

Bogotá D.C. Junio 26 de 2020

Doctor

**GERSON CHAVERRA CASTRO**

Honorable Magistrado Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Ciudad

Referencia: CUINo. 05001600020620155291601

NI. 54547

Sentenciado: CARLOS ANDRÉS GRAJALES TORRES

Asunto: Sustentación Demanda de Casación

Honorable Magistrado

Comedidamente me dirijo ante su Despacho en mi condición de defensor sustituto del Dr. Héctor Manolo Pinzón Gómez, dentro del proceso descrito en referencia, con la finalidad de exponer mediante este libelo la **sustentación** en legal forma de la Demanda de Casación en representación del señor CARLOS ANDRÉS GRAJALES TORRES.

En este sentido y conforme al traslado requerido y a las exigencias indicadas en el mismo, procedo a hacer énfasis en los cargos puntuales contenidos en la demanda respectiva de la siguiente manera:

### **PRIMER CARGO.**

Cumpliendo el principio de prioridad, con fundamento en la causal Segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, **ACUSO** la sentencia en referencia por Violación directa de la Constitución Política de los artículos 13, 29, 93, 243 y artículos 4, 10, 20, 161, 176, 179, 179B, 194, Y 481 de la Ley 906 de 2004, art. 8 Literal h de la convención Americana de Derechos humanos y artículo 14 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, y Sentencia C-792 de 2014, sentencia CSJ SP4483 de 14 Nov. 2018 rad. 48820, por desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura (art.457 ley 906 de 2004, y acto Legislativo 01 de 2018, Decreto 2225 de 2017, al no permitir la Impugnación especial , Por ende, debe ser **ANULADA toda actuación a partir de su negación, para dar paso a la activación de la solicitud de DOBLE CONFORMIDAD, MEDIANTE LA IMPUGNACION ESPECIAL DE LA SENTENCIA.**

## DEMOSTRACION DEL CARGO

**Erró de manera manifiesta y ostensible** el Ad-Quem, cuando **ELIMINA el derecho a impugnar la condena mediante apelación o mecanismo similar**, impuesta por primera vez al señor Carlos Andrés Grajales Torres, cuando éste es un derecho inalienable, dada su característica (derecho subjetivo fundamental) de naturaleza y rango Constitucional y convencional. **Derecho que no solo es de origen jurisprudencial Sentencia C-792 de 2014, (fallo donde simplemente se recordó y se reafirmó la obligación) sino que es una imposición por parte del Legislador Primario. Artículo 29 Carta Política. Debió haber primado y ser privilegiada la argumentación del señor Magistrado derrotado, por cuanto consulta la realidad jurídica.**

**Es evidente que la razón jurídica estas al lado del decreto subjetivo y no de quienes se amparan en problemas de naturaliza administrativa para denegarlo.**

Se erra gravemente, cuando al plazo de un año dado por la Corte Constitucional al legislador para subsanar su omisión, se le imprimió una consecuencia diversa, **pues es evidente que nunca fue para que creara el derecho a impugnar**, sino para reglamentarlo y la inexistencias de Salas o simples problemas organizacionales o de naturaleza administrativos, nunca frente al tipo de derecho que se reclama, puede ser esa la excusa, para desconocerlo o prescindirse.

**El derecho que tiene todo ciudadano a impugnar la** condena dada por primera vez, sea en Primera o en Segunda Instancia es de origen Constitucional y Convencional. (Carta política y Bloque de Constitucionalidad).

La omisión del legislador a la luz del artículo 46 de la ley 153 de 1887 (denegación de Justicia) no habilita a ningún funcionario judicial para que lo elimine, restrinja o excepcione, por la potísima razón, ser él un derecho subjetivo fundamental, no una garantía. Fuero exclusivo del condenado, donde ni siquiera el Estado en su expresión máxima, puede intervenir.

Por consiguiente, al haberse procedido contrario al postulado Constitucional y Convencional, SE HA INCRURRIDO en un grave error que convierte lo actuado a partir de la sentencia acusada, en un proceder ilegal o inconstitucional, al violar en forma grave y flagrante un derecho fundamental como es la impugnación de la condena, que se constituye en afrenta al debido proceso en su naturaleza estructural.

**La única forma es retrotraer la actuación y aplicar la corrección anulando, todo lo actuado a partir de la sentencia, para darle paso al derecho subjetivo, como mecanismo de defensa previo al recurso extraordinario de Casación.**

## **SEGUNDO CARGO**

Con fundamento en la causal Tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, **ACUSO** la sentencia de segundo grado, de incurrir en ostensibles errores de derecho, **POR FALSO JUICIO DE LEGALIDAD**, que llevaron a violar de manera indirecta normas sustanciales y aplicando indebidamente el artículo 209 del Código Penal y dejando con ello de aplicar debidamente el artículo 29, 93 ( Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y 250 de la carta Política y los artículos 3, 8,9,**10, 15**, 23, 27, **145**, 206<sup>a</sup>,341, 359, 360,375,381, 402, 437 y sgts y 455 de la ley 906 de 2004, al haberse dado merito a pruebas que fueron producidas con violación del debido proceso, y su formas de aducción, formación e incorrección (**cláusula de exclusión**).

## **DEMOSTRACION DEL CARGO.**

Previo a entrar a la demostración del cargo, se considera necesario hacer algunas precisiones, que resultaran útiles para la comprensión y desarrollo del mismo.

No es difícil advertir, que el desempeño de la defensa en el presente asunto, dejo un sabor agriodulce, puesto que existieron momentos que evidencian un desconocimiento de la sistemática acusatoria, al punto que podría colegirse, que se convirtió por momentos en el Fiscal, y en otros instantes da visos de conocimiento del desarrollo, ejecución y rol. Lo cierto es que los dividendos que finalmente obtiene, son más negativos que positivos para su defendido. Por desgracia, esa siembra de irregularidades o errores, no alcanzan esa categoría o trascendencia propia de causal de casación, para ser erigida como de falta de defensa técnica, empero, si es causante de una mengua en el correcto ejercicio del derecho de defensa.

Se habla de un sabor agriodulce, por cuanto es difícil adivinar, si el silencio de la defensa técnica, frente a evidentes irregularidades en la ejecución por parte del Fiscal, en desarrollo de la producción probatoria, obedeció a una estrategia o simplemente fue el resultado de un desconocimiento del debido proceso acusatorio, pero en aras de salvaguardar el derecho de defensa, deberá entenderse que lo fue lo primero.

Es importante tener perfectamente claro, que un juicio oral, propio del sistema acusatorio, **es ante todo un juego justo y limpio**, donde cada parte debe conocer perfectamente su rol, sus facultades y atribuciones y por sobre todo, el correcto desarrollo y ejecución del debido proceso, asimismo, la ritualidad en la aducción, formación o producción, acreditación e incorporación probatoria. Dentro de ese juego justo y limpio, **cada parte o interviniente debe conocer de antemano que no puede preguntar de todo, ni puede preguntar de cualquier manera** y que si lo hace contrariando las reglas propias de aducción o producción probatorio, ello le conlleva consecuencias negativas a la hora de valorarse y en concreto hacerse el examen, encuesta o ponderación en grado de credibilidad, por parte del árbitro imparcial que es el Juez.

De lo anterior surge, una regla de oro, que **OBJETAR IGUALMENTE ES UNA ESTRATEGIA Y SI ELLO ES ASI, ES UN ERROR, CREER QUE SI NO SE OBJETA ALGO DE ORIGEN IRREGUILAR, ENTONCES ES UNA CONVALIDACION. No lo es, porque el juez sabe derecho y en razón de ello, sabe que es viable y que no, lo que impide hablar de contaminación.**

Algunos ejemplos, nos podrán ilustrar mejor.

--El dueño de la prueba, es sabedor de la regla que le está prohibido formular preguntas sugestivas en su interrogatorio. Ello porque al ir incorporar la respuesta en la pregunta, lo que le está mostrando al Juez, es que quien realmente responde es el propio interrogador y ello, afecta enormemente la credibilidad, reduciéndola.

--Si la pregunta es de referencia, quien interroga sabe de antemano que solo es permitido preguntar al testigo por lo que le conste en forma directa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 402, luego al obtener respuesta de referencia, conoce que el juez al momento de valorarlo, le hará producir en efecto jurídico correspondiente, es decir, la desechara, por no ser viable. FRENTE A UNA PREGUNTA DE REFERENCIA, ES DECIR, AL SER INTERROGADO EL TESTIGO POR ALGO QUE NO OBSERVO O PRECIBIO PEERSONALMENTE HABILITA UNA OBJECION LEGITIMA, QUE DEBE PROSPERAR, pero la misma disposición alude a la objeción como una facultad, no una obligación y solo cuando está en discusión si el conocimiento fue o no personal, eso implica, que no se requiere de la impugnación, el juez deberá aplicar el rigor de la ley, en el evento de obtenerse información en forma indebida y lo hará no teniéndola en cuenta, para la declaración de justicia, pro contrariar la Ley.

--- Frente a ese otro tema, si previamente no se sientan las bases probatorias, esa irregularidad igualmente degenera en reducción de credibilidad, por cuanto es un ingreso de información irregular, que si bien no tiene la entidad para ser alegada en sede de casación, si mina el grado de creencia.

Bajo esa potísima realidad, es que debe entenderse que objetar una pregunta o un procedimiento, es una estrategia, por cuanto uno y otro, debe conocer las consecuencias de una errónea ejecución, aunado al principio de inmediación, donde se confía, que ese arbitro neutral e imparcial, le hará producir o derivar las consecuencias a la hora de la encuesta en grado de credibilidad. En fin, es así, como debe entenderse que el juicio oral, no es otra cosa distinta, que el de ser un **juego de credibilidad**. Por manera, que así ilustrado, un silencio no puede ser entendido como convalidación de la irregularidad, por el contrario, en muchos eventos, si bien objetar puede conllevar la depuración, no puede resultar la mejor táctica para los intereses de su defendido, que es finalmente si tarea, encontrar lo que mejor le favorezca, dentro de su proyección de teoría del caso.

Si la defensa advierte, que la producción probatoria de la Fiscalía es de mala calidad, y que ello, afecta gravemente la credibilidad, al punto que no superará el estándar de la duda razonable o certeza racional, entonces porque hacerle la tarea de depuración? . En fin, quien sabe de litigación penal acusatoria, ante una objeción y prosperar la misma, el mensaje que está recibiendo no es otro, que enderece, reformulando para obtener esta vez sí una respuesta libre de vicios o encamine por el debido proceso. Así entendido, guardar silencio no puede ser calificado como convalidación, puesto que se confía que el Juez sabe derecho y le hará producir la consecuencia jurídica de la mala producción. Tampoco es una forma desleal, solo algo propio del sistema y diferencia de roles. menor de 14 años.

### **TERCER CARGO**

Con fundamento en la causal Tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, **ACUSO** la sentencia de segundo grado, de incurrir en ostensibles errores de derecho, **POR FALSO JUICIO DE CONVICCION**, que llevaron a violar de manera indirecta normas sustanciales y aplicando indebidamente el artículo 209 del Código Penal y dejando con ello de aplicar debidamente el artículo 29, 93 ( Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y 250 de la carta Política y los artículos 3, 7º. 341, 375,381, 402, 437 y sgts de la ley 906 de 2004, al haberse condenado con prueba de REFERENCIA.

## DEMOSTRACION DEL CARGO.

Como algunos suelen analizar y valorar las pruebas, se ha convertido en el arma mortal, con que se mata la justicia, la presunción de inocencia y la duda como herramienta de interpretación probatoria.

Podremos ver, como un solo órgano de prueba, se le ha hecho declarar en tres posiciones, baja tres figuras, y como si se tratara del aceite tres en uno o la Santísima Trinidad, convertido al final, en una sola roca probatoria.

Se está aludiendo al menor **Miguel**,(.) quien fue presentado en el juicio a declarar en forma personal y directa; (..) como prueba de referencia al ingresarse su entrevistas a través de la investigadora del C.T.I. Sandra Yolima Torres Rúa y (...) como testigo de referencia por intermedio de los policiales Duban Alonso Rojas Montoya, Shirley Katherine Jiménez Arenas, del médico Forense doctor Mario Alberto Marín Marín, de la investigadora Sandra Yolima Torres Rúa y la madre del adolescente señora Maritza Acevedo Torres. Unidas todas esas versiones formaron un enorme musculo probatorio, que condujo a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín a condenar al señor Carlos Andrés Grajales Torres.

Se formó una mezcla tóxica, unas eran usadas para rellenar huecos, completar y reafirmar. Se construyó un edificio con materiales de regular calidad, incompatibles, desechables y sin embargo, se concluyó que es una obra correcta y segura.

En la sentencia impugnada se le da valor a la intervención directa en juicio del menor **Miguel**, y aunque no se consigna expresamente en el desarrollo de la pieza procesal, si se advierte, que lejos de tener utilidad probatoria, por cuanto en su contenido, no se encuentra hecho jurídico relevante o hecho indicador, al punto que lo narrado no lo imputa a nadie determinado o determinado, ni posee alcance de delito, puesto que solo alude a que alguien lo sentó en sus muslos, **LA VERDADERA TRASCENDENCIA JURICIDA que se le hizo derivar fue aprovecharse, como BASE, PISO O PLATAFORMA sobre la cual, se hizo una construcción de plena prueba, con pleno valor, para con ello superar el obstáculo de la TARIFA LEGAL NEGATIVA que tiene la prueba de referencia.**

Si cuando apenas está arrancando el relato del menor en sede de juicio, interviene la defensora de familia, para solicitarle al Juez, la no revictimización y el dueño de la prueba que era el Fiscal, guarda total silencio frente a ello y el adolescente con esa aquiescencia tacita, abandona el recinto, no debe interpretarse acaso como un abandono de la prueba o desistimiento?.

Lo cierto es que la defensa, ante esa situación, no estaba facultada para solicitar más garantías para el menor y que se le obligara a este a continuar con la declaración, porque no se le decretó a él, ni hacia parte de su teoría del caso, era de la Fiscalía y parte importante de su teoría del caso. Para el acusado era ventajoso el abandono o desistimiento de la prueba, porque de la proyección de una prueba sin restricción de valor probatorio, la fiscalía quedaría con la posibilidad de una prueba de referencia, con valor probatorio restringido (tarifa legal negativa), unido a la consecuencia jurídica de la prohibición de condena con solo prueba de referencia.

Acá es importante tener presente los roles que juega cada parte e interviniente dentro del sistema adversarial que rige al Estado Colombiano en materia penal. En consecuencia, siendo la declaración del menor una prueba exclusiva de la Fiscalía y a quien se la decretó el Juez, previo cumplimiento de la pertinencia, legalidad y utilidad para sacar adelante su teoría del caso, el único autorizado para tomar posición frente a la solicitud de la defensora de familia, era el dueño de la misma, ajenos a las medidas de protección que como garante tiene el Juez, pero la dimisión no era ya algo de ley, ni era el exclusivo camino, por ende, el silencio del Fiscal, debe tener una única interpretación, **abandono o desistimiento de la prueba**, no de la formulación del resto de preguntas o del re directo, fue de la prueba en su integridad.

Si lo anterior no fuese así, dónde quedaría el derecho adversaria, de confrontación o interrogatorio cruzado?. Y Cómo darle el valor de prueba a una ínfima información, incompleta, sin haber sido depurada y cómo entender que eso que parecía una verdad al inicio, no resulta otra, después del contra examen?. Por manera que la solución, es la real, el Fiscal abandonó la prueba testimonial directa del menor.

Con ello, igual se soluciona ese otro problema, de cómo entender que un mismo órgano de prueba, ingrese al juicio bajo dos modalidades, testigo directo y como prueba de referencia?. Y de ser viable, como se haría para justipreciarla si la una podría tener pleno valor probatoria y la otra, nunca podría superar un valor suasorio limitado o reducido?. Se presentaría una antinomia, sin solución.

**Por manera, que acá una o la otra debe expulsarse del escenario valorativo, por ser incompatibles, e irreconciliables, quedando más que evidente, que la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Medellín, erró gravemente al fundirlas en una sola, para darles poder suasorio y más grave resulta, al haberse erigido éste en perjuicio de la justicia y presunción de inocencia que le asiste al señor Carlos Andrés Grajales Torres, al optarse por la vía de dársele el precio de plena prueba, con inobservancia de aquel otro principio que reza "que la duda es instrumento o principio**

**de interpretación probatoria” lo cual hubiese valido, en pro del principio de favorabilidad, que impone la inclinación de la balanza, hacia la tarifa legal negativa, propia de la prueba de referencia.**

En consecuencia, un verdadero análisis y ponderación de lo acontecido al interior del juicio, debe conducir a la conclusión, que a la versión del menor, se le debe dar a lo sumo, el valor de prueba de referencia. Otro es atentar contra una serie de valores y principios, Constitucionales y Legales, que podrían desembocar en una grave irregularidad sustancial. El valor suasorio de la prueba ingresada al juicio, del menor **Miguel**, mirada en forma autónoma, jamás podrá superar el valor propio de la prueba de referencia. Independientemente, de si cumplió con el debido proceso de formación y aducción e incorporación, si respetó o no, es principio de mínimo derecho de confrontación o si fue la mejor evidencia, al introducirse una entrevista escrita, que no deja margen para su justiprecio a luz de los criterios del artículo 404 de la Ley 906 de 2004.

#### **CUARTO CARGO. Subsidiario.**

Con fundamento en la causal Primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, **ACUSO** la sentencia de segundo grado por **APLICACIÓN INDEBIDA de ley sustancia**, aplicando indebidamente el artículo 209 del Código Penal y dejando con ello de aplicar debidamente el artículos 6 y 27 del Código Penal y sentencia 31948 del año 2009 de la Corte Suprema de Justicia. ERROR INUDICANDO

#### **DEMOSTRACION DEL CARGO.**

Si se suscribe la declaración de justicia, al relato dado por el menor directamente el en juicio, se tendría que la persona que abstractamente acusa solo lo SENTO EN LOS MUSLOS.

Si en cambio se toma como soporte, la entrevista ingresada como prueba de referencia, allí el adolescente sostuvo que el adulto, lo sentó en los muslos, le metió la mano en el estómago y cuando intentó tocarle los genitales se lo impidió abandonando de inmediato el lugar, sin alcanzarle a tocar el sic “pipi”.

En consecuencia, si se parte del hecho que la intención del adulto tenia contenido libidinoso, se debe entender que el

estómago no es catalogado como una zona ERÓGENA, lo que implica que el ciudadano Carlos Andrés Grajales Torres, estaba desplegando hasta ahora actos de preparación y cuando intentó llevar a cabo un comportamiento de consumación le fue impedido por parte del menor **Miguel**.

Artículo 27 del código Penal. "**Tentativa**. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad..."

En sentencia 31948 de 2009, la corte admitió la tentativa en el delito de actos sexuales, fallo que reconoció su existencia la Sala de Decisión Penal, pero se apartó sin cumplir con la carga argumentativa.

Allí la Corte Suprema de Justicia, abrazó el concepto doctrinal de Mir Puig: "el grado de tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos (...) la teoría objetivo- material parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel "campo previo "a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio.(..)en la determinación de cuando empieza el campo previo en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el plan del autor, pero valorándolo desde un primas objetivo (punto de vista objetivo- .subjetivo) (...)como criterios de valoración objetivos del plan del autor se manejan dos: la puesta en peligro inmediata y la inmediatez temporal. El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo. Este segundo criterio ofrece la ventaja de una mayor precisión, pues siempre será discutible cuando empieza a producirse una puesta en peligro inmediata".

Además de los elementos objetivos, debe presentarse el elemento subjetivo, que es dolo, como la voluntad finalísimamente dirigida a cometer el delito de acto.

Acá se estaría en presencia de una tentativa, por cuando se da la progresividad de actos, el suceso ocurría en un establecimiento de comercio aun abierto, luego podría hacer presencia en cualquier momento alguien, además negocio localizado en una zona de alto y continuo transitar humano y no se consumó por la reacción oportuna e idónea del menor.

La posición de la Sala de decisión penal del Tribunal no hace parte de precedente judicial, vinculante, mientras que el de la Corte Suprema sí. Luego ante ello debe primar la posición del superior, visto no solo desde el orden jerárquico, sino desde el del principio de favorabilidad.

Es predicable hablar de indebida aplicación de la ley, en el evento en que al comportamiento objeto de juzgamiento se le aplique una norma que no se adecue a los avances jurisprudenciales que, se insiste, tienen fuerza vinculante y no son un simple criterio auxiliar de la actividad judicial.

Mas por capricho que pro razón, se dejó de reconocer un grado de tentativa, por ende, surge claro a luz de la verdad objetiva de los hechos, que se aplicó indebidamente el artículo 209 y se dejó de aplicar el artículo 27, amplificador del tipo penal.

Por consiguiente, la pena real a imponer en el presente caso son 4 años y medio de prisión.

### **PETICION**

Depreco de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la Casación del fallo impugnado, para que en su reemplazo se **condene** al señor Carlos Andrés Grajales torres por las hipótesis delictiva de **TENTATIVA** de acto sexual en menor de 14 años.

Sean las anteriores argumentaciones y el contenido total de la demanda de Casación presentada, para solicitar de la Sala de Casación Penal que sea casada la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en las condiciones y efectos pedidos.

Atentamente se suscribe.,

**ABDUL MUSTAFÁ IZA**

T.P.No. 65.536 H.C.S.J.