



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Casación acusatorio N° 54385
CUI 76111600016520140164601
RUBIEL ANTONIO HERNÁNDEZ GUACHAPA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar el voto respecto de lo decidido en el presente asunto, comoquiera que observo incompatible la decisión de condena, con principios basilares del debido proceso probatorio, en cuya declinación se fundó esta.

En tal sentido, considero necesario advertir que, en efecto, los hechos denunciados se ofrecen escabrosos en su simple redacción, circunstancia objetiva que puede despertar una explicable necesidad de hacer “*justicia*”, a través de la efectiva condena del acusado, quizás porque el fuero interno advierte de su posible responsabilidad en los mismos.

Sin embargo, creo que la función de la Corte no estriba apenas en resolver casos concretos, cuando de la sede casacional se trata, sino que lo decidido constituya criterio jurisprudencial trascendente para la labor judicial, a partir de las líneas argumentales que soportan el fallo, su

fundamento y las razones que gobiernan, como en este caso sucede, la necesidad de apartarse del precedente.

Es por ello que, lo digo con entero respeto, la tarea básica de la Sala no puede sacrificarse al amparo exclusivo del caso concreto, o mejor, de la que se entiende necesidad, más que justa, “*justiciera*”, de condenar a quien se supone responsable de un delito abominable.

Hasta el presente, se admite en el fallo del cual discrepo, la Corte viene construyendo una sólida jurisprudencia que busca otorgar luces respecto de aspectos problemáticos del procedimiento diseñado en la Ley 906 de 2004, entre ellos, las dificultades que encierra el testimonio de menores víctimas de delitos de connotación sexual y la obligación de evitar su revictimización, por ejemplo, cuando se le obliga a concurrir al juicio oral en calidad de testigo.

En ese delicado equilibrio que busca acompasar las necesidades del menor, con mínimos de debido proceso y derecho de defensa en favor del acusado, la Corte advirtió la forma en que se hace factible introducir las declaraciones anteriores de la víctima, dada su indisponibilidad o vista su retractación, en particular, como prueba de referencia o testimonio adjunto, respectivamente.

Se dijo que esas posibilidades –ya por sí mismas limitativas de los derechos de la defensa- obligaban, cuando menos, de un

adecuado trámite de solicitud, debate y admisión, el cual, se verifica evidente, no representa una carga enorme o desproporcionada para quien busque aducir el medio o medios y, en contrario, respeta elementales principios y presupuestos del debido proceso probatorio, que repercuten en el derecho de defensa y su colateral de contradicción.

Por lo demás, dichos mecanismos procesales se verifican fundamentales y de ninguna manera accesorios o supeditados al que por algunos se denomina derecho material o sustancial, en el entendido que el fin no justifica los medios y, por ello, la legitimidad de la condena o absolución, en los casos de sentencia, deriva precisamente del cumplimiento estricto del proceso debido.

No en vano, el artículo 29 de la Carta Política, de manera expresa y enfática consagra, en sus dos primeros incisos:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente **y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*** (Las negrillas no corresponden al original).

De ahí que, el inciso final del artículo transcrito, contempla: **“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”**.

Respecto de este último apartado de la norma, vale la pena agregar que la nulidad de pleno derecho implica que se corrija de manera automática, sin que se obligue que la parte afectada la alegue, ni importe su silencio o aparente conformidad con la misma¹.

Creo, en este sentido, que el debido proceso probatorio implica unas cargas básicas, ineludibles, en ausencia de las cuales, independiente del efecto que se produzca o de los mecanismos utilizados para suplir la omisión, jamás puede entenderse que determinada prueba ingresó al trámite, ni mucho menos, que se habilita su estudio como soporte de la decisión.

El principio de legalidad, entonces, no es letra muerta o simple obstáculo menesteroso de superar, sino límite obligado de la actividad estatal, para el caso, cuando de utilizar un específico medio suasorio se trata.

Es por ello que el artículo 360 de la Ley 906 de 2004, obliga al juez a excluir *“la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo las que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”*.

¹ Véase, apenas como ejemplo, la sentencia C-093 de 1998.

Requisitos formales, entonces, que no pueden ser soslayados o superados sin consecuencias. Esto es, para precisar, si por alguna razón se adujo o practicó un medio que no cumple con las exigencias formales previstas en las normas procesales, el juez tiene la obligación de excluirlo de los medios en los que funda su decisión, en lugar de examinarlo.

Desde luego, no busco adoptar una especie de postura extrema, a partir de la cual obligar siempre el cumplimiento estricto de todas y cada una de las formalidades que pueden acompañar el trámite probatorio, entre otras razones, porque entiendo que algunas de ellas son insustanciales, intrascendentes o pasibles de subsanar.

Sin embargo, es también necesario puntualizar cómo a partir de verificar los requisitos consagrados en la ley 906 de 2004, para la solicitud, discusión y admisión de pruebas, por lo general discutibles en sede de la audiencia preparatoria, es factible concluir que, estos, se erigen en trámites necesarios e insoslayables del debido proceso probatorio, los cuales no pueden, en consecuencia, suplirse, convalidarse o sanearse, en cuanto, reitero, no se trata de simples irregularidades.

No encuentro un caso más paradigmático de violación de *“los requisitos formales previstos en este código”*, a tono con lo transcrito del artículo 360 de la Ley 906 de 2004, que

aquel referido a que se omitan todos y cada uno de los procedimientos propios de la materia (esto es, no se solicitó, debatió ni admitió el medio).

En estos casos, cuando no se pide, debate ni admite un medio suasorio en particular –objeto central de la audiencia preparatoria, hito fundamental del proceso penal-, más que hablar de ilegalidad del medio, debe significarse su absoluta nulidad, a manera de castigo por no cumplir con los mínimos presupuestos que facultan el examen del mismo.

Desde luego que, en curso del juicio oral, surja excepcional la necesidad de solicitar, debatir y admitir la prueba, ninguna incidencia tiene en lo que se debate, pues, lo especial es la facultad de plantear la posibilidad de ingreso en escenario distinto al propio de la audiencia preparatoria, no los requisitos que gobiernan su decreto.

Dada la imposibilidad absoluta de que se examine un medio jamás solicitado, debatido y admitido, no es posible aducir, para legitimar su examen, algún tipo de incidencia procesal o comportamiento específico de las partes, pues, se repite, por elemental sustracción de materia, no existe prueba objeto de estudio.

En el caso de cuya decisión me aparto, en lugar de suprimir la prueba de los medios validados para el análisis, dado que son nulas de pleno derecho las declaraciones

anteriores de la menor, comoquiera que no fueron solicitadas, debatidas ni admitidas, se afirma que ello es “*intrascendente*”, por tres razones básicas: **(i)** las declaraciones anteriores ingresaron, todas, con su correspondiente lectura integral en el juicio; **(ii)** la defensa jamás controvirtió la legalidad de esos medios así ingresados, sino que buscó hallar contradicciones entre lo dicho allí y lo referido en juicio por la menor; **(iii)** acorde con lo dicho por la Corte Constitucional –se cita un apartado fragmentario–, es adecuado medio de controversia que lo expresado por la víctima se introduzca con el informe de la profesional que la atendió, a lo cual se suma que el defensor pudo interrogar a la afectada en calidad de testigo suyo.

En estas condiciones, el proyecto se vale, fundamentalmente, de lo declarado en sus entrevistas anteriores por la menor, para fundar en ello el fallo de condena y por tal virtud confirma la misma.

Respecto de esas razones, además de lo ya referido, advierto que la remisión a aspectos de trascendencia introduce un factor por entero aleatorio, generador de absoluta incertidumbre, pues, ya será en cada caso que la parte interesada, o el juez, definan si la violación conduce o no a eliminar la prueba, con abierta afectación de los principios de seguridad jurídica e igualdad.

Ello, además, acorde con lo anotado en precedencia, desconoce un aspecto central, vinculado con la esencia misma del debido proceso probatorio: si la prueba no fue solicitada, debatida ni admitido su ingreso, no existe posibilidad alguna de validarla, simplemente, porque no cumplió mínimos de aceptación, circunstancia que por sí misma obliga excluirla, independientemente de cualquier valoración de trascendencia; a la par que se genera completa incertidumbre respecto de cuáles serán los elementos a valorar por el juez, aspecto que también irradia las alegaciones finales de las partes.

Tampoco se aprecian contundentes los factores que se señalan para sostener que en el caso concreto el vicio opera intrascendente.

Así, cuando se dice, como elemento que soporta la intrascendencia, que las entrevistas fueron leídas en el juicio, ello no puede representar factor de excusa, porque, precisamente, esa lectura representa la materialidad de la violación al debido proceso probatorio –ingresar un elemento no pedido, debatido ni aceptado-.

Esta postura, así mismo, desconoce de forma ostensible el contenido del artículo 360 de la Ley 906 de 2004, antes citado, pues, en efecto, si el medio se introdujo sin el cumplimiento de los requisitos legales que gobiernan su solicitud, debate y admisión, lo que corresponde no es valerse

de la violación para justificar una por entero inexistente, sino reclamar del juez cumplir con la obligación de exclusión.

De igual manera, la posibilidad de interrogar a los profesionales que recibieron las declaraciones de la menor o de acudir a sus informes para controvertirlos –aunque no se dice si esta se alza respecto de lo valorado por el profesional o en torno de la versión recibida de la víctima, pues, la citación de un párrafo de la decisión de la Corte Constitucional, no ofrece ninguna pista-, se verifica carente de argumentación suficiente, porque no se entiende cómo opera ello, o mejor, de qué manera, en el asunto debatido, ello dejó sin efectos la clara vulneración del debido proceso probatorio .

Por lo demás, cuando la ley detalla los requisitos de la solicitud y admisión de pruebas, se está referenciando un tópico ligado de manera íntima con los mínimos derechos de las partes, en tanto, solo para citar lo que ocurre con la defensa, su calidad obliga a que se le den a conocer los medios utilizados para hacer decaer el principio de presunción de inocencia, para cuyo efecto debe tener la posibilidad de controvertirlos en lo intrínseco –pertinencia, licitud, etc.- y extrínseco –con otro medios de descargo-.

Y si bien, la norma faculta que de manera extraordinaria se admitan en juicio medios sobrevinientes, como cuando el testigo se demuestra indisponible y ha de admitirse el medio referencial, ello no significa que puedan

pasarse por alto los factores básicos de solicitud y decreto, para que así se entiendan válidamente ingresados en su práctica.

Es que, si de lo que se trata, en el caso concreto, es de asumir vigente lo dispuesto en el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 –una de las circunstancias que determinan admisible la prueba de referencia-, lo primero que cabe examinar es la excepcionalidad de la misma y la posibilidad de considerarla o no admisible, para cuyo efecto el solicitante debe mostrar al juez la razón de la indisponibilidad del testigo y los medios específicos que en calidad de tales usará, verificando con quién habrán de ser introducidos.

En ese trámite, huelga señalar, el mínimo derecho de la defensa –o la fiscalía- le debe permitir cuestionar la naturaleza de indisponible del testigo y pronunciarse acerca de la pertinencia y licitud de esos medios referenciales o de quien los introducirá.

En el caso concreto, debe destacarse, no se halla clara o expedita la condición de indisponibilidad de la menor, pues, como dice el proyecto, esta acudió en dos ocasiones a declarar –incluso afirmó que el acusado no la agredió sexualmente- y narró algunos hechos, independientemente de si lo omitido o rechazado fue o no trascendente.

Entonces, si de verdad, como ahora lo sostiene el fallo del que disiento, se estima que la víctima fue coaccionada por su madre para que no atestiguara en contra del procesado, lo menos que cabe esperar es que ese tema se plantee ante el juez y se permita discutirlo, para así obtener el pronunciamiento referido a la disponibilidad o indisponibilidad, necesario en aras de admitir o no las declaraciones anteriores, como referenciales.

Lo contrario, que ahora hace la Corte, es afirmar que los elementos sí estaban configurados, sin posibilitar ningún tipo de controversia o crítica.

No encuentro, por fuera de la contundencia del calificativo, por qué se anota “*irrefutable*” la manipulación de la menor, cuando es este un tema que jamás se discutió o resolvió por el juez y, finalmente, obedece apenas a una constancia que dijo querer dejar la Defensora de Familia, una vez se cuestionó por la defensa su falta de imparcialidad.

A este respecto, en la página 41, se anota:

Tras la circunstancia de indisponibilidad relativa de D.M.G., advertida cuando sirvió de testigo de cargo, la introducción posterior de sus versiones previas se produjo materialmente a través de la lectura íntegra que de estas hizo cada uno de los profesionales que escucharon a la niña en la fase investigativa –psicóloga del Instituto Julián Mendoza, médico legista, psicólogo forense, defensor de familia-, procedimiento de incorporación no refutado por la defensa y

que, incluso, le sirvió a esta parte para ejercer el derecho de contradicción, al contrainterrogar ampliamente frente al tema de prueba a cada uno de esos testigos y compensar el eventual déficit de confrontación directa respecto a la víctima.

La forma de redacción parece dar a entender, que, en efecto, después de esa primera declaración como testigo de la fiscalía, hubo algún tipo de manifestación o verificación de indisponibilidad y que, entonces, luego se pudieron introducir, por esa razón, las declaraciones anteriores de la menor. Ello no es adecuado porque:

1. Nunca se materializó, después de esta primera versión, alguna manifestación expresa de indisponibilidad, ni se advirtió que ello se debía a alguna circunstancia particular.
2. La introducción material de la prueba de referencia no vino mediada por esa circunstancia, así fuese por ocasión de algún tipo de referencia tácita.
3. No se dice, ni se entiende, cómo operó el contrainterrogatorio que hizo la defensa a los profesionales que introdujeron las versiones anteriores de la menor, cuál fue el factor que gobernó el interrogatorio o cómo ello purga el vicio. Anotar que interrogó sobre el “tema de prueba”, nada aclara.

En similar sentido, en la página 42, se dice:

De igual manera, el apoderado del enjuiciado presentó a la menor como su testigo, incorporando contenidos declarativos –cartas de retractación-, con clara naturaleza de descargo, ocasión en la que la defensa también contó con la oportunidad de realizar el redirecto, pero la declinó.

Encuentro infortunada esta manifestación, porque:

1. No se dice en qué influye para lo discutido, que el defensor pudiera acudir al “*redirecto*” o que declinase hacerlo, cuando es claro que en este caso la menor acudió como testigo de la defensa y se supone que solo buscaba introducir algunas cartas, y así se hizo.
2. Precisamente, significar que la menor acudió en segunda oportunidad a declarar, ahora como testigo de la defensa, desdibuja el efecto que busca hacerse valer en la página 42, respecto de la supuesta indisponibilidad de la menor cuando declaró por primera vez, lo que presuntamente permitió introducir la prueba de referencia, pues, si fuese verdad que ello ocurrió o que, cuando menos, así lo pudieron suponer las partes y el juez, nada explica que fuese llamada de nuevo y, sin ninguna acotación, se le permitiese intervenir en otro interrogatorio.

Si se tratase de razonar como lo hace el proyecto –destacando las oportunidades de las que disfrutó la defensa-, habría que significar que, entonces, visto que la menor acudió a responder la encuesta de la defensa, allí tuvo nuevas y plenas

oportunidades la Fiscalía de determinar algún tipo de indisponibilidad o allegar como prueba adjunta o de referencia esas atestaciones anteriores.

Advierto, en similar sentido, la forma bastante selectiva en que se asume la naturaleza y efectos de la que el fallo llama “*indisponibilidad relativa*” de la víctima, pues, si de verdad, como se concluye, la actividad testifical de la menor impide tomar en consideración algo de lo dicho en el juicio, razón que permite, así, introducir como prueba de referencia lo dicho en entrevistas anteriores por esta –por contraposición a la también factible posibilidad de allegarla en calidad de testimonio adjunto-, no se entiende por qué, a efectos de justificar la legitimidad y efectos de esas anteriores versiones, de forma expresa se dice que de todos modos en su atestación en el juicio, la menor alcanzó a incriminar al acusado, dado que aceptó haber escrito lo ocurrido, por pedido de la sicóloga

Sin embargo, el mismo rasero no se tuvo con las expresiones, también efectuadas en juicio por la menor, en las cuales expresamente afirmó que el acusado no ejecutó ningún tipo de vejamen sexual.

Si, dentro del término de “*indisponibilidad relativa*”, a que alude la sentencia, se entiende válido hacer uso de lo que sí respondió la afectada, entonces, necesariamente las afirmaciones exculpatorias también deben examinarse y advertir su valor suasorio, para que no se diga parcializado

el examen. En este caso, además, debería explicarse por qué el mecanismo adecuado lo es el ingreso de prueba de referencia y no el mecanismo de testimonio adjunto.

Por esta misma vía discursiva, es también selectiva la tesis de supuesta defensa material efectiva, en tanto, luego de un amplio esfuerzo por explicar cómo la menor de la menor a responder las preguntas referidas al hecho vejatorio, no solo en su intervención inicial, en calidad de testigo de la fiscalía, sino en la posterior, a título de declarante de la defensa, termina por advertir que en ambas ocasiones la defensa pudo interrogarla y contrainterrogarla, incluso dentro del llamado “*redirecto*”.

Me cuestiono: si se concluye en el fallo que la menor no estaba disponible en ninguna de las dos ocasiones, ¿por qué se señala que, en la primera, el defensor pudo contrainterrogarla y, en la segunda, pudo interrogarla dos veces?.

¿Qué efecto concreto podía tener ello en el uso del derecho de defensa, al extremo de decirse que así se suple lo dejado de hacer en punto de solicitud, debate y admisión de la prueba de referencia, sí de antemano se advierte que la menor no estaba disponible para tal ejercicio?.

Asumo, por último, que el fallo desconoció el objeto central de discusión, que no estriba en definir la posibilidad

de acudir a prueba de referencia en caso de menores, sino en el hecho evidente que el fiscal omitió de manera flagrante y grave cumplir con su deber, no otro, que dar a conocer la que entendía indisponibilidad parcial de la menor, a efectos de solicitar el ingreso excepcional de las declaraciones anteriores de esta, a título de prueba de referencia admisible.

La discusión no se basa en que determinadas normas se erijan en obstáculo para dar a conocer la versión del menor –razón por la cual deben desconocerse o morigerarse en sus efectos-, sino en que estas, en sí mismas elementales, fueron pasadas por alto por la Fiscalía, cuyo desconocimiento del debido proceso probatorio dio al traste con la posibilidad concreta de estudiarla.

No es posible, así, que la omisión grave del fiscal pueda enmendarse a partir de una etérea intrascendencia, entre otras razones, porque es tal la indeterminación de los factores que la gobiernan, que el daño a futuro se representa peor, pues, en abierta inseguridad, será en cada caso, como se dijo antes, que compete definir si algún factor, por insignificante que parezca, valida hacer uso de los medios que, se resalta, jamás ingresaron legalmente al juicio.

Bastará, entonces, lo expongo con sumo respeto, que los hechos parezcan graves o que se considere necesario emitir condena por cualesquiera consideraciones de justicia material, para que permita concluir -no importa la afectación del

debido proceso probatorio-, en cierto tipo de intrascendencia que legitime la prueba, así esta surja, reitero, nula de pleno derecho.

En este sentido, para terminar, echo de menos en el fallo del que me aparto, algún tipo de referencia, así fuese adjetiva, al contenido puntual de los artículos 29 de la Carta Política y 360 de la Ley 906 de 2004, vale decir, que se explicara, en el primer caso, por qué la flagrante violación del debido proceso, no representa la nulidad de pleno derecho; o por qué, en el segundo evento, una vez advertidos de que los medios introducidos no cumplieron ninguna de las fases formales instituidas en la ley, no satisfizo la exigencia expresa de exclusión.

Las anteriores son las razones por las cuales me aparto, de manera respetuosa, de lo decidido por la mayoría de la Sala.

De los señores Magistrados,



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado

Fecha *ut supra*.