



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
MAGISTRADA PONENTE

SP4879-2021

Radicación n° 54341

(Aprobado acta n.°281)

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

1. OBJETO DE DECISIÓN

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de ALEXANDER VALENCIA TORRES en contra del fallo proferido el 10 de agosto de 2018 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó la condena emitida el 2 de marzo del mismo año por el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa (Cundinamarca), por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

2. HECHOS

El 4 de mayo de 2016, ALEXANDER VALENCIA TORRES arribó con sus dos hijas, menores de 14 años, a un hotel ubicado en el municipio de La Mesa, Cundinamarca. Una vez instalados en la habitación asignada, el procesado se quitó la camisa y dio lugar a que la niña KLVC se desnudara y se ubicara encima de él, lo que fue acompañado de caricias mutuas. La actividad sexual fue interrumpida por la administradora del hotel y sus dos hijas, luego de que una de ellas alertara sobre el abuso sexual que se estaba perpetrando. Para esa fecha, la víctima tenía 13 años de edad.

3. ACTUACIÓN RELEVANTE

Por estos hechos, la Fiscalía le imputó a VALENCIA TORRES el delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado por el vínculo entre los sujetos activo y pasivo, previsto en los artículos 209 y 211-numeral 5º- del Código Penal. Lo acusó bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos.

El dos de marzo de 2018, el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa lo condenó a las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por 144 meses. Igualmente, como pena accesoria, lo privó de la patria potestad “*durante el tiempo de la condena*”. Consideró improcedentes la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa. Ello, mediante proveído del 16 de agosto de 2018, que fue objeto del recurso de casación impetrado por el mismo sujeto procesal.

4. DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal de casación regulada en el artículo 181, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, el impugnante sostiene que la condena es producto de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad.

Lo anterior, porque la condena tiene como fundamento preponderante la declaración de la administradora del hotel donde supuestamente ocurrieron los hechos, así como el testimonio de las dos hijas de esta, quienes aprovecharon la existencia de un hueco en una de las paredes de la habitación rentada por el procesado, construida en

aglomerado (“*tríplex*”), para observar lo que ocurría en su interior.

En su opinión, estas tres declaraciones deben ser excluidas, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que las testigos en mención violaron la intimidad y otros derechos conexos, al punto que su conducta se enmarca en el delito de violación de habitación ajena, previsto en el artículo 189 del Código Penal.

Según dice, la misma suerte deben correr las declaraciones de los policiales que atendieron al llamado de la administradora del hotel, así como la versión de la psicóloga que escuchó el relato de la menor KLVC, ya que son derivadas de las pruebas ilícitas atrás referidas. Lo anterior, porque si la encargada del alojamiento y sus hijas no hubieran realizado la observación ilegal, no se hubiera presentado el llamado a los uniformados ni, en consecuencia, el contacto entre la psicóloga y la hija del procesado.

Tras referirse al sentido y alcance de la cláusula de exclusión probatoria prevista en la referida norma constitucional, resalta que: (i) no hay lugar a la aplicación de la figura del descubrimiento inevitable, porque no se avizora que este asunto hubiera podido ser aclarado por otra vía; (ii) tampoco puede hablarse de “*vínculo atenuado*”, toda vez que ese aspecto no ha sido regulado en el ordenamiento colombiano, además que, según la doctrina

que invoca, ello “no deja de ser una abstracción acomodaticia, como quiera en la dialéctica de lo concreto se constituye un imposible categorial poder hablar de vínculo atenuado”; (iii) en la misma línea, alega la inoperancia de la “fuente independiente”, toda vez que “la menor no señaló a su padre directamente, y la entrevista no es prueba autónoma cuando el testigo declarara en juicio, es decir, esta testimonial derivada se debe excluir”; y (iv) aunque la protección de los niños es un tema importante, ello no puede implicar la trasgresión de los derechos constitucionales del procesado.

5. ALEGATOS Y RÉPLICAS

La defensa insiste en que “la denuncia se fundó en la observación ilícita que hizo a sus huéspedes, la administradora del hotel Zafari, a través de un orificio, en la pared de la habitación alquilada por el aquí acusado y sus hijas”. Por demás, reitera el alegato sobre la aplicación de la cláusula de exclusión, así como lo expuesto sobre las figuras reguladas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Por su parte, la Fiscalía descarta la existencia de irregularidades que justifiquen la exclusión de las pruebas, motivo por el cual pide desestimar la pretensión del demandante.

En esencia, sostiene que la administradora del hotel y sus hijas se limitaron a cumplir sus deberes constitucionales en lo que concierne a la protección de los niños. Ello, bajo el entendido de que el de intimidad no es un derecho absoluto, que los derechos de los niños son prevalentes y que los delitos de abuso sexual suelen ocurrir en la clandestinidad. Agregó que

Desde el punto de vista constitucional, la expectativa de la intimidad a favor del señor ALEXANDER VALENCIA 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 KLVC, fueron desvalorados por la 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 Zafari.

Agrega que el censor cuestiona la captura de su representado, sin sentar mientes en que ese tema fue resuelto por el respectivo juez de control de garantías. En esa oportunidad, la defensa pudo cuestionar la retención de VALENCIA TORRES –concluyó–.

En el mismo sentido se pronunció el delegado del Ministerio Público. Tras resaltar que el derecho a la intimidad no es absoluto y que debe ponderarse con los derechos de los niños, que gozan de especial protección constitucional, se refirió al abuso sexual que afecta a los menores, para subrayar que

El atropello contra los citados derechos en cabeza de un o una menor puede ser percibido desde el exterior de un ámbito privado a través del sentido de la vista o de la audición, como en el caso en que una empleada del servicio doméstico oiga, mientras se dedica a los oficios propios de una casa, situaciones que le anuncia que en el interior de un baño de la habitación principal, colindante con el patio, su patrón está sometiendo a actos de contenido sexual a alguno de sus menores hijos. Si a pesar de requerir mediante llamado a la puerta al protagonista de tales hechos, estos continúan percibiéndose, ¿será que puede calificarse como ilegítima la actuación de la mucama que va y se asoma por la ventana del patio que accede y permite mirar al interior del baño y verifica el carácter delictivo del suceso, todo en procura de proteger los derechos del niño abusado? ¿Puede afirmarse que estos últimos están por debajo del intocable derecho a la intimidad que protege al abusador propietario de la casa? ¿Será que el testimonio de la empleada es ilícito o “nulo de pleno derecho” porque priorizó la protección de los derechos de un niño en riesgo, ante el evidente incumplimiento que decidió acometer el principalmente llamado a ejercer tal tutela?

(...)

Debe tenerse en cuenta que existió una percepción auditiva antecedente (“ruidos o chirridos” de cama) que condujo al avistamiento, hacia el interior de la habitación, a través de un hueco existente en la pared de madera. Más allá de que tal orificio se hubiera abierto o no (pudo corresponderse con deficiencias locativas de un establecimiento no muy elegante) con el fin de espiar a residentes ocasionales y fugaces del hotel, lo caro es que intentaron salvaguardar a toda costa la honra e integridad de la niña, en el entendido de que estas últimas estaban por encima de cualquier otro bien constitucionalmente protegido, pero de menor valor.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Delimitación del debate

Los cuestionamientos al fallo impugnado se reducen a la legalidad de las pruebas de cargo, toda vez que el censor sostiene que la administradora del hotel y sus hijas violaron la intimidad del procesado y sus descendientes, ya que aprovecharon la existencia de un agujero en una de las divisiones del cuarto, construida en aglomerado o “tríplex”, para observar lo que allí sucedía. La intervención de los policiales y las demás actuaciones estatales ocurrieron a raíz de esa observación, lo que lo lleva a argüir que las respectivas pruebas son derivadas de la información ilegalmente obtenida.

Antes de abordar el asunto propuesto por el demandante, es necesario hacer algunas precisiones sobre las circunstancias que rodearon la actuación de las referidas testigos. Ello, porque, aunque estos referentes factuales no son objeto de discusión, el censor omitió considerar algunos aspectos relevantes.

Durante el juicio oral pudo establecerse que para el 4 de mayo de 2016 la señora Edy Yaritza Espinel Ricardo se desempeñaba como administradora del hotel Safari, ubicado en el municipio de La Mesa, Cundinamarca. Además, la referida señora vivía en el mismo local, en compañía de sus hijas.

Esa noche, la señora Espinel salió con una de sus descendientes a cancelar el canon de arrendamiento. El establecimiento de comercio quedó a cargo de una trabajadora y de su hija Karla Salomé, de 12 años de edad. Fue esta, precisamente, la encargada de recibir al procesado y sus dos hijas, quienes adujeron sus carencias económicas, para solicitar que les asignaran un alojamiento de bajo costo, previa entrega de parte del valor (\$20.000) y bajo la promesa de que al día siguiente cancelarían el remanente (\$15.000).

La menor, conocedora de que su madre tenía como política ayudarle a las personas de escasos recursos, accedió a la petición. Al efecto, les asignó uno de los cuartos “*más económicos*”, caracterizado porque alguna de sus divisiones estaban construidas en aglomerado.

Estos aspectos, que fueron descritos detalladamente por las testigos en mención, no fueron cuestionados por la defensa.

Según lo expuesto por las declarantes, la señora Espinel Ricardo regresó al hotel con algunos síntomas asociados a sus problemas de colon, por lo que le pidió a una de sus hijas que le llevara un trozo de papaya. Con tal propósito, la niña de 12 años de edad se trasladó a la cocina y, desde allí, pudo escuchar el rechinar continuo de

la cama ubicada en la habitación que recién le había asignado al procesado. Como el ruido continuó, decidió observar a través de un pequeño hueco en una de las paredes divisorias, generado por los elementos usados por una inquilina anterior para pegar afiches y otros elementos decorativos.

Lo anterior, le permitió a la niña percatarse de las “*relaciones sexuales*” sostenidas por el procesado y una de sus hijas. Puntualmente, que la niña estaba desnuda encima de su progenitor mientras este la acariciaba.

Ante esa situación, la niña le contó a su madre lo sucedido. Al percatarse de que **un abuso sexual estaba ocurriendo**, la señora Espinel Ricardo decidió observar por el referido agujero, al tiempo que le encargó a su otra hija que tocara la puerta del cuarto, a lo que esta procedió.

Del anterior recuento, que no fue discutido por la defensa, se extrae que: (i) los ruidos producidos por la cama del cuarto llevaron a una niña de 12 años a observar lo que ocurría al interior de la habitación; (ii) la intervención de la administradora del hotel ocurrió luego de que su hija le comunicara que una niña menor de 14 años **estaba siendo abusada sexualmente por su padre**; (iii) las acciones adelantadas por la señora Espinel Ricardo estaban claramente orientadas a evitar que el abuso sexual

continuara; (iv) la intervención de la otra hija de la administradora se redujo a tocar insistentemente la puerta del cuarto; y (v) los hallazgos realizados por estas testigos, bajo la secuencia indicada, dieron lugar a la intervención de los policiales y, en adelante, a la aplicación de los protocolos dispuestos para la protección de la menor y a la realización de los respectivos actos de investigación.

Por tanto, en el presente asunto debe establecerse lo siguiente: (i) si la acción realizada por la niña de 12 años de edad, que optó por mirar por un orificio de la pared al escuchar el rechinar continuo de la cama ubicada en el cuarto asignado al procesado y sus dos menores hijas, se erige en razón suficiente para excluir su testimonio y el rendido por su madre y su hermana; (ii) si las acciones adelantadas por la madre de la referida menor, en su calidad de administradora del hotel, orientadas a impedir que continuara el abuso sexual sufrido por la niña, descubiertos por su descendiente a través de la referida observación, deben dar lugar a la aplicación de la regla de exclusión; y (iii) si las actuaciones anteriores afectan la intervención de los policiales y de los otros funcionarios que adelantaron las labores de protección de la menor e intervinieron en los actos de investigación orientados a esclarecer los hechos.

6.2. Reglas aplicables al caso

6.2.1. La expectativa razonable de intimidad en los cuartos de hotel

No existe duda de que los huéspedes de los hoteles tienen expectativa razonable de intimidad frente a las habitaciones que les sean asignadas. Esa postura es pacífica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la de esta Corporación. En esa línea, en la decisión CSJSP1862, 29 de mayo de 2019, Rad. 48498, se reiteró lo siguiente:

La Ley 300 de 1996, por medio de la cual se expide la Ley General de Turismo y se dictan otras disposiciones, en su artículo 83, modificadorio del canon 44 de la Ley 23 de 1982, dispuso que “las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedajes que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado”.

Al declarar la exequibilidad de la anterior norma la Corte Constitucional precisó que:

“El derecho a la intimidad de toda persona y de toda familia, protegido por la Constitución, que las autoridades deben respetar y hacer respetar, comprende el ámbito reservado e inalienable al que aquéllas se acogen, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las cobija, o del tiempo durante el cual permanezcan dentro de él, por lo cual no es menos susceptible de amparo constitucional la casa tomada en arriendo, la habitación de un inquilinato o el cuarto de un hotel, que la casa cuyo derecho de dominio puede demostrar quien la habita, o en la cual ha vivido por muchos años. Para los fines de la protección del núcleo esencial del derecho a la intimidad, resulta indiferente el vínculo contractual que exista entre el propietario, el arrendador o el hotelero y el inquilino o el huésped, ya que

éstos, desde el momento mismo en que se les hace entrega material del inmueble o habitación, lo tienen como su domicilio, al menos temporal, y adquieren el derecho a su inviolabilidad.

(...)

Las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda, domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de las mismas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella.¹ (Negritas fuera de texto).

De igual modo, en la sentencia C-519 de 2007 la Corte Constitucional indicó que:

*“[l]a definición constitucional de domicilio excede la noción civilista, toda vez que comprende además de los lugares de habitación, todos los espacios en donde la persona desarrolla de manera más inmediata su **intimidad** y su **personalidad**, abarcando entonces la protección de la **seguridad**, la **libertad** y la **intimidad** del individuo (...). la protección de la seguridad, la libertad y la intimidad del individuo”, que se materializa en “el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil, de uso permanente, transitorio o accidental”, **por ejemplo “la habitación en un hotel, el camarote de un barco, una casa rodante etc.”**². (Negritas fuera de texto original).*

Lo anterior significa que las habitaciones de hotel gozan de protección constitucional por tratarse de un espacio en el cual las personas se desarrollan como seres libres y autónomos, sin estar sometidos a la mirada de otros, es decir, se configura un espacio que debe ser protegido.

¹ CC C-282/97.

² Cfr. La sentencia de la CC C-366/14 en la cual se pronunció en el mismo sentido.

6.2.2. El abuso sexual a menores constituye una situación de emergencia, que justifica la afectación de la intimidad domiciliaria sin autorización judicial

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004 establece lo siguiente:

Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando:

(...)

3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad³.

Es evidente que esta disposición normativa desarrolla los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, que consagran los derechos de los niños y adolescentes y disponen que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, bajo el entendido de que sus derechos prevalecen sobre los de los demás. Entre los derechos previstos en estas normas, se destacan el de ser protegidos “*contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual...*”.

³ Negrillas fuera del texto original.

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004, especialmente el apartado transcrito, introducido con la Ley 1453 de 2011, debe armonizarse con otras normas relacionadas con la prevención del abuso sexual. Entre ellas se destacan:

La Ley 1146 de 2007, *“por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente”*. Entre otras cosas, esta ley consagra un capítulo destinado a la prevención de la violencia sexual, que incluye la divulgación y promoción de herramientas orientadas a prevenir este flagelo (artículo 8º), la obligación de actuar con la diligencia debida para brindar atención integral a las víctimas, lo que incluye las medidas para asegurar las pruebas (Artículo 9º), así como el deber de denunciar oportunamente este tipo de hechos (Artículos 12 y 14). La última de las normas en cita dispone que:

En ejercicio del deber constitucional de protección de los niños, niñas y adolescentes, el Estado y la sociedad tienen el deber de denunciar oportunamente a las autoridades competentes cualquier indicio o caso de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes dentro de las 24 horas siguientes al conocimiento del hecho.

Por su importancia para la solución del presente asunto, también debe resaltarse lo dispuesto en la Ley 1336 de 2009, *“por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y*

el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”. Para lo que aquí interesa, se tiene que en su artículo 1° se establecieron obligaciones puntuales para quienes prestan el servicio de hospedaje, así:

Los prestadores de servicios turísticos y los establecimientos que presten el servicio de hospedaje no turístico deberán adoptar, fijar en lugar público y actualizar cuando se les requiera, códigos de conducta eficaces, que promuevan políticas de prevención y eviten la utilización y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en su actividad, los cuales serán diseñados de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del presente artículo.

Este artículo se complementa con lo establecido en la misma ley sobre la posibilidad de aplicar la extinción de dominio (art. 9) y las sanciones administrativas procedentes cuando el hotel u hospedaje es utilizado para el abuso de menores (Art. 25).

Lo anterior, sin perjuicio de las labores generales de prevención que debe realizar la Policía Nacional, así como las funciones específicas que le asigna la Ley 1098 de 2006 en materia de prevención de delitos en contra de los niños, niñas y adolescentes.

En suma, se tiene que el ordenamiento jurídico colombiano: (i) consagra la obligación del Estado, la familia

y la sociedad, de proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a los atentados contra su integridad y libertad sexual; (ii) esa obligación se acentúa frente a quienes desarrollan actividades o prestan servicios que pueden ser utilizados por los abusadores, entre los que se destaca el de hotelería y hospedaje; (iii) de todo ello emerge el deber de prevenir el abuso sexual de menores, así como la obligación de denunciar este tipo de hechos; y (iv) en casos de emergencia, por el riesgo inminente de abuso sexual y, con mayor razón, si el mismo se está materializando, puede haber lugar a la irrupción en el domicilio sin que se haya expedido la respectiva orden por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Esto último (la excepción a la orden), amerita los siguientes comentarios:

Aunque el artículo 230 no lo establece, resulta claro que la afectación de la intimidad domiciliaria en casos de emergencia (*como el inminente abuso sexual de un menor*), está supeditada a que la conclusión sobre el riesgo o la ocurrencia del hecho esté debidamente fundada.

Lo anterior, por razones como las siguientes: (i) todas las afectaciones de derechos fundamentales, en el ámbito de las labores investigativas a cargo de la Fiscalía General de la Nación, están supeditadas a dicho requisito, esto es, a

la existencia de motivos fundados para concluir, por ejemplo, que en el lugar por registrar “*se hallan los instrumentos con los que se ha cometido el delito*” –art. 220-, que el “*indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones*” –art. 236), etcétera; (ii) ese requisito está orientado a impedir la generalización de ese tipo de actuaciones, lo que, al tiempo, contribuye a la proporcionalidad de las mismas; y (iii) la verificación *ex ante* del presupuesto en mención impide que la afectación ilegal del derecho a la intimidad pueda legitimarse solo sobre la base de los hallazgos fortuitos que pudieran hacerse, lo que podría incentivar el uso desmedido de este tipo de actuaciones, con el consecuente costo para el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales.

Entre las situaciones de emergencia referidas en el numeral tercero del artículo 230, el “*riesgo inminente para la salud, la vida o integridad personal o sexual del menor de edad*” se caracteriza por las dificultades que puede ofrecer su demostración bajo el estándar previsto por el legislador para los actos de investigación que implican la afectación de derechos fundamentales. Ello, principalmente, en el ámbito del abuso sexual, habida cuenta de la clandestinidad que suele rodearlo, lo que ha llevado a catalogarlo como “*delito a puerta cerrada*”.

En efecto, mientras un incendio, una explosión o una inundación suelen caracterizarse por su notoriedad, el abuso sexual generalmente deberá inferirse de los respectivos “*hechos indicadores*”, sin perjuicio de que, por alguna circunstancia, la situación pueda ser percibida directamente por la persona llamada a prestar el auxilio.

6.2.3. Los fines de la cláusula de exclusión probatoria y la colisión de intereses constitucionalmente relevantes inherente a la aplicación de esta figura

De vieja data se ha establecido que, en el ámbito penal, la cláusula de exclusión probatoria entraña la colisión de diversos intereses constitucionalmente relevantes, entre ellos: (i) el esclarecimiento del delito y la sanción de sus autores y partícipes, frente a lo que existe un legítimo interés de la ciudadanía, sin perjuicio de los derechos de cada víctima en particular; y (ii) los derechos del procesado, aunados al interés de la comunidad en que el Estado no se extralimite en sus funciones, toda vez que ello podría poner en riesgo los derechos fundamentales de la ciudadanía en general.

Para el abordaje de este asunto, siempre debe tenerse presente que la exclusión de una evidencia pertinente puede impedir la demostración de los hechos jurídicamente

relevantes y, por esa vía, la penalización de los autores o partícipes de los delitos, incluyendo los que entrañan graves afectaciones de los derechos fundamentales (homicidio, secuestro, abuso sexual infantil, etcétera).

De ahí que, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia SU-159 de 2002, existan profundas divergencias en el tratamiento de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. En efecto, mientras algunos sectores se inclinan por la exclusión de las pruebas obtenidas de esa manera, como una forma de disuadir a los agentes estatales de incurrir de nuevo en ese tipo de comportamientos (*postura arraigada en Estados Unidos y, más recientemente, adoptada, a su manera, por la jurisprudencia española*), otros, hacen énfasis en la evaluación de cada caso en particular, teniendo en cuenta el nivel de afectación del derecho fundamental, la gravedad del delito, entre otros aspectos relevantes, en orden a decidir si una determinada prueba debe ser excluida (*lo que se acerca al modelo establecido en Alemania*).

En todo caso, debe quedar claro que ninguno de estos modelos avala o promueve la violación de derechos fundamentales para la obtención de pruebas en el ámbito penal. En efecto, incluso la postura orientada a realizar un balance de intereses en cada caso, lo que, por ejemplo, podría dar lugar a la negativa de la exclusión de la prueba en atención a su relevancia para esclarecer un delito grave,

es compatible con otras medidas orientadas a proteger el derecho conculcado, como sería el caso de la imposición de sanciones penales y/o disciplinarias al funcionario que actuó irregularmente.

En la SU-159 de 2002, que aparece ratificada en la sentencia C-591 de 2005, la Corte, tras referirse a los debates previos a la consagración de la cláusula de exclusión en la Constitución Política, hizo una síntesis adecuada de los fundamentos de su aplicación. Dijo:

En efecto, como es bien sabido, la exclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionalmente obtenidas puede cumplir varias funciones entre las que se destacan cinco: a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto.

En varios aspectos, lo anterior coincide con los propósitos atribuidos a la cláusula de exclusión en el sistema procesal de Estados Unidos, con la salvedad de que, allí, el efecto disuasivo juega un papel preponderante. Así, por ejemplo, sobre el tema se sostiene que

La regla de exclusión es una totalmente basada en consideraciones de política pública, sin que pueda invocarse a su favor algún fundamento

intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad. De ahí el debate en torno a la necesidad o deseabilidad de la regla de exclusión como mecanismo o remedio para hacer valer la Enmienda Cuarta. Los fundamentos de la regla son, en esencia, tres, a saber:

- 1) *Disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce por “deterrence”.*
- 2) *Integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida;*
- 3) *Impedir que el gobierno⁴ se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno.*

Se hace necesario resaltar los fundamentos de la cláusula de exclusión, porque su aplicación desmedida, sin considerar los fines que justifican una decisión de tanta trascendencia para la protección de derechos fundamentales en el ámbito penal, ha sido objeto de preocupación desde la creación misma de la figura.

La anterior situación no fue ajena al legislador patrio, tal y como se refleja en el texto del artículo 455 de la Ley 906 de 2004, que consagra algunos “*criterios*”, claramente orientados a evitar que la referida sanción procesal sea aplicada cuando ello no resulte necesario de acuerdo a los fines que la justifican. Entre ellos, “*el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable*”. Valga

⁴ Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Ed. Forum, 1995, Tomo I, pág. 184.

anotar que esta norma fue declarada exequible en la sentencia C-591 de 2005, donde se anotó que

*El artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra, tales como el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable “y las demás que establezca la ley”, para efectos de establecer si la prueba es nula de pleno derecho, y por lo tanto deberá excluirse de la actuación. Para tales efectos, el juez deberá tener en cuenta las reglas de la experiencia y la sana crítica, dado que será preciso examinar la presencia o no de un nexo causal entre una prueba y otra, **al igual que entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros, al igual que el cumplimiento estatal de investigar y sancionar efectivamente el delito**⁵.*

Al margen del sentido y alcance de cada una de estas figuras, tema que no será abordado a fondo porque no es necesario para la solución del presente caso, debe resaltarse que las mismas desarrollan la idea de evitar la exclusión de pruebas pertinentes cuando ello no resulte necesario para cumplir los fines de la cláusula de exclusión.

Así, por ejemplo, si se asume (como en el derecho estadounidense) que el objetivo principal de la referida sanción procesal es disuadir a los investigadores de violar los derechos fundamentales, no habría lugar a la aplicación de la misma si estos actúan convencidos de la legalidad de la orden emitida por una autoridad competente, así la

⁵ Negrillas fuera del texto original.

misma sea defectuosa en aspectos trascendentes (*es un clásico ejemplo de la buena fe como factor de inaplicación de la cláusula de exclusión, desarrollado en el sistema de Estados Unidos*).

En la misma línea, si la Fiscalía logra demostrar que la evidencia obtenida ilícitamente, inevitablemente iba a ser descubierta a través de procedimientos legales (según los requisitos establecidos para el descubrimiento inevitable), no se justifica que las víctimas y la sociedad asuman las graves consecuencias de la cláusula de exclusión. Sobre el particular, la doctrina especializada resalta que en el ámbito estadounidense

El fundamento principal de la regla de exclusión es disuadir a los funcionarios del orden público de violaciones a la protección constitucional contra detenciones, registros e incautaciones establecidas en la Enmienda Cuarta. Decir que la regla de exclusión amarra las manos a la policía es inexacto, pues lo que amarra las manos es la Enmienda Cuarta. Pero lo cierto es que la aplicación de la regla de exclusión menoscaba la más efectiva investigación del crimen y favorece al criminal en cuanto se beneficia con la exclusión de evidencia contundente para demostrar su culpabilidad. Sencillamente, el gobierno no podrá utilizar la evidencia ilegalmente obtenida como prueba sustantiva en contra de un acusado, pues en el balance de intereses se estima que el valor disuasivo (“deterrence”) de la regla de exclusión es suficiente para superar las consecuencias adversas de la misma. Pero esto supone, en forma subyacente, una especie de balance de intereses favorable a la exclusión como fundamento para la aplicación de la regla. De ahí que cuando el balance entre el efecto disuasivo y el menoscabo de la búsqueda de la verdad no sea favorable a la aplicación de la regla

de exclusión, se establezcan las excepciones de rigor a la aplicación de la regla⁶.

Como antes se indicó, recientemente el Tribunal Supremo Español, con especial énfasis en el efecto disuasivo como justificante principal de la cláusula de exclusión, analizó la aplicabilidad de esta figura a un documento contentivo de información reservada, obtenido por un particular que, sin tener la intención de acopiar pruebas, violó el derecho a la intimidad de varias personas frente a su información bancaria. Por su relevancia para analizar el caso sometido a conocimiento de la Sala, se traerán algunos apartes de ese proveído:

El poder del Estado para la persecución y enjuiciamiento de hechos ilícitos no puede valerse de atajos. El ejercicio de la función jurisdiccional sólo se ajusta al modelo constitucional cuando se asienta sobre los principios que definen el derecho a un proceso con todas las garantías. Estos principios, a los que no falta una verdadera dimensión ética, actúan como una fuente de limitación de la actividad estatal. La vulneración de derechos del acusado, ya sea mediante un acto de carácter delictivo, ya mediante la vulneración de sus derechos y libertades fundamentales, abre una grieta en la estructura misma del proceso penal. Sus efectos contaminantes alcanzan a otros actos procesales conectados a la antijuridicidad originaria y que pueden resultar afectados en su aparente validez.

En definitiva, está fuera de discusión la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneran el mandato prohibitivo del artículo 11 de la LOPJ. Pero más allá del fecundo debate dogmático acerca de lo que se ha llamado la eficacia horizontal de los derechos

⁶ Chiesa A, Luis. Ídem. págs.. 188 y ss.

fundamentales, es evidente que la acción vulneradora del agente de la autoridad que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales nunca puede ser artificialmente equiparada a la acción del particular que, sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi, se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría. El particular que por propia iniciativa desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, ya actúe con el propósito de lograr un provecho económico, ya con el de fomentar el debate sobre los límites del secreto bancario, no lo hace en nombre del Estado. No rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de prueba incriminatorias. Nada tiene que ver esa actuación con la de un agente al servicio del Estado. Lo que prescribe el art. 11 de la LOPJ no es otra cosa que la obtención de pruebas (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas...”). Es el desarrollo de la actividad probatoria en el marco de un proceso penal -entendido este en su acepción más flexible- lo que queda afectado por la regla de exclusión cuando se erosiona el contenido material de derechos o libertades fundamentales.

(...)

Pues bien, la Sala entiende que la prohibición de valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular con absoluta desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a la voluntad de prefabricar pruebas, no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame. Su valoración es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 de la LOPJ y, sobre todo, en atención a la idea de que, en su origen histórico y en su sistematización jurisprudencial, la regla de exclusión solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito. Esta idea late en cuantas doctrinas han sido formuladas en las últimas décadas con el fin de restringir el automatismo de la regla de exclusión. Ya sea acudiendo a las excepciones de buena fe, de la fuente independiente o de la conexión atenuada, de lo que se trata es de huir de un entendimiento que, por su rigidez, aparte la regla de exclusión de su verdadero fundamento. La prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención

*de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito. No persigue sobreproteger al delincuente que se ve encausado con el respaldo de pruebas que le han sido arrebatadas por un particular que cuando actuaba no pensaba directamente en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso ulterior (...)*⁷.

La anterior cita no significa la adhesión a la postura sobre el carácter determinante del efecto disuasivo como justificante de la cláusula de exclusión probatoria.

Tampoco implica que las conclusiones sobre las actuaciones de particulares sean en todo aplicables al sistema jurídico colombiano, entre otras cosas porque la Corte Constitucional ha concluido que hay lugar a la aplicación de esa figura cuando la irregularidad le es atribuible a un particular, así: (i) en el fallo de tutela T-003 de 1997, se refirió a la grabación subrepticia realizada en el contexto de la discusión sobre la admisión de un médico en un programa de especialización; (ii) en el fallo T-916 de 2008, frente a un trámite de divorcio, concluyó que debía excluirse la información obtenida por uno de los cónyuges a través de la revisión no autorizada del correo electrónico del otro; y (iii) en el fallo T-233 de 2007, llegó a la misma conclusión, frente a una grabación incorporada en un proceso penal, obtenida por un particular sin contar con la autorización de la otra persona que quedó registrada, con lo

⁷ TSE, STS 471/2017.

que se pretendía demostrar la entrega ilegal de una millonaria suma de dinero.

Lo que se pretende resaltar es la necesidad de constatar, ***especialmente en casos como el que ocupa la atención de la Sala***, si una decisión tan compleja como la exclusión de evidencias, que puede acarrear la impunidad, incluso frente a graves atentados contra los derechos humanos, se justifica de cara a las razones constitucionales que fundamentan la inclusión de esa sanción procesal.

Visto de otra manera, lo expuesto en precedencia pretende llamar la atención sobre la inconveniencia de una aplicación automática e irreflexiva de la sanción prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, que condena a las víctimas y a la sociedad a afrontar sus graves consecuencias, sin que se constate que ello permita desarrollar los propósitos que motivaron su inclusión en el ordenamiento jurídico.

Esto último no resulta para nada novedoso, pues está inserto en el desarrollo de esta figura en el derecho estadounidense, de donde fueron tomados varios de los conceptos desarrollados en la Ley 906 de 2004, especialmente los previstos en el artículo 455 atrás citado. Como se acaba de indicar, el tema ha estado presente en el desarrollo de la cláusula de exclusión en el sistema procesal

español, no solo en las reflexiones trascritas, sino en el copioso desarrollo de la denominada relación de antijuridicidad, orientada a establecer criterios para decidir si una prueba en particular debe ser suprimida o no. Y, por razones obvias, este tipo de preocupación subyace en el modelo que propugna por realizar un juicio de ponderación en cada caso en particular, en atención a la importancia de la prueba, el nivel de afectación del derecho fundamental, la gravedad del delito, etcétera.

En todo caso, es razonable esperar que este tipo de debates sean menos trascendentes cuando se demuestra que la trasgresión de los derechos fundamentales fue realizada o determinada por agentes estatales, con la finalidad de obtener información sobre el delito, que luego pretenda ser presentada como fundamento de las pretensiones de la Fiscalía.

Ello, porque la cláusula de exclusión se incluyó en la Constitución Política, precisamente, para evitar que el Estado apelara a la tortura o a cualquier otra forma de violación de los derechos fundamentales en el ámbito de la investigación penal, como bien lo resaltó la Corte Constitucional en la SU-159 de 2002 tras referir varios apartes de las discusiones al interior de la Asamblea Constituyente.

Bajo ese entendido, en la decisión CSJSP1862, 29 de mayo de 2019, Rad. 48498, la Sala excluyó las pruebas obtenidas en el registro ilegal a un cuarto de hotel. En esa oportunidad no se analizó a fondo lo atinente a la procedencia de la exclusión a partir de los fundamentos constitucionales de la figura, porque la irregularidad fue cometida por agentes estatales, en el contexto de la indagación de un delito, lo que hacía evidente la procedencia de la referida sanción.

Finalmente, debe aclararse que la Sala no aboga por la flexibilización de la cláusula de exclusión, tal y como lo insinúa el impugnante en su escrito, en cuanto refiere que las garantías debidas al procesado paulatinamente se han eliminado bajo el argumento de que deben protegerse los derechos de los niños.

En efecto, una cosa es verificar si una medida tan gravosa se aviene a los propósitos que la justifican, y otra muy distinta que, verificada la necesidad de proteger los aspectos constitucionalmente relevantes que le sirven de sustento, se opte por su inaplicación para impedir que otros intereses resulten afectados. Piénsese, por ejemplo, que en el caso estudiado en el fallo 48498 de 2019, tras verificar que los agentes estatales violaron el derecho a la intimidad con la finalidad de obtener pruebas de un delito, se hubiera planteado que, a pesar de ello, no debería excluirse la evidencia dada la gravedad de los punibles investigados.

Por demás, no puede pasar desapercibido que la Sala, en múltiples ocasiones, ha resaltado que la protección de los derechos de los niños no puede dar lugar a la eliminación de los derechos del procesado, ya que estos también están consagrados en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia, sin perjuicio de su regulación en el ordenamiento interno (CSJSP, 11 jul 2018, Rad. 50637, entre muchas otras).

6.2.4. Síntesis y delimitación del debate en el plano jurídico

Con el propósito de delimitar el sentido y alcance de las subreglas pertinentes para la solución del presente asunto, debe precisarse lo siguiente:

Primero. En el núcleo de la cláusula de exclusión probatoria se ubican las actuaciones irregulares de los investigadores y, en general, de agentes estatales, orientadas al esclarecimiento y sanción de los delitos.

Esas irregularidades pueden ocurrir en el proceso de obtención de la evidencia, a través de actos de investigación (allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones,

registros personales, etcétera). Pero, también, en el trámite procesal dispuesto para su aducción y práctica. Piénsese, por ejemplo, que el procesado sea coaccionado para que declare en su contra en el juicio oral.

Lo anterior, sin perjuicio de las reglas que integran el debido proceso frente a cada uno de los medios de prueba. También a modo de ejemplo, puede mencionarse la reglamentación de la prueba testimonial, en la que se destaca lo atinente a la utilización de declaraciones anteriores a título de prueba de referencia y testimonio adjunto.

Segundo. Aunque la cláusula de exclusión se centra preponderantemente en la actuación de los servidores públicos en el proceso de obtención e incorporación de las pruebas, en el ámbito interno, y en el internacional, se debate sobre la posibilidad de aplicar esa sanción procesal cuando la irregularidad le es atribuible a un particular. Al respecto, se han considerado diversas variables, entre ellas, lo que sucede cuando el particular no actúa con el propósito de obtener información con vocación de ser utilizada como prueba.

Según se vio, en Colombia la cláusula de exclusión se ha aplicado ante la violación de derechos fundamentales realizadas por adultos con el propósito de obtener

información para ser utilizada en trámites administrativos y judiciales.

Tercero. En el derecho comparado, se ha hecho énfasis en la necesidad de evaluar los fines de la cláusula de exclusión, en orden a establecer si se justifica que las víctimas y la sociedad asuman los graves efectos que la misma puede generar en materia de impunidad. Tanto en Estados Unidos como en España, se hace énfasis en el efecto disuasivo, como principal fundamento de la regla de exclusión, sin perjuicio de la enunciación de otros aspectos que, en buena medida, coinciden con el desarrollo de esta temática en la jurisprudencia nacional.

En efecto, la Corte Constitucional ha resaltado los fines de la cláusula de exclusión y ha concluido que los mismos se reducen a lo siguiente: *“a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto”*.

Aunque en el ámbito nacional no se ha establecido si el efecto disuasivo tiene un mayor peso que los otros aspectos

relacionados por la Corte Constitucional, como sucede en otras legislaciones (*lo que no será abordado por la Sala, ya que se estudiarán todos los fundamentos de esa figura, según el desarrollo de la jurisprudencia nacional*), es claro que: (i) los fundamentos de la cláusula de exclusión están debidamente identificados; (ii) en la legislación nacional se incluyeron parámetros orientados a evitar la aplicación automática de dicha sanción procesal, esto es, sin considerar los fines que la justifican; y (iii) la jurisprudencia ha resaltado el deber de considerar los aspectos constitucionalmente relevantes que entran en juego cuando se avizora la posible aplicación de la cláusula de exclusión.

Cuarto. Acorde con los hechos descritos en precedencia, en este caso le corresponde a la Sala establecer si la irrupción de una niña de 12 años en la intimidad de las personas alojadas en un hotel, que puso al descubierto un delito de abuso sexual que **estaba en curso**, puede dar lugar a la aplicación de la cláusula de exclusión prevista en el artículo 29 de la Constitución Política.

No se trata de la trasgresión de derechos fundamentales atribuible a los policiales que atendieron el asunto, porque estos no tuvieron nada que ver con la observación que hizo la niña y, en estricto sentido, se limitaron a cumplir con su deber ante el señalamiento expreso de que un sujeto estaba abusando sexualmente de su hija. En la misma línea, debe

descartarse que se trate de irregularidades cometidas durante el proceso de aducción y práctica de la prueba.

Tampoco se trata de irregularidades atribuibles a un particular –adulto-, que haya actuado irregularmente con el propósito de obtener información relevante para la investigación y/o juzgamiento de un delito, toda vez que, como ya se verá, la actuación de la administradora del hotel estaba justificada legalmente.

Puntualmente, la Sala debe establecer si la afectación de la intimidad, producto de un acto propio de la curiosidad y del nivel del desarrollo de un niño, sin que haya sido instrumentalizado, determinado o incidido de alguna manera por un adulto –particular o servidor público-, justifica la aplicación de la cláusula de exclusión, según los fundamentos constitucionales de esta sanción procesal.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un infante que, sin autorización, incursiona en la casa vecina para buscar su balón y, en virtud de ello, puede observar que un adulto está abusando sexualmente de un menor o lo está lesionando gravemente. ¿Debería en ese caso excluirse la versión del niño y, además, los testimonios de los adultos que acudieron a auxiliar a la víctima ante la alerta lanzada por el menor?

6.3. El caso sometido a conocimiento de la Sala

Según se indicó, el censor da por sentado que la administradora del hotel y sus dos hijas violaron el derecho a la intimidad del procesado y sus descendientes, toda vez que aprovecharon la existencia de un agujero en una de las precarias divisiones del cuarto para observar lo que ocurría en su interior.

Advierte la Sala que el memorialista incurre en una compleja generalización, que desconoce la situación a la que se enfrentó la señora Espinel Ricardo.

Como bien lo anotan los testigos de cargo, la administradora del hotel llegó de pagar el canon de arrendamiento y se ubicó en su habitación, entre otras cosas porque presentaba molestias físicas asociadas a sus problemas digestivos. Estando allí, una de sus hijas, de 12 años de edad, le dijo que el hombre que ocupaba uno de los cuartos estaba abusando sexualmente de una de sus hijas. La versión de la menor era creíble, pues, además, estuvo precedida de un interrogante acerca de si era normal que un padre tuviera ese tipo de relaciones con su descendiente.

Visto el asunto desde la perspectiva de la administradora del hotel, parece razonable que hubiera

intervenido a partir de lo que su hija le acababa de contar, en esencia por las siguientes razones: (i) los hechos estaban ocurriendo en el establecimiento a su cargo, (ii) el ordenamiento jurídico le obligaba a tomar todas las medidas posibles para evitar ese tipo de situaciones; (iii) la versión acerca de esos hechos era del todo verosímil, tanto por la espontaneidad del relato como por la corroboración de que, en ese cuarto, solo estaban el procesado y sus dos hijas; (iv) al margen de sus deberes legales, es razonable que el más elemental sentido de solidaridad la llevara a intervenir para evitar que la niña siguiera siendo abusada; y (v) el ordenamiento jurídico permite la irrupción en el domicilio ante esas situaciones de emergencia, máxime si se tiene en cuenta que no solo existía peligro de abuso sexual infantil, sino que el mismo se estaba materializando.

Tampoco caben reproches para los policiales que acudieron ante el llamado de la administradora. En efecto: (i) no incidieron de ninguna manera en la observación que hizo la niña; (ii) nada tuvieron que ver con las decisiones que tomó la administradora del hotel tras enterarse de que una menor de edad estaba siendo abusada sexualmente en una de las habitaciones del hotel; y (iii) ante el señalamiento directo de que un delito grave acababa de ocurrir, se limitaron a realizar las labores de su competencia.

Lo que no admite discusión es que la intimidad del procesado se vio comprometida en virtud de la observación que realizó la hija de la administradora del hotel, entre otras cosas porque: (i) no se discute la expectativa razonable de intimidad del huésped frente a la habitación asignada; (ii) aunque el rechinar continuo de la cama era sospechoso, podría tener múltiples explicaciones, entre ellas, que las niñas estuvieran jugando; y (iii) por tanto, no se cumplía el requisito de motivos fundados acerca de que un menor estaba siendo abusado sexualmente o estaba en riesgo de serlo.

En síntesis, se tiene que: (i) independientemente de la forma como se evidenció el abuso sexual en curso, la administradora del hotel estaba obligada a tomar las medidas necesarias para evitar que se siguiera ejecutando; (ii) la irrupción en la habitación emergía como una medida legalmente viable, según lo explicado en procedencia; y (iii) tal y como se indicó en los acápites anteriores, lo que debe resolverse es si la actuación de la niña de 12 años, que realizó una observación irregular de lo sucedido al interior de la habitación, es razón suficiente para disponer la exclusión de todos los testimonios, incluyendo el de su progenitora y su hermana, así como las declaraciones de los policiales y, en general, las pruebas asociadas a la actuación estatal posterior a la detección del abuso.

Como ya se indicó, la cláusula de exclusión probatoria, cuyas consecuencias ya fueron analizadas, se justifica en la medida en que puede cumplir las siguientes funciones “a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto⁸”.

Lo primero que debe advertirse es que, en este caso, la exclusión de las principales pruebas del abuso sexual no cumpliría el efecto de disuadir a los agentes estatales de obtener pruebas a través de la violación de derechos fundamentales, pues estos no incurrieron en irregularidad alguna. En efecto, los policiales intervinieron ante la denuncia realizada por la administradora del hotel, quien aseguró que uno de los huéspedes estaba abusando sexualmente de su hija. De ninguna manera les es atribuible la decisión que tomó la niña a partir de la curiosidad que le causó el prolongado rechinar de la cama, lo que puso en evidencia el abuso sexual.

El referido efecto tampoco sería predicable frente a la administradora del hotel (*bajo la premisa de que la cláusula de*

⁸ Corte Constitucional, SU-159 de 2002.

exclusión también busca generar este efecto en los particulares). Ello, porque no realizó actuaciones injustificadas, toda vez que intervino ante la información cierta de que una niña estaba siendo abusada sexualmente en el establecimiento de comercio que regentaba.

Lo anterior, bajo el entendido de que no existe ningún elemento de juicio para concluir que la niña fue instrumentalizada por un agente oficial o por un particular para realizar la acción atrás referida.

En cuanto a la función “*protectora del sistema judicial y de su reputación*”, debe tenerse presente que la actuación de la administradora del hotel estuvo precedida de la noticia acerca de un delito sexual que se estaba consumando, y que los policiales intervinieron luego de enterarse de dicha situación. Por tanto, no puede predicarse que la administración de justicia esté avalando, cohonestando o sirviéndose de actuaciones ilegales de los policiales o los adultos que intervinieron en este asunto. Como ya se indicó, fue la curiosidad de una niña de 12 años lo que puso en evidencia que otra menor, prácticamente de su misma edad, estaba siendo abusada sexualmente por su padre, en una habitación donde también estaba otra niña más pequeña.

Visto de otra manera, la administración de justicia no está utilizando información obtenida a través de la dolosa actuación de servidores públicos o particulares. Estos, simplemente, realizaron lo que se esperaba ante la noticia de que una adolescente estaba siendo víctima de abuso sexual, lo que conocieron en virtud del actuar autónomo de una niña de 12 años, quien, sin base suficiente, dio por sentado que entre el adulto y las niñas que habían ocupado la habitación estaban ocurriendo relaciones sexuales.

Por las mismas razones, no se advierte una trasgresión de *“las reglas del juego en un estado de derecho”*, ni se ve comprometida la *“confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real”*, pues, valga la repetición, se trató de la actuación de una niña, al sentirse atraída por el referido ruido, que puso en evidencia un grave delito y dio lugar a la actuación justificada de un adulto y a la posterior intervención de las autoridades competentes.

En cuanto a la *“función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado”*, la Sala advierte que, en este caso, no se trató de la actuación irregular de agentes estatales (*lo que está en el núcleo de la protección inherente a la cláusula de exclusión probatoria*), ni de la conducta dolosa de un particular, orientada a la obtención de pruebas (*la administradora del hotel actuó para evitar que el abuso sexual se siguiera consumando*). Al respecto, resulta útil comparar este caso con

lo resuelto por la Sala en la decisión CSJSP1862, 29 de mayo de 2019, Rad. 48498, donde, sin vacilaciones, se excluyó la evidencia obtenida por los policiales en desarrollo de un registro ilegal a un cuarto de hotel.

Es indiscutible que, en este caso, los hechos se conocieron porque una niña, por las inquietudes propias de su edad, optó por verificar el origen del ruido producido por una de las camas de la habitación en la que se acababan de alojar un hombre y sus dos hijas menores de edad.

Así, bien puede afirmarse que la curiosidad de la niña propició un hallazgo casual sobre la ocurrencia de un grave atentado contra la libertad, integridad y formación sexuales de una menor de 13 años a manos de su padre. Ello, bajo ninguna circunstancia puede equipararse a una arbitrariedad atribuible al Estado o a un particular que, con plena consciencia de lo que estaba sucediendo, hubiera decidido trasgredir la ley para obtener la prueba de un delito.

Finalmente, en principio podría aducirse que no existe plena correspondencia entre el ejemplo traído a colación por la Sala en un acápite anterior (*un infante que, sin autorización, incursiona en la casa vecina y observa que se está cometiendo un delito*), pues, en este caso, se trata de una niña de 12 años, que

podría tener un mejor entendimiento de los hechos si se le compara con un impúber.

Aunque ello, en condiciones normales, puede ser cierto, no puede perderse de vista que, a los 12 años, un niño se encuentra en pleno desarrollo físico y mental, lo que, precisamente, justifica una serie de decisiones proteccionistas, entre ellas: (i) no es sujeto de responsabilidad penal; (ii) no está autorizado para contraer matrimonio; (iii) se presume que no está en capacidad de decidir sobre su interacción sexual; etcétera.

En todo caso, no puede perderse de vista que el debate no se orienta a establecer la responsabilidad del menor frente a la afectación de derechos de terceros. Lo que debe establecerse es si se justifica la aplicación de la cláusula de exclusión (*con las consecuencias que pueden derivarse para el esclarecimiento de los delitos y la sanción de los responsables*), cuando la irregularidad que puso en evidencia un delito grave no le es atribuible a un agente estatal o a un particular –adulto– que actúe con la intención de obtener información de una conducta punible, sino a un niño que, ajeno a todas esas consideraciones, dio rienda suelta a su curiosidad y terminó afectando la intimidad de terceros.

Lo anterior permite inferir razonablemente que la niña actuó movida por su curiosidad, mas no por un

entendimiento adecuado de lo que significa un proceso judicial, ni de la importancia de que las pruebas se obtengan con apego a la ley (*categorías que escapan a su nivel de desarrollo*). Ello permite concluir que, en casos como este, no es predicable el efecto disuasivo frente al niño que devela la acción ilegal, ni adquieren relevancia los demás fundamentos de la cláusula de exclusión, tal y como se explicó en precedencia.

En esa misma línea, no puede afirmarse que, bajo estas condiciones, la exclusión de las pruebas que sustentan la condena resulte útil para enviar un mensaje a la comunidad sobre la necesidad de que la investigación del delito se haga con respeto de los derechos fundamentales. Ello, precisamente, porque no se trató de irregularidades cometidas por los agentes estatales o por particulares que, con plena conciencia de los aspectos que se acaban de referir, hayan optado por quebrantar la ley para obtener las pruebas de un delito.

Por el contrario, excluir la información obtenida a raíz de la intervención desprevénida de un niño, totalmente ajeno a las actividades orientadas a la obtención de pruebas que puedan ser utilizadas en un proceso penal, puede afectar el entendimiento de la cláusula de exclusión como una herramienta determinante para proteger a la ciudadanía de la arbitrariedad estatal e, incluso, de las

actuaciones de particulares que optan por violar el ordenamiento jurídico con ese propósito.

A la luz de lo expuesto en precedencia, la Sala concluye que, en este caso, la exclusión probatoria solicitada por la defensa sería desproporcionada, pues a pesar de los graves efectos de esa sanción procesal (*en este caso, materializados en la imposibilidad de esclarecer el abuso sexual de que fue víctima una niña a manos de su padre*), no sería útil para disuadir a los agentes estatales o a los particulares de obtener pruebas a través de la violación de derechos fundamentales, ni sería favorable para la materialización de los otros fines que justifican la figura prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y desarrollada con mayor amplitud en la Ley 906 de 2004, entre otros, en los artículos 23 y 455.

Por demás, aunque el censor no cuestionó la valoración de las pruebas de cargo, debe recordarse que tanto la dueña del establecimiento como una de sus hijas dijeron haber presenciado el abuso sexual. Además, sus dichos encuentran corroboración en lo siguiente: (i) el procesado y su hija aceptaron haber ingresado al hotel en compañía de otra menor; (ii) la víctima se refirió al chirriar de la cama, lo que, según los testigos de cargo, motivó la referida observación; (iii) los policiales confirmaron que, al llegar al sitio de los hechos, la niña estaba a medio vestir –solo tenía el saco de su padre–; y (iv) no se avizora ninguna razón para que

las testigos de cargo hubieran mentido para perjudicar al procesado, pues no habían tenido con el ningún tipo de relación.

Por lo expuesto, no se casará la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado y confirmada por el Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.



GERSON CHAVERRA CASTRO

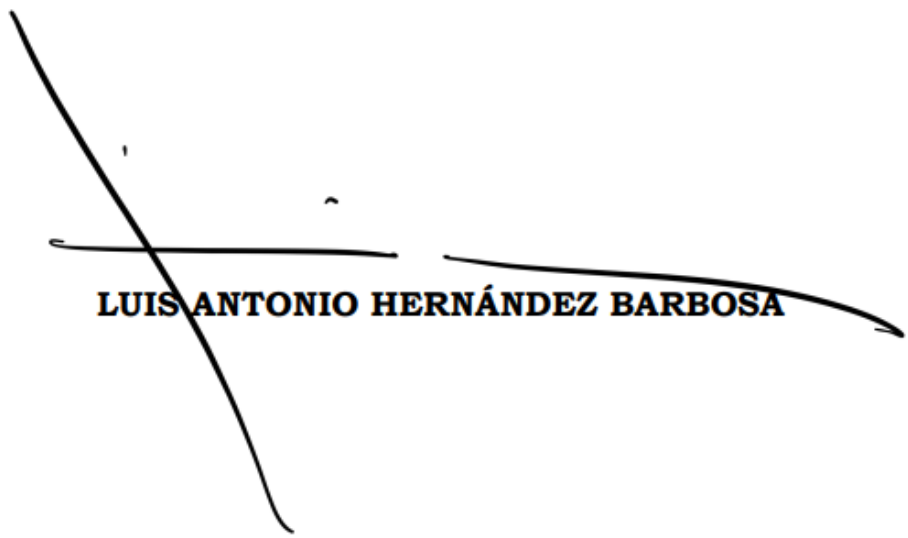


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Sala Casación Penal 2021



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

2021



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Sala Casación Penal 2021