

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2021

Señores

Honorables Magistrados

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA PENAL

Atn. **Dra PATRICIA SALAZAR CUELLAR**

E. S. D.

Ref.- Expediente No. 54341

CUI. 25386600069620160005901

Contra: ALEXANDER VALENCIA TORRES.

Respetados Señores Magistrados:

LUDY SANTIAGO SANTIAGO, abogada en ejercicio adscrita a la Defensoría del Pueblo, identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en calidad de defensora del señor ALEXANDER VALENCIA TORRES, hallándome dentro del término legalmente establecido y conforme a lo dispuesto en el auto de fecha 8 de junio de 2021 por el cual se admitió la demanda de casación interpuesta por mi antecesor Doctor Elibardo Rojas Ojeda, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de la Mesa del 02 de marzo de 2018 y sentencia de segunda instancia emanada por Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca de fecha 16 de agosto de 2018, a continuación procedo a presentar sustentación, así:

1. Enunciación del cargo.

El cargo único formulado por la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación indirecta de la ley sustancial por error de

derecho, por falso juicio de legalidad, en consideración a que los juzgadores concedieron valor probatorio a los testimonios de Edy Yaritzá Espinel Ricardo, Karla Salome Espinel Ricardo y Maira Alejandra Espinel Ricardo, pese a, se considera, se tornan ilícitos, por violación al principio de intimidad.

Desconociendo lo establecido en el artículo 29 Constitucional que dice; "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso" y el artículo 15 de la constitución que dice; "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso" y el artículo 15 de la constitución que consagra el derecho a la intimidad personal familiar y a su buen nombre, respecto de Alexander Valencia Torres y su mejor hija K.L.V.C. Y no aplicarse la exclusión de las pruebas con violación de derechos fundamentales, al igual que las pruebas derivadas de las ilícitas, de que trata el artículo 23 de la Ley 906 de 2004.

Para la Demostración del Cargo, se señaló:

De acuerdo con la lectura de los hechos, se tiene que la denuncia se fundó en la observación ilícita que hizo a sus huéspedes, la administradora del hotel Zafarí, a través de un orificio, en la pared de la habitación alquilada por el aquí acusado y sus hijas. Desde este momento, se desencadenó todo el proceso que culminó en una sentencia condenatoria.

Bajo la égida de un Estado Social y Democrático de Derecho, la tensión existente entre los intereses del individuo y los de la sociedad, se dirimen por medio del debido proceso penal, el que a su vez conlleva un fin, la búsqueda de la verdad, pero este fin, no puede obtenerse a cualquier precio, tiene unos límites, que son los derechos fundamentales y la legalidad de los procedimientos. Derechos fundamentales entre los que están la intimidad de las personas, y que en el presente caso fueron, avasallados por los juzgadores de primera y segunda instancia, al darle validez, a unos testimonios que fueron obtenidos de forma ilícita.

Entre los testimonios ilícitos se encuentran los de las siguientes personas; EDY YARITZA ESPINEL RICARDO, KARLA SALOME ESPINEL RICARDO y MAIRA

ALEJANDRA ESPINEL RICARDO, y sobre los cuales se fundó la sentencia condenatoria, que pasamos a demostrar.

El juez de primera instancia soportó la sentencia en los siguientes hechos, narrados por los referidos testimonios ilícitos:

*a[...]*En efecto para el despacho analizada la prueba de manera conjunta y contextualizada se acredita contrario a lo referido por la defensa, la existencia de la conducta punible imputada al acusado, puesto que la señora EDY YARITZA ESPINEL y sus hijas KARLA SALOME y MAYRA ALEJANDRA ESPINEL en forma coherente y precisa en sus testimonios en el juicio admitieron las dos primera haber observado por el orificio o hendedura ubicada en la pared de triplex que divide la habitación ocupada por el procesado y sus hijas, entre ellas la joven K.L.V.C., de 13 años de edad para la fecha de los hechos, cuando aquellos realizaban actos de contenido erótico sexual diverso del acceso carnal, puesto que la aludida menor se encontraba totalmente desnuda encima de su padre y este recostado en la cama sin camisa y con el pantalón jean abajo y desabrochado, los cuales se encontraban acariciándose mutuamente, hasta el punto que la joven KARLA ESPINEL indicó que dichos actos libidinosos consistían en que el acusado ALEXANDER VALENCIA manipulaba los senos, el abdomen y la cola de su descendiente, precisando que hasta ahora estaban empezando a sostener relaciones sexuales.

Veamos diferentes apartes de los testimonios ilícitos, que fueron tomados por la primera instancia para condenar:

*"j...]*Por tanto, para el despacho la prueba de cargo - testimonio de EDY YARITZA ESPINEL y sus hijas, como de los uniformados que concurrieron al llamado de aquella - permiten acreditar la estructuración del punible imputado al acusado, toda vez que para la tipificación del delito de actos sexuales con menor de catorce años no interesa que la menor hubiere asentido el hecho, tal como se estableció probatoriamente en el presente caso, dado que el legislador presume de derecho, presunción que no admite prueba en contrario, que un menor de catorce años no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Por ello, como quiera que para el momento de los hechos la K.L.V.C., contaba con menos de catorce años, según se establece del registro civil allegado, nada interesa que esta hubiere consentido en el punible investigado (...)

Honorables magistrados, hasta aquí se muestran los argumentos de la primera instancia, frente a los testimonios de la administradora del hotel, junto con los de sus hijas, los cuales fueron la base fundamental para condenar al acusado ALEXANDER VALENCIA TORRES, por el punible de acto sexual con menor de 14 años agravado. En párrafos siguientes estudiaremos las pruebas derivadas de estas pruebas que reforzaron el contenido del fallo condenatorio.

Argumentos del Honorable Tribunal, respecto de estos testimonios:

“[...J En el presente caso, la materialidad de la conducta tiplea de actos sexuales con menor de catorce años tiene sustento probatorio en el testimonio directo de la administradora del hotel “Zafari”, Edy Yaritza Espinel Ricardo- y su hija Karla Salome, dado que esta al escuchar rechinar o chirriar la cama de la habitación [.. .J”

“[...JEn síntesis la prueba en conjunto, contrario a lo afirmado por el defensor, demuestra como hecho cierto que K.L.V.C. de 13 años, es hija del procesado ALEXANDER VALENCIA TORRES, y el 04 de mayo de 2016 con la también menor S.S. V.C, 5 años, se hospedaban en el hotel “Zafari” del municipio de la Meza, y a las pocas horas, la administradora Edy Yaritza Espinel Ricardo, y su hija Karla Salome, atraídas por el ruido de la cama a través de un orificio de una de las paredes de triplex, observaron cómo VALENCIA TORRES, acariciaba los senos sus partes íntimas y cola de sus hija que desnuda posaba sobre él, [.. .]”^m

Sin entrar en más reiteraciones y transcripciones se evidencia de la lectura del fallo, que el Tribunal, refrendó los argumentos de la primera instancia, y no hizo análisis alguno, de la legalidad de estos testimonios. Pasó por alto, la intromisión en los derechos fundamentales del acusado y de su menor hija K.L.V.C., por parte de la administradora del hotel y de sus hijas, cuando sin mediar motivo alguno espían ilícitamente a estas personas, aun sabiendo de la expectativa de intimidad que los cobijaba, como huéspedes de este hotel.

La **ilicitud** que entraña esta sentencia, parte del hecho que los testigos estaban cometiendo una conducta punible, artículo 189 del C.P., como es la de espiar de forma oculta, premeditada y abusiva a los huéspedes de

este hotel, rompiéndolas barreras de protección que la constitución y las leyes reconocen a los ciudadanos de este país. En punto de su intimidad e indemnidad como individuos en la sociedad, y que por demás el mismo estatuto penal lo prohíbe en el artículo 189 del C.P.

Artículo 189. Violación de habitación ajena. El que se introduzca, arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas, o que por cualquier medio indebido escuche, observe, grave, fotografíe o filme, aspectos de la vida domiciliaria de sus ocupantes incurrirá en multa.

En el mismo comportamiento ilícito incurrieron los policiales cuando, sin orden judicial, entraron a la habitación del hotel, y calcularon la altura del orificio, según la declaración de uno de los policiales, en el juicio, sin mediar orden judicial, violando la intimidad de estas personas, y con fundamento en lo dicho por la casera, también es un comportamiento ilícito e ilegal. Claro que bajo el principio de coherencia lógica, esta prueba se presentará como derivada de la prueba ilícita.

Artículo 190. Violación de habitación ajena por servidor público. El servidor público que abusando de sus funciones se introduzca en habitación ajena, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público

Ahora bien, la justicia no puede desviar la atención la atención del error en que incurrieron los juzgadores en este caso, pese a lo deplorable y repudiable que resultan ser los hechos narrados por los testigos, ello no habilita al Estado, para excusar la conducta ilícita de los declarantes y después aceptar el relato de unos hechos que fueron el producto de un actuar ilícito, recordemos que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, los postulados de la justicia social, no pueden verse comprometidos, cuando se avala y castiga a una persona a partir de comportamientos igual o mayormente ilícitos, no se puede pervertir el orden social, con estas maneras de denunciar. Si la justicia no refuerza las barreras de protección que tienen las personas en su individualidad, esto es los derechos fundamentales. (...)

La judicatura erró, al valorar estos testimonios, a partir de la denuncia presentada, vulneró el debido proceso, y el derecho fundamental a la intimidad, con esta condena. Se envía un mensaje social, de respeto a la intimidad, con esta condena. Se envía un mensaje social de irrespeto a la

intimidad e individualidad de los seres humanos, al extremo de que mañana se instalen cámaras para vigilar el comportamiento íntimo de todos los huéspedes de los hoteles, no habría un sitio o baño público donde resguardarse, y los intereses sociales, avasallarían al individuo, instrumentalizándolo y borrando su dignidad humana.

Es el momento de abanderar la protección a los derechos fundamentales que ha caracterizado la Constitución de 1991, por parte de las Altas Cortes, y así como se protege y rechaza la prueba obtenida a partir de la tortura, el genocidio y la desaparición forzada también se debe proteger el derecho a la intimidad, con estas formas de denunciar. Aclarando que no se pide anular el proceso sino, excluir estas pruebas y absolver, por ser inexistentes jurídicamente.

Pruebas derivadas de las ilícitas.

A su vez, la primera instancia refuerza las declaraciones ilícitas, con otras que se derivan de aquellas, y que, bajo la teoría del árbol envenenado, son conocidas como pruebas derivadas de esas declaraciones ilícitas, y son los testimonios de los policiales que acudieron al llamado, y que también deben ser excluidas. Veamos

Valoración del Aquo;

"[...] Dichas declaraciones fueron corroboradas por los testimonios de los policiales que acudieron al llamado de la administradora del hotel, uniformados JAMES EDWIN MONTEALEGRE CASTILLO y CARLOS ALBERTO RESTREPO CASTAÑEDA, quienes además de confirmar los hechos referidos por la señora EDY YARITZA ESPINEL y sus hijas ALEJANDRA Y KARLA ESPINEL, como verificar tanto la relación de consanguinidad del procesado con sus hijas y la existencia del orificio desde donde aquellas manifestaban habían observado lo denunciado, hasta el punto de admitir MONTEALEGRE CASTILLO que dicho hueco se encontraba a una altura de un metro veinte centímetros del piso, por lo cual era necesario agacharse para poder observar por el mismoj,..]"

Si se hace una valoración objetiva, los policiales verificaron dos aspectos;

el vínculo de consanguinidad de padre a hijas, que no es delito, y la existencia del orificio en la pared, nada más. Estos testigos pueden dar su válido testimonio de estos dos hechos, pero de nada más. Lo narrado por la administradora del hotel y sus hijas, es desconocido para los policías. Al quitar los relatos de los testigos, de la mente de los uniformados, ellos no hubiesen tenido motivo para capturar a esta persona. Entonces la prueba se deriva de los testimonios ilícitos, que se deben excluir.

Se deriva de aquellas la inspección judicial al hotel "Zafarí" realizada por el investigador de la fiscalía, JAIME FONSECA ALVAREZ, para verificar la existencia del mencionado hueco;

**[...].A su vez se tiene que por intermedio del miembro de la policía judicial adscrito al cuerpo técnico de investigaciones de la fiscalía de la Meza (Cundinamarca), investigador JAIME FONSECA ALVAREZ, se realizó inspección judicial al hotel "Zafarí" ubicado en la calle 4 No 22- 47 barrio Álvarez Díaz de la localidad, dejándose constancia en el acta levantada con ocasión de dicha diligencia que el ingreso al segundo piso del inmueble se hace por una escalera y al llegar al pasillo del fondo se encuentra un salón múltiple dividido por una lámina de trípex donde hay dos habitaciones y donde se deja constancia de un orificio o hueco que da al interior de la habitación ocupada para la fecha de los hechos por el acusado y sus hijas, allegándose el álbum fotográfico en un total de quince (15) imágenes del aludido inmueble y del oficio referenciado"*

Lo observado por este testigo no es otra cosa que la existencia del orificio en la pared de dicho hotel, el cual sin los relatos de los testimonios ilícitos no cobraría importancia, para la sentencia. Se demuestra que los testigos espiaban a los huéspedes cualquiera fuera los que habitaban en ese lugar. Por lo tanto, es prueba derivada de las ilícitas, que deben excluirse, por inexistencia jurídica.

2. Frente al cargo formulado, manteniendo la estructura del mismo, debo adicionar lo siguiente:

El vicio in iudicando de que trata la causal tercera de casación del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, obedece sus contenidos al principio y garantía de legalidad de la prueba regulado en el artículo 29 de la Carta Política, en el cual se reportan "nulas de pleno derecho las pruebas obtenidas con

violación del debido proceso", imperativo que se reproduce en los artículos 23 y 455 (comprendidas sus salvedades) del Código de Procedimiento Penal en lo que dice relación con las pruebas ilícitas y en el artículo 232 y 360 ejusdem en lo correspondiente con los elementos materiales probatorios, evidencias físicas y pruebas ilegales, de lo cual se contrae normativamente un efecto sanción de "inexistencia jurídica" y por ende de exclusión cuando de pruebas "ilícitas" o "ilegales" y de elementos materiales y evidencias físicas recogidas de manera irregular se trate.

En sentencia del 2 de marzo de 2005, la Sala de Casación Penal indicó: El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal

Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, **la intimidad**, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

Ahora bien, como existen cláusulas de exclusión a la prueba ilícita, me ocuparé de dichas excepciones, con el fin de demostrar que ninguna de ellas podría ser aplicada al presente caso. Y, por consiguiente, se debe casar la sentencia.

Excepciones a la cláusula de exclusión

Fuente independiente Se ha ilustrado que, para que se esté ante la excepción de fuente independiente, es preciso que no exista una vinculación directa entre una prueba ilícita y otra posterior lícita derivada

de la originaria. Bajo ese entendido doctrinario, la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita.

En el presente caso los testimonios de los testigos de la fiscalía no se consideran como prueba posterior, por cuanto todos ellos, como se explicó en el cargo, incurrieron en la violación a la intimidad.

Y, pasando a las declaraciones vertidas en juicio por los policiales, ha de señalarse, que, pese a que estos testimonios, en principio, son lícitos, se derivan de la violación a la intimidad, por cuanto ellos llegan y verifican el orificio por el cual se atisbó al procesado y a la menor, según la declaración de la administradora del hotel y de la madre de la menor.

Nótese como el informe policivo y las declaraciones vertidas en juicio por los agentes de la policía se derivan de la prueba originaria ilícita. Pues su producción está íntimamente ligada a la primera.

En cuanto a la entrevista con la menor y a la declaración de esta en el juicio, no se pueden considerar como independiente de la prueba originaria, en razón a que tanto la entrevista con la psicóloga, como la declaración de la menor, se desarrollan en la cadena que se deriva de la prueba original, ya demostrada como ilícita.

Por consiguiente no se puede aplicar esta excepción.

Descubrimiento inevitable. La doctrina del descubrimiento inevitable, por su parte, señala que dos investigaciones —una privada sin el uso de los requisitos legales y otra con el lleno de los requisitos legales— una vez impulsadas darían como resultado que la prueba sería objeto de exclusión.

Doctrinariamente se ha entendido que, conforme a esta excepción, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la parte demuestra convincentemente que esa misma prueba, hipotéticamente, habría sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original si deba ser excluida.

En otras palabras, mientras que la fuente independiente se coteja por los orígenes de la prueba, en la tesis del descubrimiento inevitable se coteja la prueba de origen ilegal, con “un camino legal hipotético que

inevitablemente hubiese llegado a la misma consecución" (Guerrero, 2015, p. 264).

En el presente caso, no se puede aplicar esta excepción, por la sencilla razón que no podría buscarse un camino legal hipotético que llegara a sostener la ocurrencia del delito de manera independiente. Y ello en razón a que la única fuente admisible sería la aceptación de la denuncia de la menor (a través de la madre o de la administradora del hotel); y ellas son fuente directa de la violación a la intimidad.

Por consiguiente, no es permisible la aplicación de esta exclusión.

Vínculo atenuado.

Esta excepción es entendida como el vínculo existente entre una prueba ilícita y una lícita derivada de esta. Su diferencia es muy tenue, por lo que la prueba derivada se aceptaría y vincularía al proceso. Es decir que cuando se relaciona la prueba ilícita y la lícita que se genera a partir de la ilícita no hay claridad, o es tan tenue que se requiere de grandes operaciones lógicas para poder definirlo o identificarlo.

En el presente caso, para efectos de la aplicación o no del vínculo atenuado, ha de indicarse que la proximidad temporal, esto es el corto lapso entre la prueba ilícita -(testimonios)- y la obtención de la prueba derivada (declaración de la menor), se determina en un alto grado de probabilidad que esta prueba como viciada.

Además, la declaración de la menor surge en razón a los indicios que posee el agente estatal investigador, motivado en la prueba ilícita que origina la violación al principio de la intimidad.

Por tal razón, no debe aplicarse esta excepción al presente caso.

Por último, he de señalar que era una obligación de los juzgadores de primera y segunda instancia, realizar un análisis de las excepciones ya descritas, pues siendo evidente la violación a la intimidad, es imperativo y no optativo, que estos se refirieran en las sendas sentencias a la posibilidad de aplicar o no las excepciones derivadas de la prueba ilícita.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso.

Solicito respetuosamente a la Honorable Corte Suprema de Justicia, se declare la nulidad de la prueba génesis y sus derivadas como se indicó y solicitó en el único cargo y, como corolario de ello CASAR el fallo. Y en su lugar, declarar la nulidad de las pruebas por inexistencia jurídica de las mismas y absolver al acusado.

En el evento de que la Honorable Corte advierta quebranto de garantías fundamentales, solicito se disponga su reconocimiento en forma oficiosa.

De la Honorable Sala.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ludy Santiago Santiago', with a horizontal line underneath.

LUDY SANTIAGO SANTIAGO

C. C. No. 37.321.645 de Ocaña (N. de S.)

T.P. No. 144.213 del C. S. de la Judicatura.

Defensora Publica – Unidad de Casación.

