lo pronunció en voz baja, como retomando la manera en la que su agresor se lo expresó, lo que despeja cualquier duda respecto a que la niña no se refería al tono de voz del atacante, sino al volumen que había utilizado al momento de los hechos.

Tampoco consideró el delegado que ese testimonio hubiera sido cercenado excluyendo de él la afirmación de la menor de que se encontraba dormida cuando ocurrieron los hechos, pues el Tribunal sí tuvo en consideración dicha situación, solo que la valoró a partir de la comprensión que el contexto del caso exigía, esto es: (i) la menor se encontraba durmiendo cuando fue agredida; (ii) al sentir el ataque se despertó, creyendo que se trataba de su mamá; (iii) preguntó por ella, momento en el cual habla, ya despierta, y el agresor le responde que está ocupada en el trapiche.

En ese sentido, el juez colegiado citó apartes de la entrevista rendida por la menor ante la psicóloga, de donde surge sin duda que aquélla se encontraba despierta, consciente, alerta y en capacidad de reconocer a su atacante, así fuera solo por la voz, pues es ella quien relató que luego del ataque y de despertarse, el agresor le arregló la ropa y se la subió, luego de lo cual ella se fue para el trapiche, donde estaban su mamá y su papá trabajando. Lo anterior, le permitió al delegado de la fiscalía concluir que no se cercenó esta parte del testimonio, sino que se le dio un alcance que el censor no comparte, el cual es ajustado a la realidad, ya que no queda duda que la menor reconoció la voz cuando ya no estaba dormida, al punto que habló y se encontraba de pie mientras su atacante le acomodó la ropa.

Dijo que tampoco se tergiversó el testimonio de la psicóloga María Leonor Tarazona Celis, puesto que lo que se observa es que el censor efectuó planteamientos que no fueron esgrimidos por la segunda instancia. Aquél adujo que el Tribunal erró al valorar el testimonio porque es falso que ella acreditó que la menor se encontraba despierta; sin embargo, lo que es falso es que el Tribunal hubiera soportado esa hipótesis en el testimonio rendido por la profesional, pues en la sentencia de segunda instancia se concluyó que la menor se encontraba alerta y en capacidad de reconocer la voz de su agresor, no porque lo haya dicho la psicóloga, sino por todas las circunstancias que rodearon los hechos.

En su sentir, el cuestionamiento del demandante no estuvo orientado hacia el hecho de si la menor estaba o no despierta, sino a la conclusión a la que éste arribó en relación con la capacidad de la víctima de reconocer la voz de su atacante. Por eso, agregó, fue que el Tribunal concluyó que la víctima estaba en capacidad de reconocer a su atacante, no solo por el hecho de estar despierta, sino por otra serie de condiciones que también fueron materia de análisis.

En cuanto al error en la valoración del testimonio de la progenitora de la víctima, estimó el fiscal que tampoco es acertada la conclusión del casacionista, pues no es cierto que el

Tribunal lo hubiera cercenado, es más, el objeto de cuestionamiento del censor fue íntegramente valorado, solo que con un alcance que éste no comparte. Destacó que si bien, de lo declarado por la madre se puede concluir que el trapiche se encontraba en funcionamiento porque estaba realizando unos «batidillos», de ello no se puede derivar por sí solo que había tanto ruido que era imposible para la menor reconocer la voz de su atacante, quien simplemente le susurró una corta oración.

Sobre el particular, precisó que Lizeth Gabriela Mejía -la madre de la menor-, en respuesta a preguntas que sobre el particular le hicieran el Juez y la Fiscalía, aseguró que el trapiche quedaba a más de 100 metros del lugar donde había dejado a su hija durmiendo, razón por la cual, aún aceptando que el trapiche se encontraba en funcionamiento y hacía ruido, no se puede concluir que por eso se viera afectada la capacidad auditiva de la menor, máxime cuando los sonidos que ella dijo haber escuchado -la voz de su atacante- fueron producidos tan cerca que ella pudo entender lo que aquél en ese momento le dijo, esto es, que su madre estaba ocupada, al tiempo que los ruidos del trapiche estaban ocurriendo a más de 100 metros y no se conoce su volumen, lo cual, en todo caso, tampoco fue acreditado en la audiencia de juicio oral. Distinto es que, a partir de la valoración de esos hechos, el Tribunal no hubiera extraído la conclusión querida por el demandante, ya que no había soporte probatorio para ello.

En tal virtud, anunció que, en su criterio, el cargo no está llamado a prosperar.

iv) Para responder a la cuarta censura, que se formuló también bajo el amparo de la causal tercera de casación pero por vía del falso raciocinio, advirtió el delegado fiscal que el planteamiento del demandante es equivocado, por cuanto estructurar una regla de la experiencia a partir de la edad de la víctima del delito, contradice los postulados jurisprudenciales sobre la valoración probatoria del testimonio rendido por una menor víctima de un abuso sexual (SP5290-2018), razón por la cual considerar que por el hecho de que una persona tiene 7 años, se encuentra dormida y es despertada ante una agresión

sexual que se le causa en la oscuridad, no sea capaz de reconocer una voz, no tiene soporte razonable máxime si se tiene en cuenta que la niña afirmó que en ocasiones anteriores ya había escuchado esa voz, pues el victimario era asiduo visitante y vecino de su casa, al punto que la niña sabía que él era el hijo de «la señora Patricia». Afirmó que, adicionalmente, tampoco puede ser una regla de la experiencia el que una persona que se acaba de despertar esté en imposibilidad de reconocer una voz.

Por esa razón, concluyó el representante de la fiscalía que el Tribunal no desconoció ninguna regla de la experiencia o postulado de la sana crítica al momento de valorar el testimonio de la menor, pues lo que se hizo en la sentencia de segunda instancia fue considerar que, en el caso específico y a partir de las circunstancias propias del mismo, era probable que a pesar de la edad de la víctima y de haberse encontrado previamente dormida, pudiera identificar la voz de quien la agredió, pues al momento del ataque se despertó y, cuando ya estaba despierta, fue que escuchó la voz del atacante. Por eso, concluyó que la valoración efectuada por el juez colegiado fue acertada y siguió los derroteros jurisprudenciales sobre la materia, además de guardar correspondencia con los otros elementos probatorios que ingresaron al juicio. Bajo esas consideraciones, afirmó que el cargo no debe prosperar.

Finalmente, en cuanto hace relación al análisis de la sentencia bajo la óptica de la doble conformidad, consideró el delegado que el análisis de los testimonios efectuado por el fallador de segundo grado cumplió a cabalidad con lo dispuesto en los artículos 380 y 404 del Código de Procedimiento Penal, así como lo desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP083-2019, bajo el entendido de que el fallo de condena es el resultado de la valoración conjunta de las pruebas y del contexto en el que ocurrieron los hechos, así como del comportamiento de los testigos durante el interrogatorio cruzado, su ausencia de interés para mentir, la coherencia de los discursos y su correspondencia con otros datos objetivos comprobables.

En oposición, para el representante de la fiscalía los cuestionamientos del censor están cimentados en valoraciones equivocadas porque: i) no es cierto que la niña se contradijo respecto al tono y al volumen de la voz con la que pudo reconocer al atacante. Como lo explicó en los acápites precedentes, en el juicio no se le indagó a la niña, -como sí se hizo en la entrevista previa que rindió-, sobre el volumen de la voz sino sobre el tono de la misma. En todo caso, esta situación no tiene la suficiente fuerza para restarle mérito suatorio al dicho de la víctima; ii) es razonable aceptar que la niña estaba dormida, que a raíz de los tocamientos se despertó y que una vez estando despierta, pudo escuchar e identificar la voz del agresor, porque ya la conocía desde antes; iii) de acuerdo con el testimonio de la psicóloga que le realizó la entrevista, la niña presentaba estabilidad emocional, coherencia en su lenguaje y tenía buenos procesos de rememoración; iv) las contradicciones en el testimonio de la progenitora de la víctima son el resultado de la argumentación que en tal sentido planteó el recurrente, quien tergiversó el contenido de las declaraciones que aquella vertió en la denuncia y en el juicio oral. En ese sentido, lo que la testigo dijo fue que «vio a ALEXANDER en la cocina» -no que habló con él en la cocina, como así lo quiso hacer ver el demandante- y luego, según la misma testigo refirió, ella le preguntó qué hacía en la cocina, a lo que aquél le contestó que «haciendo un agua aromática», es decir, «la narración no cuenta que la conversación se haya dado en la cocina, sino que ella vio al acusado en ese lugar y lo llamó», hecho que se ratificó en el juicio cuando la deponente afirmó que esa conversación ocurrió en el trapiche; v) la supuesta inconsistencia sobre lo que declaró la madre de la menor acerca de que su hija señaló con nombre propio al agresor mientras que esta dijo siempre que no sabía cómo se llamaba esta persona, se supera con el señalamiento directo que la niña hizo del hombre, a quien sin duda alguna identificó como «el hijo de la señora Patricia», a quien vio varias veces en su casa dialogando con su padre y a quien le conocía el tono de la voz.

En tal virtud, solicitó a la Corte no casar el fallo de segunda instancia, debiendo mantenerse incólume la condena impuesta contra el procesado.

2.1.2. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal pidió no casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil contra AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ por las razones que a continuación se sintetizan.

i) Al procesado, por haber sido condenado por primera vez en segunda instancia, se le debe garantizar el principio de doble conformidad judicial, a través del mecanismo de impugnación especial.

ii) Frente al cargo segundo, conceptuó la Procuradora que las dudas planteadas por la censura y a partir de las cuales el defensor reclamó la aplicación de los principios de in dubio pro reo y presunción de inocencia, fueron debidamente despejadas en el fallo del Tribunal, quien arribó a la conclusión sobre el compromiso penal de ARENAS GÓMEZ, no solo a partir de la detallada declaración de la víctima, sino también de la de su progenitora, quien corroboró lo narrado por su hija la noche de los hechos y quien informó, además, que luego de enterarse de lo sucedido le reclamó en tres oportunidades al agresor, quien finalmente aceptó haber tocado a la niña.

En ese sentido, el juez colegiado destacó que en el plenario no existía duda respecto a la capacidad auditiva de la menor, pues identificó la voz de su agresor, ya que se trata de su vecino, era amigo de su padre y visitaba constantemente su casa, lo escuchó hablar en varias oportunidades, lo identificó como el hijo de la señora Patricia y que vivía en Aguablanca. Tampoco quedó espacio para la duda a partir de la corroboración que del dicho de la menor hicieron su progenitora y la psicóloga adscrita a CTI, ante quien la niña presentó una entrevista.

Por esas razones, concluyó la Procuradora que la censura no está llamada a prosperar.

iii) Respecto al tercer cargo, referente a la violación indirecta de la ley sustancial, afirmó que no le asistió razón al recurrente cuando afirmó que en el fallo de segundo grado se incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad, toda vez que la declaración de la

víctima fue debidamente decretada y recepcionada en el juicio oral, en donde la menor relató de forma detallada los pormenores de los tocamientos y del abuso del que fue objeto por parte de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ y ninguno de los apartes de esa declaración fue distorsionado o cercenado como así lo quiso hacer ver el demandante.

Por lo demás, agregó que el fallo atacado se refirió a la declaración de la progenitora de la agredida, sin que del análisis que hizo la corporación de segundo grado se pueda advertir algún tipo de distorsión o supresión del contenido de la prueba. Lo que sí se observa, concluyó la Delegada, es que la sustentación del cargo obedece a una apreciación personal y subjetiva del recurrente, la cual no encuentra respaldo probatorio alguno, como sí lo tiene la tesis de la acusación que finalmente fue acogida por el Tribunal y que se fundamentó en la credibilidad que le ameritó el testimonio de la víctima, el cual fue espontáneo, coherente, expresado en un lenguaje sencillo y acorde a la corta edad de la niña.

Bajo tales consideraciones, solicitó despachar desfavorablemente el cargo.

Finalmente, estimó que lo procedente es no casar el fallo por los cargos de la demanda, debiendo mantenerse incólume el fallo de segundo grado, previo agotamiento del estudio de doble conformidad, cuya garantía le asiste al procesado en razón de la condena que se le impuso por primera vez en segunda instancia.

2.1.3. El apoderado de la víctima L.K.S.M. se opuso a la prosperidad de la demanda de casación y de la impugnación que promovió el defensor de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ. Para el efecto, adujo que no procede la nulidad alegada por el censor ya que para el momento en el que se produjo la primera sentencia condenatoria contra el procesado, todavía no había claridad sobre las herramientas o mecanismos jurídicos para garantizarle el derecho a la doble conformidad judicial, como así lo reconoció de manera expresa la Sala de Casación Penal en la sentencia SP1783-2018, cuando afirmó que «(...) no le corresponde a la Sala, a partir de la competencia asignada por la Constitución, crear un procedimiento

para efectivizar el ejercicio de la doble conformidad en materia penal, pues ello implicaría asumir las funciones del legislador».

Destacó que, en todo caso, la sentencia de segunda instancia que revocó la decisión absolutoria se profirió antes del Acuerdo No. 29 de septiembre 23 de 2020, por medio del cual la Corte Suprema de Justicia «estableció el mecanismo aplicable para la división de la Sala en asuntos en los que puede activarse la garantía fundamental a la doble conformidad». Por tal motivo, el Tribunal de San Gil no estaba habilitado para instituir un trámite a su arbitrio, pasando por alto el precedente jurisprudencial. Anotó que, en todo caso, no se observa que el casacionista hubiera invocado la impugnación especial ante el juez de segunda instancia o manifestado de alguna manera su inconformidad.

Por esas razones, en su criterio, no procede la nulidad.

De igual manera, se opuso a la prosperidad del segundo cargo porque en su desarrollo, lo único que el demandante evidenció fue su inconformidad con la valoración de la prueba y de los supuestos fácticos que dieron origen a la acusación, cuyo debate, en estricto sentido, solo puede ser alegado a través de la causal tercera, esto es, por violación indirecta de la ley.

Calificó como poco claro el argumento de la falta de aplicación de una norma -arts. 7 y 381 de la Ley 906 de 2004-, pues allí no se explicó si se trató de un «error de vigencia, o que el ad quem se negó a aplicarla, o porque desconoció la norma en cuanto a su aplicación espacial o temporal, o porque desconoció la norma especial que prevalece sobre la general».

Finalmente, en cuanto a los dos cargos adicionales que el censor planteó por la vía de la causal tercera, el apoderado de la víctima pidió, igualmente, su desestimación. Ello en razón a que:

i) La supuesta incongruencia de la menor víctima entre lo que manifestó en la entrevista ante la psicóloga del CTI y lo que dijo en el juicio sobre la forma en la que AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ le habló al momento de los hechos, se explica en razón a que durante su testimonio fue interrogada de manera confusa por la Delegada del Ministerio Público, quien no formuló una pregunta acorde a la edad de la niña y a su nivel de desarrollo cognitivo, pero con la que, sin embargo, quedó claro que en la entrevista la menor se refirió al volumen de la voz cuando dijo que aquél le había hablado «pasito» y en el juicio, hizo referencia al tono de la voz, al manifestar que él hablaba «fuerte».

Lo que sí quedó suficientemente claro y de ahí la contundencia del testimonio, es que LKSM señaló, sin dubitación alguna, que el perpetrador del abuso fue AGUSTÍN, el hijo de doña Patricia, vecino y amigo de su padre, a quien le conocía la voz desde antes porque lo había escuchado hablar en varias oportunidades. Estas manifestaciones, contrario a lo que opinó el demandante, para el representante de la víctima no ofrecen oscuridad alguna ni fueron distorsionadas por el Tribunal al momento de su valoración.

En cuanto al cercenamiento que según el recurrente recayó sobre la manifestación de la menor de que para el momento de los hechos ella estaba dormida y la de su progenitora, quien afirmó que el trapiche hacía mucho ruido, advirtió el apoderado la víctima que: i) nunca se probó nada sobre el ruido del motor del trapiche que imposibilitara escuchar. Afirmar lo contrario, como lo hizo el juzgado de primera instancia, es caer en conjeturas; ii) si bien la niña no se acordaba del nombre de su victimario, siempre lo identificó como el hijo de la señora Patricia, vecino y amigo de su papá; y iii) no se probó ninguna alteración en la sensopercepción de L.K.S.M.

Finalmente, para refutar la censura por falso raciocinio, explicó el apoderado de la víctima que la defensa propuso un «silogismo incorrecto, en el que se concluye en pocas palabras que a una niña de 7 años no le es posible identificar por la voz a una persona con la que no ha hablado, pero que sí ha escuchado por haber hablado con su padre».

Agregó que, en todo caso, el dicho de la menor se encuentra respaldado por circunstancias de corroboración periférica como fueron: i) el daño psíquico que aquélla sufrió y que fue acreditado por su progenitora cuando afirmó que «la niña ha sido agresiva, la niña estuvo en tratamiento psicológico hace poco porque la profesora me la manda, me dijo que tenía que llevarla porque era muy agresiva con los niños»; (ii) el cambio comportamental que aquélla tuvo; (iii) las características del inmueble donde ocurrieron los hechos, pues se trataba de «una habitación oscura y cerrada»; (iv) la posibilidad de que la víctima y el victimario pudieran estar a solas; y (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la menor, según así lo relató la progenitora de la niña, quien afirmó que vio cuando AGUSTÍN se retiró de sus labores, pero no cuando volvió.

Para concluir, aseguró que todas las pruebas que sustentaron la condena fueron apreciadas por el fallador de segundo grado siguiendo los postulados de la sana crítica, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En tal virtud, pidió no casar la sentencia impugnada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según lo dispuesto en los artículos 32.1 y 185 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dictar fallo de casación en el proceso seguido contra AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ por el delito de actos sexuales con menor de catorce años y, conforme al artículo 235.2 de la Constitución (modificado por el Acto Legislativo 01/2018), también debe resolver la impugnación de la primera sentencia condenatoria proferida, para el caso, por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil.

2. Delimitación del problema jurídico

2.1. La Sala ha sostenido que cuando la demanda de casación ha sido admitida, le corresponde examinar de fondo los problemas jurídicos propuestos por el recurrente, con independencia de los defectos de forma que puedan exhibirse en su formulación.

Esto, atendiendo al derrotero según el cual, asumido su trámite, se entienden superados los defectos de orden formal que pueda contener la demanda, con el fin de verificar la legalidad de la decisión judicial y garantizar la realización de los fines del recurso.

2.2. Por otra parte, el libelo en el asunto bajo estudio se declaró formalmente ajustado en garantía del derecho a impugnar la primera condena de que trata el Acto Legislativo 01 de 2018, habida cuenta que el fallo de segunda instancia revocó la absolución dispuesta por el juzgado y, por primera vez, declaró la responsabilidad penal de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ por el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

En tal virtud, la Corte verificará, no sólo si los cargos presentados por el demandante están llamados a prosperar, sino también, de ser aquellos descartados, se analizará el fundamento jurídico y probatorio de la condena emitida por el Tribunal.

2.3. En ese orden, los problemas jurídicos iniciales cuyo análisis abordará la Corte, se contraerán a los planteados por el recurrente en la demanda de casación y que se refieren a la supuesta violación de las garantías fundamentales del procesado, la inaplicación de las normas que establecen los principios de in dubio pro reo y de inocencia, y los errores de identidad y raciocinio en los que incurrió el Tribunal al momento de valorar las pruebas que le sirvieron de sustento a la condena.

3. De los cargos formulados en sede de casación

3.1. Primer cargo. Nulidad

Según ya se reseñó en su respectivo acápite, el defensor de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS

GÓMEZ, amparado en la causal 2ª del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, denunció la ocurrencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso de su representado. Esa falencia, consistió en que el Tribunal, pese a haberlo condenado por primera vez en segunda instancia como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, no le concedió el derecho a presentar el recurso de impugnación especial contra la sentencia, cercenándole así la garantía a la doble conformidad judicial que fue establecida mediante el Acto Legislativo 01 de 2018.

El Tribunal, por su parte, sustentó dicha negativa en el pronunciamiento efectuado por esta Sala de Casación en la sentencia SP1783-2018 (que era la postura jurisprudencial vigente para el momento en el que se dictó el respectivo fallo) y en el que se precisó que:

«Con la expedición del Acto legislativo 01 de 2018, la situación ha variado -parcialmente- por cuanto se crea la figura de la impugnación o también llamada doble conformidad judicial penal para primeras sentencias condenatorias y se asigna la competencia a la Sala de Casación Penal para su conocimiento; sin embargo, aún el Congreso de la República no ha expedido la ley por medio de la cual se establece el trámite para la doble conformidad judicial.

Es así como el presupuesto que echaba de menos la Corte, relacionado con la falta de competencia, se colma con el artículo 3º, numeral 2º del Acto Legislativo 01 de 2018, que modifica el artículo 35 de la Constitución Nacional, en tanto se atribuye a la Sala la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad frente a las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia.

No obstante, no se ha superado el requerimiento relacionado con la expedición de la ley reguladora del trámite que corresponderá al ejercicio de la doble conformidad penal, razón por la cual, es inviable su ejecución a pesar de la asignación de competencia fijada en el Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó el artículo 235 de la [Constitución Política](#).

En efecto, aún con la asignación de la nueva competencia a la Corte Suprema de Justicia, el mismo acto legislativo establece que ella estará sujeta a lo que “determine la ley”, luego, será la norma la que estipule el procedimiento a seguir en estos eventos.

Por lo demás, si se trajese, para el efecto, el trámite de la apelación de sentencias, es claro que la Corte estaría actuando como verdadero legislador, suplantando al que directamente reseña el acto legislativo pues, no se duda, esa transmutación del procedimiento a los casos de doble conformidad representa dar una vigencia que no poseen intrínsecamente a las normas de procedimiento penal.

Entonces, no le corresponde a la Sala, a partir de la competencia asignada por la Constitución, crear un procedimiento para efectivizar el ejercicio de la doble conformidad en materia penal, pues ello implicaría asumir las funciones del legislador».

A partir de ese contexto que, se insiste, representaba la postura jurisprudencial vigente para la época en la que se profirió el fallo de segunda instancia -16 de enero de 2019-, la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil advirtió que «mientras se reglamenta el trámite de la doble conformidad, el sentenciado tiene a su alcance el recurso de casación, que se erige en el mecanismo idóneo de impugnación para cuestionar la fundamentación fáctica y jurídica del fallo, así como los aspectos que considere pueden constituir un eventual desconocimiento del debido proceso o vulneración de garantías fundamentales».

Pues bien, fue solo hasta el auto AP1263-2019, proferido el 3 de abril de 2019, cuando la Sala de Casación Penal reconoció la incipiente «flexibilización» de los criterios para acceder al recurso de casación y abrió paso para que en esa sede se estudiaran los fundamentos de la condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Así lo estableció en la referida decisión:

«Es claro que para la fecha no se ha expedido la ley prevista en la aludida reforma, en la que se concrete el procedimiento que se debe llevar a cabo para asegurar la garantía de la

doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia (términos y recursos).

Ese fue el motivo por el cual esta Sala consideró que, ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un “examen integral de la decisión recurrida”.

2.3. Con ese propósito, flexibilizó los criterios para acceder el recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Fue así como, en algunas oportunidades, decidió inadmitir las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las inadmitió por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906)- dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad. 50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). Y, en los demás eventos, las admitió sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692).

2.4. Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, atendiendo a la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar,

de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores.

Para tal efecto, propenderá por la solución menos traumática y que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente. En ese orden, dentro del marco procesal de la casación, resguardará así esa garantía:

(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

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

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

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

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

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

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.

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

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

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

(...)

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

En ese orden y atendiendo a que para el momento de proferirse la sentencia de segunda instancia en el caso bajo análisis aún no se habían implementado legal ni

jurisprudencialmente las medidas para garantizar el ejercicio del recurso de impugnación especial en desarrollo del derecho a la doble conformidad judicial, en ninguna vulneración del debido proceso, sancionable con nulidad, incurrió el sentenciador de segundo grado quien, acorde con las normas vigentes para el momento, concedió el recurso extraordinario de casación, con la aclaración de que a través de éste se materializaría la aludida prerrogativa.

La Corte, por su parte, una vez recibió el expediente optó por imprimirle el trámite más rápido y efectivo a la impugnación de la sentencia condenatoria proferida contra AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ por el Tribunal de San Gil. Fue por esta razón que mediante auto de 23 de abril de 2021, la Sala decidió superar sus defectos y admitir la demanda de casación con un doble propósito: por una parte, para asegurar la efectividad del derecho material y, por la otra, para garantizar el principio de doble conformidad judicial. En tal virtud, se ordenó «1. Correr traslado al demandante y a los sujetos procesales no recurrentes para que, por escrito², en un término común de 15 días, presenten sus alegatos de sustentación y refutación respectivamente». En la misma decisión se ordenó comunicarle al recurrente que «para garantizar la protección penal del derecho, podrá presentar su alegato sin límites de ninguna naturaleza».

Según se puede observar a partir de los hechos y actuaciones reseñadas, a AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ se le otorgó la posibilidad de presentar un alegato sin límites de ninguna naturaleza, es decir, desprovisto de la técnica casacional o de cualquier otra, para que expusiera sus argumentos de impugnación frente a los fundamentos jurídicos y probatorios de la sentencia que lo condenó por primera vez en segunda instancia, garantizando, de esta manera, el pleno ejercicio de su derecho a la impugnación especial.

En todo caso, la protección del referido derecho no se agota allí. Según se anunció en párrafos precedentes, una vez la Sala culmine el análisis de los cargos alegados en la demanda de casación que presentó el recurrente, abordará, si es del caso, el estudio de la

doble conformidad judicial respecto de la sentencia de condena, efecto para el cual considerará los argumentos que expuso el impugnante dentro del traslado adicional que le otorgó la Corte.

Por tales razones y ante la evidente inexistencia de cualquier actuación que haya violado el debido proceso de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ, el cargo por nulidad no prospera.

3.2. Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial.

Alegó la defensa del procesado que el Tribunal inaplicó los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004 que consagran los principios constitucionales de presunción de inocencia e in dubio pro reo, así como la exigencia legal de que la sentencia condenatoria esté precedida del conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Para sustentar el cargo, el demandante refirió que las pruebas practicadas no fueron suficientes para llegar al estándar de conocimiento que exige el legislador penal sobre la autoría del procesado en los hechos delictivos que se le atribuyeron, pues a pesar de que existen «unos hechos probados y debidamente aceptados en las instancias que hacen que emerja con absoluta claridad duda sobre si realmente se presentó la materialidad del hecho y más aún sobre la autoría» del procesado, el Tribunal se negó a reconocerla.

Sobre el particular, de entrada advierte la Sala que el problema que por vía de la causal primera de casación planteó el recurrente, entraña, de forma evidente, una inconformidad con la valoración probatoria que realizó el Tribunal, pues para él, las pruebas reflejaban una realidad distinta a la que se declaró en la sentencia de segunda instancia o, cuando menos, generaban una duda que debió ser resuelta a favor del procesado.

Para el fallador de segundo grado la duda -que según el impugnante era innegable-, nunca existió y la presunción de inocencia fue debidamente derrumbada a partir de las pruebas

que presentó la fiscalía. Caso distinto sería que el Tribunal reconociera la existencia de la duda y, aún así, hubiera dejado de aplicar las consecuencias jurídicas que la configuración de dicho presupuesto fáctico acarrea y que se contraen a las descritas en los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, entre otros.

Y es que, precisamente, en eso consiste la violación directa de la ley sustancial. Como de forma reiterada lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala, la causal primera de casación entraña un problema de estricta naturaleza jurídica o de aplicación del derecho y no de valoración probatoria. Tan es así que uno de los presupuestos de admisibilidad de un cargo propuesto por esta senda consiste en que el demandante debe aceptar, sin refutación de ninguna índole, los hechos que fueron declarados por el fallador a partir de las pruebas que le sirvieron de sustento -las que tampoco es viable controvertir-, frente a lo cual opone su convicción de que la norma atribuible a esa hipótesis de hecho ya concretada, no se aplicó o se aplicó indebidamente.

Sin embargo y según ya se precisó, el demandante se dedicó a demostrar (i) las razones por las cuales, para él, las pruebas de cargo no contaban con los suficientes criterios de credibilidad como, por ejemplo, las supuestas «inconsistencias e incoherencias» en el testimonio de la víctima, o la inverosimilitud de algunas de sus afirmaciones; y (ii) el porqué, a partir de la valoración que él hace de las pruebas, se generó una duda que debió resolverse a favor de su representado.

Dicho de otro modo, el estado mental de duda se originó exclusivamente en el fuero interno del demandante a partir de su personal lectura de la prueba. No fue un hecho reconocido por el Tribunal y, por esa razón, no hay lugar a reclamar la aplicación de la consecuencia jurídica respecto de un hecho que no fue declarado, como así lo pretendió el recurrente al proponer una violación de la ley por la vía directa.

En todo caso y como quiera que las restantes censuras atacan directamente el proceso de

valoración probatoria que fundamentó el fallo de segunda instancia, tema que también será objeto de análisis en el aparte de este fallo dedicado a garantizar el principio de doble conformidad, la Sala postergará el estudio de las quejas a los capítulos subsiguientes con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por lo demás, el cargo por violación directa de la ley derivada de la inaplicación de los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004 no prospera.

3.3. Tercer cargo. Violación indirecta de la ley

3.3.1. Del falso juicio de identidad

(i) Tergiversó el testimonio de la víctima al concluir que cuando la niña manifestó frente a la psicóloga que el procesado le habló «pasito» estaba haciendo referencia al «volumen de la voz» que este utilizó para decirle que su mamá estaba ocupada en el trapiche y que cuando la menor en el juicio afirmó que el agresor «habla fuerte» aludió fue al «tono de la voz» y la forma de hablar del procesado.

Pues bien, el cargo propuesto por el recurrente tiene como fundamento un ejercicio comparativo que él mismo realizó entre lo que dijo la menor en la entrevista rendida ante la psicóloga del C.T.I. María Leonor Tarazona Celis y lo que manifestó en el juicio respecto al tono de la voz del agresor a partir del cual pudo identificarlo. Sin embargo, esta propuesta argumentativa diseñada con el propósito de resaltar supuestas incoherencias entre las versiones y con ello desacreditar el contenido del principal testimonio de cargo no puede ser objeto de análisis por parte de la Sala en razón a que, en estricto sentido, la aludida entrevista no es una prueba que ingresó legalmente al juicio y, en tal virtud, no es susceptible ni siquiera de ser considerada.

Esto es así porque, como reiteradamente lo ha explicado la Corte (Cfr. entre otras, CSJ SP606-2017, 25 en. 2017, rad. 44950 y CSJ SP399-2020, 12 feb. 2020, rad. 55957), las

declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral, además de su utilización durante la práctica del interrogatorio cruzado del testigo, como método de refrescar memoria o de impugnar credibilidad (respectivamente, artículos 392 literal d) y 393 literal b), de la Ley 906 de 2004), pueden constituir prueba en dos circunstancias excepcionales:

- a) ante la indisponibilidad del testigo (artículo 438 ibídem), situación que habilita la admisión excepcional de la declaración anterior como prueba de referencia; y,
- b) cuando el deponente comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma, caso en el cual la primigenia versión puede ser incorporada como «testimonio adjunto».

En todo caso, en ambos eventos ha de agotarse el trámite previsto para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio, a título de prueba de referencia (Cfr. CSJ AP5785-2015, 30 sep. 2015, rad. 46153), como así lo ha explicado la Sala:

- «(i) la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para acreditar su existencia y contenido, deben ser objeto de descubrimiento,
- (ii) en la audiencia preparatoria, la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido;
- (iii) acreditar alguna de las situaciones que, de conformidad con las previsiones del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal de 2004, facultan la admisión excepcional de la prueba de referencia; y
- (iv) solicitar y obtener en el juicio oral la incorporación de la declaración anterior, según los medios de prueba que para tal efecto haya seleccionado la parte».

La Corte también ha precisado que cuando la víctima del delito es un menor de edad se hace necesario adoptar medidas adicionales para brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente en la Constitución Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia), sin que ello implique, en ningún caso, pasar por alto las garantías mínimas del procesado, como así se expresó en CSJ SP934-2020, 20 may. 2020, rad. 52045, en donde la Sala, respecto al punto de la prueba de referencia (artículo 437 de la Ley 906 de 2004), reiteró sus precedentes y recordó que «[a] partir de ese precepto, la Sala ha decantado que una determinada manifestación previa será prueba de referencia en tanto sea «...rendida... por fuera del juicio oral... (y) presentada... en este escenario como medio de prueba... de uno o varios aspectos del tema de prueba... cuando no es posible su práctica en el juicio»³». -Negritas fuera de texto-.

En ese orden, debe quedar suficientemente claro que: (i) los relatos sobre los hechos investigados que realicen los menores en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral; y (ii) si la parte pretende utilizar estas versiones para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.

Para el caso concreto y según se puede observar a partir de la constatación de lo que aconteció en la audiencia de juicio oral, la menor L.K.S.M. sí compareció a rendir su testimonio y, en él, ratificó su señalamiento directo hacia AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ como el hombre que la noche de los hechos la manipuló sexualmente y a quien, pese a la oscuridad del lugar donde se encontraban, pudo reconocer por su voz, la que conocía desde antes porque lo había escuchado en varias oportunidades hablando con su papá.

Bajo ese entendido, la entrevista que rindió la víctima ante la psicóloga del C.T.I. María Leonor Tarazona Celis es una prueba de referencia cuya admisibilidad excepcional en el

proceso estaba condicionada: (i) a la indisponibilidad de la misma testigo para comparecer al juicio a ofrecer su testimonio; (ii) a que ésta, al momento de rendir su declaración, hubiera cambiado su versión o se retractara de la misma; o (iii) a que la parte interesada -en este caso, la defensa- la hubiera utilizado como método para refrescar memoria o impugnar la credibilidad de la niña, hipótesis de las cuales ninguna se cumplió, lo que impone el retorno a la regla general de inadmisibilidad, como prueba, de esa declaración rendida por fuera del juicio oral.

Lo que se tiene, entonces, es el testimonio que presentó L.K.S.M. en la vista pública y en el que, sin ambages de ninguna especie, al ser requerida por la Fiscalía para que manifestara cómo hablaba el victimario, aquélla respondió que «fuerte». Así se desarrolló el interrogatorio, que se realizó por conducto de la Defensora de Familia:

«FISCAL: ¿Cómo es la voz que reconociste?

L.K.S.M.: Como él hablaba

FISCAL: ¿Cómo hablaba?, ¿quiere decirnos en qué lo reconociste?, ¿la voz cómo era?

FISCAL: ¿Tú lo habías oído antes?

L.K.S.M.: Sí

FISCAL: ¿Cómo habla él?

L.K.S.M.: Fuerte

FISCAL: ¿Habías hablado antes con él?

L.K.S.M.: No (...).

FISCAL: ¿Tú lo habías escuchado antes?

L.K.S.M.: Sí».

En la misma diligencia y con el propósito de aclarar las respuestas ofrecidas por la menor, la delegada del Ministerio Público, igualmente por conducto de la Defensora de Familia, le preguntó a la víctima:

«PROCURADORA: ¿Cuál fue el tono que empleó AGUSTÍN? Es decir, ¿cómo te habló él?, ¿cómo era la voz de él?

L.K.S.M.: Fuerte.»⁴

De ahí que ninguna alteración se advierte respecto de lo que dijo la niña, pues lo que ella manifestó en la única versión admisible como prueba, esto es, su testimonio en juicio, fue fidedignamente reproducido en la sentencia y fue valorado en su justa dimensión por el Tribunal, al margen de que en las consideraciones de la sentencia de segunda instancia se hubiera aludido a lo que dijo la víctima en la entrevista, cuyo contenido, por las razones que se vienen de explicar, debió quedar por fuera de toda valoración, como en efecto aquí se procede.

(ii) Tergiversó el testimonio de María Leonor Tarazona Celis, psicóloga adscrita al C.T.I. quien, según el recurrente, nunca manifestó que la víctima se encontraba despierta al momento de ocurrencia de los hechos, como así lo afirmó el Tribunal.

Lo primero que sobre este particular se debe precisar, es que erró el casacionista al proponer la enmienda valorativa de un contenido que, por los motivos que se vienen de precisar, no puede ser considerado como parte del acervo probatorio que legalmente ingresó al juicio. Para el caso, se trata del testimonio que rindió la profesional en psicología del C.T.I. María Leonor Tarazona Celis, quien acudió a la audiencia para probar que la menor

rindió una entrevista en la que se le practicó una anamnesis y para atestiguar lo que ella directamente pudo percibir respecto de la menor durante esa intervención. Lo demás, es decir, el contenido de lo que la menor le contó a la psicóloga tiene la categoría de prueba de referencia y, por lo tanto, su excepcional admisibilidad en juicio estaba condicionada a la concurrencia de alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 y a la solicitud motivada que sobre el particular elevara la parte que pretendía su incorporación, en este caso, la fiscalía.

Empero, ninguno de esos presupuestos se planteó siquiera para justificar la valoración que hizo el Tribunal de lo que la víctima le dijo a la profesional acerca del episodio del abuso, pues el contenido de esa declaración que la menor rindió se produjo por fuera del juicio y, por esa razón, no pudo ser controvertida por el procesado, lo cual constituía un presupuesto imprescindible y condicionante de su incorporación válida al proceso.

En este sentido, es decir, la prohibición de valorar los relatos que los menores suministran a los investigadores o profesionales de la salud sobre los hechos materia de investigación, la Corte, en CSJ SP, 12 feb. 2010, rad. 53127, precisó:

«La Sala ha sido enfática en señalar que los relatos sobre la conducta investigada, que los menores suministran a los peritos en las valoraciones médicas o psicológicas, no son hechos que el experto perciba directamente, de manera que esas versiones se han de llevar al juicio como prueba de referencia, en caso de que la persona no pueda concurrir al juicio oral, y aun si concurren, solo tratándose de menores, según se indicó.”

E igualmente observó:

«Debe recordarse que en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, en la cual se sintetizó lo expresado en la SP del 11 de julio de 2018, Radicado 50637, la Sala explicó que cuando la prueba pericial está compuesta, además de hechos que el perito percibe directamente, por información suministrada por otros medios -como ocurre con las versiones

de la víctima—, es necesario incorporar dichas declaraciones rendidas por fuera del juicio oral a la manera de prueba de referencia, si lo que se pretende es utilizarlas como tal».

En ese orden, el Tribunal se equivocó al apreciar las declaraciones de la menor entregadas por fuera del juicio a la psicóloga María Leonor Tarazona Celis, al valorarlas como prueba de referencia admisible, al margen del debido proceso probatorio, incurriendo, de esa manera, en un error de derecho por falso juicio de legalidad respecto de la ponderación que hizo sobre lo que la niña le contó a la referida profesional.

Con todo, este error no tiene la trascendencia suficiente para derruir los fundamentos probatorios de la decisión de condena pues, en últimas, lo que condujo al grado necesario de conocimiento para justificar la declaratoria de responsabilidad penal, según se explicará más adelante, fue el testimonio directo de la víctima que, además, fue corroborado por otra serie de indicios que le dieron mayor credibilidad, como es el caso de la declaración que hizo la psicóloga del C.T.I. María Leonor Tarazona Celis respecto al comportamiento que observó en la menor al momento de realizarle la entrevista y a las evidentes afectaciones emocionales que pudo percibir en aquélla cuando le narró el episodio del abuso.

Finalmente y teniendo en cuenta lo que se viene de explicar, impertinente resulta el reproche del censor en cuanto a que el Tribunal cercenó el aparte en el que, según él, la víctima le manifestó a la psicóloga que ella «se encontraba dormida en el momento en el que ocurrieron los hechos», información que no tenía por qué haber sido considerada, como en efecto ocurrió, si en cuenta se tiene que también es un contenido de referencia que no cumple con las condiciones para ser excepcionalmente admitido.

(iii) En el mismo sentido, alegó el casacionista que el Tribunal cercenó el aparte del testimonio en el que la progenitora de la menor, Lizeth Gabriela Mejía Araque, informó que la noche de los hechos, el trapiche ubicado cerca a la casa en la que pernoctaba la niña, estaba en funcionamiento. En palabras del recurrente, el ad quem «desestimó» lo

concerniente a las circunstancias del ruido originado por el trapiche, lo cual hacía más difícil que se pudiera escuchar o identificar cualquier sonido originado al interior de la vivienda en donde estaba acostada la niña.

Pues bien, lo primero que con relación a esta censura se debe precisar es que la progenitora de la menor nunca declaró que para el momento de los hechos el trapiche estuviera en funcionamiento y, si en gracia de discusión se pudiera extraer por inferencia lógica esa conclusión, ello en manera alguna implica que el ruido generado por la máquina fuera tan ensordecedor que anulara cualquier otro sonido producido a su alrededor, lo que, en todo caso, tampoco fue demostrado con ningún medio de prueba.

En segundo lugar, tampoco es cierto que el Tribunal haya pasado por alto esa circunstancia que, en todo caso, no provino de las pruebas practicadas, sino del erróneo razonamiento del juez de primera instancia, cuyas especulaciones sobre el particular le sirvieron de insumo al hoy demandante para soportar su convicción acerca de las precarias condiciones de audición en el lugar de los hechos y de la consecuente imposibilidad de la niña para escuchar la voz del agresor. En contraste con lo alegado por el recurrente sobre el cercenamiento de esta prueba, el juez colegiado, en la sentencia de segunda instancia, sí tuvo en consideración esos tópicos. Así lo consignó en el fallo:

«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 un 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 que ayudaran a su identificación por parte de su 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 la conclusión a la que arribó el Cognoscente no encuentra apoyo probatorio y por ende, resulta meramente especulativa o conjetural».

Como se puede observar, el juez de segundo grado sí incluyó en la sentencia la referencia a las condiciones del lugar en el que ocurrieron los hechos y, en especial, a la presencia de un trapiche respecto del que no se probó si estaba o no en funcionamiento para ese momento. En oposición, lo que por obvias razones no quedó incluido en el fallo y que, en últimas, constituye el motivo de inconformidad del demandante, es la conclusión a la que de manera forzada éste arribó a partir de suposiciones y de su personal interpretación de los hechos, pues lo cierto es que ningún testigo dijo que el trapiche estuviera funcionando y, en caso de haber sido así, ninguna prueba se aportó en orden a demostrar el nivel de ruido que esa máquina supuestamente producía.

En conclusión, los yerros de identidad por tergiversación y cercenamiento que fueron denunciados en la demanda carecen por completo de fundamento y no pasan de ser juicios hipotéticos o intrascendentes elaborados por fuera del escenario donde se confeccionó la prueba y que no cuentan con ningún respaldo distinto a la simple retórica del recurrente.

3.3.2. Del falso raciocinio

El defensor de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ alegó que la sentencia de segunda instancia incurrió en un falso raciocinio que recayó sobre i) la entrevista psicológica que se le practicó a la víctima; y ii) el testimonio que rindió esta menor en la audiencia de juicio oral.

Para el demandante, a partir de estas pruebas el Tribunal construyó una máxima de la

experiencia inapropiada que consistió en que «siempre o casi siempre que una menor de 7 años que se encuentra dormida, se despierta al percatarse de unos tocamientos, se encuentra en total oscuridad, escucha la voz de alguien con quien nunca ha hablado, pero que lo ha escuchado hablar con su padre, puede identificar a su agresor solo con la voz», pues la premisa correcta, según él, es que «siempre o casi siempre que una menor de 7 años se encuentra dormida, se despierta al percatarse de unos tocamientos, se encuentra en total oscuridad, escucha la voz de alguien con quien nunca ha hablado, pero que lo ha escuchado hablar con su padre, NO PUEDE identificar a su agresor solo con la voz».

Pues bien, al elaborar los citados enunciados con la pretensión de que de ellos se predique que corresponden a reglas de la experiencia, está incurriendo el libelista en el error de tratar de estructurar máximas de la experiencia frente a fenómenos esporádicos, irregulares, de los que no se advierte uniformidad, o que sólo constituyen situaciones hipotéticas o inciertas.

La Sala ha insistido que «una máxima no puede consistir en la percepción particular de quien la formula o en especulaciones carentes de objetividad. Para que se pueda considerar como tal, es preciso demostrar que el enunciado expuesto se aplica de forma más o menos uniforme en el mundo material o histórico social» (Cfr. CSJ AP, 30 jun. 2006, rad. 21321).

La regla que, según el impugnante, fue construida de forma inapropiada por el Tribunal y aquélla que, siendo la que corresponde aplicar fue desatendida, no pueden ser catalogadas como máximas de la experiencia porque, en primer lugar, no reúnen vivencias de la cotidianidad que den cuenta de la forma como casi siempre suceden las cosas (universalidad o generalidad) y, en segundo término, porque el mencionado enunciado, en esencia, se refiere al proceso valorativo probatorio efectuado por el Tribunal.

En otras palabras, lo que el demandante catalogó como reglas de la experiencia, no son mas que las conclusiones resultantes de la valoración de las pruebas que realizó el juez

colegiado y frente a la cual el mismo recurrente opuso su particular interpretación.

Finalmente y aunque de manera impropia dentro de este mismo cargo el defensor del procesado denunció la inexistencia de circunstancias de corroboración que permitieran darle crédito a lo declarado por la víctima y su progenitora, para responder a su inquietud baste con precisar que, por el contrario, del acervo probatorio es posible extraer múltiples datos que contribuyen a ratificar los relatos conocidos y a dar por cierto que los hechos ocurrieron de la forma en la que la víctima y única testigo directa los relató, de los cuales se ocupará la Sala al momento de afrontar el análisis valorativo de rigor en garantía del derecho a la doble conformidad judicial que le asiste al acusado.

Así las cosas, el cargo por falso raciocinio propuesto por el demandante, no prospera.

4. Valoración probatoria en ejercicio de doble conformidad judicial

El principal problema jurídico que planteó el recurrente es de carácter probatorio, pues, mientras el Tribunal consideró colmados los requisitos para emitir fallo de condena, con fundamento, principalmente, en las declaraciones de la víctima y su progenitora, la defensa estimó que no se satisface el estándar de conocimiento que exige la ley acerca de la responsabilidad penal, circunstancia por la que, en su concepto, debe absolverse a su prohijado.

La Sala, entonces, se ocupará de verificar el cumplimiento del estándar probatorio mínimo para soportar la condena, es decir, si en verdad se puede arribar a la certeza de la responsabilidad del procesado como lo dedujo el Tribunal, o si las pruebas aportadas al juicio son insuficientes para llegar a esa conclusión, como lo propuso el impugnante.

4.1. En primer lugar, se examinará lo relacionado con el cargo atribuido por la fiscalía a AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ, referente a los actos sexuales con menor de catorce años que tendrían como víctima a L.K.S.M.

En la acusación se planteó como hipótesis delictiva que el 29 de enero de 2010, en horas de la noche, en una finca ubicada en la vereda San Rafael del Municipio de Ocamonte, mientras la menor L.K.S.M., de 7 años de edad, dormía al interior de una casa que estaba ubicada aproximadamente a 100 metros de un trapiche en el que estaban trabajando sus progenitores, en medio de la oscuridad fue abordada por un hombre, quien le tocó la vagina y los glúteos y le dio un beso en la boca. Al sentir la presencia del extraño, la niña llamó a su mamá y éste le contestó que ella estaba ocupada en el trapiche. La comisión de los actos abusivos se le atribuyó a AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ a partir del señalamiento directo que le hizo la víctima.

4.1.1. Para probar su teoría del caso, el encargado de la acusación aportó al juicio el testimonio de L.K.S.M., quien sin vacilación alguna afirmó que quien la había tocado indebidamente había sido AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ, «el hijo de doña Patricia», a quien si bien no pudo verle la cara la noche de los hechos en razón a que la casa estaba a oscuras, sí pudo reconocerlo por su voz, pues cuando ella se despertó al sentir que alguien la estaba tocando, preguntó por su mamá y aquél le contestó que ella estaba ocupada en el trapiche. Así lo relató la niña en su testimonio:

«Es que yo estaba en un trapiche y me fui a dormir en una casa al lado del trapiche y él llegó y me bajó los pantalones y los cucos, y me tocó la vagina y me besó (...) yo le dije que en dónde estaba mi mamá y él me contestó que estaba en el trapiche ocupada».5

Al ser indagada por la fiscalía acerca de si vio a «ALEXANDER ARENAS» esa noche, la niña respondió que «no». Sin embargo, cuando se le preguntó por qué sabía que se trataba de esa persona, ella contestó: «porque conocí la voz».

4.1.2. La fiscalía también presentó en juicio a la psicóloga del C.T.I. María Leonor Tarazona Celis, quien le practicó a la menor una entrevista semiestructurada en la que ésta le narró el episodio de abuso al que AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ la sometió. Esta

profesional explicó en el juicio su percepción directa sobre el estado de ánimo de la niña, la forma en la que hiló su relato, el lenguaje no verbal y el tono de voz que utilizó la niña para emular la forma en la que el agresor le habló luego de haberla tocado abusivamente⁶. A partir de allí y de su propia observación, la deponente concluyó que era evidente la incomodidad de la menor al momento de relatar los hechos investigados, que su descripción de lo que ocurrió fue acorde a sus funciones mentales superiores y que, en todo caso, la niña fue colaborativa frente a todas las preguntas que se le formularon.

4.1.3 Finalmente, por cuenta de la acusación, compareció al debate oral la progenitora de la víctima, Lizeth Gabriela Mejía Araque⁷, que si bien no fue testigo directa de los hechos, sí suministró información importante a la hora de corroborar (i) que momentos antes de que su hija llegara llorando a contarle lo que le había ocurrido, observó que AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ se ausentó del trapiche donde todos estaban trabajando esa noche; (ii) lo que de manera directa percibió cuando la niña, instantes después de haber sido agredida, llegó a contarle sobre lo sucedido; y (ii) lo que ella hizo después de enterarse. Así lo dio a conocer en el juicio:

«Yo ese día fui al trapiche a hacer la fiagua para los trapicheros (...) yo me dirigí allá con la niña y yo terminé de hacer la fiagua, me salí de la cocina, mi primo me ofreció una colchoneta para que acostara a la niña en un pasillo de la cocina y yo, pues, en ese momento yo confiaba mucho, no desconfiaba de nadie, yo acosté la niña y me dirigí hacia abajo a hacer unos batidillos, a recoger un poco de 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 yo regañé a la niña, no sabía, porque yo le había advertido que se quedara en la casa, ella no se quiso quedar, yo la llevé, entonces esto, yo la regañé, a ella se le quedó la cachucha en la colchoneta, yo me devolví con la cachucha de la niña, le dije que se recostara otra vez en la cama, que se acostara y ella llegó llorando y ella me zapateaba, me decía que no, que no se acostaba y que no se acostaba, y no se acostaba ahí, y llegó y me abrazó y yo pues en ese momento reaccioné y le pregunté, le dije “¿mamita le pasó

algo?”, ella me comentó que había un muchacho, que había entrado un muchacho, la había esto, y ella estaba durmiendo, le había quitado los cucos y el pantalón hasta la rodilla, le había tocado la vagina y le había dado un beso largo en la boca, yo en ese momento me le acerqué, le dije a la niña que me mostrara el muchacho que le había hecho eso y me mostró a ALEXANDER, yo me le acerqué a él y le dije que por qué le había hecho a la niña, él no me contestó nada y se arropó de pies a cabeza, no me dijo nada. A los ocho días lo llamé y le pregunté que qué le había hecho a la niña y él, esto y yo le dije que lo iba a demandar, yo al otro día me dirigí a la Comisaría de Familia del pueblo, le comenté el caso, esto la señora llamó a la niña, la pasó a la psicóloga, la niña habló con la psicóloga y después, ellas las dos se reunieron y la señora Comisaría de Familia me dijo que tenía que venir a Charalá al CTI a colocar la demanda, y que si no lo hacía yo, lo hacía ella, y yo al lunes al otro día me dirigí acá y coloqué la demanda, eso fue todo lo que hice, después yo sospeché, llegué a sospechar que de pronto no era él porque habían 11 trapicheros en el, que de pronto era otra persona, alcancé a sospechar, después volví, hablé con el muchacho y le pregunté que me dijera la verdad y él solamente me dijo que solamente la había tocado y que no le había hecho nada».

4.2. Para el Tribunal, la decisión de condena surgió como consecuencia de valorar el testimonio de la víctima, cuya coherencia interna y externa en relación con las demás pruebas de cargo, comportó la contundencia demostrativa suficiente para darle credibilidad a su señalamiento directo de la persona que la agredió sexualmente.

En oposición, las contradicciones a las que aludió el recurrente no lograron afectar el grado de certeza sobre la responsabilidad penal del acusado, pues se trata de inconsistencias que para el juez colegiado resultaron de escasa importancia y se explican razonablemente en la fragilidad de los procesos mentales de rememoración -pues entre la fecha de ocurrencia de los hechos y el juicio oral transcurrieron más de cuatro años-, las cuales, en todo caso, son de carácter accesorio y aisladas del núcleo central de lo que constituyó el tema de la prueba. Al respecto, en la sentencia de segunda instancia el Tribunal concluyó:

«Ahora bien, en punto de las contradicciones advertidas por el A Quo, una vez realizada la valoración probatoria y que le impidieron darle credibilidad a su dicho [el de Lizeth Gabriela Mejía Araque], se tiene que si bien en la denuncia reiteradamente aludida se presenta una contradicción con lo referido por la señora LISETH GABRIELA en la audiencia de juicio oral y que se circunscribe a que ella, el primer reclamo que le hizo a Agustín Alexander fue en la cocina que queda a un metro de donde pernoctaba la menor mientras sus progenitores trabajan, mientras que en la segunda afirma que dicho reproche se hizo en el trapiche cuando él estaba acostado en unas tablas y arropado con una cobija, ese desacierto no alcanza, ni siquiera por un momento, a nublar la contundencia y consistencia del núcleo central de acusación hecha por la menor, siendo dicha circunstancia -la objeto de desacierto- de carácter accesoria y aislada a lo que interesa y respecto de lo que en todo momento hubo concordancia, y no es otra cosa que mientras que la menor se encontraba en la colchoneta que el dueño del inmueble le prestó a la señora LISETH GABRIELA, pernoctando, el señor Agustín Alexander ejecutó actos libidinosos en contra de la menor de 14 años, momento en el que la despertó para luego, ante el llamado de L.K.S.M. a su madre, responderle que ella estaba ocupada en el trapiche.

Lo mismo se predica del hecho de que la progenitora haya dicho, en la audiencia de juicio oral, que ante ese primer reclamo, Agustín Alexander no le respondió nada, mientras que en la denuncia le aseguró que no le hizo nada a la menor, para luego, la víctima, asegurar que él no le respondió nada a su progenitora, pues en efecto, el reclamo y las circunstancias como se dieron revisten de poca relevancia, máxime si en cuenta se tiene que la confesión por parte de Agustín Alexander a la señora Liseth Gabriela se dio en su tercer encuentro, tiempo después de que instaurara la denuncia penal».

Esas nimias inconsistencias, a juicio de la Corte, no alcanzan a superar el umbral de la propia y subjetiva interpretación de la prueba, pues en su argumentación el recurrente se limitó a referir situaciones que en su modo de ver conducían a restarle credibilidad al dicho de la víctima, como lo es el haber encontrado algunas contradicciones con sus relatos

anteriores, lo cual, según la jurisprudencia de esta Corporación⁸, no constituye razón suficiente para desechar su testimonio porque, justamente, es labor del funcionario judicial establecer, con apoyo en las reglas de la sana crítica, a qué segmentos de su narrativa les confiere credibilidad y a cuáles no. Así lo expresó la Sala en CSJ SP8290-2017, rad. 42176:

(...) la experiencia enseña que cuando una misma persona rinde varias versiones o cuando varias declaran sobre idéntico asunto es normal que no concuerden en estricto sentido y, más bien, una perfecta coincidencia de todos los datos da lugar a sospechar que han sido preparados o aleccionados. Lo determinante, para restarles fuerza persuasiva, es que las divergencias recaigan sobre aspectos esenciales o fundamentales, no así si se trata de contradicciones meramente accesorias o tangenciales (CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305; CSJ SP, 5 nov. 2008, rad. 30305).

De otro lado, al verificar los audios del juicio oral con facilidad se puede establecer que los motivos que el recurrente adujo para cuestionar la veracidad del testimonio de L.K.S.M. no fueron utilizados por este mismo sujeto procesal para impugnar, de manera directa o indirecta, su credibilidad en el juicio. Además, los cuestionamientos sobre la supuesta incapacidad de la niña de reconocer la voz de su agresor por haber estado dormida instantes previos al ataque, quedaron al margen de toda controversia, pues no fueron abordados durante la confección probatoria que solo puede tener lugar durante el debate oral y no en las postrimerías del proceso a través de simple retórica, máxime cuando, en su disertación, el censor ni siquiera planteó un juicio lógico de contenido universal con la capacidad de refutar el hecho plausible de que una niña que se acaba de despertar está en la posibilidad de reconocer una voz que ha escuchado previamente.

En este punto resulta pertinente recordar que, para la Corte, la posibilidad de atacar en sede de casación la credibilidad de un testigo cuando la parte recurrente no ha hecho uso de esta prerrogativa en el juicio oral, se encuentra restringida a eventos específicos en los que no se requiera acreditación probatoria. Al respecto se lee en CSJ SP, 13 may. 2020, rad.

47909:

«[...] Dicho instituto, permite a las partes cuestionar la credibilidad del testigo, por cualquiera de los siguientes aspectos, (i) naturaleza inverosímil o increíble del testimonio, (ii) capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar, (iii) existencia de motivos de parcialidad del testigo, (iv) discrepancia con declaraciones anteriores, (v) tendencia a la mendacidad, y (vi) contradicciones internas del testimonio.⁹

El ejercicio de esta garantía procesal impone a la parte interesada presentar en audiencia, ante el juez, (i) los argumentos que sustentan la impugnación, y (ii) las evidencias que acreditan el supuesto fáctico del motivo alegado, en los eventos en que su demostración exija acreditación probatoria, como sería el caso, por ejemplo, de los motivos previstos en los ordinales (ii), (iii), (iv) o (v) del precepto.

Su invocación es discrecional, en cuanto la parte puede hacer o no uso de ella en el juicio oral, pero si decide renunciar a su ejercicio, ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria.

Solo podrá hacerlo si la alegación que plantea no exige acreditaciones de esta índole, verbi gracia, cuando se alega inverosimilitud o ausencia de credibilidad porque el relato suministrado por el testigo contradice los principios de la lógica, las reglas de experiencia o los postulados científicos, que como se sabe, no requieren acreditación, o cuando se invocan contradicciones internas en la declaración rendida en el juicio oral.

La razón es elemental. En el modelo de enjuiciamiento acusatorio, toda prueba debe practicarse y controvertirse en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento.¹⁰ Este es el escenario natural del debate probatorio. Después de este momento procesal no hay espacio para la práctica de pruebas en ninguna de las instancias, ni en casación.

Esto impone afirmar que los motivos de impugnación que requieren base probatoria, deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral, porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en material probatorio que no han sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

Por eso, la respuesta que se sigue al interrogante planteado, es que las partes no pueden sorprender con esta clase de ataques en estadios posteriores al juicio oral cuando, requiriéndose acreditación probatoria de la causal que se invoca, no se ha hecho uso de la garantía de impugnación en esta oportunidad procesal, en los términos previstos en el estatuto procesal penal».

Para el caso, la supuesta imposibilidad de la víctima de reconocer la voz del procesado por encontrarse en un supuesto estado de somnolencia no fue un hecho probado y, por lo tanto, los reparos que con fundamento en esta personal elucubración, son ineficaces.

4.3. Finalmente y con el propósito de abordar la serie de cuestionamientos que planteó el recurrente y que, según él, debieron ser absueltos en el juicio a instancias de la fiscalía, baste con recordar que en el modelo de enjuiciamiento criminal con tendencia acusatoria en el que impera un régimen eminentemente adversarial, a la fiscalía, en ejercicio exclusivo de su rol acusador, sólo le incumbe probar su teoría del caso. En ese orden, si a la defensa le asaltaron todas las dudas que enlistó en la demanda y se dolió de no contar con información sobre, por ejemplo, las condiciones sonoras del lugar en el que ocurrieron los hechos o la capacidad auditiva de la víctima para escuchar e identificar la voz de su atacante, entre otros, debió asumir un papel activo en la confección de la prueba y en el recaudo de la información que le interesaba aportar al debate. Sobre el particular, la Sala, en CSJ SP, 13 may. 2020, rad. 47909, expresó:

«En el sistema procesal de tendencia acusatoria acogido por la Ley 906 de 2004, por el cual

se rige este asunto, los ataques dirigidos a criticar la labor investigativa del órgano acusador resultan intrascendentes, porque quien cumple esta función no está sometido a los mandatos del principio de investigación integral, que impone indagar con igual celo lo favorable y desfavorable a los intereses del procesado.

En este modelo, las partes gozan de total libertad en el ejercicio del derecho a probar y en la selección de la estrategia a seguir en procura de sacar adelante su teoría del caso. Se trata de una actividad regida por los principios de independencia y autonomía, en cuyo ejercicio no es posible que una parte exija de la otra que oriente la actividad probatoria en determinado sentido, o de una determinada manera.

Su naturaleza adversarial determina que la función investigativa ya no sea exclusiva del órgano acusador, sino también de la defensa, y que dentro de su resorte esté, por tanto, adelantar las gestiones investigativas necesarias orientadas a acopiar las pruebas que estime de interés para sustentar su teoría del caso, sin depender de lo que probatoriamente haya hecho o pueda hacer su contraparte.

Esta la razón por la cual el principio de investigación integral resulta exótico en este modelo de enjuiciamiento, y por qué los ataques de la defensa, orientados a cuestionar la gestión investigativa del órgano fiscal por omisiones o deficiencias en el recaudo de pruebas, supuestamente favorables a ella, carecen de fundamento». -Resalta la Sala-.

4.4. En resumen y según quedó visto en las consideraciones que anteceden, en el presente caso se cuenta con el estándar de conocimiento que exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal acerca de la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado. Al margen de los infundados reproches probatorios que en sede de casación formuló la defensa, la decisión de condena se encuentra suficientemente respaldada con el testimonio de la víctima que cuenta con serios factores de credibilidad, junto con las demás circunstancias, debidamente probadas, que lo corroboran, como son (i) el hecho de que la

niña llegara llorando donde su progenitora a contarle inmediatamente lo que momentos antes le había sucedido, como así fue declarado por Lizeth Gabriela Mejía Araque quien, además declaró que observó cuando AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ se ausentó del trapiche y después de eso, fue que su hija llegó llorando a contarle lo que le había pasado; (ii) la evidente afectación psicológica y emocional que se reflejó en la niña después de ocurrido el abuso, como así lo certificó la profesional del C.T.I. María Leonor Tarazona Celi; (iii) el indicio de oportunidad, pues los testigos confirmaron que la noche de los hechos la niña se encontraba sola durmiendo en la casa contigua al trapiche, lugar al que no tenían acceso visual sus progenitores, pero al que sí podía entrar cualquier persona sin ser observada; y (iv) la inexistencia de un motivo, plenamente demostrado, para que la menor decidiera formular y ratificar tan grave acusación en contra de un hombre al que apenas conocía, conducen al grado de conocimiento que debe preceder a una decisión de condena, quedando de esta forma plasmado el fundamento de la Corte por el cual, en doble conformidad, el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil deberá ser confirmado.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- NO CASAR el fallo impugnado por la defensa de AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ, conforme las razones expuestas. En consecuencia, SE CONFIRMA la sentencia de 16 de enero de 2019, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil lo condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años (Art. 209 del Código Penal), en virtud de la garantía constitucional a la doble conformidad judicial que asumió oficiosamente la Sala.

SEGUNDO.- INFORMAR que contra la presente decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Salvamento de voto

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 CSJ SP, 21 nov. 2002. Rad. 16472.

2 De conformidad con el trámite dispuesto en el Acuerdo 20 del 20 de abril de 2020 emitido por la Sala de Casación Penal «por medio del cual se implementan mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional, aplicables a la sustentación del recurso extraordinario de casación en procesos regidos por la Ley 906 de 2004, a fin de impulsar la emisión de sentencias en asuntos prioritarios durante la vigencia de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, dispuestas

por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria decretada en todo el territorio nacional por causa del COVID-19».

3 En este sentido, CSJ SP 25 ene 2017, rad. 44950, reiterada en CSJ SP, 30 ene. 2017, rad. 42656.

4 Audiencia de 16 de mayo de 2014, minuto 1:15:05.

5 Audiencia de 16 de mayo de 2014, minuto 47:13.

6 Ibídem, minuto 1:59:49.

7 Ibídem, minuto 1:17:44.

8 CSJ AP, 09 mar. 2013, rad. 40768.

9 Artículo 403 ley 906 de 2004.

10 Artículos 377 y 379, que regulan los principios de publicidad y de intermediación.