

remite casacion 56705

Ana Milena Sierra Rios <ana.sierra@fiscalia.gov.co>

Mar 26/07/2022 16:30

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>;Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

CC: Miguel Angel Garcia Castellanos <miguel.garciac@fiscalia.gov.co>;Katherine Liliana Carrillo Torres <katherine.carrillo@fiscalia.gov.co>

BOGOTA D.C 26 DE JULIO DE 2022

**SEÑORES
SALA DE CASACION PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CIUDAD**

ASUNTO REMITE CASACION 56705

CORDIAL SALUDO

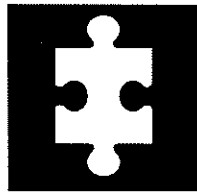
En virtud del Acuerdo No. 020 del 29 de Abril de 2020, numeral 3.1 expedido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal , respetuosamente, se presenta en el asunto de la referencia , dentro del termino previsto , **sustentación escrita en calidad de no recurrente**

REMITO 10 FOLIOS

POR FAVOR ACUSASA RECIBIDO

ANA MILENA SIERRA RIOS
ASISTENTE DE FISCAL
FISCALIA 7 DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531
Oficio No. FDGSJ-10100-
26/07/2022

Página 1 de 10

Bogotá D.C., veintiséis de julio de 2022.

Señores Magistrados
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

ASUNTO: Casación No 56705

Condenados: Germán Darío Albornoz Rodríguez Y Raúl Arturo Albornoz Rodríguez

Delitos: Acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo y acto sexual agravado con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo.

Magistrado ponente: Diego Eugenio Corredor Beltrán

Señores magistrados:

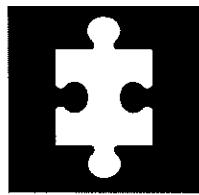
En mi calidad de fiscal Séptimo delegado ante la Corte, por disposición del señor Fiscal General de la Nación, en aplicación del Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020, con el que esa corporación implementó mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional para la sustentación del recurso extraordinario de casación, me permito descender el traslado como no recurrente de la demanda incoada por la defensa técnica de los dos procesados contra la sentencia condenatoria de segunda instancia de agosto 6 de 2019, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, mediante la cual confirmó la proferida el 22 de febrero de 2019 por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad.

Luego del estudio correspondiente la Fiscalía General de la Nación pide CASAR la sentencia por cuanto considera que el Tribunal Superior de Cali al hacer la valoración probatoria sustento de la decisión confutada incurrió en manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba.

1.- CARGO ÚNICO

FISCALÍA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
AVENIDA CALLE 24 No. 52-01 BLOQUE H PISO 2 BOGOTÁ D.C. CÓDIGO POSTAL 111321
CONMUTADOR: 5702000 EXTS. 12381
www.fiscalia.gov.co

30 AÑOS
FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531

Oficio No. FDCSJ-10100-

26/07/2022

Página 2 de 10

Acusa la sentencia de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, por cuanto se han desconocido las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia condenatoria, causal descrita en el numeral 3 del artículo 181 de la ley 906 de 2004.

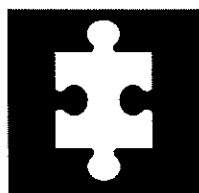
1.1.- El primer problema jurídico planteado versa sobre el testimonio de la menor A.M.T.A. que rindió en juicio.

Al respecto señaló:

- Del análisis realizado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali es *"evidente que tratando de seguir los lineamientos de la jurisprudencia en relación con el tratamiento que debe darse a las declaraciones anteriores al juicio, acudió a examinar lo concerniente a la retractación del testigo en juicio, la impugnación de credibilidad y la prueba de referencia. Al respecto, el Tribunal realizó una interpretación y aplicación errada de aquellas circunstancias para terminar apreciando una prueba de referencia que introdujo al juicio por fuera de los parámetros legales y basando en ella el fallo condenatorio"*.
- El análisis del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali de dicho testimonio, parte del examen de la utilización de las declaraciones anteriores al juicio sin cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo 347 del C.P.P., existiendo una técnica legal y específica para impugnar la credibilidad; y no como lo señala el Tribunal Superior en el sentido de que la testigo por sí misma se impugna su credibilidad al declarar en juicio y aceptar que tiempo atrás haya realizado manifestaciones a su madre y a los peritos.
- El Tribunal Superior no le dio manejo técnico a la figura de la retractación, y la fiscalía fue pasiva ya que no acudió a ninguna de las herramientas con que contaba respecto a las declaraciones anteriores, siendo que al juzgador sólo le estaba permitido valorar el testimonio de la menor como prueba directa en el juicio; y esta en ningún momento hizo señalamientos incriminatorios sobre la materialidad de la conducta delictiva ni sobre la responsabilidad de sus defendidos.

1.2.- El segundo problema jurídico a resolver es el análisis de la prueba pericial, que *"tienen que ver con la incidencia que puede tener el relato o primigenias manifestaciones de la menor A.M.T.A. cuando abruptamente fue llevada ante el médico legista y psicólogos al inicio de la investigación"*.

1.2.1. De la intervención en juicio oral de la perita Beatriz Eugenia Naranjo, médico forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aduce que la peritación decretada y



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531

Oficio No. FDCSJ-10100-

26/07/2022

Página 3 de 10

practicada no confirma o demuestra un supuesto abuso sexual, por cuanto las conclusiones son abiertas a varias posibilidades, sin ninguna aproximación técnico científica a demostrar el presunto abuso sexual.

1.2.2. Sobre la intervención del perito Anibal Valderrama Tovar, psicólogo adscrito al Cuerpo Técnico de Investigaciones, el togado argumenta que si bien el perito dejó en claro que había recibido la entrevista forense a la menor víctima (*que a la postre no se solicitó su introducción al juicio*), sus explicaciones dadas acerca de la manera como aplicó los protocolos, recibió la información de la presunta víctima, *“no convierte ese acto de investigación en testigo o prueba de referencia, como lo entendió el Tribunal, haciendo eco de los argumentos del juez A Quo”*.

1.2.3. De la intervención de la perita Constanza Jimenez Rendon, psicóloga forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, alega que explicó que realizó una valoración del relato para establecer si hay afectación o no, acudiendo a una entrevista semiestructurada triangulada con documentos que le fueron allegados. Ya en el contexto de su peritación, se refirió a *“un examen mental normal, conservadas, sin alteraciones de alimentación y sueño, lógica y coherencia adecuadas, inteligencia promedio, sin ideas delirantes o alucinaciones, pero destaca que modulaba sentimientos de tristeza y asco frente a los hechos en cuestión”*.

De manera genérica la psicóloga forense refiere del relato de la menor víctima A.M.T.A. sobre los hechos en tiempo, lugar y actores, que corresponden a los tíos, no se observan incongruencias ni contradicciones con los hechos documentados, *“sin explicar cuáles son esos documentos”*.

Apunta, el Tribunal consideró que las manifestaciones iniciales que hizo la menor de las *“iniciales atenciones médicas y psicológicas, han ingresado legalmente al juicio con las declaraciones de los peritos”*, constituyen prueba suficiente de la existencia de las



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531
Oficio No. FDCSJ-10100-
26/07/2022

Página 4 de 10

conductas delictivas y de la responsabilidad.

Error, dice, del Tribunal Superior en haber fundamentado el fallo condenatorio en lo que considero como prueba de referencia, en las iniciales manifestaciones que realizó la menor A.M.T.A. ante su madre y los psicólogos que la atendieron. *“es decir, con base en prueba que el juzgado ingresó al proceso por fuera de los parámetros legales, sin tener en cuenta que al concurrir la víctima al juicio no era dable acudir a prueba de referencia”.*

ARGUMENTOS DE LA FISCALIA.

Es premisa básica del Estado de Derecho que en el proceso penal no puede condenarse a toda costa al procesado. Se requiere no solamente demostrar la ocurrencia del hecho perseguido sino la responsabilidad del acusado. Y a ello debe llegarse mediante la prueba legalmente admisible y construida, siguiendo los estrictos protocolos para ella dispuestos.

Ya con estas debidamente casación invocada:

Es claro que respecto del testimonio de la menor AMTA hubo evidente desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, por cuanto las entrevistas en las que refirió las agresiones sexuales de las que había sido víctima, no fueron incorporados por el ente acusador, pese a que está se retractó de la denuncia.

Y aunque puede entreeverse que las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos quedaron implícitamente expuestos en juicio al contestar el interrogatorio realizado por la fiscalía, como los documentos que los contenían no fueron expuestos como testimonio adjunto, no estuvieron expuestos al contrainterrogatorio por parte de la defensa.

No se comparte, por lo tanto, lo considerado por el Tribunal al considerar que resultaría vano que la fiscalía realizara lectura de las declaraciones anteriores al juicio y proceder a



Radicado No. 20221600029531
Oficio No. FDCSJ-10100-
26/07/2022

Página 5 de 10

impugnar credibilidad con el contenido de estas, por cuanto la víctima, en el testimonio rendido en juicio, dejó sentado que sus tíos German y Raúl la agredieron sexualmente, con lo que da valor a su testimonio con lo manifestado anteriormente y lo dicho en juicio, derrumbando con ello la retractación que esta hiciera.

Ese testimonio en juicio debía tenerse en cuenta solo como prueba directa, y darle validez a lo allí expresado, con el cual no se puede establecer la existencia de conductas punibles y responsabilidad de los acusados.

Y los testimonios previos tampoco podían valorarse por cuanto en la realidad jurídica no se produjo la prueba, no fueron incorporados por el ente acusador, por lo tanto, estos no adquirieron la condición de prueba.

Tampoco de testimonio adjunto o prueba de referencia.

incorporadas sigue la imposición de una valoración conjunta, tal como lo establece el art. 380 de la ley 906.

Con este baremo pasa a examinarse el tratamiento que el Tribunal le dio a las diversas intervenciones de los testigos en la sentencia, y su trascendencia frente a la causal de

Finalmente, debe acotarse que para este delegado el Tribunal Superior de Cali desbordó en su análisis lo que este medio de prueba verdaderamente constituía, lo vertido en el juicio, ya que para darle el contenido que le dio recurrió a las entrevistas que esta rindió ante los peritos, sin que tales medios de información hubieran ingresado a la causa por algún medio.

Por su parte, la doctora BEATRIZ EUGENIA DEL SOCORRO NARANJO, médica forense, quien atendió a la menor y realizó el informe técnico sexológico forense respectivo, y recibe su versión sobre lugar de residencia, con quienes comparte vivienda y su relato de las



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531
Oficio No. FDGSJ-10100-
26/07/2022

Página 6 de 10

agresiones causadas por sus tíos Raúl y Germán, en su testimonio en el juicio oral describió que a pesar de que físicamente no fue posible verificar la agresión sexual, dejó sentado que la menor presentaba un flujo vaginal grumoso que no era propio de una menor de edad, lo cual concuerda con “la anamnesis” en el sentido de que sus tíos la agredieron sexualmente.

Este testimonio fue presentado y valorado como prueba directa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia de los hechos y de que fue víctima la menor por parte de sus tíos Germán Darío y Raúl Arturo Albornoz Rodríguez.

La declaración vertida en juicio por el psicólogo Aníbal Valderrama Tovar por parte del Tribunal, fue apreciado por el Tribunal Superior como prueba directa respecto de los hechos y circunstancias que percibió durante la entrevista de la menor, como que esta entró en crisis, sus ojos se aguaron y su voz varió, por lo que debió suspender la diligencia para continuarla después; y de referencia en relación con los hechos que escuchó de esta.

En relación con el testimonio de Constanza Jimenez Rendon, con quien se introdujo el informe psicológico forense, señala el Tribunal que *“se logró extraer lo que percibe la perito en relación al estado de la menor y su conclusión respecto a la probabilidad de haber sido atacada en su libertad, integridad y formación sexual, dada la valoración que realizó de las manifestaciones plasmadas por la menor”*.

Se arguye, además, que con esta se logró poner en contexto los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria de la menor y concluyó *“que la niña se encuentra con sus facultades conservadas, que no se vislumbran compromisos a nivel de memoria, atención, no trastornos del sueño ni de conducta alimentaria, y no se vislumbran ideas delirantes ni alucinaciones, como también modula sentimientos de tristeza y asco al referirse a los hechos denunciados (minuto 13:21 y ss Audiencia del 1 de octubre de 2018)”*.

Negrilla fuera de texto.



Radicado No. 20221600029531

Oficio No. FDCSJ-10100-

26/07/2022

Página 7 de 10

Esta declaración fue presentada y calificada como prueba directa de la afectación que presentó la menor con los hechos de que fue víctima, traumas que advirtió la profesional en psicología y así lo expuso en declaración; y no como lo refiere la defensa que fue valorada únicamente como prueba de referencia.

Ahora si se interpreta que las declaraciones anteriores constituyen prueba de referencia y que en criterio del Tribunal pueden ser utilizadas para mejorar y completar la prueba directa¹, y para el caso en particular hizo relación a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que ha creado una excepción en los casos de menores víctimas de agresiones sexuales, en el sentido que pueden ingresar al juicio las declaraciones rendidas por fuera del juicio a terceros como psicólogos, médicos etc., al precisar:

"(...) La regla general en materia de declaraciones anteriores, determina que éstas no pueden ser aducidas como prueba cuando el testigo comparece al juicio, situación que para nada interfiere con lo establecido sobre los usos para refrescar memoria e impugnar la credibilidad.

lo anterior tiene una excepción cuando se trata de declaraciones de niños, y factores como la edad, la naturaleza del delito, las particularidades del menor, entre otros, habilitan el uso de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, así el menor haya sido llevado como testigo al juicio. "

No debe olvidarse, que como se advirtió, tal eventualidad está reglada y, en consecuencia, lo que escape a esos parámetros no puede ser validada en el proecso en el que se presente.

EL CARGO PLANTEADO.

¹ Sentencia CSJ M.P. Maria del Rosario Gonzalez Muñoz, 27 de febrero de 2013.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531

Oficio No. FDCSJ-10100-

26/07/2022

Página 8 de 10

Es claro que la prueba lleva al juez el conocimiento de los hechos y circunstancias y de la responsabilidad penal del acusado para que este pueda emitir un fallo de condena, según lo señala el art. 372 de la Ley 906.

Pero, por otra parte, para constituirse en prueba, cualquier información debe satisfacer unos presupuestos específicos, salvo excepciones concretas.

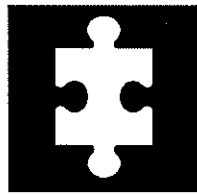
Pues bien, a partir de precisar que la demanda apunta a señalar que el Tribunal Superior de Cali incurrió en la causal tercera del art. 181 de la citada ley, que hace relación al manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, e invocando como cargo único violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia condenatoria, debe señalarse:

Ciertamente dio validez a unas declaraciones anteriores de la menor sin que estas hubieran ingresado para tenerlas integradas a un testimonio directo; y doble carácter a los testimonios de los peritos Beatriz Eugenia Naranjo, Aníbal Valderrama Tovar y Constanza Jiménez Rendón, presentados por la fiscalía, pues mientras consideró sus dichos sobre lo que percibieron de la víctima como testimonio directo y sobre el contenido de lo que la menor les informó, como testimonio de referencia.

Volviendo a la declaración de la menor es oportuno señalar que el testimonio adjunto o declaración complementaria, desarrollado por la jurisprudencia como alternativa a las retractaciones o modificaciones trascendentes, en todo caso busca que se permita, ineludiblemente, la contradicción.

Y es también en la jurisprudencia la que señala las reglas que hacen posible su incorporación²: (1. El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes; 2.

² CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. SP. 1875-2021, 55959. Sent. 12-05 de 2021, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531
Oficio No. FDCSJ-10100-
26/07/2022

Página 9 de 10

El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio y será confrontado sobre su dicho anterior; 3. la declaración anterior debe ser incorporada por la parte interesada a través de su lectura; la incorporación de la declaración anterior debe ser solicitada por la parte interesada).

Nótese, entonces, que tal procedimiento no ocurrió, por lo que no era dable la validación y examen de las declaraciones anteriores de la menor.

En punto de lo referido al testimonio de la menor, pero más insistentemente a las declaraciones de los peritos, es preciso advertir que de acuerdo con el art. 437 de la Ley 906 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, o sus circunstancias.

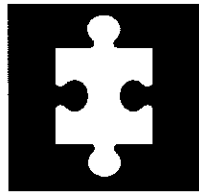
Su admisibilidad, que es excepcional (art. 379), puede darse cuando en el declarante concurren circunstancias particulares, hay pérdida de memoria, por motivos especiales no puede concurrir a declarar en juicio, se trata de documentos de pasada memoria o archivos históricos.

Y su incorporación también está sujeto a reglas muy precisas que la jurisprudencia se ha encargado de decantar³:

(...): (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) 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) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, y (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio.

Por otra parte, el 438 ejusdem contempla la admisión excepcional de la prueba de referencia en varias hipótesis, una de ellas cuando se trata de un menor de 18 años víctima

³ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. SP. 399-2020, 55957. Sent. 12-02 de 2020, MP. Patricia Salazar Cuéllar



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
En la calle y en los territorios



Radicado No. 20221600029531
Oficio No. FDCSJ-10100-
26/07/2022

Página 10 de 10

de delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, que aquí justamente estaría llamada a invocarse.

No obstante, también es claro que aún en este evento esta prueba no escapa al rigor de las reglas de incorporación ya señaladas⁴.

Pues bien, debe destacarse que el proceso no informa que la fiscalía hubiera solicitado la incorporación de esa prueba, correspondiente al testimonio de los peritos, y que el juzgado la hubiera admitido. Formalmente no se produjo ni se llevó al juicio.

Y si ello no ocurrió, el tribunal no podía tenerla por existente y a partir de esa premisa valorarla, por lo que se presentó error trascendente que afecta la prueba y que imposibilita declarar la responsabilidad de los procesados.

En conclusión, esta delegada considera que en la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 6 de agosto de 2019, que condena a Germán Darío Albornoz Rodríguez y Raúl Arturo Albornoz Rodríguez, como autores de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo sucesivo y acto sexual con menor 14 años agravado en concurso homogéneo sucesivo, respectivamente, se incurrió en manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad.

Por lo tanto, se solicita a la corporación CASAR la sentencia impugnada.

Cordialmente,

MIGUEL ANGEL GARCIA CASTELLANOS

Fiscal Séptimo (7º) Delegado ante la Corte Suprema de Justicia

⁴ CSJ. Sala de Casación Penal. Rad. SP. 934-2020, 52045. Sent. 20-05 de 2020, MP. José Francisco Acuña Vizcaya