



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

SEÑORES
MAGISTRADOS SALA DE CASACIÓN PENAL
H. Magistrada doctora PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR,
HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BOGOTÁ
ESD

CUI 110016000049201314588
CASACIÓN NUMERO INTERNO 51535
RECURRENTE: DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO

LUDY CLARETH SUAREZ CAMACHO, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la C.C No. 52.742.989 y portadora de la Tarjeta Profesional de Abogada No. 150.368 del C.S.J., actuando como defensora del procesado DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, allego sustentación del recurso de casación presentado y admitido por su honorable despacho

SUJETO PROCESAL RECURRENTE

DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, identificado con la C.C. No. 80.401.958, nacido el día 28 de febrero de 1968, de 49 años de edad, hijo de Francy Helena Tinoco y Jesus Adelmo Buitrago

La síntesis de los hechos y actuaciones relevantes son las mismas plasmadas en la demanda de casación presentada

CARGOS

Los argumentos están dados en la demanda, me ratifico en los mismos haciendo las siguientes precisiones:

En el fallo del Tribunal se evidencian yerros originados en la VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, así:

ERROR DE DERECHO, EN LAS SIGUIENTES DOS MODALIDADES

- a) FALSO JUICIO DE LEGALIDAD
- b) FALSO JUICIO DE CONVICCION



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

FUNDAMENTACION Y DEMOSTRACION DE LOS CARGOS

a) FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

Se ataca el fallo por la admisión de parte de Tribunal Superior de Bogotá-Sala Penal, de pruebas de referencia, considerando que el yerro se cometió, o su origen es el irrespeto a la ritualidad probatoria.

Manifiesta el Tribunal que en contraposición a la retractación de la presunta víctima fueron acopiados varios y coincidentes medios suasorios a los cuales puede asignárseles el efecto de desvirtuar los cimientos de esa retractación de la menor.

Esta condición la tienen en concreto, los testimonios del progenitor, de la referida docente y de los profesionales de la salud encargados de examinarla. Señala que, en primer lugar, esos elementos de convicción en cuanto a las manifestaciones que le atribuyen a la niña con antelación a la comparecencia de esta última en el juicio oral, son de referencia, empero no por tal motivo carente de valor.

En segundo lugar, se acepta que esos elementos de persuasión, en forma individual ni en conjunto, por sí solos pueden fundamentar el fallo de carácter condenatorio en virtud de la tarifa legal negativa plasmada en el artículo 381, inciso 2. En síntesis, así las cosas, nada impide concederles eficacia, desde luego se insiste, con el mérito menguado, atendida su naturaleza.

Pese a la anterior afirmación de que se está refiriendo a pruebas con mérito menguado, fueron las utilizadas para condenar a mi representado DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO.

Prueba de referencia. La declaración rendida fuera del juicio oral de la que pueda predicarse alguna de las causales establecidas en el artículo 438 del C de P.P., que «no sea posible practicarla en juicio» (disponibilidad del órgano de prueba para el acto procesal), es prueba de referencia admisible y por tanto puede introducirse al proceso en la audiencia al momento de la práctica probatoria con el testigo de acreditación y ser considerada por el juez junto con los demás medios para adoptar la decisión que corresponda, sin que la condena pueda sustentarse exclusivamente en esa clase de pruebas.

A este punto recordemos señoría que el testimonio de la menor presunta víctima LTZT, fue decretado y evacuado en juicio oral, lo cual le permitió al juez de primera instancia valorarlo y tomar la decisión de absolución; contrario al valor probatorio que hizo el Magistrado del Tribunal. La prueba



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

anticipada deba ser repetida en el juicio cuando el testigo está disponible (artículo 284), como efectivamente ocurrió en el caso que nos ocupa.

Es fundamental en el testimonio como prueba de referencia la no disponibilidad del declarante en el juicio oral, pero esa naturaleza la adquiere también cuando su presencia es física únicamente, porque se niega a través del silencio a ofrecer la información por la que se le pregunta. Un testigo que no se comporte en estas condiciones, sus declaraciones rendidas antes del juicio oral solamente pueden ser utilizadas para impugnar credibilidad o refrescar memoria, jamás pueden ser apreciadas estas como prueba admisible o como como testimonio adjunto, al que se alude también con las denominaciones de testigo de corroboración o complementario.

Las declaraciones anteriores al juicio oral que no cumplen las condiciones de prueba de referencia admisible, porque el testigo sí está disponible material y jurídicamente, no son medios legales, dado que se afecta el control que deben realizar el juez, las partes y los intervinientes (la víctima a través del fiscal), el debido proceso probatorio, el derecho de contradicción y confrontación, la no práctica en juicio oral, concentrado y público, tampoco corresponde a los parámetros de prueba anticipada, amén de que se genera ante un juez diferente al de conocimiento, en una audiencia o acto procesal independiente, sin la presencia de una de las partes y de los intervinientes, bajo supuestos que afectan la juridicidad pues el ordenamiento jurídico las estima como prueba de referencia inadmisibles.

El inciso tercero del artículo 347 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la exposición dada antes del juicio oral no puede *«tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes»*, sólo enuncia una de las afectaciones, más no menciona otras que sin superarse no la habilitan como medio probatorio admisible, como las deficiencias señaladas en el párrafo anterior. Estos elementos solamente sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad, pero no como prueba de referencia admisible y por ende no pueden ser tenidos en cuenta como fundamento de una decisión junto con los demás medios legamente allegados.

Previamente, se hace necesario recordar tres ideas centrales para el entendimiento de esta temática.

En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

Se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153, CSJ SP, 16 Mar. 2016, Radicado 43866)

Recientemente esta Corporación analizó la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con el propósito de impugnar la credibilidad de los testigos (CSJ SP, 31 Agost. 2016, Rad. 43916).

Se aclaró que esta posibilidad constituye una de las principales herramientas para ejercer el derecho a la confrontación. Desde esta perspectiva, se le diferenció con la admisión de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia:

De otro lado, admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un **punto de equilibrio** entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal

La Corte hizo hincapié en que la prohibición de utilizar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral, a que alude el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, se centra en la imposibilidad de las partes de ejercer el derecho a contrainterrogar al testigo.

Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

No puede reemplazarse el testimonio de esta ciudadana, LTZT, en el juicio oral por una declaración rendida con antelación, frente a la cual la defensa no tuvo ninguna oportunidad de controlar el interrogatorio (altamente sugestivo por demás), ni de hacer uso del derecho a contrainterrogar a la declarante.

Estas declaraciones a las que el Tribunal da relevancia para emitir una condena, constituye prueba de referencia, según lo previsto en el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, toda vez que: (i) fue rendida por fuera del juicio oral; (ii) se presentó como medio de prueba; (iii) del tema central de debate



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

(si los actos tuvieron ocurrencia o no); y (iv) de esa forma se le privó a la defensa de la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Como la menor LTZT, estuvo en el juicio oral, y al retractarse de lo que dijo en la primera oportunidad, pudo incorporar durante el interrogatorio la declaración anterior, en los términos atrás indicados, bien para que la defensa tuviera la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación, ora para que el juez pudiera valorar ambas versiones. Tal y como se analizará en el siguiente cargo.

En consecuencia, al valorar la declaración rendida por LTZT, por fuera del juicio oral, el Tribunal incurrió en un error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad, cuya trascendencia de cara a la violación indirecta de la ley sustancial.

En la sentencia de segunda instancia se restó importancia al testimonio rendido por LTZT, y se otorgó total credibilidad a las pruebas de cargo presentadas por la vista fiscal, las cuales no lograr demostrar responsabilidad más allá de toda duda.

Para el demandante las anteriores circunstancias generan duda respecto de la responsabilidad del procesado en el caso concreto, razón por la cual debe ser absuelto con fundamento en el dispuesto en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004.

En el momento en el cual el Tribunal admite pruebas de referencia, incurre en el falso juicio de legalidad. No tuvo en cuenta la retractación hecha por LTZT, en el juicio oral y público, así como tampoco tuvo de presente que la menor si se había presentado al juicio, esto es, estuvo disponible material y jurídicamente en este.

Se concluye este cargo manifestando que no se pueden tener como pruebas de referencia, las aludidas, tal y como lo realizó el Tribunal. Por el contrario, se debe mantener la absolución del señor DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, dándole validez a lo argumentado en la sentencia de primera instancia emitida por el Juez veinticuatro (24) penal circuito de conocimiento. Y realizar la valoración correspondiente a la retractación recibida en juicio oral y público de la menor LTZT.

b) FALSO JUICIO DE CONVICCION

Este falso juicio de convicción tiene ocurrencia cuando el fallador no le concede a un determinado medio de prueba el valor asignado por el legislador o cuando desconoce las normas que tarifican su eficacia probatoria.



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

El medio probatorio sobre el cual recayó la valoración, es el testimonio de la menor LTZT, rendido en el juicio oral.

El fallador, pretermitió, cercenó, la expresión verbal del testimonio de la menor, esto es, ninguna valoración hizo acerca del alcance de sus manifestaciones habladas en el juicio oral, no obstante que a través de las mismas negó haber sido objeto de tocamientos en las partes íntimas de su cuerpo por el señor DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, y centraron su análisis en las pruebas de referencia, valorando las entrevistas de la menor que habían sido recibidas en fase pre-procesal, contrariando la norma legal que prohíbe dicha valoración (falso juicio de convicción), que de no haberse incurrido en tales errores trascendentes, la decisión en la sentencia hubiera sido mantener la absolución de mi representado.

Afirmo LTZT: “ **Pues de verdad eso nunca pasó ; yo había dicho eso porque.... hay un intervalo en que la menor llora se suspende la diligencia por algunos minutos al retomarse la menor dice: yo dije que supuestamente me tocaba la vagina que con la mano y él con la otra me tapaba la boca para que no gritara, pero pues nada de eso pasó, lo dije porque yo había escuchado en el colegio una niña que el padrastro la había abusado, entonces pues el padrastro y la mamá se habían separado. Hace poquito mi mamá y mi papá se habían separado y pues a mí se me ocurrió decir eso para que ellos dos se separaran y mi papá y mi mamá volvieran**”. (record 08:17-13:00 testimonio de la menor del 26 de noviembre de 2016)

No hay motivo para concluir que la citada menor LTZT mintió en el juicio oral y por ende a la retractación se le debe dar valor de certeza.

De ahí que la retractación sólo pueda ser de recibo para el operador judicial cuando la reflexión llevar a cabo respecto de ésta permita concluir que corresponde a un acto natural, franco y serio de quién lo hace y por, sobre todo, cuando lo expuesto a última hora por el testigo sea creíble y guarde armonía con las demás comprobaciones del proceso.

Agréguese que frente a la materialidad del ilícito de los delitos sexuales, más aún cuando se trata de actos, no suele existir una prueba científica contundente que acredite su ocurrencia, pues la conducta típica no suele dejar rastros inequívocas en el cuerpo de la víctima, además, es común el comportamiento se despliegue espacios privados, evitando la presencia de terceros que pudiesen dar fe de lo ocurrido, por tanto, lo usual es que el operador jurídico sólo cuente con el testimonio de la víctima.



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

Se tiene que en el juicio oral la menor víctima se retractó de las acusaciones hechas en contra de BUITRAGO TINOCO.

La ponderación a esta retractación la realizó el señor juez de primera instancia así: la presunta víctima en el contexto del juicio oral fue categórica y contundente en desmentir sus narraciones iniciales referente a que el aquí procesado había abusado sexualmente de ella. Todos los que presenciamos el testimonio, observamos su comportamiento al momento de rendirlo, que dejó en este funcionario, evidente su arrepentimiento por el daño causado a su madre y a su padrastro, y no creemos que haya actuado como actriz para convencernos, lo hizo de manera espontánea, sincera sin que se denote afán de inventar para favorecer, sino simplemente dar claridad que realizó imputaciones hacia estos, con el fin ingenuo de restaurar la convivencia entre sus padres biológicos tal, y como le sucedió a una compañera del colegio.

Visto ello, queda claro el ánimo de retractación de la víctima, el cual se sustentó en una nueva versión de lo sucedido, la cual, formalmente se muestra coherente lógica y consistente, pues evidencia las razones que llevaron a la pequeña niña a inventar el supuesto abuso sexual por parte de su padrastro.

Al momento de la declaración en el juicio oral, de la menor, este funcionario logró percibir que al negar los hechos, su manifestación fue: espontánea, sentida y traslució su arrepentimiento explicando que estas fueron un invento suyo, cuya orientación teleológica era conseguir que los referenciados disolvieran su vínculo afectivo y de esta manera crear el escenario perfecto para que sus padres biológicos restablecieran su vida en común y esa circunstancia no se puede descalificar aduciendo que el momento de la separación de los padres es añeja nadie puede conocer el sentimiento intrínseco de las personas.

La sola retractación no hace perder eficacia a las declaraciones anteriores del testigo, sino que en la ponderación de su dicho resulta indispensable realizar un esfuerzo analítico mayor en orden a establecer no solamente cuál de sus varias versiones se ajusta a la realidad de lo acontecido sino de los motivos que tuvo para haber mentido o para retractarse de lo expuesto ante el órgano judicial, en el caso presente se tiene que ninguna de las dos versiones expuestas por la menor, cuenta con sólido respaldo probatorio para tenerla como verdad irrefutable de lo sucedido, si luego de efectuada la valoración probatoria no hay certeza de la responsabilidad del procesado, es imperativo aplicar el principio IN DUBIO PRO REO.

Por el contrario, el Tribunal manifestó que la retractación de la víctima en el juicio oral carece de fuerza probatoria en el presente asunto



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

El tribunal hace un muy escaso análisis del testimonio de la menor, rendido en juicio oral, y especialmente en el punto de la retractación, que adquiere para mi representado suma relevancia, en la solución de su caso.

Dice el Tribunal: en síntesis, el episodio que vincula al motivo de la retractación fue en términos que pueden calificarse de escuetos. El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha manifestado que el juzgador deberá acudir en la sustentación de su decisión a los criterios estructurales de la sana crítica, es decir a las máximas de la experiencia, el conocimiento técnico científico y las reglas de la lógica desde luego, se insiste, sin pretermitir los linderos demarcados por el legislador en el artículo 381 de la ley 906 de 2004.

De igual modo que la retractación de la víctima en el juicio oral carece de fuerza probatoria en el presente asunto.

Pero de aquí el tribunal no pasa a una argumentación dónde dejé en evidencia la sustentación de su decisión, simplemente le restringe el valor probatorio al fenómeno de la retractación en la menor LTZT, y da validez para sustentar el fallo a los testigos de referencia, enunciados en el primer cargo formulado y la correspondiente argumentación defensiva para que no sean tenidos como tales, ni tampoco se funde la sentencia condenatoria en los mismos, como se establece en el artículo 381 de la ley 906 de 2004.

Por lo anterior dicho error tiene ocurrencia cuando el fallador no le concede a un determinado medio de prueba el valor asignado por el legislador o cuando desconoce las normas que tarifican su eficacia probatoria, asunto que, en la Ley 906 de 2004, se registra respecto a la tarifa legal negativa expresamente consagrada en el inciso segundo del artículo 381, que prohíbe condenar con base exclusiva en prueba de referencia. Como efectivamente ocurre en el presente caso.

Debe darse certeza a lo que la menor LTZT, en juicio oral expuso, esto es la retractación de los hechos, explicando las razones que la llevaron a inventar los supuestos hechos, prueba esta que fue espontánea, sincera sin que se denote afán de inventar para favorecer, sino simplemente dar claridad que realizó imputaciones hacia estos, con el fin ingenuo de restaurar la convivencia entre sus padres biológicos tal, y como le sucedió a una compañera del colegio. Además de haber sido espontánea, sentida y traslució su arrepentimiento explicando que estas fueron un invento suyo, cuya orientación teleológica era conseguir que lo referenciados disolverán su vínculo afectivo y de esta manera crear el escenario perfecto para que sus padres biológicos restablecieron su vida en común.

Además de lo anterior hay ausencia de razones que excluyan o debiliten seriamente la credibilidad de la víctima-testigo. Por el contrario, al ser creíble se constituye en la prueba contundente para llegar al convencimiento de



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

que los hechos no ocurrieron y que mi representado no los cometió. Es importante reiterar que el propio relato de la menor víctima es la herramienta más fuerte del proceso penal.

Se echa de menos la argumentación de esa sana crítica, que llevo a la conclusión de no darle el valor probatorio correspondiente a la retractación de la menor.

Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, para luego agregar que esta fundamentación –de la sentencia– deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia

Los errores cometidos por el magistrado del Tribunal condujeron a emitir una sentencia de carácter condenatorio en contra del señor DAGOBERTO BIOTRAGO TINOCO, pues está contrariando lo estipulado en el artículo 381 del C.P.P., que establece la prohibición para que la sentencia se fundamente exclusivamente en pruebas de referencia. Si el Tribunal bajo la sana crítica, esto es las reglas de la experiencia, el conocimiento técnico-científico y las reglas de la lógica da el valor probatorio a la retractación y no lo cercena, se mantuviera la absolución de mi representado.

La magnitud de lo errores fueron tales que suprimidos estos, la situación de mi representado se mantendrá en la absolución.

No se está dando aplicación al Art. 381 del C.P.P., Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Si el tribunal hubiese respetado la prohibición de condenar a una persona únicamente con pruebas de referencia el resultado en este proceso se mantendría tal y como fue emitido por el juez veinticuatro (24) penal de conocimiento.

En igual sentido si hubiese valorado el testimonio de la víctima rendido en juicio al punto de la retratación, acogiendo la sana crítica, esto es las reglas de la experiencia, el conocimiento técnico-científico y las reglas de la



LUDY CLARETH SUAREZ
ABOGADA
Tel 3002942839, 3144620495
email: suarez.clareth@gmail.com

lógica, se hubiese dado el valor probatorio a la retractación y no lo cercena, se mantuviera la absolución de mi representado.

LA PETICIÓN SE MATIENE Y SE REITERA

Con fundamento en los argumentos expuestos, le solicito muy respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sala penal casar el fallo del ad quem, por haber emitido una sentencia fundamentada exclusivamente en pruebas de referencia, y negando el valor probatorio del testimonio de la víctima en el punto de la retractación.

Por causa de los errores cometidos por el Tribunal Superior de esta ciudad al momento de su pronunciamiento de fondo, la sentencia de segunda instancia debe ser calificada como contraria a derecho. Y la única forma de reparar el agravio inferido en esa determinación, es casando el fallo recurrido.

Con el debido respeto,

LUDY CLARETH SUAREZ CAMACHO
C.C. No. 52.742989
T.P. No. 150.368 del C.S.J.