

Medellín, viernes 19 de febrero de 2021

Señor Magistrado

Dr. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

SALA DE CASACION PENAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Bogotá D. C.

REF.: Radicado: 05-360-60-99-057-2017-11175-01 (No. interno 58179)

Condenado: Víctor Manuel Présiga Solórzano

Delito: Actos sexuales con menor de catorce años (art. 209 C. P.)

Despacho de 1er. Grado: Juzgado 2º Penal del Circuito Itagüí (Ant.)

Despacho de 2o. Grado: Tribunal Superior de Medellín -Sala Penal-

Asunto: Sustentación recurso de Casación.

FABIAN LISANDRO RESTREPO BELTRAN, persona mayor de edad, residente y domiciliado en la ciudad de Medellín (A), abogado en ejercicio identificado como aparezco al pie de mi firma; obrando como Defensor del señor **VICTOR MANUEL PRESIGA SOLORZANO**, también persona mayor de edad, residente y domiciliado en el municipio de Itagüí (Ant.), actualmente recluso en la cárcel "La Paz" de ese mismo municipio; por medio del presente escrito concurre ante su despacho con el ánimo de sustentar dentro del término, pero de manera breve y sucinta (como si se tratase de una exposición oral), el recurso de casación que interpuse contra la sentencia de segunda instancia del 20 de mayo de 2020, obra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó la condena emitida en contra de mi protegido **PRESIGA SOLORZANO**, como presunto autor del delito de Acto sexual con menor de catorce años, y cuya demanda presenté en tiempo oportuno, siendo admitida por esa colegiatura el pasado 18 de enero del año que inicia. La sustentación la presento en los siguientes términos:

LA CONDENA Y LOS YERROS DENUNCIADOS:

De acuerdo con la actuación y sentencias de los falladores, a este ciudadano se le cuestionó el hecho de presuntamente haber abusado sexualmente del menor **J.D.H.A.**, la noche o madrugada del 26 de diciembre del año 2017, según las versiones testimoniales entregadas por sus familiares **NATALIA ASTRID ABAD GOMEZ**, madre; **LUZ ELENA GOMEZ**, abuela; su hermana, la menor de edad **G.E.A.** y el médico forense **EUGENIO SIERRA MARIN**, quienes, según la Fiscalía, recibieron directamente del afectado la narración de los hechos. Por ende, la sentencia de condena se fundó en los avales probatorios de estos testigos, no obstante que al juicio oral no compareció la víctima, como tampoco se incorporó versión alguna que éste hubiese dado con antelación a los investigadores del ente acusador, o a algún profesional de las instituciones que los acompañan en esos eventos. Es decir, en otras palabras, el debate probatorio en las audiencias de enjuiciamiento oral se

llevó a cabo sin la presencia de la víctima, de espaldas a su versión testimonial y centrado en lo que los testigos reportaban del suceso en forma referenciada, supuestamente como el menor se los narró a ellos.

La confrontación que desde entonces viene proponiendo la Defensa, estriba en el hecho del valor probatorio dado por las instancias a la versión de la víctima, una víctima que no ingresó al debate del juicio oral, pero que por obra interpretativa del fallador nutrió las versiones entregadas por quienes la aprehendieron de aquél. En esas condiciones, consideramos que dicha versión de la supuesta víctima no puede ser asumida como prueba de referencia, al no reunir los requisitos de ley para ser considerada como tal; de la misma manera que tampoco lo son las versiones derivadas de aquella, justamente porque se les asigna un valor legal que no les corresponde.

En efecto, según el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, es prueba de referencia “... *toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio*”; sin embargo, la admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (art. 438 *ibídem*), por virtud de lo cual se limita a las hipótesis en las que el testigo no se encuentra disponible para declarar en juicio, *vr. gr.* que ha perdido la memoria, ha sido víctima de secuestro o evento similar, está gravemente enfermo, o ha fallecido, o se trata de un menor de edad víctima de afrenta sexual. Esa naturaleza excepcional por supuesto obedece a que la declaración extrajudicial lesiona, principalmente, la posibilidad de confrontación del testigo, siendo ésta una garantía procesal fundamental de la defensa (arts. 250-4 constitucional, y 8-lit. k y 15 del Estatuto Procesal Penal); además de constituir una tarifa negativa para los eventos de condena (art. 381 *ídem*).

Y no podría ser de otra manera, pues permitir el ingreso de una declaración anterior del testigo al acervo probatorio, como medio de prueba sin que éste comparezca al juicio oral, es tanto como conceder a la contraparte una acción ventajosa que desquicia la igualdad de armas al interior del proceso penal, salvo por el hecho de realizar el debido control para que dicha versión se incorpore y admita bajo ciertas condiciones, condiciones que explicarían en el mundo exterior las razones por las cuales el testigo se encuentra impedido para presentarse en la vista pública. Esos controles, de acuerdo con la jurisprudencia de la corte (sentencias SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056; reiterada por la SP2709-2018, jul 11, rad. 50637; SP5295-2019, dic. 4, rad. 55651; y la más reciente SP399-2020, feb. 12, rad. 55957), refieren la constatación de unos mínimos pasos para la incorporación de la prueba de referencia, como que (i) la parte debe realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) debe solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración

rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) se debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia, en los términos del citado artículo 438 del estatuto procesal penal; (iv) explicitar cuáles medios de prueba se utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral; y (iv), se debe incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.

Así mismo, respecto de las declaraciones de los menores de edad víctimas de delitos sexuales, cuyas versiones han sido concedidas por fuera del juicio oral, la Corte ha precisado que *“... cuando se presentan para demostrar la ocurrencia del hecho, la identidad del autor y otros aspectos relevantes para el juicio de responsabilidad, tienen el carácter de prueba de referencia.”* (Sentencias SP 3332-2016, rad. 43866 y SP5295-2019, dic. 4, rad. 55651, entre otras), pues de esa manera se interpreta el sentido y alcance de la ley 1652 de 2013 sobre la incorporación de las denominadas “entrevistas forenses”.

Por consiguiente, deviene evidente que la incorporación de los dichos de un testigo que no hizo presencia en el juicio oral a través de quienes lo escucharon, no es un asunto de poca monta, en especial cuando ese testigo es precisamente la víctima del comportamiento delictual que se cuestiona; no puede serlo, porque en esas condiciones el procesado no tiene como defenderse, ni tiene posibilidad de confrontar los asertos que lo incriminan; por ello es menester que la declaración anterior de dicho testigo se someta a las reglas de admisibilidad, pertinencia y oportunidad que la ley dispone.

En el presente evento, desconocemos las razones por las cuales el delegado de la Fiscalía decidió no conducir al menor **J.D.H.A.** hasta el juicio oral, ni incorporar la entrevista forense que de él se tenía y había oportunamente descubierto. Pero lo que si nos parece por lo menos desafortunado es que no obstante ello, se utilice una y otra su versión de los hechos, como si dicha versión hubiese ingresado al proceso en calidad de prueba de referencia. Ello es lo que genera la demanda puesta en cuestión.

DEL PRIMER CARGO: Error de derecho por falso juicio de legalidad:

Hemos sostenido, y lo corroboro, que cuando el tribunal utiliza y justifica la versión del menor reputado víctima, como un acontecimiento cierto y válido para edificar condena contra el procesado, está haciendo una apreciación falsa de la prueba, en la medida en que está dando por descontada la validez de su admisibilidad y concurrencia. Nótese que el fallador afirma en repetidas ocasiones la bondad de la prueba para condenar, pero no se detiene a verificar si en realidad ésta cumple los requisitos de ley para su admisión, cual son precisamente los relacionados con las razones por las cuales el testigo no pudo comparecer al juicio oral.

En este último sentido se tiene claramente que el delegado de la Fiscalía en ningún momento justificó la inasistencia del menor **J.D.H.A.** al juicio oral, tampoco solicitó que a cambio se incorporara su versión al proceso; en fin, que la víctima de ningún modo declaró en este procedimiento; lisa y llanamente el representante del ente acusador, cuando consideró con suficiencia incorporados los testimonios de cargos, desistió de las demás pruebas, incluida la versión de la víctima. Es decir, no hubo alegatos en torno a que eventualmente la víctima no pudiese comparecer por algún problema de pérdida de memoria, secuestro, desaparición forzada o evento similar; o quizás de grave enfermedad o hubiese fallecido; si no que la Fiscalía no lo consideró necesario para su teoría del caso en la parte final del proceso, y por ello ni siquiera solicitó la incorporación de dicha versión al legajo a título de prueba de referencia.

Bajo las anteriores condiciones, no se entiende cómo la propia Fiscalía y la judicatura deciden utilizar la versión del menor **J.D.H.A.**, no obstante que este testigo no compareció al juicio oral y tampoco se incorporó al proceso versión anticipada alguna que éste hubiese dado, como para tenerla de manera referenciada. Claramente entonces, el tribunal incurrió en un error de derecho al considerar legal el testimonio de este menor de edad, dándole sentido y alcance de validez a sus manifestaciones, cuando en realidad este testimonio no era admisible, pues no cumplió ninguno de los requisitos del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal como para que fuese admitido como prueba de referencia.

En otras palabras, el tribunal incurre en un error de derecho por falso juicio de legalidad, por cuanto considera que el testimonio del menor de edad **J.D.H.A.** cumplió los requisitos de admisibilidad para ser tenido en cuenta como prueba de referencia, sin ser ello así, ya que la parte que tenía la carga de introducirla de una u otra manera no la cumplió. Por supuesto, este tipo de error lesiona de manera grave el debido proceso y el derecho de defensa del procesado **PRESIGA SOLORZANO**, pues le imposibilita la oportunidad de defenderse y confrontar los dichos en los que se construye la condena. Tanto es así, que si el tribunal se hubiese percatado de la inexistencia de dicha prueba en el acervo probatorio, claramente debió haber excluido dicha versión testimonial.

Por supuesto, si la corte comparte conmigo que un error de esta naturaleza trasciende la legalidad del proceso que culminó con la condena de mi protegido, deberá casar la sentencia y absolver en su reemplazo, ya que descontada la versión admitida ilegalmente, precisamente en la que se soportó el fallo de condena, huelga colegir la inexistencia de prueba de cargo para condenar, a tono con las voces del artículo 381 del Estatuto Procesal Penal, ya que la restante prueba testimonial recaudada en el juicio oral, resulta a todas luces insuficiente y de referencia (referencia ilegal, si se quiere) para mantener el criterio de condena.

DEL SEGUNDO CARGO: Error de derecho por falso juicio de convicción:

Ya hemos sostenido que los testigos comparecientes al juicio oral fueron **NATALIA ASTRID ABAD GOMEZ, LUZ ELENA GOMEZ**, la menor de edad **G.E.A.** y el médico forense **EUGENIO SIERRA MARIN**, por parte de la Fiscalía; y **SARA JIMENEZ ABAD, JUAN PABLO JIMENEZ ABAD** y **DAVID ESTEBAN TOBON**, por parte de la defensa; dichos testimonios desde luego se refieren, los primeros, a la relación de hechos que conocieron por parte del menor **J.D.H.A.**, así como los que pudieron conocer directamente en el sitio de los hechos, aspecto este en el que sólo pueden constatar válidamente la menor hermana del menor víctima y los tres últimos. Pero en general, al menos en lo que tiene que ver con la prueba introducida por la Fiscalía, todo hace referencia a la ilustración que les hace el menor de edad en torno a la ocurrencia de los hechos.

Puede verse en consecuencia, que el tribunal toma apartes de cada uno de los testigos para hacerlos ver, en ocasiones como prueba de referencia y en otras como pruebas de corroboración, siempre afincado en la idea diseñada por la presunta víctima. Es decir, el tribunal resalta con posibilidad de certeza algunos aspectos de cada uno de los testigos, sin descontar la ilegalidad de la prueba en que se soporta. De ese modo, se considera que siendo la versión del menor **J.D.H.A.**, una prueba inadmisibles que incumple los estándares legales para su apreciación, igual ocurre con las demás pruebas que están de esa manera contaminadas con la misma ilegalidad.

El acervo probatorio debatido en esta causa nos muestra que el actor principal (víctima) no fue traído a juicio por la Fiscalía, no conocimos de su propia cosecha la verosimilitud de lo ocurrido; pero si se incorporaron testigos que decían narrar la forma en que presuntamente ocurrió la afrenta sexual, así a ellos no les conste nada. En esas consideraciones, será posible afirmar que dichos testigos son de referencia?, máxime cuando no conocemos lo que realmente ocurrió, porque quien debía reportarlo no se trajo al proceso. Más aún, podrían considerarse de corroboración del dicho de la víctima?. Este operador jurídico considera que todos estos testigos son de oídas y no alcanzan a merecer mejor trato; por manera que cuando el tribunal les concede mérito probatorio como prueba de referencia o de corroboración está incurriendo en un error de derecho por falso juicio de convicción, como quiera que les concede una condición que no ostentan.

Podría pensarse que los anteriores testimonios en realidad tienen la connotación de referencia frente a lo que el menor **J.D.H.A.** les haya podido contar; empero, eso es una cosa y otra diferente que no habiéndose conocido la versión de la víctima, pueda concluirse que éstos refieren la verdad de aquél, y ya vimos en el acápite anterior que para que una declaración pueda ser considerada de esa naturaleza debe cumplir ciertos requisitos sin los cuales no puede ser admitida. Por lo tanto, cuando el

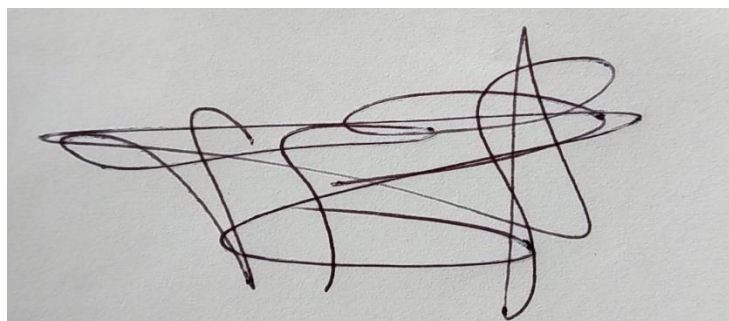
tribunal encomia afirmaciones de este tipo de testigos, considerándolos dignos de mérito probatorio, está incurriendo en un error de esta especie, pues hace de lado la preceptiva procedimental que le condiciona la admisión de la prueba y le concede unas bondades que no merece. Dicho dislate, por supuesto, solo puede solucionarse casando la sentencia para en su lugar emitir un fallo absolutorio de reemplazo.

DEL TERCER Y ULTIMO CARGO: Error de hecho por falso raciocinio:

Frente a este último cargo quiero remitirme a lo que en su momento afirmé en la demanda, pues allí está condensado el aval suasorio que demanda el cargo. Quiero si enfatizar, que en nuestra consideración, de resultar procedentes, como en efecto estamos convencidos de ello, los errores de legalidad y convicción resaltados, serían suficientes para casar la sentencia, pues no se concibe, tratándose de procesos por delitos sexuales, como pueda vertirse mérito probatorio a una escena criminal construida a partir de testigos de referencia.

Es por ello que solicito se concedan las peticiones de la demanda.

Cortésmente,

A handwritten signature in dark ink, consisting of several overlapping loops and lines, appearing to read 'FABIAN LISANDRO RESTREPO BELTRAN'.

FABIAN LISANDRO RESTREPO BELTRAN

C. C. No. 71.632.678 de Medellín

T. P. No. 77.526 del C. S. de la J.