



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n° 55811

Con el respeto acostumbrado por la posición mayoritaria, a continuación expondré las razones que sustentan mi salvamento de voto, que coinciden con las expuestas durante las discusiones al interior de la Sala.

1. Los argumentos expuestos en la posición mayoritaria para confirmar la condena emitida por el Tribunal

Para dar respuesta a cada uno de los argumentos expuestos en la postura mayoritaria, se hace necesario traerlos a colación. Sobre el particular, en el fallo confirmatorio se lee lo siguiente:

*En resumen y según quedó visto en las consideraciones que anteceden, en el presente caso se cuenta con el estándar de conocimiento que exige el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal acerca de la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado. Al margen de los infundados reproches probatorios que en sede de casación formuló la defensa, la decisión de condena se encuentra suficientemente respaldada con **el testimonio de la víctima** que cuenta con serios factores de credibilidad, junto con las demás circunstancias, debidamente probadas, que lo corroboran, como son (i) **el hecho de que la niña llegara llorando** donde su progenitora a contarle inmediatamente lo que momentos antes le había sucedido, como así fue declarado por Lizeth Gabriela Mejía Araque quien, además declaró que observó cuando **AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ se ausentó del trapiche** y después de eso, fue que su hija llegó llorando a contarle lo que le había pasado; (ii) **la evidente afectación psicológica y emocional** que se reflejó en la niña después de ocurrido el abuso, como así lo certificó la profesional del C.T.I. María Leonor Tarazona Celi; (iii) **el indicio de oportunidad**, pues los testigos confirmaron que la noche de los hechos la niña se encontraba sola durmiendo en la casa contigua al trapiche, lugar al que no tenían acceso visual sus progenitores, pero al que sí podía entrar cualquier persona sin ser observada; y (iv) **la inexistencia de un motivo, plenamente demostrado, para que la menor decidiera formular y ratificar tan grave acusación** en contra de un hombre al que apenas conocía, conducen al grado de conocimiento que debe preceder a una decisión de condena, quedando de esta forma plasmado el fundamento de la Corte por el cual, en doble conformidad, el fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil deberá ser confirmado¹.*

1.1. El testimonio de la víctima

La declaración de la menor incluye dos aspectos claramente diferenciables, a saber: (i) la ocurrencia del

¹ Negrillas fuera del texto original.

abuso sexual, y (ii) la identificación de la persona que lo perpetró.

El Tribunal incurrió en el error de tratar estos temas indistintamente, a pesar de las notorias diferencias que existen entre ellos, que debieron ser tenidas en cuenta al apreciar el testimonio.

1.1.1. La versión de la niña acerca de la ocurrencia de los hechos

La versión de la víctima acerca de la ocurrencia de los hechos ***merece total credibilidad***, entre otras cosas porque: (i) es coherente; (ii) se acompasa con la angustia que demostró cuando, recién ocurrido el abuso, su progenitora le pidió que regresara al lugar donde estaba durmiendo; (iii) igualmente, se aviene a su comportamiento para cuando fue evaluada; (iv) no se avizoran razones para que faltara a la verdad; etcétera.

1.1.2. El reconocimiento del agresor

Aunque es claro que la víctima estaba en total capacidad de percibir el abuso sexual, no sucede lo mismo

con el reconocimiento del hombre que realizó dicha conducta.

Bajo el entendido de que el debate se reduce a la identificación del autor, debe resaltarse que el análisis de este aspecto no implica asumir que la niña faltó a la verdad con el propósito de perjudicar al procesado. Lo que debe evaluarse es si la testigo tenía fundamentos suficientes para identificar la voz de su agresor, ya que no puede descartarse la posibilidad de que, por error, se haya convencido de que las pocas palabras que escuchó, en voz baja, efectivamente fueron pronunciadas por AGUSTÍN ALEXANDER ARENAS GÓMEZ.

1.1.2.1. La problemática del reconocimiento por la voz

Desde tiempos inmemoriales, la identificación del autor material de la conducta punible ha constituido uno de los principales retos para la administración de justicia, tanto en Colombia como en otras latitudes.

En muchas ocasiones, ese reconocimiento puede hacerse por las características físicas (*como sucede, por ejemplo, en el reconocimiento fotográfico o en fila de personas*). Cuando el sujeto

activo no puede ser observado, bien porque tenga cubierto el rostro, por las limitaciones del testigo o porque las condiciones de visibilidad no lo permitan, es posible que el referido propósito se logre por la identificación de la voz.

El reconocimiento por las características físicas suele ser más fiable que el reconocimiento por la voz, entre otras cosas porque el testigo puede hacer una descripción más precisa, que permita establecer por qué está en capacidad de afirmar que la persona que señala es la misma que observó realizando la conducta penalmente relevante.

Esa posibilidad de descripción se diluye significativamente cuando la identificación tiene como único fundamento la voz.

En efecto, suele ser mucho más fácil precisar la estatura, contextura, color y tipo de cabello, el color de la piel, color de los ojos, forma de las cejas, presencia de cicatrices u otras señales particulares, entre otros, que señalar las características de la voz.

De hecho, en este caso lo único que afirmó la testigo es que el procesado se caracterizaba porque hablaba “fuerte”, lo que, valga anticiparlo, no resulta útil para establecer que fue

el quien le susurró tres o cuatro palabras la noche de los hechos. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

Como necesario punto de partida, debe considerarse que, en la cotidianidad, la identificación de la voz de una persona suele dar lugar a equívocos, bien por las coincidencias en el timbre y/o tono, por los modismos utilizados, etcétera.

Con el propósito de resaltar la trascendencia de esta problemática, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de su tratamiento en el derecho comparado.

En 1990, el Tribunal Supremo de España estudió un caso que guarda notorias similitudes con el asunto que ocupa la atención de la Sala. En esa oportunidad, los cargos fueron descritos de la siguiente manera:

Sobre las cinco horas del día 21 de octubre de 1985, el procesado (...) valiéndose de una escalera de obra (...), la apoyó en la pared hasta llegar a una de las ventanas tipo corredera de la vivienda (...), que habitaba accidentalmente desde primeros del citado mes Julieta (...) consiguiendo abrir la ventana e introduciéndose en la vivienda, se acercó a la habitación donde dormía Julieta, después de cerciorarse de que en el otro dormitorio se encontraba Alonso , abriendo la puerta, despertó a Julieta , acercándose a la misma le amenazó con una pistola en la sien, hablándole en tono muy bajito

y ordenándole que se sacara el pijama para hacerla objeto de tocamientos en el pecho y otras partes del cuerpo hasta consumir el acto sexual, finalizado lo cual salió por la puerta de la vivienda (...).

Al referirse a la confiabilidad de la identificación por la voz, el Tribunal Supremo resaltó que

el reconocimiento de la voz de una persona, amén de ser una prueba atípica y poco fiable, nada nos puede aclarar en el presente caso, no sólo porque tal reconocimiento se hizo sin una auténtica convicción, sino también, y sobre todo, porque la propia víctima, en sus declaraciones, reitera que el violador siempre le hablaba con voz "susurrante» en evitación de que fuera advertida su presencia en la vivienda; es decir, es muy difícil achacar la autoría de un hecho a una concreta persona por el tono y modulación de su voz, máxime cuando ese tono y esa modulación han de ser lógicamente distintos en el momento del acto criminoso y en el momento del referido reconocimiento en rueda (...)².

En la legislación puertorriqueña, aunque se admite el reconocimiento por la voz, se incluyen una serie de requisitos, claramente orientados a garantizar la confiabilidad de la prueba. Al respecto, resulta ilustrativa la regulación del respectivo acto de investigación:

² TSE, 26 de octubre de 1990.

(C) *Rueda de identificación por voz (1) Aplicabilidad*

Las y los agentes y funcionarios del orden público podrán realizar las ruedas de identificación por voz para identificar el posible autor de un acto delictivo en circunstancias excepcionales o cuando no exista otro método de identificación.

(2) La utilización de la voz como medio de identificación se regirá por las reglas siguientes:

(a) Se deberá realizar una descripción previa de la voz que escuchó la persona testigo, de forma tal que las voces seleccionadas para la identificación tengan características similares.

(b) La persona testigo escuchará la voz de al menos cinco (5) personas, incluyendo la de la persona sospechosa.

(c) La persona testigo deberá escuchar todas las voces incluidas en la rueda de identificación por voz, incluso cuando seleccione alguna de las voces presentadas al inicio de la secuencia.

(d) Deberá evitarse el uso de las palabras similares o los sonidos que fueron emitidos durante la comisión del acto delictivo.

(e) Si así surge del acto delictivo, deberá reproducirse en la rueda de identificación por voz cualquier acción o utilizarse cualquier pieza de ropa o aparato que pueda alterar la voz de los participantes, de manera que las voces se aproximen a la escuchada durante los hechos³.

En el caso colombiano, el artículo 250 de la Ley 906 de 2004, inserto en el capítulo destinado a los “*métodos de identificación*”, establece que:

³ Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial. Informe de reglas de procedimiento criminal, noviembre de 2018.

Para la identificación de las personas se podrán utilizar los diferentes métodos que el estado de la ciencia aporte, y que la criminalística establezca en sus manuales, tales como las características morfológicas de las huellas digitales (...).

Igualmente coadyuvarán en esa finalidad otros exámenes de sangre o de semen (...) caracterización de la voz; comparación sistemática de la escritura manual (...).

De la simple lectura del texto se extrae que: (i) la identificación por la voz aparece mencionada en el ordenamiento procesal penal; (ii) la norma parece hacer énfasis en la utilización de medios técnicos; (iii) en virtud del principio de libertad probatoria, no puede excluirse la posibilidad de valorar la información del testigo que afirma haber escuchado la voz, cuando no se cuente con un registro apto para realizar un cotejo técnico; y (iv) en este último evento, deben tenerse en cuenta los aspectos básicos de la prueba testimonial, entre los que se destaca la explicación de las circunstancias bajo las cuales el testigo pudo percibir aquello que declara ante el juez, aspecto regulado expresamente en los artículos 402 y 404 de la Ley 906 de 2004.

Sobre el particular, recientemente la Sala dejó sentado que el reconocimiento de la voz del procesado implica que el testigo deba explicar las razones por las cuales está en

capacidad de identificarla, entre ellas, la existencia previa de diálogos, la frecuencia con la que ello ocurría, la forma de comunicación (directa, telefónica, etcétera) (CSJSP, 54495 de 2021).

Así como en el reconocimiento fotográfico o en fila de personas se espera que el testigo, previamente, entregue una descripción suficiente de la persona que pretende identificar, en el reconocimiento por la voz es razonable que el declarante se refiera al tono, modismos y demás particularidades que permitan identificar a una persona por su forma de hablar.

Lo contrario, implicaría la sujeción irreflexiva del juez a las conclusiones expresadas por el testigo y, de paso, expondría a la comunidad en general al procesamiento por las conclusiones, carentes de explicación, acerca de que la voz escuchada por un testigo corresponde a una persona en particular.

Visto de otra manera, suprimir las reglas atinentes a la confiabilidad de la información, entre ellas, la explicación suficiente de la forma como el testigo conoció los hechos relevantes para la solución del caso, hacen que el juez deba aceptar, sin más, el relato y las conclusiones del declarante. Así, el juzgador no tendría elementos de juicio para descartar

que lo narrado corresponde a un error de percepción, a la indebida interpretación de una determinada realidad o a cualquier otro de los yerros del pensamiento. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de que el testigo falte a la verdad intencionalmente.

Lo anterior permite comprender la importancia de las reglas de prueba, que no pueden ser miradas como obstáculos, derivados de un “*excesivo academicismo*”. No, estas reglas, debidamente entendidas, cumplen dos propósitos fundamentales en el sistema procesal, a saber: (i) materializar las garantías debidas al procesado, como sucede, por ejemplo, con el derecho a la confrontación, ampliamente desarrollado por la Sala; y (ii) garantizar la confiabilidad de la información, esto es, su calidad, en orden a que el juez cuente con la mejor evidencia para decidir un tema tan complejo como la responsabilidad penal.

Se tiene, entonces, que la excesiva relajación del debido proceso probatorio, que, generalmente, se hace en nombre de la “*justicia material*”, entraña una compleja contradicción epistémica.

En efecto, solo podría hablarse de “*justicia material*” si se cuenta con pruebas suficientes para establecer, más allá de duda razonable, que la conducta criminal ocurrió y que

una persona en particular es autora o partícipe de la misma. Por tanto, si las pruebas son insuficientes, es contradictorio, además de injusto, optar por la condena, con el argumento de evitar la impunidad.

En todo caso, no puede perderse de vista que no existe un derecho de las víctimas a que el procesado sea condenado. Quien se reputa afectado por una conducta ilícita tiene derecho a que la Fiscalía General de la Nación adelante una investigación rigurosa y, de esa misma manera, realice los juicios de imputación y de acusación (CSJSP, 51007 de 2019, entre otras). Igualmente, tiene derecho a que un juez, imparcial, verifique si las pruebas aportadas por el acusador son suficientes para emitir la condena.

1.1.2.2. El reconocimiento que hizo la víctima

Producto del precario interrogatorio practicado por la Fiscalía, la víctima no suministró información suficiente para establecer si estaba en capacidad de identificar, por su voz, al agresor sexual.

Primero, porque no hizo una descripción de las características de la voz del procesado, pues se limitó a decir que este visitaba la casa de su padre y hablaba “fuerte”. No

se le preguntó bajo qué condiciones lo escuchaba hablar, si sostuvo con el alguna conversación, cuáles son las características de esa voz, etcétera.

Segundo, la noche de los hechos, el agresor sexual se limitó a pronunciar tres o cuatro palabras (para indicar que la madre de la víctima estaba en el trapiche). Lo hizo en voz baja y en desarrollo de la actividad ilícita. A través del interrogatorio, no se estableció de qué forma la víctima pudo reconocer la voz, al punto de poder afirmar, sin dubitación, que se trataba del procesado.

Y, tercero, lo anterior impide realizar un análisis de la confiabilidad de ese señalamiento, según lo establecido en el numeral anterior.

Por tanto, no existe ninguna posibilidad de controlar si la niña tuvo algún error de percepción o incurrió en suposiciones sobre la identidad del agresor. No existen elementos de juicio para establecer la credibilidad de su conclusión acerca de la identidad del autor del abuso sexual.

Así, en un escenario de percepción que se prestaba para errores de percepción e interpretación, la niña pudo haber señalado a cualquiera de los 11 hombres que estaban

en el trapiche aquella noche (sin que se haya descartado la posible presencia de otro sujeto ajeno a esa actividad laboral). Si hubiera señalado a otro, se estaría ante la misma situación, esto es, ante la encrucijada de confiar ciegamente en una conclusión cuyas bases no fueron explicadas, o asumir que la misma es inaceptable como sustento determinante de la condena, por no existir elementos de juicio para su evaluación.

De esta forma, la “*selección del acusado*” resultó claramente arbitraria, pues la Fiscalía, en lugar de adelantar una investigación suficientemente rigurosa, omitió toda la problemática subyacente a la identificación por la voz.

Esta situación fue desatendida por el Tribunal. Al parecer, asumió el caso con la idea preconcebida de la necesaria correspondencia entre acusado y autor material, sin sentar mientes en que dicha calidad (acusado) es producto de una decisión estatal, cuya falibilidad no admite discusión.

Sobre esa base, resulta evidente que el sesgo de confirmación determinó la valoración de las pruebas, pues solo ello explica que se haya omitido el aspecto más importante del debate, esto es, la confiabilidad del señalamiento que hizo la víctima.

En síntesis, aunque la versión de la niña es totalmente creíble en lo que atañe a la ocurrencia del abuso sexual, la identificación del autor es notoriamente infundada, lo que impide tenerla como soporte determinante de la condena.

1.1.3. La prueba de corroboración

En la misma línea del Tribunal, en la decisión mayoritaria se resalta que el comportamiento posterior de la menor confirma la verosimilitud de su relato. Puntualmente, se hace alusión a su marcada alteración la noche de los hechos, cuando le contó lo sucedido a su madre, así como a los hallazgos realizados por la psicóloga que la atendió.

Como ya se explicó, esos argumentos son valederos frente a la ocurrencia del abuso sexual (que no se discute), pero no tienen ninguna conexión lógica con la identificación del agresor solo a partir de su voz. Para esto último, era determinante el conocimiento previo, la descripción puntual del timbre, el tono y la forma de hablar, el número de palabras expresadas por el agresor y la forma de comunicación, las circunstancias que rodearon la percepción, etcétera.

Tampoco es determinante que la niña no tuviera razones para mentir con el propósito de afectar al procesado. Ese tema tampoco admite discusión. El debate se contrae a la **confiabilidad** del señalamiento que hizo la testigo, ya que es probable que sus conclusiones acerca de la identidad del autor sean producto de la percepción deficitaria (por las razones ya indicadas), de la indebida interpretación o asociación de estos datos, etcétera.

Finalmente, lo expuesto por la madre de la víctima en el sentido de que el procesado se alejó del lugar de trabajo, no constituye un dato determinante, entre otras cosas porque: (i) no se estableció si otros trabajadores del trapiche también se alejaron momentáneamente; (ii) tampoco se precisó si ello coincidió con el momento de la agresión sexual; y (iii) como la niña señaló al procesado, es entendible que toda la atención se haya centrado en lo que este hizo, lo que puede llevar a tildar de sospechosa hasta las acciones más rutinarias.

1.1.4. El indicio de oportunidad

Este argumento resulta excesivamente complejo, toda vez que todos los hombres presentes en el lugar (se habla de 11) tenían la misma posibilidad de perpetrar el abuso.

Si se traslada ese planteamiento al plano estadístico, se advierte que la posibilidad de que el procesado haya realizado la acción es del nueve por ciento.

Es más, bajo esa misma lógica, todos los hombres presentes en el sitio estaban en riesgo de ser señalados como el agresor, en el evento de que la niña hubiese asociado su voz a la del sujeto que le susurro unas cuantas palabras mientras perpetraba el abuso sexual.

2. La “confesión” del procesado

En la decisión mayoritaria, este aspecto es mencionado en la reseña de los argumentos expuestos por el Tribunal, pero no fue incluido, por lo menos expresamente, como soporte de la decisión confirmatoria de la condena. Ello se deduce fácilmente del resumen transcrito en precedencia.

Tal y como sucedió con las declaraciones que la víctima y su progenitora rindieron por fuera del juicio oral, el Tribunal valoró la supuesta confesión del procesado sin prestarle ninguna atención a los aspectos básicos de ese tipo de información, entre ellos: (i) los requisitos para que esas manifestaciones puedan ser incorporadas como prueba; (ii) la demostración de su existencia y contenido, lo que incluye un recuento suficiente del contexto en el que las mismas tuvieron ocurrencia; y (iii) su valoración.

Sobre lo primero, parece claro que la supuesta “confesión” del procesado, supuestamente ocurrida luego de la formulación de la denuncia, se incorporó al juicio oral sin ningún análisis de su admisibilidad. Tampoco se aclararon las circunstancias bajo las cuales el denunciado aceptó haber tocado a la niña, pues lo único que se sabe es que fue increpado por la denunciante.

En cuanto al contenido de esa manifestación, la información es mucho más incipiente. No se estableció nada sobre el contexto en que se hizo la supuesta afirmación, ni se estableció su contenido exacto. No puede pasar inadvertido que, según la denunciante, le había reclamado al procesado en otras dos ocasiones, sin que este haya aceptado su responsabilidad.

Además, la madre de la víctima dijo que mantuvo todo este asunto en silencio, por la sugerencia que le hicieron en la Fiscalía para evitar que el implicado se fugara. Sin embargo, sostiene que la aceptación de responsabilidad, producto de sus reclamos, ocurrió luego de formulada la queja, lo que claramente se contrapone a la reserva acordada con el ente investigador.

Ante este panorama, no se tienen elementos de juicio para establecer si esas versiones se obtuvieron e incorporaron conforme al debido proceso. Además, una información tan escueta impide su valoración.

3. Resumen y sentido del salvamento de voto

La versión de la víctima es totalmente creíble en lo que atañe a la ocurrencia del abuso sexual.

Por el contrario, la conclusión sobre la identificación del sujeto activo es infundada, porque la Fiscalía no indagó por los datos atinentes al conocimiento previo de la voz, ni aclaró suficientemente las circunstancias que rodearon la percepción (solo se sabe que el agresor susurró unas pocas palabras, cuando la víctima recién se despertaba).

Bajo el entendido de que la Fiscalía tenía la carga de esclarecer los referidos aspectos, es claro que la actuación investigativa y la práctica de la prueba testimonial no se ajustaron a los estándares mínimos para garantizar la confiabilidad de la información, analizados en precedencia. El único dato suministrado por la testigo (*el procesado acostumbraba hablar fuerte*), resulta poco útil para identificar la voz del hombre que, aquella noche, le susurró una frase corta mientras ocurría la agresión.

La prueba de corroboración solo resulta útil para establecer que el abuso sexual ocurrió, pero no aporta absolutamente nada al tema central de debate, esto es, la identificación del sujeto activo.

Finalmente, el Tribunal tuvo en cuenta una supuesta confesión, sin dedicar una sola línea al estudio de su admisibilidad, sin ocuparse de su contenido y el contexto en el que se produjo, lo que, por razones obvias, se tradujo en la ausencia de valoración.

Al estudiar el fondo de este asunto, se advierte que todos estos aspectos fueron descuidados por la Fiscalía, por lo que no existen elementos de juicio para fundar en ellos una decisión tan compleja como la condena y la consecuente afectación de la libertad.

Por tanto, debió revocarse la condena proferida por el Tribunal, en orden a que recobrarla vigencia la sentencia absolutoria proferida en primera instancia. Además, era imperioso un desarrollo jurisprudencial suficiente de dos temas trascendentales: (i) la identificación por la voz, y (ii) las manifestaciones auto inculpativas hechas por el procesado por fuera del juicio oral.

Casación 55811
Agustín Alaxander Arenas Gómez
CUI 681676000138201000025



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

MAGISTRADA

Sala Casación Penal 2021