

Bogotá D.C., 8 de julio de 2021

Señores
Magistrados Sala de Casación Penal
M.P Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Corte Suprema de Justicia
Ciudad

REFERENCIA: Alegato de sustentación de no recurrente -Fiscalía General de la Nación- de la demanda de casación, radicado No. 54341.

Honorables Magistrados:

En virtud del Acuerdo No. 020 del 29 de abril de 2020, numeral 3.1, proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respetuosamente, se presenta **sustentación escrita** dentro del término previsto, una vez estudiada la demanda de casación instaurada por el defensor público de **ALEXANDER VALENCIA TORRES**, contra la sentencia del 16 de agosto de 2018, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala de Decisión Penal.

I. CARGO ÚNICO: CONDENA PROFERIDA CON BASE EN PRUEBA ILÍCITA.

Bajo la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante censuró los fallos de instancia por considerar que los mismos violaron indirectamente la ley sustancial, por error de derecho, falso juicio de legalidad, al apreciar y otorgar valor a los testimonios de **Edy Yaritza Espinel Ricardo, Karla Salome Espinel Ricardo y Maira Alejandra Espinel Ricardo**, obtenidos ilícitamente.

Señaló el demandante que, conforme al artículo 29 de la Constitución Política “*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso*” porque en el presente caso las pruebas y testimonios que fueron incorporados fueron acopiados con violación de los derechos fundamentales a la intimidad personal y al

buen nombre del señor ALEXANDER VALENCIA TORRES y de su menor hija K.L.V.C.

En esa medida, consideró el censor que los hechos que dieron origen al reporte a la Policía Nacional se fundó en la observación ilícita de lo que estaba ocurriendo al interior de la habitación del inmueble por parte de la administradora del *Hotel Zafarí* y por ende se violó la intimidad del huésped, ALEXANDER VALENCIA TORRES y sus menores hijas, por lo que la señora incurrió en la comisión del delito de violación de habitación ajena, contenido en el artículo 189 del Código Penal, situación que no fue considerada por los falladores de instancia.

Bajo esa lógica, indicó el demandante que la trascendencia de la violación a la intimidad, se tradujo en la obtención de testimonios ilícitos y la consecución de actos de investigación posteriores, respecto de los cuales existe estrecho vínculo de ilicitud que no son posibles de separar en aplicación de tesis excepcionales (*vinculo atenuado, descubrimiento inevitable y fuente independiente*), toda vez que se derivan de la violación del derecho fundamental a la intimidad.

Así las cosas, solicitó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, declarar la nulidad de las pruebas por inexistencia jurídica de las mismas y absolver al acusado.

II. POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE AL CARGO:

Considera la Fiscalía que, este cargo no está llamado a prosperar, en la medida que en la sentencia de segunda instancia cuestionada no existió un error de derecho por falso juicio de legalidad, al no tratarse de un caso cuyo soporte probatorio fuese ilícito, es decir, las pruebas incorporadas al proceso fueron obtenidas legalmente y no por el producto de la violación de derechos fundamentales del condenado.

En primer lugar, el derecho a la intimidad no es absoluto, puede limitarse cuando entra en conflicto con derechos de terceros o con la defensa de intereses superiores del ordenamiento, como ocurre con los derechos de los niños y las niñas, de especial protección en la Constitución Política, la Convención sobre los derechos del Niño y el Código de la Infancia y Adolescencia.

En esa medida, la Corte Constitucional en distintas sentencias¹ analizó que el derecho a la intimidad puede ser objeto de limitaciones restrictivas de su ejercicio en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos en por el artículo 1º de la Constitución Política, sin que por ello se entienda que se puede desconocer su núcleo esencial.

De esta manera, en el caso concreto, no existió evidencia ilícita en la fase de investigación, ni la prueba practicada y estudiada en el juicio, es consecuencia de la violación de la expectativa razonable de intimidad del hoy condenado, quien reclama en esta oportunidad que la habitación del hotel donde atentó contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, era un lugar constitucionalmente protegido para el mismo.

En segundo lugar, en el extremo evento de discutir su ilicitud, en los hechos que enmarcaron el proceso, la defensa material y técnica contó con la oportunidad necesaria, durante la fase de indagación e investigación o en la audiencia preparatoria, para solicitar la exclusión de la evidencia que se estimó como tal.

Ocupa destacar que, **la prueba ilícita** es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas. Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

- (i) Puede ser el resultado de la violación al derecho fundamental de la dignidad humana (art. 1º Constitución Política) esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 del Código Penal), constreñimiento ilegal (art. 182 ibídem), constreñimiento para delinquir (art. 184 ibídem) o de un trato cruel, inhumano o degradante (art. 12 Constitución Política).
- (ii) Asimismo, la prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (art. 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (art. 28 Constitución Política, arts. 189, 190 y 191 Código

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-501 de 1994, C-640 de 2010, T-517 de 1998 y C-881 de 2014

Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales, por acceso a un sistema informático o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196 C. Penal).

- (iii) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (art. 442 C. Penal), de un soborno (art. 444 C. Penal) o de un soborno en actuación penal (art. 444 A C. Penal) o de una falsedad en documento público o privado (arts. 286, 287 y 289 C. Penal)

Por su parte, **la prueba ilegal o irregular** que extiende sus alcances hacia los “*actos de investigación*” y “*actos probatorios*” propiamente dichos, es aquella “*en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley*”².

Ahora bien, en punto a los argumentos de la demanda de casación para desvirtuar la presunción de legalidad de las sentencias condenatorias referidas, el cargo único formulado no tiene vocación de prosperidad, igualmente, por lo siguiente:

En efecto, para Fiscalía Segunda Seccional de la Mesa, Cundinamarca, se construyó la teoría del caso a partir de los testimonios de la señora **Edy Yaritza Espinel Ricardo**, administradora del *Hotel Zafari* y sus hijas **Karla Salomé Espinel Ricardo** y **Maira Alejandra Espinel Ricardo**, pruebas que fueron objeto de descubrimiento, enunciación, solicitud, decreto y práctica ante el Juzgado Penal del Circuito de ese municipio.

Así aparece que, en la sentencia de primera instancia, se analizó lo expuesto por **Karla Salomé Espinel Ricardo** el día 27 de junio de 2017: “*en el mes de mayo de 2016 sobre las nueve o nueve y media de la noche atendió al procesado quien llegó en compañía de sus dos menores hijas, dado que su progenitora no se encontraba, a quien le alquiló una habitación del segundo piso que no tiene baño y se arrendaba a un precio cómodo, por lo cual una vez enteró a su progenitora sobre tal hospedaje y ésta la mandó a la cocina a picarle una papaya para el dolor de estómago, desde allí escuchó que la cama de la pieza alquilada al procesado*

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero AP5220 – 2018.

chirreaba y se asomó por el hueco existente en la pared de triplex que divide las dos habitaciones, observando a la niña mayor encima del papá sin nada de ropa, aclarando que el procesado estaba recostado en la cama y con el pantalón desabrochado y abajo, tocándole a su hija los senos, al abdomen y parte de la cola, por lo cual acudió ante su progenitora y ésta se dirigió junto con su hermana Alejandra y le ordenó que tocara en la puerta y se fue a mirar por la hendedura verificando lo por ella referido, observando seguidamente que el procesado se paró y se fue hacia la otra cama y la joven se puso un buzo azul manga larga”³.

A su vez, en el pronunciamiento de primera instancia, al examinar el dicho de **Edy Yaritza Espinel Ricardo**, administradora del Hotel Zafarí, se dijo: “*luego de que su hija KARLA SALOME alquiló al procesado y sus dos menores hijas una habitación del segundo piso, la cual se encuentra dividida por una pared de triplex, mandó aquella a la cocina a que le preparara un remedio y ésta desde allí escuchó que la cama de dicha habitación chirreaba, por lo cual ingresó a la habitación donde ella y su otra hija duermen, que queda pegada a la pieza ocupada por el procesado pero separada por triplex, desde donde observó por un orificio que la niña más grande estaba totalmente desnuda encima del papá y acariciándose mutuamente, por lo cual se dirigió a preguntarle si eso era normal, ante lo cual salió a verificar tales hechos y mientras mandó a su hija MAIRA ALEJANDRA a tocar la puerta, se fue y miró por la hendedura verificando la misma escena, pero señalando que en ese momento la niña se bajó de encima del papá, quien estaba recostado, y se pasó a la otra cama poniéndose un buzo negro”⁴.*

A su turno, en el precitado pronunciamiento de primera instancia, respecto de **Maira Alejandra Espinel Ricardo**, se consideró: “*su hermana KARLA SALOME dio cuenta del alquiler de una habitación al procesado y sus hijas, del hecho que aquella haber observado por el orificio de la pared de triplex que divide las habitaciones cuando el acusado y su hija realizaban actos de contenido erótico sexual diferente al acceso carnal, de haber transmitido tal hecho a su progenitora y a ella, de concurrir ambas a verificar lo narrado por su hermana, en donde la mamá corroboró al observar por la hendedura lo señalado KARLA, como también cuando al golpear el procesado se para y se pasa a la otra cama y la niña mayor que estaba desnuda encima del papá se pone un buzo largo. Igualmente, que el acusado con evasivas*

³ Folio 16, sentencia del Juzgado Penal del Circuito de la Mesa Cundinamarca, radicado No. 253866000696201600059.

⁴ Folio 15 ibídem.

se demoró en abrir la puerta, salió sin camisa y una vez su progenitora le hizo el reclamo y éste le manifestó que si había mucho problema que le devolviera la plata y se iba, decidió su progenitora salir a buscar a la policía y una vez subieron le golpearon a la puerta y al salir comenzó a tratarla mal delante de los uniformados”⁵.

Lo narrado por los testigos presenciales y la corroboración de otros medios probatorios, que en esencia no fueron discutidos por el demandante, fueron la comprobación en el proceso de la responsabilidad del señor **ALEXANDER VALENCIA TORRES**.

Si se detiene en la forma como fue estructurada la demanda de casación, esto es, la demostración del cargo, la causal invocada y el sentido dado a la misma en punto a reprochar las sentencias judiciales respecto de las cuales existe presunción de legalidad y acierto, se evidencia que el defensor propone un debate jurídico que implica analizar la situación en la cual se produjo la captura del señor **ALEXANDER VALENCIA TORRES** y lo ocurrido como antesala de la misma. Ello, con miras a establecer que desde esos instantes no se honró el derecho a la intimidad de su prohijado.

Surge para el accionante una aparente tensión entre el derecho a la intimidad del señor **ALEXANDER VALENCIA TORRES**, y los deberes constitucionales⁶ de las señoras **Edy Yaritza Espinel Ricardo**, **Karla Salomé Espinel Ricardo** y **Maira Alejandra Espinel Ricardo** quienes reportan ante las autoridades de policía lo que estaba ocurriendo en el *Hotel Zafarí* la noche del 4 de mayo de 2016, situación que debe ser descartada de plano pues no descansa en que el comportamiento de aquellas este inmerso en el injusto contenido en el artículo 189 del Código Penal, sino que por el contrario, era su obligación por la prevalencia del interés superior de las menores K.L.V.C y S.S.V.C. y es por ello, que el actuar de las testigos carece de causal de antijuridicidad material y predomina sobre cualquier expectativa de intimidad de su huésped.

Las reglas de la experiencia dan cuenta que la comisión de los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexual, se basan en que dichos comportamiento son desarrollados en la clandestinidad Vr.g., escenarios en lo que

⁵ *Ibíd.*

⁶ Constitución Política de Colombia art 95, numeral 2

de alguna manera solo se encuentre el agresor y la víctima, o en situaciones que bajo amenaza no se pueda producir sonidos que alerten a familiares o a personas que puedan socorrer al sujeto pasivo o valiéndose de la convicción de la impunidad de sus actuaciones por el dominio que ejercen sobre la víctima quien teme al señalamiento social, o muestra incompreensión de sus actos (como en la modalidad abusiva).

Los hechos probados y sobre los cuales dieron cuenta los testigos aquí censurados, permiten evidenciar que desde el ingreso al *Hotel Zafarí* del señor **ALEXANDER VALENCIA TORRES**, en compañía de sus menores hijas K.L.V.C. y S.S.V.C., alertó la atención de KARLA SALOMÉ ESPINEL RICARDO, quien luego de acercarse a la cocina, ubicada contiguamente a la habitación alquilada, percibió ruidos generados por la actividad y movimiento de la cama en la cual estaba acostado el señor ALEXANDER VALENCIA TORRES, y su hija K.L.V.C., en claro tocamientos erótico sexuales que a la postre fueron corroborados por su mamá **Edy Yaritza Espinel Ricardo** y su hermana **Maira Alejandra Espinel Ricardo**.

Es en graves casos como el presente que el artículo 44 de la Constitución Política señala, de manera perentoria, que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*. Se trata de un contenido normativo que impone la especial protección que deben prohiarle la familia, el Estado y la sociedad como consecuencia de las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran; protección sin la cual, no podrían alcanzar su pleno desarrollo.

Y es en armonía con el canon constitucional, que el legislador dispuso en el artículo 8° del Código de la Infancia y la Adolescencia, ***el principio de interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes*** como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, como ocurrió en el caso propuesto por parte de las denunciantes.

En tal sentido, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-510 de 2003, que *“el contenido del interés del menor, es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”*.

De esta forma, la providencia precisó que se deben tener en cuenta unos criterios jurídicos para hacer prevalecer el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de otras personas, al considerar: *“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) **fácticas** –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) **jurídicas** –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–. En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que el interés del menor “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres”.*

Desde el punto de vista constitucional, la expectativa de la intimidad a favor del señor **ALEXANDER VALECIA TORRES** no tenía la intensidad a la que alude su defensor, toda vez que lo ocurrido allí no estaba enmarcado dentro del ámbito de protección al que se contrae el artículo 15 superior, por el contrario, los derechos de la menor K.L.V.C., fueron desvalorados por el acción dolosa dirigida a trasgredir la libertad y formación sexual de su hija, del cual fue sorprendido en flagrancia por parte de la propietaria del *Hotel Zafarí*.

Así las cosas, consideramos que los esfuerzos argumentativos dirigidos por el demandante para cuestionar las acciones de **Edy Yaritza Espinel Ricardo**, **Karla Salome Espinel Ricardo** y **Maira Alejandra** no pueden desvirtuar el amparo de legalidad de las actuaciones de instancias, así como tampoco pueden generar la exclusión de sus testimonios los cuales fueron aducidos, decretados y practicados conforme a las reglas del debido proceso.

Finalmente, sobre la situación de flagrancia discutida por el demandante y teniendo en cuenta que la vía solicitada fue la nulidad, esta Delegada no comparte los razonamientos invocados en este escenario, por carecer de vigencia y no haber sido alegados en las oportunidades que para el efecto la ley procesal penal establece.

El instituto jurídico procesal de las nulidades establecidas en 457 de la Ley 906 de 2004, está regido por una serie de principios que orientan su interpretación y aplicabilidad, entre ellos, se encuentran la oportunidad y preclusividad, los cuales son trasgredidos por el censor.

En ese orden, conforme fue reseñado por la sentencia de primer grado, la captura del señor **ALEXANDER VALENCIA TORRES**, se produjo por el llamado de la propietaria del Hotel, ante el cual acudió el miembro de policía de vigilancia **James Edwin Montealegre Castillo**, quien constató los hechos y procedió a la aprehensión en situación de flagrancia.

Puesto a disposición de la Fiscalía Segunda Seccional de la Mesa, se suscitó ante el Juez Penal Municipal con Función de Control de Garantías la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento.

En ese contexto, el control constitucional dispuesto para verificar los requisitos y legalidad de la captura en flagrancia fueron evacuados y decididos en el juez respectivo quien avaló los hechos que la originaron (*entre ellos la intromisión del derecho fundamental a la intimidad y el interés superior del menor*). Por tal motivo, el debate en sede de casación no puede circunscribirse al discutir actuaciones preliminares como lo es la captura, máxime que la defensa contó con la posibilidad de alegarlas ante el juez correspondiente

En conclusión, la Fiscalía considera que el cargo presentado **no tiene vocación de prosperidad**, en respeto al debido proceso probatorio y a la protección integral universal de los niñas y niños, conforme a la Constitución Política y Tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño.

Atentamente,



ELBA BEATRIZ SILVA VARGAS

Fiscal Octava Delegada ante la Corte Suprema de Justicia