



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado 54385

Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria, a continuación se expondrán las razones que sirven de fundamento al salvamento de voto anunciado durante la discusión del presente asunto al interior de la Sala.

I. Existe una sólida línea jurisprudencial sobre el manejo del testimonio de menores que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales

Durante varios años, la Sala ha orientado sus esfuerzos a desentrañar el sentido de las normas que regulan la prueba testimonial en el sistema de enjuiciamiento criminal previsto en la Ley 906 de 2004. Visto de otra forma, se ha ocupado de delimitar las características del debido proceso en esta materia, en orden a salvaguardar aspectos tan importantes como la legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad, que, a la vez, constituyen los presupuestos de la estabilización del sistema judicial.

En esa tarea, se han decantado múltiples conceptos, entre los que cabe destacar los siguientes por su importancia para la solución del caso:

a). La Convención Americana de Derechos Humanos – art. 8- y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 14-, consagran, entre las **garantías judiciales mínimas** del procesado, la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

Dicha posibilidad constituye una de las principales expresiones del derecho a la confrontación, que también incluye la oportunidad de controlar el interrogatorio, estar cara a cara con los testigos de cargo, lograr su comparecencia forzada, etcétera (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

Esta garantía está expresamente consagrada en el artículo 8, literal k, de la Ley 906 de 2004 (norma rectora). En la misma línea, el artículo 16 la reitera, al tiempo que la diferencia del derecho a la contradicción, en cuanto dispone que únicamente podrán valorarse las pruebas practicadas en el juicio oral, con la garantía de estos derechos, a los que se aúna la inmediación y la concentración.

b). Como el ejercicio del derecho a la confrontación generalmente depende de que el testigo esté presente en el juicio oral, en la Ley 906 de 2004 se reguló específicamente la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores a título de prueba de referencia. Ello, bajo el entendido de que la prueba de referencia atañe, en buena medida, al derecho a la confrontación.

El legislador optó por incluir tres reglas determinantes en materia de prueba de referencia, a saber: (i) la definición -437-; (ii) estableció que la regla general es su inadmisibilidad, salvo unas excepciones previstas expresamente -438-; y (iii) estableció un valor menguado para la prueba de referencia, que constituye un típico mecanismo de “*compensación*” frente a la limitación de la garantía judicial mínima en comento -381-.

c). En materia de delitos sexuales, se ha presentado un fenómeno paulatino de flexibilización de estas reglas, que, finalmente, se traduce en una mayor restricción del derecho a la confrontación. Se destacan: (i) la reforma introducida con la Ley 1652 de 2013, que consagró como causal de admisibilidad de prueba de referencia el que se trate de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, cometido en contra de un niño; (ii) la posibilidad de incorporar como prueba de referencia las declaraciones anteriores de los niños cuando, por su edad u otras circunstancias, no estén plenamente disponibles como

testigos (CSJSP, 50637, entre otras); y (iii) la facultad para incorporar una declaración anterior a título de testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia su versión (CSJSP, 25 enero 2017, Rad. 44950, entre otras).

Como bien se resalta en el fallo, la jurisprudencia ha procurado brindarle a la Fiscalía un amplio cúmulo de posibilidades para el manejo de las declaraciones de menores de edad. Así, el acusador puede: (i) optar por la práctica de prueba anticipada, lo que permite un equilibrio adecuado entre el aseguramiento de la prueba y el respeto de los derechos del procesado; (ii) solicitar la incorporación de la declaración anterior al juicio oral, a título de prueba de referencia; (iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral; (iv) incluso ante esa decisión, si el niño no está plenamente disponible, puede solicitar que la declaración anterior se incorpore como prueba de referencia; y (v) si el niño se retracta o cambio su versión, el fiscal puede pedir la incorporación de su declaración anterior a título de testimonio adjunto.

d). Como la incorporación de una declaración anterior es excepcional por expreso mandato legal –artículos 8, 16 y 438-, lo que se aviene a los tratados internacionales sobre derechos humanos atrás referidos, resulta imperioso agotar un procedimiento, que, según se verá, es suficientemente sencillo y, por tanto, no implica complejas cargas para el acusador.

Como bien se resalta en la postura mayoritaria, es apenas razonable que la parte que pretenda introducir una declaración anterior a título de prueba de referencia: (i) haga la solicitud, en orden a que la contraparte pueda oponerse y el juez emita un pronunciamiento; (ii) demuestre la causal de admisión de prueba de referencia; y (iii) como todo se reduce a la incorporación de una declaración rendida por fuera del juicio oral, debe especificar con qué medios acreditará su existencia y contenido (testimonios, documentos, etc).

Ese procedimiento, que emerge de la reglamentación de la prueba de referencia, garantiza que: (i) la parte contra la que se aduce la prueba de referencia pueda oponerse a su incorporación; (ii) exista claridad suficiente sobre las pruebas que podrán ser consideradas para decidir sobre la responsabilidad penal; y (iii) a partir del conocimiento de las pruebas de cargo, se pueda ejercer a cabalidad la defensa.

e). En el caso del testimonio adjunto, como su principal diferencia con la prueba de referencia es la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación, resulta imperioso que: (i) se establezca el principal presupuesto de su incorporación –que el testigo se retracte o cambie su versión-; (ii) se solicite la incorporación de la totalidad de la declaración –esto la diferencia de la utilización de las declaraciones anteriores para la impugnación de credibilidad-; (iii) la parte que puede resultar

afectada con la declaración rendida por fuera del juicio oral tiene derecho a oponerse a su incorporación; y (iv) debe existir una posibilidad real de ejercer la confrontación frente a las dos declaraciones –la rendida en el juicio y la entregada por fuera de dicho escenario-.

f). Lo anterior, sin perjuicio de los usos de declaraciones anteriores durante el interrogatorio cruzado de testigos (*refrescamiento de memoria e impugnación de credibilidad, tal y como se explica en CSJSP, 44950 de 2017*).

En síntesis:

Fácilmente se advierte que el sistema procesal colombiano, en virtud de su desarrollo legal y jurisprudencial, se ha flexibilizado considerablemente, en orden a permitir el juzgamiento de los delitos sexuales, habida cuenta de las dificultades que suelen existir para su esclarecimiento.

II. Estas reglas no son acatadas en la propuesta mayoritaria

Aunque en la postura mayoritaria se relacionan estas reglas y se da a entender que las mismas serán acatadas, finalmente se desatienden y, además, se incluyen unas

nuevas excepciones, que claramente rompen el equilibrio que debe existir entre los derechos de las víctimas y las garantías judiciales mínimas debidas al acusado. Al respecto, cabe resaltar:

a). Se hace hincapié en que la defensa no se opuso a la incorporación de la prueba de referencia.

Aunque no se dice expresamente, con ello se da a entender que opera una suerte de convalidación de la trasgresión al debido derecho probatorio. Una regla de esa naturaleza es inadmisibles, por lo siguiente:

En primer término, porque no parece razonable que un defensor, conscientemente, permita la incorporación ilegal de pruebas claramente incriminatorias. Las omisiones al respecto tienen una mejor explicación en el desconocimiento de las reglas que rigen la prueba testimonial, más específicamente, las que atañen a la prueba de referencia.

Sin duda, el riesgo de verse afectado con pruebas practicadas ilegalmente se incrementa cuando las personas no cuentan con recursos suficientes para asumir los costos que implica una defensa adecuada. Así, una regla como la que se insinúa fomenta la desigualdad, porque las personas de escasos o nulos recursos económicos se verían más

expuestas a que la decisión judicial se fundamente en pruebas practicadas con violación al debido proceso.

Además, se desconoce que las reglas de prueba también son relevantes para la depuración de la información de la que se sirve el juez para decidir sobre la responsabilidad penal. En ese orden de ideas, es claro que un testimonio sometido a los controles inherentes al ejercicio del derecho a la confrontación (control a las preguntas, interrogatorio a la luz de teorías opuestas, impugnación, etcétera), constituye mejor evidencia.

Esto último no es solo un “*embeleco académico*”, pues la práctica judicial ha demostrado la importancia de estas reglas para la depuración de la prueba. Véase, por ejemplo, el caso tratado en la decisión CSJSP, 23 nov 2017, Rad. 45899, donde un policial dijo en su informe que pudo ver el comportamiento del procesado momentos antes de su captura (*de lo que infirió su “nerviosismo”*), pero durante el interrogatorio cruzado se estableció que ello no era posible porque este se transportaba, en horas de la noche, en un taxi que tenía encendidas las luces, por lo que no era posible que el testigo, ubicado frente al vehículo, se percatara de esos detalles.

Lo anterior, sin perjuicio de que este aspecto ha sido objeto de un copioso desarrollo en los países con mayor tradición en este tipo de sistemas judiciales.

Finalmente, se advierte una contradicción en los argumentos expuestos en la postura mayoritaria, porque se le resta importancia al hecho de que la parte (*en este caso, la Fiscalía*) solicite la incorporación de la declaración anterior a título de prueba de referencia, lo que permite, precisamente, que la contraparte se pueda oponer. Al tiempo, se dice que la defensa no se opuso, lo que se asume como indicativo de que convalidó la referida situación.

Por el contrario, lo sucedido en este caso reafirma la importancia de que se agote el debido proceso. En este caso, que la parte interesada solicite la incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia o testimonio adjunto, ya que ello abre una posibilidad real de oponerse a esa pretensión.

b). Se asegura que el derecho a la confrontación se garantiza suficientemente con la posibilidad de interrogar a quienes escucharon o recibieron la declaración que se incorpora como prueba de referencia.

En esta postulación, se confunde dos aspectos medulares de la prueba de referencia, a saber: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los **testigos de cargo**, que constituye el elemento principal de la garantía judicial mínima prevista, en su orden, en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en los artículos 8 y 16 *-normas rectoras-* de la Ley 906 de 2004; y (ii) las pruebas utilizadas para demostrar la existencia y el contenido de la declaración anterior. Este tema fue desarrollado por la Sala desde hace varios años (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 46153, entre muchas otras).

Así, bajo ninguna circunstancia puede asumirse que la posibilidad de contrainterrogar al testigo que dice haber escuchado la declaración rendida por fuera del juicio oral o que recibió formalmente la declaración que pretende ser incorporada como prueba referencia, suple el derecho a contrainterrogar al testigo de cargo *-aquel que, por fuera del juicio oral, hizo la incriminación-*.

c). Existen contradicciones internas en el argumento orientado a demostrar que la menor no estaba disponible *-plenamente-* para declarar en el juicio.

Se observa la trasgresión del principio lógico de no contradicción, porque, en primer término, para justificar la

admisión de la declaración de la niña a título de prueba de referencia, se dice que esta no estaba plenamente disponible para declarar. Sin embargo, más adelante se afirma que la defensa tuvo plena oportunidad de interrogarla sobre lo expuesto por fuera del juicio oral, sin perjuicio de que pudo preguntarle sin restricciones en el interrogatorio directo que se le permitió en atención a que también solicitó su testimonio.

En todo caso, si la testigo no estaba en capacidad de declarar a instancias de la Fiscalía, difícilmente puede afirmarse que sí lo estaba para la defensa.

Ante la situación que se presentó en el juicio (*la menor habló con aceptable fluidez frente a otros temas, pero guardó silencio sobre el abuso referido en su declaración inicial, y, más adelante, ofreció información favorable al procesado*), es razonable pensar que lo sucedido fue la retractación de la testigo de cargo. De haber sido así, la Fiscalía tenía la obligación de agotar el trámite orientado a mantener un punto de equilibrio entre los intereses en juego *–referidos en precedencia–*.

Finalmente, lo que ocurrió fue que la Fiscalía, a pesar de contar con múltiples opciones para el manejo de la prueba testimonial, no agotó los procedimientos, sencillos por demás, dispuestos para cada uno de ellos.

En efecto, el acusador no optó por la prueba anticipada (*lo que hubiera evitado, además, la doble victimización*), no solicitó la incorporación de las declaraciones anteriores a título de prueba de referencia, ni agotó los trámites previstos para el testimonio adjunto.

Ante esa realidad, resulta inaceptable que a las múltiples flexibilizaciones de las reglas que rigen la prueba testimonial, se pretenda introducir otras, en este caso orientadas a eliminar los trámites dispuestos para la incorporación de las declaraciones anteriores al juicio oral, cuya importancia ya fue reconocida en la postura mayoritaria y reiteradas en la primera parte de este salvamento de voto.

III. Otras razones para considerar que es inconveniente desconocer el debido derecho probatorio

Sin perjuicio de la importancia de mantener la mayor protección posible de las garantías judiciales mínimas previstas para el procesado en diversos tratados sobre derechos humanos suscrito por Colombia, reiterados en las normas rectoras de la Ley 906 de 2004 y desarrolladas a lo largo de dicha codificación, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

La Sala tardó varios años para decantar las reglas que permiten el punto de equilibrio entre las garantías debidas al procesado y los derechos de las víctimas, caracterizadas por la concesión de múltiples posibilidades en el manejo de las declaraciones anteriores de niños que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales o de otros delitos graves.

Para ese desarrollo, se tuvo en cuenta el cuerpo normativo ineludible (*tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución Política y la Ley 906 de 2004*), el desarrollo de esta temática por parte de la Corte Constitucional, al tiempo que se consideró el tratamiento de esta temática en el derecho comparado.

La compilación y desarrollo de estas reglas no solo resulta relevante para la protección de las garantías debidas al procesado. Se orientan, igualmente, a evitar la doble victimización y a salvaguardar la confiabilidad de la prueba testimonial.

La asimilación de esta temática al interior del sector judicial ha alcanzado un nivel significativo. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en la directiva 02 de 2018, emitida por la Fiscalía General de la Nación, donde se acoge el desarrollo jurisprudencial sobre el uso de declaraciones anteriores al juicio oral. En la misma línea, en el Memorando Nro. 00037 del 12 de septiembre de 2020 dicha entidad se refirió a la

importancia y necesidad de utilizar, en estos casos, la figura de la prueba anticipada. Como complemento de ello, en la Directiva 0001 del 16 de marzo de 2021 se reguló el mismo tema en el ámbito de los delitos de violencia intrafamiliar.

Así, se advierte que los esfuerzos de la Sala se han visto reflejados en la paulatina estabilización del sistema judicial, que permitirá el manejo adecuado de estos casos para evitar, precisamente, tantas irregularidades, que dificultan el procesamiento de estos casos y propician reiterados debates sobre una materia que ya debería estar decantada.

Así, el desconocimiento de las reglas consolidadas conspira contra la estabilización del sistema penal, que constituye una de las principales funciones de una Corte de Casación. Ello, además, se erige en presupuesto de aspectos constitucionales tan importantes como la igualdad de trato y la seguridad jurídica, de los que, finalmente, depende la materialización de la eficacia y prontitud de la administración de justicia.

Finalmente, la Corte no puede perder de vista que el concepto de "*justicia material*" necesariamente está ligado al principio de legalidad, que abarca los delitos y las penas, así como el debido proceso. Ello, sin perjuicio de estos son presupuestos ineludibles de un sistema penal verdaderamente democrático.

IV. La solución del caso

Como la presunción de inocencia del procesado no se desvirtuó con pruebas practicadas con apego a las reglas constitucionales y legales, debió casarse el fallo impugnado y emitir uno de reemplazo, de carácter absolutorio.

Igualmente, debió hacerse un fuerte llamado de atención a la Fiscalía, en orden a que se actúe con la debida diligencia en estos casos, lo que incluye las medidas orientadas a asegurar la prueba y a evitar la nueva victimización de los niños, niñas o adolescentes.



FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada