

LA PRUEBA DE REFERENCIA

ALVARO MUÑOZ MUÑOZ

FERNANDO BEDOYA OSPINA

IGNACIO MONCADA QUINTERO

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

PEREIRA, RISARALDA

2011

LA PRUEBA DE REFERENCIA

ALVARO MUÑOZ MUÑOZ

FERNANDO BEDOYA OSPINA

IGNACIO MONCADA QUINTERO

**Trabajo presentado para obtener el título de especialista en Derecho Penal y
Criminología**

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

PEREIRA, RISARALDA

2011

Nota de Aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Pereira, 15 de abril de 2011

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	
1. LA PRUEBA Y SU EVOLUCIÓN HISTORICA.	14
2. CONCEPTO DE PRUEBA.	19
2.1. LA PRUEBA COMO PARTE DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.	21
2.2. DEL REGIMEN PROBATORIO.	21
2.3. APORTE Y DESCUBRIMIENTO OBLIGATORIO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.	23
2.4. NOCION DE LA PRUEBA ILICITA.	24
3. REFORMULACION Y REINVENCIÓN DE LAS REGLAS QUE RIGEN EL DEBATE PROBATORIO, SEGÚN LA LEY 906 DE 2004.	27
3.1. FUNDAMENTO PROBATORIO DE LAS PRINCIPALES DECISIONES.	27
3.1.1. Prueba ilícita y regla de exclusión.	29
3.1.2. Ámbitos de aplicación de la regla de exclusión.	39
4. BALANCE.	46
5. LIBERTAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL.	49
6. GENERALIDADES DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.	52
6.1. CAPACIDAD DEL TESTIGO.	52
6.1.2. Regla de privilegios de la prueba testimonial.	52
6.1.3. Solo es testigo quien deponga sobre hechos que hieran sus sentidos.	53

	Pág.
7. EL TESTIGO DE REFERENCIA.	54
8. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA DEL TESTIMONIO.	55
9. REGLAS FIJADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA LA VALORACION DEL TESTIGO QUE SE RETRACTA O CAMBIA SU VERSION.	57
9.1. IMPUGNACIÓN DE LA CREDIBILIDAD.	57
9.1.2. Valoración a las declaraciones anteriores.	58
9.1.3. Lectura de la declaración anterior.	58
9.2. EL CAMBIO DE VERSIÓN DEL TESTIGO Y EL ROL DEL FISCAL.	59
9.2.1. La Retracción y el ejercicio de la Justicia.	59
9.2.2. El testigo comparece a la audiencia de juicio oral pero se niega a responder.	60
10. FUNDAMENTOS DE LA CORTE PARA CONCLUIR SOBRE LA DECLARACION ANTERIOR .SEA ADMISIBLE.	62
10.1. EL CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL NO ES RESTRICTIVA.	62
10.1.2. Lo dicho por el testigo en juicio, e incluso su decisión de no decir nada, se articula con la entrevista introducida a través del policía judicial.	62
10.2. EL “PROCESO” A LO LARGO DEL CUAL EL TESTIGO ENTREGA SU VERSIÓN.	62
10.3. EL TESTIGO NO COMPARECE A LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL.	64
11. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA LEY 906 DE 2004.	66
12. OTRAS POSTURAS RESPECTO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.	67

	Pág.
13. VERBIGRACIA.	68
14. ADMISION DE LA PRUEBA DE REFERENCIA Y SU USO EXCEPCIONAL.	72
14.1. CUANDO EL DECLARANTE:	72
14.1.1. Para fines de impugnación.	72
15. PRUEBA DE REFERENCIA MULTIPLE.	73
16. IMPUGNACION DE LA CREDIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.	74
16.1. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PRUEBAS DE REFERENCIA.	74
17. REGLA DE AUTENTICIDAD, AUDIENCIA PREPARATORIA.	82
18. CASUISTICA.	83
19. LOS LÍMITES A LA ADMISIBILIDAD DE PRUEBA DE REFERENCIAL.	86
20. REGLA DE CONOCIMIENTO DIRECTO (REGLA DE EXCEPCIÓN DE ADMISIÓN).	93
20.1. VISTO DESDE OTRA PERSPECTIVA.	93
20.1.2. La muerte del testigo.	94
20.1.3. El testigo asegura haber perdido la memoria.	95
20.1.4. Los escritos de pasada memoria.	97
21. DECLARACIONES ANTERIORES QUE NO CONSTITUYEN PRUEBA DE REFERENCIA.	100
21.1. CUANDO LAS DECLARACIONES ESTÁN LIGADAS A LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.	100
21.1.2. Cuando las declaraciones se utilizan con fines de impugnación.	101

	Pág.
21.1.3. Cuando las declaraciones no se presentan para demostrar la veracidad de lo aseverado.	102
21.2. CONCLUSIÓN.	109
22. LA CONTRADICCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.	112
22.1. FRENTE A LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO QUE PERCIBIÓ DIRECTAMENTE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES.	112
22.2. PUEDE ATACAR LA CONFIABILIDAD DEL MEDIO A TRAVÉS DEL CUAL SE LLEVA LA PRUEBA DE REFERENCIA.	113
23. MOMENTO EN QUE EL JUEZ FALLADOR DEBE VALORAR LA PRUEBA DE REFERENCIA CUANDO LA MISMA NO ES ILEGAL PERO SU EFICACIA PROBATORIA SE DISCUTE.	114
23.1. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA EN MENCIÓN.	117
24. CUANDO SE IDENTIFICAN O SE CUESTIONAN ALGUNAS PRUEBAS DE REFERENCIA.	118
25. VACIOS NORMATIVOS.	122
25.1. NO EXISTE AUTORIZACIÓN LEGAL PARA ADMITIR LA PRUEBA DE REFERENCIA DURANTE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES.	122
26. LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA FUNDAMENTAR LAS DECISIONES EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES.	128
26.1. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.	130
27. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PRUEBA DE REFERENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO, TENIENDO EN CUENTA LOS INTERESES CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES QUE GIRAN EN TORNO A DICHO INSTITUTO?	132

	Pág.
27.1. REGLA GENERAL SOBRE CONOCIMIENTO PERSONAL Y DIRECTO.	132
27.1.2. La colisión de intereses constitucionales derivada de la imposibilidad de comparecencia de los testigos a la audiencia de juicio oral.	132
28. AL ANALIZAR ALGUNOS FALLOS Y DECISIONES JURISPRUDENCIALES SE TIENE QUE:	134
28.1. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS SOBRE LA COLISIÓN DE INTERESES INHERENTES A LA PRUEBA DE REFERENCIA.	136
28.2. EN LO QUE TIENE QUE VER CON EL DERECHO PROCESAL PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS, EL TRATADISTA ERNESTO L. CHIESA APONTE COINCIDE EN SEÑALAR:	139
28.3. LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA LEY 906 DE 2004.	140
29. CRITICA A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.	143
29.1. EN ESPAÑA.	143
29.2. EN EL SALVADOR.	150
30. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	152
31. GLOSARIO.	158
32. BIBLIOGRAFIA.	163

INTRODUCCIÓN

**“... La reforma acusatoria del proceso floreció en Grecia, brillo en el apogeo del imperio romano, y aunque en forma tosca, apareció en el derecho germánico; resurgió después entre nosotros en la brillante época de las ciudades italianas...”
Florián¹**

Objeto de múltiples modificaciones ha sido nuestra legislación Colombiana en materia penal a partir la Constitución Política de 1.991, comprendiendo desde el punto de vista jurídico los Decretos 100 de 1980, 2700 de 1.991, derogado por las Leyes 599 y 600 del 24 de julio de 2.000, 906 de 2004, actuales Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

Lo que fue propuesto como cambio por el acto legislativo 03 de 2.002, modifico de manera estructural los mencionados Códigos y el funcionamiento de de la Fiscalía General de la Nación, el Sistema Nacional de Defensoría Pública y el Régimen Penitenciario y Carcelario, convirtiéndose según los estudiosos del derecho penal en soluciones de coyuntura que han contribuido, según nuestro sentir, a la inestabilidad legislativa y a la improvisación.

En otras palabras, lo propuesto en el mencionado acto legislativo fue un modelo acusatorio formal, cuyo desarrollo es lo oral y público, donde se estableció por demás una separación de funciones pretendiendo salvaguardar formalmente, algunos principios centrales del procedimiento penal, como el principio de oralidad, de la inmediación de la prueba (practicada en la audiencias preliminares y en el juicio), aspecto que genera nuestra mayor atención, toda vez que es en ella donde

¹ Véase, reforma constitucional de la justicia penal, texto del acto legislativo 03 de 2002, y documentos de tramite tomo II, pág. 34.

se registra el mayor vacío, dada la reingeniería propuesta por el legislador, además en el proceso y la integración del contradictorio.

Por lo anterior, sería entonces menester analizar y describir en el presente trabajo como el sistema acusatorio afecta el aporte y análisis de la prueba y pone en entredicho la que es de referencia en el trámite del proceso penal, acto que perturba la igualdad de las partes por la marcada separación de los poderes dentro del modelo de quien investiga y acusa, con quien primigeniamente o de manera preliminar decide sobre la legalidad de la captura, la medida de aseguramiento entre otras y de quien juzga, siendo el primero juez de garantías y el segundo el de conocimiento o juzgador.

Considerar que tan solo mediante el fácil mecanismo de consagrar derechos y bondades en la mera norma legal, es suficiente para resolver y superar la problemática existente dado el insuficiente valor a la prueba de referencia, nos llevaría a analizar una vez más y a describir como el modelo acusatorio hace posible que los jueces en sus decisiones puedan ser ligeros con los elementos de juicio que requiere, debiendo ser consecuente con su investidura constitucional y funciones legales en la aplicación de todas las reglas que conllevan una libertad probatoria y al debido proceso en desarrollo por demás de los principios de inmediación y de contradicción.

Afincado en el precepto legal, esto es, en la Ley 906 de 2004 actual Código de Procedimiento Penal, y en las múltiples decisiones jurisprudenciales, al igual que existió al momento de diseñar la Constitución de 1.991, cuando muchos creyeron que bastaba incorporar en dicho texto un catálogo solo de derechos fundamentales, para que los mismos fueran efectivos y la población tuviese acceso automático a ellos, es incurrir en el mismo error a sabiendas de la incapacidad del Estado para desvirtuar la prueba desde el ámbito de la libertad probatoria, toda vez que dadas las reglas de la experiencia hoy día, no es difícil

argüir que; es prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es la utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial, cuando no sea posible practicarla en juicio; así lo preceptúa la normativa procesal penal.²

Luego así también, lo dan a entender los más estudiosos doctrinantes cuando argumentan que; es testigo de referencia, quien no tiene conocimiento directo de los hechos, sino a través de lo que terceras personas le han revelado, pero su testimonio, generalmente, no puede ser aceptado para fundamentar las decisiones en las audiencias preliminares y/o como prueba en la audiencia de juicio oral, no obstante sólo por excepción puede ser admitido, por ejemplo, cuando el testigo directo ha muerto o ha sido secuestrado. Son los llamados “testigos de oídas”.

El artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplicará “en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” y agrega que quien sea sindicado tiene derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

No obstante, la prueba de referencia impide al juez escuchar a la fuente original de conocimiento, la forma como obtuvo sus percepciones y tener criterios para fundamentar si le merece o no credibilidad. No puede permitirse que un Juez de Control de Garantías tome decisiones con base en informes que presenta la Fiscalía, o basándose en las declaraciones de funcionarios de policía judicial que se limitan a deponer frente al juez lo que le dijeron víctimas o testigos y, de igual manera la defensa pública o técnica

2. Código de Procedimiento Penal, Título IV, Juicio Oral; Capítulo I, Instalación, Art 437.

Al tenor del artículo 4° del CPP, “es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actividad procesal”.

El sistema acusatorio se caracteriza porque en él constantemente se busca el equilibrio, que como lo dice el profesor Oscar Julián Guerrero “permita un juego claro y transparente de los contrincantes del proceso”³.

La forma como se legislo el proyecto y el interés de sacar adelante la reforma no permitió ni permite a sus actores mirar las experiencias del pasado y los errores ya cometidos, toda vez que nos embarcamos en una reforma en la cual debió ser primordial determinar los momentos en los cuales las partes ven probatoriamente enfrentados sus criterios en igualdad de condiciones y a su vez determinar cómo se garantizan los principios que rigen la actividad probatoria en el nuevo sistema oral, esto por cuanto, no puede argumentarse legítimamente por los jueces que la “igualdad de armas” rige solo para el juicio oral y no para las audiencias preliminares, pues una excepción tal, resquebraja el sistema acusatorio y sus principios.

Desde la perspectiva expuesta, los principios de libertad, pertinencia, admisibilidad, publicidad, contradicción, inmediación y los criterios de valoración probatoria, previstos en los artículos 373, 375 a 380 del CPP, respectivamente, son aplicables por analogía durante las audiencias preliminares y de juicio oral, pues son desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política que obliga a respetar el debido proceso en “todas las actuaciones”.

Siguiendo los criterios moduladores de la actividad procesal a los cuales deben ceñirse los servidores públicos,⁴ resulta desproporcionado e innecesario desconocer las reglas que rigen los medios probatorios durante las audiencias

³ Cfr. Guerrero Peralta. *Cit.* Pág. 98.

⁴ (Art. 27 del CPP)

preliminares, no se obtiene un fin constitucionalmente legítimo, por el contrario, hay un abierto desconocimiento a derechos constitucionales.

Así entonces, debe estudiarse y analizarse para finalmente señalar si la prueba de referencia por regla general es inadmisibles o no durante toda la actuación procesal y si las excepciones en las cuales puede recibirse se encuentran taxativamente reguladas en el artículo 438 del CPP. Se repite, toda vez que en nuestro sentir, esta norma no es de aplicación exclusiva durante el juicio oral, sino que debe ser aplicada durante las audiencias preliminares cuando durante su desarrollo pretenda alguno de los sujetos procesales introducirla.⁵

Fue necesario en la elaboración del presente trabajo someternos a un método netamente documental, dado que el tema bajo estudio ha sido decantado por la jurisprudencia nacional en múltiples decisiones de las altas cortes, que son hoy día objeto de estudio y de fundamentación doctrinal, a su vez ha sido necesario consultar diferentes leyes, el derecho comparado que de una u otra forma ayudaron a formar el criterio aquí plasmado, mismo que nutrirá el conocimiento intelectual de quienes con gran interés pretenden adentrarse en el estudio del derecho penal en el ámbito probatorio, o por extensión como medio de consulta o investigación para profesores, alumnos e investigadores, abogados, funcionarios judiciales, jueces, fiscales, ministerio público, auxiliares de la justicia; además de los cuerpos de investigación CTI, Sijin, Das, quienes pueden propender, dirigir su gestión e investigación en aras del elemento material probatorio objeto de estudio.

⁵ Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia 27477 de 6 de marzo de 2008 M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

1. LA PRUEBA Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Previo a la caída del Imperio Romano en Occidente, marco un hito las invasiones bárbaras, quienes viajaban con sus familias ellos junto con el ganado y sus siervos, con sus tradiciones y sus costumbres jurídicas y uno de sus instrumentos jurídicos era la Ordalía, usada para resolver sus controversias. Cuando los bárbaros invadieron Europa, el sistema germánico de la Ordalía se convirtió en el más común para resolver los conflictos penales y civiles.

El concepto de Ordalía consistía en agrupar un conjunto de técnicas utilizadas de acuerdo a las circunstancias, tradiciones particulares, según la elección de los Jueces o las partes. la Ordalía más común fue el duelo judicial, donde las partes combatían frente a los jueces pero también se utilizaron otras formas como la prueba del agua, la prueba de la caldera hirviente, la prueba del hierro candente, la prueba del fuego, que eran prácticas aberrantes a las cuales eran sometidos los inculpados.

También era el juramento una de las pruebas en que una de las partes o un grupo de personas juraba ante la otra, algo. Estos medios de prueba eran conocidos como “los juicios de Dios”, porque la influencia religiosa, se fundamentaba en ideas de Dios, debidamente invocado para asistir a las partes, decidiría sobre el resultado de la prueba, y en este sentido se definía la culpabilidad o la inocencia del acusado o encartado. Los procedimientos en la realización de las Ordalías estaban plenamente reglamentados y su observancia garantizaba la validez de la prueba y la aceptación de un resultado. Después de la conversión de las tribus germánicas a la religión Católica, un representante de ella, esto es, un sacerdote asistía a la Ordalía y era quien consagraba los instrumentos para la realización de esta, catalogada como una ceremonia.

Como se puede evidenciar, la prueba de la Ordalía representan medios de prueba irracionales pero para la época de los Barbaros, se concebían como coherentes dada su cultura incipiente, toda vez que, para ese momento histórico cuando la vida se encontraba dominada por la sangre y la violencia se influenciaba por el misticismo por demás que se tenía a la divinidad como participante en las controversias judiciales.

En la tradición germánica como bien se dijo no se distinguía entre el proceso penal y el proceso civil, siendo lo más destacado la obligación del demandado de purificarse de la acusación que se le formulaba. Misma que podía ser a través de un juramento o de un duelo. El inculpado podía jurarse inocente, o por el contrario iría a un duelo judicial.

Fue en los años 717 y 734 que se regularizó la organización de los jueces y se organizó los tribunales integrados por ellos, así mismo se introdujo límites a la realización del duelo judicial, así el rey de la época no tenía confianza en el duelo como medio para hacer justicia y prefería el juramento como medio más eficaz de llegar a la verdad de los hechos. Dentro de la regularización y organización de los tribunales, se introdujo sanciones contra los falsos juramentos, si estos no correspondían a la verdad de los hechos perdería su valor como prueba definitiva.

Es a partir de este momento que se abre camino la utilización de la prueba documental a fin de demostrar los hechos y circunstancias contenidos en ellos, y se dispuso sancionar ejemplarmente a quien osara falsificarlos de tal forma que también se reglamentó, su presentación en juicio a fin de darle valor probatorio. Aparece además la prueba testimonial y el interrogatorio de testigos con el propósito de descubrir la verdad verdadera. Dándose así un nuevo concepto de administración de justicia, que no es otra cosa que la verdad objetiva. Como finalidad del procedimiento judicial; entonces, la búsqueda de la verdad se

convirtió en la actividad primordial de los jueces y de las partes, con el fin de erradicar del proceso judicial las pruebas irracionales a través de las Ordalías.

Desde el siglo VIII, se implementaron cambios en el proceso judicial, los documentos se convirtieron en un tipo de prueba muy utilizados en las controversias sobre todo cuando se trataba de probar la propiedad y en los debates de controversias o estatus personales, cualquier tipo de acuerdo contractual, así, los documentos escritos, su redacción y contenido se convirtieron en instrumentos para llevar al juicio oral.

Con relación al proceso y a la práctica de las pruebas en los años 774 y 880, evolucionó el juicio, las partes presentaban oralmente sus argumentaciones al tribunal siendo posteriormente interrogados por los jueces quienes se encargaban de la recolección de la prueba, quienes leían e interrogaban a los testigos. Así cuando se aportaba un documento generalmente la sentencia se fundaba en él. Si no había ningún documento escrito, los testigos eran interrogados detalladamente para darle valor a la prueba. La parte que no lograra probar o demostrar el fundamento de sus pretensiones, debía admitir que la otra merecía ganar. El procedimiento era dirigido ordenadamente por un juez y se concentraba en la presentación de la prueba, en la búsqueda de la verdad de los hechos.

La escolástica tuvo una marcada influencia en la formación profesional y cultural de los juristas, donde se aprendía la retórica y la lógica del derecho formado jurídicamente y preparado para la administración y la enseñanza con ello el jurista se preparó como notario o como abogado y de esta manera los jueces y notarios dieron correcta aplicación al derecho, lo que les permitía argumentar oralmente en audiencias como redactar escritos y documentos.

Con la aparición del Renacimiento jurídico a mediados del siglo XII y del Corpus Justiniano, los cambios experimentados tuvieron influencia en la cultura, en el

contexto social, el desarrollo del comercio, la economía, la agricultura y la manufactura se generó una amplia circulación de objetos, libros y variados productos; emergieron ciudades autónomas, estudiantes y profesores viajaban desde una universidad a otra para compartir y ampliar conocimientos; dando lugar a no sólo un mejor nivel de vida sino también al conocimiento respecto de la administración de Justicia y del valor de la prueba.

Así, con el surgimiento de estos cambios sociales y económicos se ocasionaron muchos efectos en el universo del derecho, uno de ellos fue que se hizo necesario redactar de forma escrita, conservar y probar las operaciones comerciales, esto creó la necesidad que a las oficinas de Notarios, los ciudadanos presentaran todo tipo de documentos o de transacciones a fin de registrarlos, ejemplo: venta de bienes o de tierra, préstamos de dinero, alquileres, acuerdos matrimoniales, testamentos, donaciones, contratos y con su autenticación darle valor probatorio en caso de controversia.

Los cambios referidos entonces, puede que no sean significativas para el abandono de las tan temibles ordalías pero se puede reconocer hasta aquí, la relación entre la decadencia de las ordalías y las transformaciones de la sociedad. Razonable es pensar, entonces, que los hombres recurrieran a las transacciones jurídicas y optaran por utilizar documentos y testigos para demostrar sus pretensiones jurídicas. Para el siglo VII, una nueva cultura había surgido y era el control de los jueces sobre la prueba. Los jueces y los abogados creían que la verdad de los hechos podía y debía ser determinada sobre la base de pruebas, en lugar de considerarse como juicios divinos.

Alejado de la realidad estaba entonces pensar que las ordalías pudieran ser consideradas como un modo de resolver controversias, que si bien no habían sido del todo superadas, debían ser practicas ya abandonadas, como de origen en los tiempos antiguos y bárbaros.

Si bien, en los países europeos, en los procesos civiles fue superada la ordalía con la prueba testimonial y documental también lo es que para esos mismos territorios la prueba de la ordalía, se mantuvo en el ámbito de la justicia penal, hasta el siglo VII y hoy ya superada en todo el mundo.

2. CONCEPTO DE PRUEBA.

Cabe precisar que el concepto de prueba nace de las diferentes acepciones del mismo vocablo “probatione” en el derecho procesal, esto es que, desde luego debe utilizarse en el sentido de medio de prueba, para distinguir los diferentes elementos de juicio, producido por las partes, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso como prueba de testigos, prueba indiciaria.

En otro sentido es menester entender como prueba, la acción de probar, de hacer la prueba, como cuando se dice que al actor le incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: “actor probat actionem”,⁶ con lo cual se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito. Por último, con la voz de prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado de espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, ósea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.

Según la doctrina se ha manifestado y corroborando lo anteriormente argumentado, que la prueba es un concepto, pero también una manifestación que trasciende las fronteras de lo jurídico, y que su estudio y sentido debe ser afincado hacia la filosofía, esto por cuanto sus límites conceptuales no pueden extenderse más allá de lo netamente filosófico, aunque hay quienes afirman que el estudio de la prueba es o se ha paralizado, no obstante concebirse como un garantía superior.

⁶ La prueba en general y la indiciaria en particular, DELLEPIANE, Antonio. Ed., Leyer 2008, Bta. D.C. Pg. 9

Sin embargo, más que concebirse como una garantía procesal de carácter genérico, estructura al fundamento del derecho a la defensa y sirve de presupuesto que legitima las decisiones penales del Estado, en cuanto a la prueba como resultante de los medios probatorios, permite sustentar la certeza o convicción de la verificación de la hipótesis, más allá de toda duda razonable.⁷

En su libro “Apreciación judicial de las pruebas” FRECISCO GORPHE trae en cita el Vocabulaire de philosophie de A. LANNDE y entonces pone de relieve que prueba es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas admitida por la Ley, después de lo cual pasa a explicar que cuando se dice también que las pruebas son los procedimientos empleados para convencer al juez, se quiere expresar los procedimientos legales; puesto que el Juez no puede basarse en los medios no admitidos por la Ley. No puede ni siquiera utilizar los conocimientos particulares.⁸

Otro autor, PIETRO ELLERO, explica que el segundo medio para lograr la certidumbre en asuntos penales y que es lo que propiamente pone de manifiesto la ejecución material del delito, son las pruebas, y entonces, afirma que se denominan pruebas las “circunstancias sometidas a los sentidos del Juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio, en otros términos, las pruebas vienen a ser los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho”.⁹

En este caso prueba no es ni el medio probatorio ni el hecho deducido de los medios de prueba, ni la esencia buscada; sino que resulta, por la característica que él le imprime, ser un medio para lograr la certidumbre. Convierte a la esencia buscada en medio o esencia a interpretar.

⁷ La Prueba en el Derecho Penal, Sistema Acusatorio. FIERRO–MENDEZ, Eliodoro. Ed. Leyer 2006, Pg. 51.sgts

⁸ La Prueba en el Derecho Penal, Sistema Acusatorio. FIERRO–MENDEZ, Eliodoro. Ed. Leyer 2006.

⁹ La Prueba en el Derecho Penal, Sistema Acusatorio. FIERRO–MENDEZ, Eliodoro. Ed. Leyer 2006.

Cabe preguntar: lo que de ese medio se logra ¿qué nombre recibirá? Tan cierto resulta la primera parte de la definición, que tiene que hacerle un agregado, empleando para ello la particularización de un ejemplo. Pues no es lo mismo decir que prueba son “los atestados de personas o cosas”, que decir, pruebas son “las circunstancias sometidas a los sentidos del Juez”, esto por cuanto, cuando una cosa es sometida al juicio de valor, se hace referencia a algo in acabado y que está en pleno proceso de selección, de valor, luego, todavía no se puede hablar de que se está en presencia de una prueba.

2.1. LA PRUEBA COMO PARTE DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

Como sinónimo de la actividad probatoria o medio de prueba, con ella se acredita la bondad de algo, es conocimiento dirigido a la verificación, es un hecho supuesto, es método jurídico de verificación, es un medio que sirve para dar el conocimiento de un hecho, es una actividad probatoria, son diversos medios allegados al proceso; como razón que pone en evidencia un hecho, la prueba es lo que sirve de fundamento a una razón, es la suma de motivos que llevan a la certeza, lo que persuade de una verdad, es el resultado que tratan de obtener los medios de prueba, es todo lo que sirve para dar certeza, en procura de una conclusión verdadera.

2.2. DEL REGIMEN PROBATORIO.

“... En el templo del derecho y la justicia también hemos oficiado nosotros, ahí hemos estado por años defendiendo ese baluarte de la civilización, esa fortaleza de la paz entre hombres, ese santuario donde nuestros labios tantas veces se han abierto para pronunciar la palabra portadora de nuestro estremecido

mensaje a la conciencia de los jueces para la justicia que invocamos..”¹⁰

Las modificaciones introducidas al proceso penal suministran un nuevo contexto normativo para la fundamentación y práctica del debate probatorio. En efecto, puesto que la actuación procesal se concentra en el juicio, siendo la indagación, la investigación, la imputación y la acusación actos preparatorios del debate de juzgamiento, la construcción de la prueba cambia de escenario. Su sede habitual sería la audiencia de juzgamiento pues la sentencia, con las excepciones legales, solo podrá basarse en la prueba en ella practicada.

En el nuevo modelo ya ni existe ni mucho menos rige el principio de la permanencia de la prueba; es decir, los elementos materiales probatorios recaudados durante la investigación, si bien pueden suministrar fundamentos a la medida de aseguramiento por ejemplo, y a la acusación, no vinculan al juez de conocimiento y por ello la sentencia que este profiera solo puede basarse en las pruebas que se practiquen en el juicio, con estricto respeto por los principios de oralidad, concentración, contradicción, inmediación y publicidad. Las únicas excepciones a esta exigencia ineludible son la prueba anticipada, contraria al principio de inmediación y a la prueba de referencia y a todos los principios de la prueba; excepciones que operan solo en casos taxativos señalados en la ley y de las que habrá de hacer lectura respectiva para no desquiciar la dinámica propia del sistema penal acusatorio. Por ello, todo trabajo investigativo estará orientado a la consecución de elementos materiales probatorios que, de conservarse adecuadamente, solo adquirirán la calidad de prueba ante el juez de conocimiento. De allí que el artículo 251 de la Carta política le atribuya al ente investigador el obligación de solicitar el ejercicio del control de garantías a fin de preservarla.¹¹

¹⁰ Léase Breviario para Abogados, Elogio del Abogado LONDOÑO J.Hernando. Edición Leyer Bogotá D.C. Pag.14

¹¹ Instituto de Estudios del Ministerio público, Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, colección de derecho penal No. 2 PGN, 2005, UPEGUI Y. Rodrigo y otros, pag.328.

2.3. APOORTE Y DESCUBRIMIENTO OBLIGATORIO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

Para el Sistema Acusatorio Colombiano la definición técnica de las pruebas son aquellas aportadas en las audiencias preparatorias y en la acusación con el fin de dar inicio al juicio público, y de manera excepcional tienen ese carácter aquellas que son practicadas en forma anticipada teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 284 y 285 del CPP. La alusión al descubrimiento de pruebas se refiere al acto procesal en la cual una parte informa a la otra sobre los elementos con los que cuenta, esto es, los testigos y los peritos con los cuales los aportará, aquellos que declaran como testigos y sus datos de identificación y ubicación; así como las entrevistas, declaraciones o deposiciones que se hubieren practicado a los mismos y los informes de policía o técnicos obtenidos durante los actos de investigación de conformidad con los elementos materiales probatorios o del plan metodológico. En cabeza del ente fiscalizador se encuentra la primigenia obligación de descubrir mayormente la prueba a diferencia de la defensa, pues es al primero a quien le corresponde la entrega a la segunda de la totalidad de las entrevistas, declaraciones, deposiciones e informes que se encuentren en su poder y/o con lo que cuente, aunque la fiscalía no tenga la intención u obligación de presentarlas al juicio de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia.

De conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 337 de CPP, la oportunidad para descubrir la prueba por parte de la fiscalía es en la audiencia de formulación de acusación. Previamente a esta audiencia la Fiscalía debe haber presentado con destino al acusado y a su defensor copia del escrito de acusación con un documento anexo que debe contener el descubrimiento de sus pruebas.

Como fue señalado en varias de las actas del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) con el escrito de acusación la fiscalía debe acompañar los elementos probatorios con los que cuenta, pues el descubrimiento de las pruebas

“es el tema más importante para que un juicio sea justo”.¹² “El defensor tiene derecho de recibir todo con la acusación del cliente, es decir, se tiene acceso a todas las declaraciones, a todos los informes, a todas la piezas de evidencia, es decir. Acceso a todo”.¹³

Luego también esta obligada la defensa a aportar y descubrir las pruebas que va hacer valer en la audiencia de juicio oral pero de manera limitada. Pues a diferencia de la Fiscalía, no existe norma alguna que establezca obligatoriedad a entregar la totalidad de los elementos materiales probatorios e informes “de que tenga noticia”, y tampoco las entrevistas que realice.

El inciso 2º del artículo 344 CPP señala con claridad que la defensa por orden del juez entregara a la fiscalía los elementos materiales de convicción, declaraciones juradas y demás medios probatorios que “pretenda hacer valer en juicio”, incluyendo la evidencia demostrativa o ilustrativa como planos, croquis, fotografías, etc. Como puede observarse, no está obligada la defensa a entregar copia de las entrevistas realizadas por ella o sus investigadores con fundamento en el artículo 271 del CPP, las cuales son útiles como medio de impugnación del testigo (art.404 CPP). La alusión que hace el artículo 344 del CPP remite a la posibilidad que tiene el imputado o su defensor de obtener declaraciones juradas como prevé el artículo 272 CPP.

2.4. NOCION DE LA PRUEBA ILICITA

La práctica probatoria hace parte del régimen procesal y como tal se encuentra sometida a límites normativos. Es decir, sobre ella se irradia el efecto del derecho como alternativa de vida civilizada, bien sea desde la Constitución, incluido el

¹² Cfr. OSORI ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARIN, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bta., 2005. Acta No. 023 sesión del 27 de junio de 2003.

¹³ Cfr. Cit. Acta No. 025, sesión del 30 de junio de 2003, Cartagena.

bloque de constitucionalidad, o desde la ley. No obstante la práctica probatoria no siempre se sujeta a los fundamentos y límites impuestos por el ordenamiento jurídico y surgen entonces los problemas planteados por las irregularidades cometidas en la obtención, proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba.

Estas irregularidades no revisten siempre la misma gravedad y de allí porque la doctrina distingue entre prueba ilícita, por una parte, y prueba irregular por otra. Por prueba ilícita, aludida también con otras múltiples denominaciones,¹⁴ se entiende aquella que es contraria a la dignidad humana, o que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales y por prueba irregular se entiende aquella prueba que vulnera otras pruebas jurídicas.

En nuestro sistema jurídico, el Artículo 29 de la Carta Política dispone que será nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. Es decir, en principio prueba nula de pleno derecho sería aquella obtenida con vulneración de ese derecho fundamental. Sin embargo, luego de una larga evolución jurisprudencial por prueba ilícita se entendió aquella obtenida con violación de derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades esenciales previstas en la Ley y por prueba irregular aquella que desconoce otras regulaciones de la prueba. La importancia de esta distinción radica en que la regla de exclusión fijada por el constituyente, opera respecto de aquella y no de ésta.

Son frecuentes las clasificaciones de la prueba ilícita. Así, se habla de pruebas ilícitas extraprocesales y procesales, si se tiene el momento en que se produce la ilicitud; prohibidas, irregulares o inconstitucionales, si se considera la casa de la

¹⁴ Las denominaciones que con más frecuencia se utilizan son prueba ilícita, prueba prohibida, prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícitamente obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular y prueba clandestina. Manuel Miranda Estrampes, el concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona: José María Bosch, 1999; Marcelo Sebastián Midon. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Mendoza: ediciones jurídicas Cuyo, 2002

ilicitud o pruebas ilícitas materiales o personales, si se trata de elementos materiales probatorios o si provienen de las personas a través de sus manifestaciones. Una diferencia que debe tenerse muy presente, dadas sus implicaciones, es la existencia entre prueba ilícita principal y prueba ilícita derivada. La primera es aquella que está afectada en su origen de manera directa e inmediata, por la vulneración de derechos y garantías fundamentales o por el desconocimiento de las formalidades previstas en la ley y la segunda es aquella que, si bien fue obtenida de manera regular, si tiene como fuente aquella. La solución por la que se opta en este punto varía de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate pero entre nosotros, primero la jurisprudencia y luego la ley, han optado por extender la regla de exclusión a la prueba ilícita derivada, salvo que concurren situaciones específicas frente a las cuales se afirman su existencia y validez.¹⁵

En este punto, debe hacerse una precisión ineludible. Si bien en el sistema acusatorio solo es prueba la que se practica en el debate público y oral de juzgamiento no puede perderse de vista que en muchos casos la sentencia condenatoria, tendrá como fundamento la actuación investigativa y los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía General de la Nación. Esto por cuanto en el sistema acusatorio se parte de que sólo una mínima parte de las investigaciones conducirá a un juicio, pues la mayoría culminará en razón de la aplicación del principio de oportunidad o de los preacuerdos y negociaciones entre el imputado y su defensor y la Fiscalía General. Esto es así, por cuanto los costos de funcionamiento del sistema acusatorio son tan elevados, que éste solo es viable si una mínima parte de los procesos llega al juicio. De allí que, al menos en los supuestos de preacuerdos y negociaciones, las evidencias recaudadas por el ente investigador, si bien en estricto sentido no constituyen pruebas, si pueden constituir el fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal.

¹⁵ Instituto de Estudios del Ministerio público, Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, colección de derecho penal No. 2 PGN, 2005, UPEGUI Y. Rodrigo y otros, pag.271-272

3. REFORMULACION Y REINVENCIÓN DE LAS REGLAS QUE RIGEN EL DEBATE PROBATORIO, SEGÚN LA LEY 906 DE 2004.

La reformulación del proceso penal y su consecuente reinvencción de las reglas que rigen el debate probatorio, suministran un espacio mucho más amplio para el desarrollo y comprensión de la regla de exclusión de la prueba ilícita consagrado en el Art. 29 de la Constitución Política de Colombia. Consecuente con ello la prueba ilícita aparece prolíficamente regulada en la norma sustantiva ley 906 de 2004, la cual contiene diferentes núcleos temáticos como son:

3.1. FUNDAMENTO PROBATORIO DE LAS PRINCIPALES DECISIONES

En primer lugar, están las disposiciones que determinan el fundamento de las principales decisiones que se toman a lo largo del proceso. Esas disposiciones son las siguientes:

- a. Artículo 287, que consagra el fundamento sustancial para la formulación de imputación por parte del ente investigador y, eventualmente, para la solicitud de imposición de medida de aseguramiento. Ese fundamento remite a la existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de los que, en criterio de la Fiscalía, se puede inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.
- b. Artículo 308, que preceptúa el fundamento sustancial para la imposición de medida de aseguramiento por parte del juez de control de garantías. Se trata del mismo fundamento sustancial aludido en el literal anterior con la diferencia de que en este caso ya no se está ante el criterio de la Fiscalía General, sino ante la posición fundada del juez de control.
- c. Artículo 336, que consagra el fundamento sustancial para la acusación por parte de la Fiscalía General. Este fundamento remite a la existencia de

elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que permita afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe. En este caso, nuevamente se trata de una postura fundada que debe asumir el ente fiscalizador.

- d. Artículo 7 y 381, que consagra el fundamento sustancial para que el juez de conocimiento profiera sentencia condenatoria. De acuerdo con el primero inciso final, para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda. Y de acuerdo con el segundo, para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Es muy significativo que en los artículos 287, 308 y 336 se haga relación a “elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida”. Esta referencia, curiosamente, no aparece cuando se sienta el fundamento sustancial de la sentencia condenatoria. No obstante, no es posible en un entendimiento distinto al de que también la conducta debe basarse en pruebas legalmente obtenidas. Y no solo esto, sino que, además, la interpretación sistemática y finalista de estas disposiciones permite concluir que todas las decisiones inherentes al proceso penal únicamente pueden tomarse con base en pruebas lícitamente practicadas.

De igual manera, no debe perderse de vista que las cuatro decisiones que se acaban de inferir, tres se basan en elementos materiales probatorios, evidencia física o información y que solo una, la sentencia, se apoya, en estricto sentido, en pruebas. Esto es compatible con el sistema, pues las pruebas son solo las que se practican en el juicio, para efectos de llevar al conocimiento del juez, mas allá de toda duda, los hechos y la responsabilidad del acusado; en tanto

que los elementos materiales probatorios se practican en la investigación, como actos preparatorios del juzgamiento y se dirigen a permitir una inferencia razonable de la existencia del hecho y la probable responsabilidad del indiciado, investigado, imputado o acusado.

3.1.1. Prueba ilícita y regla de exclusión

En segundo lugar, están las disposiciones que regulan la naturaleza de la prueba ilícita, la regla general de su exclusión, su exclusión respecto de actos de investigación específicos y sus efectos. Son las siguientes:

- a. Artículo 23, cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.
Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las solo puedan explicarse en razón de su existencia
- b. Artículo 232, Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en el código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.
- c. Artículo 360, prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o adecuación de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en el código.
- d. Artículo 455, nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: El vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Estas disposiciones ocupan un papel central en la determinación del nuevo régimen social de la prueba ilícita en el proceso penal colombiano. Para percatarse de su importancia, baste recordar que en el sistema anterior, el régimen de derecho positivo de la prueba ilícita se circunscribía al inciso quinto del artículo 29 de la constitución y al mandato de rechazo de las pruebas obtenidas en forma ilegal o legalmente prohibidas contenido en el artículo 250 del Decreto 2700 de 1991 y en el artículo 235 de la Ley 600 de 2000. A partir de esas normas jurídicas, la jurisprudencia emprendió la construcción de la doctrina de la prueba ilícita, empresa que se cumplió de manera responsable y fecunda, aunque, como se indicó, desarrollando líneas jurisprudenciales diversas en varios puntos.

En el nuevo esquema procesal, en cambio, no solo se cuenta con el inciso final del artículo 29 superior sino también con un entramado normativo que consagra un régimen muy completo, aunque en nuestro concepto no integral, de la prueba ilícita. Por primera vez en la historia del derecho procesal penal colombiano se está frente a un sistema normativo que desarrolla el concepto de prueba ilícita y que extracta de él varias consecuencias sometidas a regulación específica.

La interpretación sistemática de estos ámbitos de desarrollo de la prueba ilícita permite advertir lo siguiente:

- a. La prueba ilícita se regula teniendo en cuenta la naturaleza de las normas jurídicas afectadas con su práctica. Así, se distingue entre prueba obtenida con violación a garantías fundamentales y prueba ilegal. Y bien se sabe que el ámbito de regulación de las garantías fundamentales es la Constitución y el régimen legal de la prueba está contenido en el Código de Procedimiento penal.

De este modo, puede afirmarse que la prueba ilícita puede ser inconstitucional o ilegal. Prueba inconstitucional es la “obtenida con violación de garantías fundamentales”. Esta prueba tiene una consecuencia jurídica: es “nula de pleno derecho”. Pero produce también un efecto práctico: “deberá excluirse de la actuación procesal”. Y prueba ilegal es la prueba practicada con violación del régimen legal de la prueba, incluida aquella practicada con violación de los requisitos formales. Respecto de esta prueba también opera la regla de exclusión.

- b. Nótese como el legislador no se ha limitado a reproducir la prueba obtenida con violación del debido proceso como fuente de la regla constitucional de exclusión. Lejos de ello, ha ampliado su ámbito de aplicación y lo ha hecho al punto de definir como ámbito de cobertura de esa regla, las pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales y con violación del régimen legal.

En cuanto a lo primero, hay que indicar que la expresión “prueba obtenida con violación de garantías fundamentales” remite a un contenido mucho más amplio que aquel al que remitiría una lectura textual de la norma superior pues comprende no solo el cúmulo de garantías que hacen parte del debido proceso, sino también derechos fundamentales de aplicación inmediata como la integridad personal, la intimidad y el habeas data; derechos fundamentales por mandato expreso de la Constitución con el derecho a la tutela judicial efectiva e incluso de un derecho fundamental innominado como la dignidad humana. Pero además, comprende los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contracción y concentración y el derecho a un juicio con todas las garantías consagrados en el artículo 250.4 de la Carta Política.

En cuanto a lo segundo, la regla de exclusión de la prueba ilícita se hace extensiva a las pruebas practicadas o aducidas con violación del régimen legal, incluidas las practicadas, aducidas o conseguidas con violación de los requisitos

formales previstos en el Código de Procedimiento Penal. Es decir, se asume como prueba ilícita no solo la obtenida con violación de garantías fundamentales, sino también aquella obtenida con violación del régimen legal de la prueba. En este punto se debe comprender, desde luego, que no es la violación de cualquier norma legal la que genera una prueba ilícita sino las violaciones de aquellas normas que consagran formalidades esenciales para la práctica de la prueba. De acuerdo con esto, tal como lo ha establecido la jurisprudencia, aquellas irregularidades en la práctica probatoria que no afecten esas formalidades esenciales no tienen por qué reputarse como generadoras de pruebas ilícitas.

Ahora, si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional y penal habían hecho una lectura extensiva del concepto de “ violación del debido proceso” para entender que se trataba de una referencia a los derechos fundamentales y a las formalidades esenciales para la práctica de la prueba, la nueva formulación legal, al recoger esos contenidos de la prueba ilícita, es mucho más clara y está llamada a tener un efecto más vinculante que la jurisprudencia pues bien se sabe que nuestro sistema jurídico sigue privilegiando la Ley como fuente de derecho y eso no obstante los importantes avances que se han logrado en los últimos 12 años con miras al afianzamiento como fuente del derecho de los jueces.

- c. El nuevo régimen legal de la prueba ilícita tampoco se limita a reproducir el efecto jurídico consagrado en la norma superior pues, aparte de indicar que tal prueba es nula de pleno derecho, ordena que la prueba ilícita “deberá excluirse de la actuación procesal”.

El entendimiento de este mandato es muy claro: se excluye una prueba de la actuación procesal solo si se e expulsa materialmente de ella. Como puede notarse, se trata de la consagración legal expresa del deber de exclusión material de la prueba ilícita. Es decir, la prueba ilícita debe, físicamente, expulsarse del proceso. Por este motivo, ya no se podrá seguir entendiendo que la exclusión de

la prueba constituye una operación mental del juzgador, operación en virtud de la cual el juez accede al contenido de las pruebas que aparecen en el proceso, tanto lícitas como ilícitas, para luego, en un ejercicio intelectual, prescindir de aquellas y basar solo en estas la decisión sobre la inocencia o responsabilidad del acusado. Por el contrario, en el nuevo régimen la prueba ilícita debe ser expulsada de la actuación, no puede hacer parte de ella y no podrá ser fundamento de ninguna decisión.

De acuerdo con lo expuesto, el juez de control de garantías deberá aplicar la regla de exclusión de la prueba sin acceder a su contenido y tomar las decisiones que se le soliciten, medidas de aseguramiento por ejemplo, sin tener en cuenta como fundamento de su decisión las pruebas excluidas. Y deberá hacerlo de tal manera que esa prueba no solo sea fundamento de su decisión, sino de tal modo que asegure que ella de ninguna manera sea conocida por el juez de conocimiento. Este ya no tendrá acceso a la prueba excluida por el juez de control de garantías; es decir, ya no podrá admitir un elemento material probatorio, percatarse de su potencia incriminadora y afirmar luego que lo excluye de los fundamentos de la decisión. O lo que es lo mismo, no podrá ya acceder al contenido incriminador de la prueba ilícita para afirmar que, tal como lo había hecho el juez de control de garantías, él también las excluye del proceso. Si esto llega a ocurrir, es porque no ha habido exclusión material, es decir, porque esa prueba “no ha sido excluida de la actuación procesal”.

Por otra parte, si al juez de conocimiento se le solicita la aducción al proceso de una prueba ilícita distinta de aquella ya excluida por el juez de control de garantías, aquel deberá realizar también un esfuerzo por aplicar la regla de exclusión de la prueba sin necesidad de acceder a su contenido. Hecho ello, es claro que solo podrá tomar sus decisiones con base en las pruebas lícitamente practicadas.

- d. Existen pruebas inconstitucionales derivadas. Son las que “sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Estas pruebas producen también el mismo efecto jurídico y el mismo efecto práctico: Son nulas de pleno derecho y deben excluirse de la actuación procesal.

Uno de los aspectos más importantes de la prueba ilícita es, sin lugar a dudas, el relacionado con la prueba derivada. Esto es entendible. Bien puede suceder que ante una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o de las formalidades legales esenciales, se aplique correctamente la regla de exclusión y se lo haga de tal forma que ella se a excluida jurídica y materialmente de él. Sin embargo, nada se lograría si se renunciara a la prueba ilícita como prueba pero se la aceptara como fuente de prueba. Con esta lógica, paradójicamente se estimularía la producción de prueba ilícita pues ella constituiría el camino para practicar otras pruebas que permitan desvirtuar la presunción de inocencia.

De allí que en el moderno sistema procesal se haya optado no solo por excluir la prueba ilícita en sí, sino también la que es consecuencia de ella. Es lo que en el derecho anglosajón se conoce como la teoría de los frutos del árbol envenenado, teoría de acuerdo con la cual la ilicitud se traslada de la prueba ilícita a aquellas pruebas que su fruto. No obstante, esta solución, que en principio se advierte sencilla, plantea dificultades que han generado una abundante producción jurisprudencial y doctrinaria. Así, por ejemplo, existen muchos casos en los que la prueba derivada ilícita no está estrechamente ligada a la prueba prohibida o en los que no es posible desconocer la evidencia física de la comisión de delito. Sin embargo, como pasa a indicarse, esta problemática también es regulada por la nueva legislación procesal.

- e. Para determinar si una prueba es derivada de una prueba ilícita y si respecto de ella opera el mandato de exclusión jurídica y material, deben

tenerse en cuenta estos criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. De acuerdo con esto la ley fija esos criterios y, además, consagra una reserva legal para la configuración de otros criterios adicionales.

Como la ha indicado la doctrina, con muy buen sentido, “la expresión legal o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia”, (que hace parte del artículo 23 de la Ley 906 de 2004) revela una relación de necesidad entre el acto de investigación ilegal y los elementos materiales o pruebas derivadas de él (subrayas originales). Es decir, prueba derivada ilegal e aquella que necesariamente deriva su existencia de una prueba prohibida principal.

Con todo, la práctica ha enseñado que no siempre es fácil determinar si entre una prueba prohibida y otra concurre o no tal relación de necesidad. Esta dificultad plantea la necesidad de unos criterios de identificación que permitan manejar de manera uniforme y fiable si se está o no en presencia de una prueba derivada ilícita. La determinación de tales criterios ha sido uno de los aportes más significativos que la jurisprudencia comparada ha hecho al tema de la prueba ilícita y, en especial, la jurisprudencia norteamericana. De este aporte se hizo una buena síntesis en la Sentencia SU-159-02, síntesis que se retoma enseguida:

“En Estados Unidos la regla general es que la exclusión de la prueba primaria también se extiende a la prueba derivada. Dicha regla es sustentada en un precedente de 1920 en el cual se concluyó que no era posible emitir una orden perentoria (sub. poena) para que por una vía legal posterior sean entregadas a un gran jurado piezas probatorias (libros y documentos de la compañía) que ya habían sido incautadas de manera ilícita. En dicho fallo la Corte sentó la regla general, invocando la Cuarta enmienda. Dijo:”La esencia de una disposición que prohíbe la obtención de evidencia por cierta vía es no solo que la evidencia así obtenida no sea usada ante una corte sino que no

sea usada de ninguna manera”. A esta regla general la agregó, en el mismo fallo la excepción de la fuente independiente: “Obviamente lo anterior no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles.

Si el conocimiento sobre ellos es ganado a partir de una fuente independiente tales hechos pueden ser probados como cualquiera otro (...).”.

El alcance de esta regla era limitado dado el contexto constitucional en que fue adoptada. De ahí que en un caso fallado ocho años después, la Corte no haya excluido una grabación telefónica interceptada por agentes del Estado, sin orden judicial previa, dado que no había sido practicado ningún allanamiento ni incautación sino que la evidencia había sido obtenida gracias al sentido del oído sin invadir la casa o la oficina de los sindicatos.

A finales de los años 30 se dio un paso mayor al extender la regla de exclusión no solo a las interceptaciones ilícitas de conversaciones privadas – prueba primaria – sino también a la incautación de piezas como consecuencia de la grabación – prueba derivada - . En dicho fallo se empleó la célebre frase `fruto del árbol envenenado`. La expresión aparece precisamente cuando la Corte introduce una excepción adicional a la regla de exclusión de las pruebas derivadas, llamada la excepción de la atenuación. Dijo la Corte `en la práctica esta regla general puede ocultar complejidades concretas. Argumentos sofisticados pueden llegar a demostrar una conexión entre información obtenida a través de una interceptación ilícita y la prueba presentada por el Gobierno. Sin embargo, el sentido común puede indicar que dicha conexión se ha vuelto tan tenue que la mancha ha sido disipada. La carga, claro, recae primero sobre el acusado de demostrar a la corte del juicio de manera satisfactoria para ella que la grabación fue ilícitamente empleada. Después de demostrar eso – como plenamente sucedió en este caso – el juez de la causa debe dar una oportunidad, así sea restringida, al acusado de demostrar que una porción sustancial del caso en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Ello deja al Gobierno una amplia oportunidad

de convencer a la Corte del juicio de que la prueba por él aportada tuvo un origen independiente.

La tercera excepción a la regla de exclusión de la prueba derivada es la del descubrimiento inevitable, es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía. Así, la Corte Suprema estadounidense no excluyó como prueba un cadáver ubicado gracias a que el sospechoso cómo dónde estaba el cuerpo en una confesión extraída sin presencia de su abogado. La Corte advirtió que ya había 200 voluntarios rastreando la región donde este fue encontrado, lo cual hacía inevitable su descubrimiento.

En resumen, la regla de exclusión de la prueba derivada presenta algunas excepciones: doctrina de la atenuación, según la cual, si el vínculo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue, entonces la prueba derivada es admisible; la doctrina de la fuente independiente, según la cual la prueba supuestamente proveniente de una prueba primaria ilícita es admisible, si se demuestra que la prueba derivada fue obtenida por un medio legal independiente concurrente, sin relación con la conducta originaria de la prueba ilícita; la doctrina del descubrimiento inevitable, según la cual, una prueba directamente derivada de una prueba primaria ilícita es admisible si la Fiscalía demuestra convincentemente que esa misma prueba habría de todos modos sido obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original si deba ser excluida; y la doctrina del acto de voluntad libre, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona se rompe el vínculo que podría unir a esa misma prueba derivada de la prueba principal viciada”.

Entre nosotros, con el propósito de sentar unos parámetros que conduzcan a un manejo jurisprudencial uniforme de la prueba derivada ilícita, la determinación de los supuestos en que concurre o no esa relación de necesidad fue sustraída del

ámbito jurisprudencial y fue asumido por la ley al punto que “el mismo legislador definió expresamente los casos en que considera que no existe una relación de necesidad entre el acto inicial ilícito y los medios o los elementos probatorios derivados, precisamente porque estos pueden explicarse en razón de otra causa diversa de la (prueba) primaria”. Esos casos son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley; que, como se ha visto, con excepción del acto de voluntad libre, corresponden a los parámetros identificados por la jurisprudencia norteamericana y retomada por la Corte Constitucional.

- f. En materia de registros y allanamientos, cuando la orden de registro por parte del fiscal se encuentra viciada por carencia de algún requisito esencial previsto en el Código, la cláusula de exclusión opera de tal manera que se genera la invalidez de la diligencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecen de valor, deben ser excluidos de la actuación y solo pueden utilizarse para efectos de impugnación.

En este punto, es de resaltar que el nuevo sistema procesal no solo consagra un régimen general de prueba ilícita, sino que, además, presta especial atención a una modalidad de actos investigativos que históricamente han estado muy ligados a la obtención de pruebas ilícitas. Se trata de los registros y allanamientos, actos estos que, dada la grave injerencia que plantean al derecho fundamental a la intimidad, han sido objeto de regulación directa del constituyente. En efecto, el artículo 28 de la Carta condiciona la legitimidad de los registros domiciliarios a tres presupuestos: Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, cumplimiento de las formalidades legales y motivos previamente definidos en la ley. De este modo, la protección del domicilio hace parte del núcleo esencial del derecho a la intimidad.

Pero, además, el legislador ha regulado con mucho detenimiento las diligencias de allanamiento y registro. Así, ha condicionado expresamente su procedencia y ha regulado su fundamento; el respaldo probatorio necesario; el alcance de la orden; los objetos que no pueden ser sometidos a registro; el plazo para el diligenciamiento de la orden y sus reglas particulares de ejecución (Artículos 219 a 231 de la Ley 906 de 2004). Todos estos presupuestos deben asumirse como ámbitos de regulación del derecho fundamental a la intimidad y de allí que sea preciso su estricto cumplimiento para vez de que el acto de investigación sea legítimo.

En estas condiciones, la cláusula de exclusión opera de tal manera que si se desconocen los presupuestos constitucionales y los requisitos legales esenciales del allanamiento y registro, se genera la invalidez de la diligencia, no tienen ningún valor y deben ser excluidos los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro. Estos actos, así viciados, solo pueden utilizarse para impugnar el alcance de otras pruebas de cargo esgrimidas contra el procesado.

3.1.2. Ámbitos de aplicación de la regla de exclusión

En tercer lugar, están las disposiciones que fijan la competencia para exclusión de la prueba ilícita. Las más importantes de tales disposiciones son las siguientes:

- a. El artículo 212, que le impone al fiscal el deber de analizar la actividad de la policía judicial y de rechazar las actuaciones que se hayan diligenciado con desconocimiento de los principios rectores y las garantías procesales.
- b. Los artículos 154, 237 y 238, que disponen, que se tramitará en audiencia preliminar el acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones, o la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares para efectos de su control dentro de las 24

horas siguientes a su diligenciamiento. Este control se decide de plano y sin lugar a impugnaciones.

c. El artículo 359, que regula la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por parte del juez de conocimiento.

d. El Artículo 181, que regula la procedencia del recurso extraordinario de casación por “el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”.

Como puede advertirse, la Ley 906 de 2004 no solo regula la prueba ilícita y la regla de exclusión a través del condicionamiento del fundamento de las decisiones que se toman en el proceso penal y por medio de las disposiciones que regulan la naturaleza de la prueba ilícita, la regla general de su exclusión, su exclusión respecto de actos de investigación específicos y sus efectos; sino que, aparte de ello, regula también expresamente la competencia para la aplicación de la regla de exclusión. Tal competencia se radica en la fiscalía General de la Nación, en el juez de control de garantías, en el juez de conocimiento y, en caso de no aplicación de la regla de exclusión, en la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación.

Sobre estos ámbitos de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita se pueden hacer las siguientes consideraciones:

a. A la Fiscalía General de la Nación le corresponde la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito y en desarrollo de esa función le incumbe la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades que desarrolle la policía judicial. Estas autoridades están habilitadas para recibir denuncias, querellas e informes y si de ellos se infiere la posible comisión de un delito pueden realizar de inmediato actos urgentes como inspección en el lugar de los hechos, inspección de cadáver, entrevistas, interrogatorios; identificar, recoger, embalar técnicamente elementos materiales probatorios y

evidencia física y registrar entrevistas e interrogatorios y someter todo ello a cadena de custodia.

Sobre estos actos urgentes y sus resultados, la policía judicial debe presentar un informe ejecutivo al fiscal competente dentro de las 36 horas siguientes para que asuma la investigación. Con base en tal informe, el fiscal debe trazar un programa metodológico de investigación y ordenar la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales. En el momento en que analiza la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, “si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal”. (Artículo 212 de la Ley 906 de 2004).

Como puede apreciarse, este es el primer momento en que se excluyen los elementos materiales probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades esenciales para la práctica probatoria. En este caso, se trata de una atribución que ejerce el fiscal competente para asumir la investigación pues esa calidad le permite realizar un control jurídico sobre la actividad cumplida por la policía judicial. Este rol del fiscal es consistente con su calidad de autoridad judicial y por tanto vinculada al respeto de las garantías fundamentales en la actuación procesal. Se trata de evitar que los elementos materiales probatorios obtenidos ilícitamente sean allegados a la indagación o investigación y en virtud de ello ni siquiera deben ser puestos a consideración del juez de control de garantías pues no tendrán ningún alcance incriminador y, por el contrario, deslegitimarán la actividad investigativa de la Fiscalía General.

- b. El segundo ámbito institucional de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita está determinado por el juez de control de garantías. Es

decir, en aquellos eventos en que la Fiscalía ha ordenado registros, allanamientos, interceptaciones de comunicaciones e incautaciones, los elementos probatorios obtenidos deben ser puestos a disposición del juez de control y este funcionario, en caso de establecer que en esas actuaciones investigativas se han vulnerado derechos fundamentales o se han desconocido las formalidades esenciales para su realización, debe asumir como ilícitos los elementos probatorios recaudados y, mediante una decisión de plano e inimpugnable, debe ordenar su exclusión de la indagación o investigación.

Debe tenerse en cuenta que el juez de control de garantías es una figura básica del sistema acusatorio. En la fase previa al juicio, él encarna la separación de las funciones de investigación y acusación de las de funciones judiciales como esencia de un proceso penal democrático. Ello es así en cuanto su presencia impide que sea la autoridad instructora la que se convierta en juez de sus propios actos de restricción de derechos fundamentales del indiciado, imputado o acusado. Y un ámbito importantísimo del rol a desempeñar por tal juez de control es precisamente el relacionado con la aplicación de la regla de exclusión de la prueba prohibida. El cumplimiento de esta tarea es vital pues asegura que las labores investigativas se cumplan por la policía judicial y la Fiscalía General de manera compatible con las garantías fundamentales; que la imputación y la formulación de la acusación se propicien sin menoscabar tales garantías; que el juez de conocimiento no se vea afectado por la capacidad incriminadora de la prueba ilícita y pone a salvo la imparcialidad del juez y la presunción de inocencia del indiciado, imputado o acusado.

Lastimosamente, la visión que en la Ley 906 de 2004 se tuvo del juez de control de garantías parece haber sido inversamente proporcional a su importancia como eje del sistema acusatorio. De allí que tal función se haya asumido como una labor que se ejerce de manera simultánea con la de juzgamiento. El verdadero

dimensionamiento de la función de control de garantías, en nuestro criterio, imponía que se asumiera como una labor ejercida por un juez de la misma jerarquía del juez de conocimiento pues solo de esa manera se aseguran, en un sistema judicial verticalizado, su autonomía e independencia. Además, tal función debe ejercerse de manera exclusiva y no como un agregado de la labor de juzgamiento pues se corre el riesgo que se asuma como una tarea secundaria, reducida a un control formal de actuaciones que terminarán por decidirse definitivamente en otros despachos. Como fuere, lo cierto es que, aun con las limitaciones con que ha sido concebido, el juez de control de garantías está llamado a cumplir un papel vital en el nuevo esquema procesal. De allí que urja que esas limitaciones se superen pues solo así será posible el cabal funcionamiento de tal institución.

- c. El tercer ámbito institucional de aplicación de la regla de exclusión es el juez de conocimiento. Como se indica a continuación, este funcionario puede cumplir esa labor en la audiencia de formulación de la acusación, en la audiencia preparatoria y en la audiencia de juzgamiento.

En la audiencia de formulación de la acusación, el juez de conocimiento debe velar por que en el descubrimiento de los materiales probatorios y evidencia física la defensa no sea obligada a descubrir información sobre la cual alguna norma imponga su secreto, como las conversaciones de imputado con su abogado; información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba y apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso. (Artículo 345, Ley 906 de 2004).

En la audiencia preparatoria el juez de conocimiento debe velar por que las partes prueben sus pretensiones a través de medios probatorios lícitos (Artículo 357); debe resolver las solicitudes de exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios

de prueba formuladas por las partes o el Ministerio Público, inadmitir los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones pre acordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el acusado o su defensor consientan en ello (Artículo 359) y debe excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluidos los practicados, aducidos o conseguidos con violación de los requisitos formales previstos en el Código. (Artículo 360). Es importante tener presente que las decisiones de exclusión, rechazo e inadmisión son impugnables. (Artículos 359).

En la audiencia de juzgamiento el juez, por una parte, puede aplicar la regla de exclusión de la prueba ilícita, y, por otra, debe cuidar que la práctica probatoria se surta con estricto respeto de las formalidades legales pues las pruebas pueden devenir ilícitas por incumplimiento de las formalidades esenciales. Como los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación y publicidad imponen que la sentencia se base únicamente en la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento, el estricto cumplimiento de ese deber es ineludible. En tal sentido, por ejemplo, el juez debe informar al acusado del derecho que le asiste de guardar silencio y no auto incriminarse; verificar si una manifestación de culpabilidad conlleva desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales; impedir que se mencione o sea objeto de prueba el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones pre acordadas; admitir medios probatorios que no violen derechos humanos; no dictar sentencia condenatoria basada exclusivamente en pruebas de referencia; observar la exoneración constitucional del deber de declarar; inadmitir documentos anónimos como medio probatorio; admitir la prueba de referencia solo cuando se está ante excepciones legales; excluir las declaraciones de referencia múltiple que se tomen ininteligibles por la supresión de los apartes no cobijados por las excepciones legalmente previstas y permitir la utilización de pruebas de referencia que no sean pruebas admisibles solo para fines de impugnación.

En síntesis, nótese como la prueba ilícita, en distintos momentos, puede ser excluida por el fiscal, caso en el cual se realiza un control sobre la actividad de la policía judicial; por el juez de control de garantías, evento en el que el control se realiza sobre la actividad de la Fiscalía y por el juez de conocimiento, supuesto en el cual se controla la actividad de la fiscalía y se corrige la eventual percepción equivocada del juez de control de garantías. Como puede advertirse, coexisten varios ámbitos de control de la licitud de la prueba, ámbitos que resultan compatibles con la idea directriz del proceso penal de hoy de propiciar un juicio justo o, en la terminología del artículo 251 de la Carta Política, de permitir un juicio con todas las garantías.

- d. Finalmente el cuarto ámbito institucional de aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita es el recurso extraordinario de casación. No obstante, se debe tener presente que en este ámbito ya no se trata de aplicar tal regla sino de realizar un control constitucional y legal de las sentencias en las que ella se inaplicó. En este punto, nos remitimos a los argumentos expuestos e le literal D del capítulo anterior.

4. BALANCE.

Si se intenta un balance entre el régimen constitucional y legal anterior al Acto Legislativo 03 de 2002 y el consagrado en la Carta Política a partir de la reforma introducida por este y desarrollada por la Ley 906 de 2004, se advierte que en aquel existían las siguientes dificultades en materia de prueba ilícita:

- No se fijaba una noción de prueba ilícita.
- No se regulaba la prueba derivada ilícita y los criterios para su determinación
- No se indicaba lo que debía entenderse por exclusión de la prueba ilícita
- No se consagraba el deber de declaración expresa de la ilicitud de la prueba
- No se regulaban las consecuencias procesales del desconocimiento de la regla de exclusión
- No se consideraba la pérdida de competencia del juez de conocimiento en razón de la inaplicación de la regla de exclusión.

Frente a estos vacíos legislativos, la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia penal emprendieron la difícil tarea de estructurar un sistema de reglas que desarrollaran la noción de prueba ilícita y que determinaran las condiciones de su exclusión en el proceso penal. Estos desarrollos fueron muy importantes y permitieron superar los vacíos legislativos ya indicados. Buena parte de estas construcciones jurisprudenciales se refleja en el régimen de la prueba ilícita contenido en la Ley 906 de 2004. En tal sentido:

- Se desarrolla la noción de prueba ilícita y se lo hace de tal manera que en ella se da cabida a la prueba inconstitucional y a la prueba ilegal.
- Se regula la prueba derivada ilícita y se fijan los criterios que se deben tener en cuenta para su determinación y exclusión

- Se indica que debe entenderse por exclusión de la prueba ilícita: La prueba es nula de pleno derecho y debe excluirse de la actuación.
- Se consagra el deber de declaración de la ilicitud de la prueba.

No obstante esos avances importantísimos, quedaron pendientes de regulación otros aspectos como:

- La determinación de las consecuencias procesales del desconocimiento de la regla de exclusión.
- La pérdida de competencia del juez de conocimiento en razón de la inaplicación de la regla de exclusión.

Con todo, así como en otro momento los jueces colombianos asumieron la tarea de construir líneas jurisprudenciales que desarrollaran el concepto de prueba ilícita y sus consecuencias procesales, muy seguramente, frente a la nueva normatividad constitucional y procesal, realizarán esfuerzos para superar las consecuencias de los vacíos legislativos ya advertidos, prioritariamente en lo relacionado con las consecuencias de la inaplicación de la regla de exclusión.

Es en este punto donde la judicatura colombiana debe afrontar un nuevo reto: Desarrollar líneas jurisprudenciales que le asignen a la no aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, consecuencias que sean compatibles con la exigencia de la legitimidad que una democracia constitucional le impone al proceso penal.

De ser así, en un futuro será posible que en sede de casación se invalide un juicio en el que se dicte una sentencia condenatoria apoyada en pruebas ilícitas gravemente lesivas de derechos fundamentales y que se lo haga a pesar de existir prueba autónoma que soporte la condena. De igual manera, en sede de tutela, será posible el amparo constitucional del derecho a un juicio con todas las garantías cuando una sentencia condenatoria se base en pruebas lícitas y en

pruebas ilícitas gravemente lesivas de los derechos fundamentales. Esta expectativa de evolución jurisprudencial es fundada pues si de lo que se trata en una democracia constitucional es de concebir a los derechos fundamentales, no como formulaciones retóricas, sino como fundamento y límite de los poderes públicos, un proceso así deberá repetirse para que a una condena se llegue, si hay lugar a ella, realizando el derecho del acusado a un juicio con todas las garantías y no renegando de él.¹⁶

¹⁶ Instituto de Estudios del Ministerio público, Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, colección de derecho penal No. 2 PGN, 2005, UPEGUI Y. Rodrigo y otros, pag.323-347

5. LIBERTAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL.

-- Que sean públicos los juicios, publicas las pruebas, del delito. --Era lo expresado en su tiempo “por Beccaria” que todos estos procedimientos se parezcan a una mancha que quema imperceptiblemente hasta ser explotar la bomba -- lo expresaba -- Voltaire -- pero que la publicidad sea el alma de la justicia -- era el pensamiento de -- Bentham --

-- Dadme el Juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa con tal de que nada pueda ser sino en presencia del público --- Mirabeau --

Hoy en el proceso penal acusatorio, el llamado sistema de tarifa legal probatorio que prevaleció en otros tiempos fue objeto de reparo y ha sido reemplazado por la libertad probatoria. Al presente la regla general es que las partes pueden presentar al juez de conocimiento de los hechos a través de cualquier medio de acreditación. Por supuesto ello es comprensible si se tiene en cuenta que un presupuesto necesario para que una decisión se ajuste a derecho es que el juez tenga un conocimiento adecuado de todos y cada uno de los hechos; por más que se conozca el derecho, la decisión no podrá ser justa si no se aproxima en forma razonable a lo ocurrido realmente. En tal sentido, Así la Corte Constitucional ha resaltado que la inadmisión de una prueba debe tener una finalidad constitucionalmente relevante a fin de establecer la verdad real de lo sucedido.

Una de las tantas pretensiones de lo sujetos procesales y que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen al proceso y en contra (C.P., art. 29). Al respecto, las limitaciones legales relativas a la conducencia, pertinencia o admisibilidad de un medio específico de prueba, sólo resulta admisible si persiguen un fin constitucional y las restricciones que entrañan

son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de éste se derivan”.¹⁷

Sin embargo, el conocimiento de los hechos no es el único interés constitucional relacionado con el ejercicio de la acción penal; es necesario velar porque el cumplimiento de dicho propósito no afecte, o lo haga en la menor proporción posible a derechos fundamentales, pues no tendría sentido que el costo del esclarecimiento de un delito fuera la afectación irracional, desproporcionada e ilegítima de los derechos y garantías fundamentales. Al respecto, la Corte Constitucional, precisó:¹⁸

“La búsqueda y realización de la justicia constituye una función primordial para el Estado de Derecho y estructural en el Estado social y democrático. En nuestro contexto constitucional, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también es un instrumento de protección de la víctima y de eficacia de derechos de especial relevancia constitucional. De igual manera, advirtió que el principio de imparcialidad, impone que los jueces deben orientarse “por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

Como bien es sabido, dentro de los parámetros constitucionales, el legislador goza de amplio margen de discrecionalidad en el diseño de los procesos judiciales y en desarrollo de la política criminal, puede adoptar diferentes modelos y técnicas para la averiguación de lo sucedido a fin de establecer la verdad verdadera de los hechos de manera contundente.

En el marco de una sociedad democrática y de derecho, se trata es de concertar la tensión existente entre el respeto de las libertades y derechos de los

¹⁷ T-395 de 2003. Corte Constitucional.

¹⁸ Sentencia C-396 de 2007.

ciudadanos y la efectividad del derecho penal, que en sentido estricto no es más que el reflejo legítimo del ius puniendi del Estado. Con el modelo de justicia penal con tendencia acusatoria adoptado en la Constitución de 1991 el Estado en cabeza de la Administración de Justicia, pretende obtener la verdad con las garantías de la libertad, así lo consagra los artículos. 29, 31, 32 y 33 de la Constitución Política de Colombia, pues si bien es cierto, y sin lugar a dudas la verdad en el proceso penal no puede alcanzarse a cualquier precio ni en todos los momentos y circunstancias históricas. También lo es que, desde la perspectiva constitucional, el proceso penal no se agota en la búsqueda de la verdad, toda vez que el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respecto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez constitucional.

Luego de lo anteriormente estudiado, menester es, tratar la prueba de referencia, tomada esta, en muchas oportunidades como medio probatorio como fundamento para dictar sentencia, absolutorias y/o condenatorias, partiendo de la capacidad de testigo, para ello la abordaremos desde su:

6. GENERALIDADES DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.

6.1. CAPACIDAD DEL TESTIGO.

El medio de prueba que se ofrece para declarar sobre los hechos y sus circunstancias o sobre las actividades realizadas y las evidencias encontradas debe tener capacidad para declarar porque está en condiciones de transmitir al juez el conocimiento, porque los puede recordar, se puede dar a entender de una forma comprensible y porque conoce la diferencia y las consecuencias de decir la verdad y mentir y puede adecuar su conducta de acuerdo con esa comprensión.

Con el fin exclusivo de determinar si el testigo está en capacidad o no de declarar, durante la audiencia preparatoria se puede practicar una prueba pericial o interrogar al testigo.

6.1.2. Regla de privilegios de la prueba testimonial

Hace relación a que el medio de prueba ofrecido no esté amparado por un privilegio constitucional o legal para no ser obligado a declarar, y en el evento en que lo esté, que manifieste su deseo de renunciar al mismo.

Frente a la inmunidad constitucional, lo que se protege son las relaciones surgidas del parentesco o del matrimonio mientras que el privilegio legal protege las relaciones basadas en la confidencialidad. En el primer caso, el testigo obtiene la información del hecho o la responsabilidad en forma directa y tiene el privilegio de declarar o no en contra de la persona ligada con él. En el segundo caso, la información la obtiene del testigo directo, basado en una relación de confidencialidad, con la expectativa legal de que no será revelada a nadie salvo que libere al testigo del deber guardar el secreto y se den las condiciones para que el medio de prueba sea admisible como testigo de referencia.

Si el testigo renuncia al privilegio o es liberada de la obligación de guardar la reserva de la información obtenida con expectativa de confidencialidad, puede decretarse la admisibilidad del medio de prueba. No obstante, sólo al momento del juicio oral se podrá permitir la práctica de la prueba si el testigo renuncia o se certifica la liberación por parte del dueño del privilegio en ese momento (Admisibilidad condicional).

El ministerio Público, como garante de derechos y legalidad de la actuación, deberá velar porque esta renuncia o la liberación se haga en forma libre, consciente, voluntaria y debidamente informada y que el juez haya informado al testigo su derecho u obligación de no declarar.

6.1.3. Solo es testigo quien deponga sobre hechos que hieran sus sentidos.

“Sobre el particular es concluyente la doctrina sentada por la Corte en fallo de 18 de Marzo de 1949 (Tomo LXVI de la Gaceta Judicial):

“ Hasta la saciedad tiene advertido la doctrina probatoria y la jurisprudencia que el testigo no es tal, dentro de la concepción legal de esa índole de prueba, sino en cuanto depone sobre hechos que hieran los sentidos; las ideas que esa percepción suscite en su mente, así sean el producto del más lógico raciocinio, están excluidas de la prueba, pues ella no se destina a introducir opiniones en el proceso sino a la demostración de acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal; es al juez a quien corresponde la determinación de si un acontecimiento probado indica la existencia de otro, y es claro que esa facultad soberana no puede verse interferida por la prueba de la presunción anterior nacida en el entendimiento del testigo y como tal presente en el material de decisión”¹⁹

¹⁹ (C.S.de J. LXXVIII, Pág. 572(2)).

7. EL TESTIGO DE REFERENCIA.

El testigo de referencia es aquel que declara sobre un hecho del que ha tenido conocimiento por intermedio de otra persona; por lo tanto, es un clásico testigo de oídas.

Previo a desarrollar cualquier concepto del tema de estudio, se debe advertir que el testimonio es tal mientras se refiera a los hechos que hubieren herido sus sentidos (lo que el testigo vio, escuchó o percibió) en forma personal y directa, sin la intervención de terceros. Sin embargo, en forma excepcional, el testigo puede referir hechos o circunstancias no percibidos por sus sentidos siempre y cuando tales hechos se encuentren consagrados o de los mismos exista noticia en archivos históricos o ya hubieren sido relatados por otro testigo fallecido, le hubiere sobrevenido grave enfermedad que le impida declarar, hubiere sido víctima de secuestro o desaparición forzada o cuando, mediante dictamen, se compruebe que, el referido testigo, ha perdido la memoria, acontecimientos estos a los cuales nos referiremos con más holgura al ir desarrollando nuestra postura.

8. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA DEL TESTIMONIO.

Testigo (*testis*, cabeza, *testimonium*, atestación) es toda persona natural, hábil o capaz, diferente de las partes del proceso, llamada a informar lo que sabe mediante o en razón del dominio de sus sentidos, sobre el objeto del litigio, con fines probatorios; quien presencia o adquiere conocimiento directo de algo o la cosa con la cual se infiere el conocimiento de un hecho. Para el Diccionario de la Real Academia Española, también se entiende como testigo cualquier cosa aunque sea inanimada, por la cual se arguye o se infiere la verdad de un hecho. Testigo, “es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza”,²⁰ en la práctica adquiere importancia sólo cuando habla y refiere lo que ha visto.

Para Carnelutti (*La prueba civil*, pág. 138) “*El testimonio es, pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo*”; Testimonio es la atestación, aseveración, afirmación, relato, narración o descripción, positiva o negativa y oral que el sujeto hace de los hechos o circunstancias que presencié, mediante explicación suficiente de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que observó lo que relata, lo cual comunica una persona o cosa ante el juez, en virtud de la percepción sensorial del testigo relacionadas, en forma directa, con los hechos afirmados o negados dentro del proceso.

“Testigo –dice Dellepiane, *Teoría General de la Prueba*, Capítulo XX-. Son las personas que relatan un hecho caído bajo su percepción, o hechos que han caído directamente bajo la acción de los sentidos. “Se ha dicho, agrega, que los testigos

²⁰ Dice, C.J.A. Mittemaier (*Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, 9ª Edic. Pág. 313)

son los ojos y los oídos de la justicia, con ello se quiere dar a entender que las percepciones visuales desempeñan el papel principal en el testimonio”.²¹

“La declaración de un testigo, dice más adelante, proporciona una reconstrucción más o menos completa de un hecho pasado por medio de una serie de afirmaciones cuyo grado probable de seriedad, de sinceridad y de cordura, ya sea en bloque o tomadas una a una, habremos de determinar mediante el análisis crítico”²²

²¹ Dellepiane, *Teoría General de la Prueba*, Capítulo XX.

²² (C.S.J.LXVI, pág. 826(1)).

9. REGLAS FIJADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PARA LA VALORACION DEL TESTIGO QUE SE RETRACTA O CAMBIA SU VERSION.

En lo referente a las reglas fijadas mayoritariamente por la Corte en torno a la valoración de declaraciones anteriores del testigo que comparece al juicio cabe hacer las siguientes precisiones:

9.1. IMPUGNACIÓN DE LA CREDIBILIDAD.

Lo común es que la impugnación de un testigo la haga la contraparte y esté orientada a restarle la credibilidad al testimonio; por ello las normas citadas hacen alusión a que cuando las declaraciones anteriores sean utilizadas con dicho propósito deben ser leídas durante el conainterrogatorio. Sin embargo, tal como sucedió en el caso analizado por la Corte en la sentencia relacionada, es posible que la parte que solicitó la práctica del testimonio se vea enfrentada a que el testigo modifique de manera sorpresiva la versión que había entregado en la entrevista o declaración rendida antes del juicio oral; en este caso, según la posición mayoritaria de la Corte Suprema, podrá realizar el procedimiento mencionado, con el propósito de incorporar la declaración anterior a la versión entregada durante el juicio oral. En lo que se refiere a las dificultades que puede enfrentar una parte con los testigos que ha solicitado, en el derecho comparado se admite inclusive que bajo ciertas circunstancias sea posible hacer excepciones a la prohibición de realizar preguntas sugestivas durante el interrogatorio directo:

“El fiscal da “comienzo con el examen directo del testigo, en el cual de ordinario no se permiten preguntas sugestivas. Por excepción se permite la pregunta sugestiva en el examen directo al testigo hostil, a la parte adversa o identificado con la parte adversa o a una persona con grandes limitaciones de expresión bien por corta o edad o capacidad, o cuando por

razón de pudor está renuente a hablar, como el caso de la víctima de delitos sexuales”.

9.1.2. Valoración a las declaraciones anteriores.

La posibilidad de valoración de declaraciones anteriores del testigo que comparece a la audiencia de juicio oral está supeditada a que se siga el procedimiento señalado por la Corte, es decir, a que sea leída la declaración anterior y a la posibilidad de que la contraparte ejerza el contradictorio. Así, si el fiscal considera útil que el juez valore lo que sus testigos o los testigos de la contraparte expresaron en declaraciones anteriores al juicio oral, debe cuidarse de utilizar adecuadamente dichas declaraciones en la audiencia de juicio oral, so pena de que la pretendida valoración no sea pertinente.²³ Nótese que la Corte hizo énfasis en que en ese caso las declaraciones anteriores no podía ser objeto de valoración porque no se siguió el procedimiento a que hemos hecho alusión.

9.1.3. Lectura de la declaración anterior.

Aunque las normas relacionadas con la utilización de las declaraciones anteriores para fines de impugnación, e incluso la jurisprudencia que se ocupa del tema, hacen alusión a la lectura de la declaración anterior, la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite inferir fácilmente que lo fundamental es que la versión previa sea conocida en el desarrollo de la audiencia del juicio oral, independientemente del medio en que se encuentra contenida. En este orden de ideas, si se trata de una grabación fonóptica o de un video, deben ser reproducidos en juicio para que todos los intervinientes escuchen lo expresado por el testigo.

²³ sentencia del siete de febrero de 2007, radicado 26727.

9.2. EL CAMBIO DE VERSIÓN DEL TESTIGO Y EL ROL DEL FISCAL.

El fiscal debe anticiparse a la posibilidad de que uno o varios de sus testigos cambien su versión durante la audiencia del juicio oral o se retracten de lo expresado con antelación a esta, sobre todo cuando la relación entre la víctima y el acusado pueda dar lugar a presiones de diversa índole piénsese, por ejemplo, en los delitos sexuales cometidos al interior de una determinada familia, o cuando se trate de la desarticulación de poderosas bandas delincuenciales con la judicialización de sus integrantes. Parte de la preparación consiste en establecer las condiciones que han rodeado al testigo y que pueden llevarlo a cambiar su versión, como amenazas o presiones orientadas a evitar que el testimonio sea conocido por el juez. En esta materia, es importante prestar especial atención a los delitos sexuales, pues en ocasiones la dependencia económica, la relación sentimental entre los adultos (cuando la víctima es menor de edad), entre otros aspectos, pueden generar una atmósfera que conduzca al testigo a cambiar su versión. Si lo que se pretende es utilizar las declaraciones anteriores en los términos referidos en este apartado, es conveniente ilustrar al juez sobre las razones que puedan explicar o motivar el cambio de versión, según el caso.

9.2.1. La Retracción y el ejercicio de la Justicia.

La posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores de los testigos ofrecidos por la fiscalía, cuando estos cambian la versión o se retractan, debe ser siempre considerada al momento de establecer las estrategias para lograr que se haga justicia. Aunque es posible que el cambio de versión obedezca a la mendacidad del testigo, (aspecto frente al cual el fiscal debe estar siempre atento para evitar convertirse en instrumento para la consumación de una injusticia) el ejercicio de la acción penal no puede ser abandonado o descuidado siempre que un testigo se retracte, pues es posible que el esté siendo víctima de un delito. Esto adquiere mayor gravedad cuando se trata de la víctima, porque es en casos como éste en los que se presentan circunstancias de doble victimización. Así, a manera de

ejemplo, si en una primera versión la víctima ha narrado coherentemente los hechos y estos son corroborados por otros medios de acreditación, el hecho de que se presente una retractación (incluso durante otra declaración por fuera del juicio oral), no significa que el caso deba ser abandonado y que la única salida posible sea solicitar la preclusión de la acción; por el contrario, en esos eventos debe intensificarse la labor investigativa con el propósito de establecer con claridad lo que ha ocurrido, (la víctima siente temor de perder el apoyo económico de su compañero y someter a sus hijos a la miseria, han mediado amenazas u otros hechos) sin perjuicio de la obligación que tiene el fiscal de garantizar la seguridad de la víctima y los testigos.

9.2.2. El testigo comparece a la audiencia de juicio oral pero se niega a responder.

En lo anteriormente dicho se expresaron los presupuestos que hacen legítima la valoración de las declaraciones anteriores del testigo cuando éste se retracta o cambia su versión durante la audiencia del juicio oral. Estos presupuestos, sin duda, están orientados a lograr un punto de equilibrio entre los intereses constitucionales involucrados en este tipo de situaciones, tales como:

El esclarecimiento de la verdad y la garantía del debido proceso, (ambos presupuestos de la justicia material). Entre estos se incluye la posibilidad real de contradicción indagar al testigo por los motivos del cambio de versión, lo que supone el pleno conocimiento de la declaración anterior y la disposición del testigo a contestar las preguntas que le sean formuladas. Al respecto cabe recordar lo establecido en el artículo 16 del ordenamiento procesal penal en el sentido de que el juez solo puede valorar las pruebas sometidas a contradicción. Cosa distinta sucede con los testigos que comparecen al juicio, pero se niegan a contestar el interrogatorio y/o el conainterrogatorio a pesar de las advertencias que haga el juez sobre las consecuencias de faltar a la verdad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia,²⁴ ha dicho, siempre en el contexto de testigos que se mostraron renuentes a responder durante la audiencia de juicio oral, concluyó que en esos eventos el juez puede valorar las versiones rendidas ante la policía judicial siempre y cuando hayan sido recogidas legamente y hayan sido allegadas al juicio de acuerdo con lo establecido en el código de Procedimiento Penal para tales efectos. La Corte apoyó su conclusión en los siguientes fundamentos:

²⁴ Ssentencia 26411 del 8 de noviembre de 2007.

10. FUNDAMENTOS DE LA CORTE PARA CONCLUIR SOBRE LA DECLARACION ANTERIOR .SEA ADMISIBLE.

10.1. EL CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL NO ES RESTRICTIVA.

“Por ello, el concepto de prueba testimonial como medio del conocimiento no es de cobertura restrictiva; no se puede entender cómo, si el testigo directo, en la audiencia del juicio oral se retracta o guarda silencio, entonces de nada valen las imputaciones que hizo ante el órgano de investigación o de indagación, las evidencias que suministró y que fueron aportadas legítimamente por el testigo de acreditación que también declara en el proceso”.

10.1.2. Lo dicho por el testigo en juicio, e incluso su decisión de no decir nada, se articula con la entrevista introducida a través del policía judicial.

“Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia de juicio oral y público dijo otra u optó por no responder absolutamente nada aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que se suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), ofrecen de hecho un dialogo a partir del cual es legitimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc. ¿Esa es la esencia del papel del juez!”.

10.2. EL “PROCESO” A LO LARGO DEL CUAL EL TESTIGO ENTREGA SU VERSIÓN.

“Es factible apreciar la credibilidad del dicho del renuente a partir del “dialogo que ofreció durante el proceso desde el momento del recaudo del elemento material probatorio y evidencia física legamente aceptado en el juicio (art. 275 ib.); es viable apreciar la versión (incluso la actitud pasiva del testigo en la audiencia del

juicio oral y público) y confrontarla con aquella que rindió ante el órgano de indagación e investigación para hacer inferencias absolutamente validas.²⁵ Puesto que se trata en síntesis de apreciar un medio de conocimiento legítimo, de cara a los criterios de apreciación de cada prueba en concreto (testimonial, documental, etc.).

La Corte reitera su concepto de “proceso de suministro de información y hace énfasis en que no es buen derecho desatender lo dicho con anterioridad por el testigo cuando en juicio se retracta o guarda silencio. En síntesis:

No es regla de pensamiento judicial penal (tarifa probatoria negativa) predicar que si el testigo que ayer contesta en el juicio, por esa razón le imprima un sentido absolutorio a la sentencia. Dicho de otra manera, el juez tiene el deber constitucional y legal de apreciar las pruebas válidamente aducidas al proceso y fallar en justicia, de conformidad con el sistema de persuasión racional con apoyo en los medios probatorios con los que cuenta el proceso”.

Puede advertirse que existen diferencias sustanciales en la forma en que la Corte ha tratado el tema de la utilización de las declaraciones anteriores del testigo con el propósito de incorporarlas a la declaración rendida en el juicio: En el primer evento (cuando el testigo está dispuesto a responder y aclara el porqué del cambio), el alto tribunal hace énfasis en las posibilidades reales de contradicción como presupuesto de admisibilidad del medio de acreditación, mientras que en el segundo (cuando el testigo calla), los fundamentos de la posibilidad de valoración

²⁵ (33) *Por ejemplo, el Tribunal Supremo Español, en providencia del 8 de julio de 1997, resaltó: “es sabido que la prueba pericial debe practicarse, si es posible, en el acto del juicio oral. Pero dichas pruebas, al menos casi todas ellas, exigen que con anticipación los expertos hayan llevado a cabo su tarea, muchas veces difícil y compleja cuando no necesitada de tiempo y análisis exhaustivos. En cualquier caso es un acto de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales, sirviendo así para constatar una realidad no captable directamente por los sentidos en contraste con otras pruebas. Ello no obstante, y en la línea de lo dicho es una prueba que carece de virtualidad probatoria definitiva si no se desenvuelve de manera total, como consecuencia de lo que la inmediatez, la publicidad, la oralidad y la contradicción imponen en el plenario.*

son asociados a la necesidad de esclarecer la verdad y a la trascendencia de las actividades realizadas por la policía judicial.

Sin desconocer la importancia de los pronunciamientos de la corte Suprema de Justicia –aspecto que fue tratado en el módulo de Argumentación-, debe tenerse especial cuidado con la posibilidad de admitir como prueba las entrevistas del testigo cuando éste decide guardar absoluto silencio durante la audiencia del juicio oral, pues, en estricto sentido, desde la perspectiva del derecho de contradicción, no existen mayores diferencias entre el testigo que opta por no comparecer a la audiencia de juicio y el que decide comparecer pero no dice una sola palabra o simplemente expresa que no declarará sin importar las consecuencias jurídicas que de ello se deriven.

10.3. EL TESTIGO NO COMPARECE A LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL.

Aunque en otro apartado nos referimos a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en torno a la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral cuando no es posible lograr la comparecencia del testigo,²⁶ es conveniente retomar el tema para resaltar que las limitaciones al derecho de contradicción derivadas de la imposibilidad de contrainterrogar al testigo, tienen su espacio de discusión en el escenario de la prueba de referencia, ya que por implicar la limitación de la contradicción y la intermediación, fue objeto de una específica reglamentación por parte del legislador, tanto en su admisión excepcional como en su limitación para servir de fundamento exclusivo a la sentencia condenatoria. Así lo expresa la Corte en la providencia en mención.

Por tanto, la tendencia plasmada en la sentencia 27477, la más reciente de las que hemos analizado hasta ahora, aunada a la consideración de que el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal consagra una especie de cláusula residual

²⁶ Sentencia 27477 del seis de marzo de 2008.

en materia de admisibilidad de prueba de referencia, podría tenerse en cuenta para intentar una mejor solución a los casos en que el testigo se encuentra físicamente disponible en la audiencia de juicio oral, pero jurídicamente no lo está, dada la imposibilidad de obtener sus respuestas con respecto a los hechos que personalmente presencié.²⁷

Dentro del derecho procesal penal, se advierte como:

²⁷ LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO, BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, Módulo de formación para fiscales, Fiscalía General de la Nación.- Bogotá: Escuela de Estudios e investigaciones Criminalísticas y ciencias forenses, págs.117-169, 2008.

11. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA LEY 906 DE 2004.

La prueba de referencia es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio. (L. 906/2004, art. 437).

12. OTRAS POSTURAS RESPECTO DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.

En otras voces y trayendo a colación diferentes posiciones menester es manifestar que, la prueba de referencia no es más que una prueba practicada fuera del juicio, que se lleva a éste por medio de registros escritos, surgida ante autoridades diferentes al juzgador, sin contradicción y sin concentración. Para decirlo con otras palabras, la prueba de referencia constituye un supuesto de manifiesto desconocimiento de los principios constitucionales de las pruebas penales y por lo mismo resulta inadmisibile.

El fundamento de la proscripción de la prueba de referencia en el proceso penal de hoy, remite a la imposibilidad de contradicción del elemento material probatorio y, en consecuencia, a la inviabilidad de que el mismo se convierta en prueba. Para decirlo con otras palabras; la prueba de referencia está prohibida, como regla general, porque ella no puede ser contradicha por el acusado o por la defensa, por ejemplo:

13. VERBIGRACIA.

Si A dice en el juicio que B le contó que vio al acusado C cometer el delito este último necesita que B acuda al juicio para contradecir su afirmación. Si ello no es posible y si solo acude a A, es obvio que, respecto de éste, C no puede ejercer contradicción alguna, pues a este último solo le consta la afirmación hecha por un tercero y no un hecho que interesa al proceso. Si ello es así, la sola afirmación de A, por lo menos como regla general, no puede tomarse como prueba pues en el proceso penal solo reviste esa calidad aquella que ha sido practicada con estricto respeto de los principios constitucionales que la rigen y, por lo tanto, contradicha por el acusado.

Por ello, en este punto, deben apreciarse con detenimiento precedentes jurisprudenciales en los que se asume que las pruebas de referencia plantean problemas de credibilidad y no de legalidad²⁸. En cuanto a la primera, concurren sólidos argumentos para considerar que las pruebas de referencia no plantean problemas de credibilidad, configurados por el constituyente y no por el legislador. Es decir, cuando se habla de pruebas de referencia, no se hace alusión a pruebas legítimas pero que no son dignas de credibilidad, sino a pruebas ilegítimas y, por lo mismo, no susceptibles de valoración. Y en cuanto a lo segundo, es discutible que los elementos materiales probatorios recaudados antes del juicio puedan contribuir a la convicción del juzgador, pues con ello se está rodeando de la calidad de prueba a actuaciones cumplidas fuera del juicio y, como es obvio, sin cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 250.4 ya citado. En uno y otro caso se debe obrar con mucho cuidado, de tal manera que la prueba de referencia y los elementos materiales probatorios, en los casos excepcionales en que pueden admitirse en el juicio, no desnaturalicen la estructura probatoria de éste.

²⁸ *Sentencia del 30 de marzo de 2006, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado No.24.468,M.P. Edgar Lombana Trujillo*

Ahora bien. No puede desconocerse que, en contextos como el nuestro, es posible que, aprovechándose de la proscripción de la prueba de referencia, se fuerce la ausencia de testigos de cargo con la finalidad de evitar fallos de condena. Frente a esa situación es obvio que la jurisdicción debe determinar si, con base en los medios de conocimiento legítimamente practicados, hay lugar o no a demostrar la responsabilidad del acusado pues si bien es cierto, que no se puede dictar una sentencia con base en pruebas de referencia, ello no implica que el juez no pueda valorar las pruebas lícitamente aducidas, incluida la prueba como indicios, para inferir de ellas la responsabilidad o no del acusado. Desde luego, que hay que respetar los principios constitucionales de las pruebas penales consagrados en el artículo 250.4, que llevan la proscripción de la prueba de referencia. Pero ello no implica que al juzgador no le sea exigible el deber de buscar decisiones jurídicamente correctas y materialmente justas. De allí que si en un caso es evidente que el testigo de cargo no concurrió al juicio, la toma de la decisión pase por la búsqueda de una postura que satisfaga esas exigencias; claro, haciéndolo de manera congruente con el sistema jurídico. De lo contrario, si la jurisdicción prescinde de ese esfuerzo, resultaría fácil burlar la administración de justicia, mucho más en medios como el nuestro, intolerantes y violentos: Bastaría con amenazar o corromper a los testigos de cargo para que no vaya al juicio y para asegurar la impunidad de los delitos, lo que chocaría con las funciones de la administración de justicia en un régimen democrático.

De otro lado, cuando se trata de afirmaciones hechas por el acusado fuera del juicio y que son aludidas luego por terceros ante el juez de conocimiento, en estricto sentido, no se está ante pruebas de referencia. La razón es obvia; El acusado no puede plantear la imposibilidad de ejercer el derecho de contradicción respecto de sus propias afirmaciones ya que le asiste la facultad de declarar en su propio juicio. Esta situación explica las reglas por las que se opta en los sistemas de tendencia acusatoria, en el sentido de no incluir las afirmaciones del acusado

en el concepto de prueba de referencia o en el sentido de considerarlas como una excepción a la regla general de su proscripción.

Finalmente, si bien lo más frecuente es que la proscripción de este tipo de prueba gire en torno a pruebas de cargo, cabe también la posibilidad de que esa proscripción se aplique a pruebas de descargo aducidas con manifiesto desconocimiento de los principios probatorios consagrados en el art. 250.4 de la Constitución. Lo expuesto pone de presente la necesidad de extremar cuidados frente a este tipo de situaciones; Bien se puede diseñar una estrategia defensiva que parta del silencio del acusado en el juicio, pero que comprenda la incorporación a éste de la información conocida por aquel mas no en forma directa, sino contando con la intermediación de un tercero que oficie como investigador. Nótese que con este proceder esa información llegaría al juicio, sin fórmula de juramento para el acusado y con la garantía de no ser conainterrogado por la fiscalía. Y qué duda cabe en cuanto a que estas prácticas no deben ser toleradas por los jueces y tribunales, por lo menos si lo que se pretende es mantener el carácter transparente y democrático del proceso penal.

Ahora especial consideración merecen las vicisitudes presentadas en el nuevo proceso penal en relación con el testimonio del acusado que declara en su propio juicio. Para aproximarse a esta problemática hay que recordar que existen dos alternativas; una, propia de los sistemas anglosajones, en la que el acusado no está obligado a declarar en su propio juicio y en la que puede optar por declarar, pero, en caso de hacerlo, su declaración se recibe bajo juramento y con el riesgo de ser condenado por perjurio, y otra, propia de los sistemas continentales, en los que el acusado puede declarar en su propio juicio, sin la solemnidad del juramento y sin incurrir en responsabilidad penal. La primera alternativa torna excepcional la declaración del acusado en su propio juicio, en tanto que la segunda convierte esa declaración en regla general. Estas divergencias se explican por la primacía que en el primer modelo se da a la pretensión de eficacia del sistema penal y por la

preeminencia que en la segunda se le reconoce al derecho de no auto incriminarse.

En Colombia, el texto original de la Ley 906 de 2004 permitía que el acusado declararse en su propio juicio pero bajo juramento. Es decir, optó por el primero de los modelos y aludidos. No obstante, el artículo 394 de la Ley 906 de 2004 fue objeto de control constitucional y en la sentencia C-782 de 2005.²⁹ se condicionó la constitucionalidad de la norma en el entendido que el juramento prestado por el declarante no tendrá efectos penales adversos respecto de la declaración sobre la propia conducta del testigo y que ello debía serle informado por el juez, juntamente con el derecho que le asistía a guardar silencio y a no autoincriminarse. Con esta determinación, el sistema procesal optó por el segundo de los modelos mencionados. Como consecuencia de este giro jurisprudencial, la situación del acusado, en tanto testigo, ha variado sustancialmente, pues hoy puede declarar sin el riesgo de incurrir en falso testimonio.

²⁹ Corte constitucional, sentencia No. C-782 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

14. ADMISION DE LA PRUEBA DE REFERENCIA Y SU USO EXCEPCIONAL.

Se permite el empleo de la prueba de referencia o mejor es admisible en dos casos.

14.1. CUANDO EL DECLARANTE:

- a.) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación.
- b.) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.
- c.) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.
- d.) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o de archivos históricos” (L. 906/2004, art. 438). Tema que abordaremos con más profundidad en las páginas siguientes.

14.1.1. Para fines de impugnación

Con fines de impugnación de la credibilidad del testigo o perito, pueden emplearse declaraciones que no constituyan prueba de referencia inadmisibles.

15. PRUEBA DE REFERENCIA MULTIPLE.

Cuando una declaración contiene apartes que constituyen prueba de referencia admisible y no admisible, deben suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en el acápite anterior, salvo que de proceder de esa manera la declaración se tome ininteligible, en cuyo caso se excluye la declaración en su integridad.

16. IMPUGNACION DE LA CREDIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

La credibilidad de la prueba de referencia puede cuestionarse por cualquier medio probatorio y en los mismos términos que la prueba testimonial.

Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.

16.1. ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PRUEBAS DE REFERENCIA

“El código de Procedimiento Penal para el sistema acusatorio, Ley 906 de 2004, contempla un régimen especial para las pruebas de referencia, cuya regulación, si bien no es precisa y puede llamar a confusiones, tiende a acompañar sus propósitos con los parámetros internacionales de justicia.

En Colombia, el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004, consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 (conocimiento personal) que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

Ello es así, porque forma parte del principio de inmediación,³⁰ en materia probatoria que el contenido de la declaración se circunscriba a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, para no romper la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

En virtud de aquel principio, en el juico oral únicamente se estimarán los contenidos probatorios que se hubiesen producido e incorporado en forma pública,

³⁰ Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 16.

oral y ante el Juez de conocimiento, con excepción de los eventos en que se admite la prueba anticipada y la prueba de referencia.³¹

Sin embargo, no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, caso en el cual, acreditada en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez al testigo de referencia, que también suele llamarse testigos de oídas o testigo indirecto, y es una especie del género de pruebas de referencia admisibles en la legislación.³²

Acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la practica excepcional del testimonio de referencia: similar tipo de condicionamientos, *mutatis mutandis*, se predica en general de todas las pruebas de referencia.

En el anterior sentido el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004), señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es

³¹ *Artículos 15, 378 y 379 ibídem.*

³² (3) – *Artículos 437 y ss. Ibídem.*

excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del principio de intermediación.

Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción.³³ Quiere decir lo anterior que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato directo. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brindan otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.

La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia y el valor menguado que la Ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al Juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.

De otro lado, la prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad; y es válida también como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004.

³³ (4) –Cfr. Sala de Casación Penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323

Por lo demás, superadas las exigencias legales de pertinencia y aducción de la prueba de referencia, su contenido se apreciará en conjunto, con el resto de medios de conocimiento, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.³⁴

Ahora bien, como se manifestó anteriormente, el artículo 438 del mismo código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco institucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente entorno de su credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la fiscalía, de la defensa o el Ministerio Público (por excepción) y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados de otros.

³⁴ Artículo 382 *ibídem*.

Frente a tal eventualidad u ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada *ex ante*, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella puede derivarse.

Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico, video conferencia³⁵. Sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó.

Un caso especial constituyen los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si o recauda fuera de la Sala de Audiencias (L. 906/2004, art. 383); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonio de referencia u otra prueba de la misma índole.

Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado *ex profeso*, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de

³⁵ Artículo 146, numeral 5 *ibídem*

victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física o moral.

El numeral 1 del artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño”.

En síntesis, las pruebas de referencia el testimonio de oídas o indirecto entre ellas sólo son pertinentes por excepción cuando por alguna razón acreditada en términos razonables no se pueda recaudar la prueba directa; y como tal, la prueba indirecta no es válida por sí sola, ni en conjunto de pruebas indirectas, para desvirtuar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, sino que siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento.

No está por demás recordar que la legislación procesal penal colombiana otorga a la prueba de referencia un tratamiento que en términos generales acompaña con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias de alguna manera informan el estado de la cuestión en el concierto de las naciones. A manera de ejemplo del estudio del tema en el derecho comparado, se trae la sentencia del 31 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.³⁶

³⁶ Fuente: Internet. jurisprudencial/Tribunal%20del%20Jurado/jurisprudencia%20%20Jurado%20-%20ad%20quem%20-%2083.htm)

“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad. (...)

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10.2 CE en relación con el art. 60 del Convenio europeo de derechos humanos. Sentencias del tribunal europeo de derechos humanos caso Delta, de 19 diciembre de 1990); caso Isgro de 19 de febrero de 1991; caso Asch, de 26 de abril de 1991, entre otros) (...)

El tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la institución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifica la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta cc. Franci Elena, 19 diciembre de 1990; Isgro c.

Italia, 19 febrero 1991; Asch c. Austria, 26 abril 1991; en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 de septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992)” (C.S. de J. Sentencia de marzo 30 de 2006, M.P. Edgar Lombana T.Rad. 24468).

17. REGLA DE AUTENTICIDAD, AUDIENCIA PREPARATORIA

Se refiere a que los elementos materiales probatorios o evidencia física que se ofrece no hayan sido alterados o modificados en forma intencional o accidental y por tanto, conserven las características propias del objeto como fue hallado.

Quien ofrece una evidencia física debe demostrar su autenticidad, por cuanto es la única forma en que el juez puede confiar en la evidencia y darle un valor probatorio.

La demostración de la autenticidad se puede hacer por los diferentes métodos previstos en el Código de Procedimiento Penal, a saber:

- Demostrando el cumplimiento de las reglas de la cadena de custodia.
- Auto autenticación
- Reconocimiento del documento por parte de la persona que lo elaboró.
- Reconocimiento de la persona contra la cual aduce.
- Certificación expedida por la entidad calificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
- Informe de experto en la respectiva disciplina.

Presentado el debate sobre las solicitudes de exclusión o inadmisión de la evidencia física o del medio de prueba, el juez debe decidir si decreta o no la práctica de las pruebas ofrecidas, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.³⁷

³⁷ EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL NUEVO PROCESO PENAL, Colección de ensayos, 1ª Ed.- Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Págs. 277-280, 306-308, 2008.

18. CASUISTICA.

Delitos: Tentativa de homicidio y robo.

Fecha: 18 de Diciembre de 1935.

Concepto del Ministerio Publico.

Hechos: El Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia de diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y dos, reformó este auto de proceder, y llamó a juicio a Saad Dlaikan por el delito de Homicidio frustrado que define y castiga el Capítulo I, del Título I del Código Penal. Y además de este cargo llamó también a juicio por uno de los delitos de robo de que habla el Capítulo I, del Título III, del libro III del Código antes citado. Todo ello con intervención del Jurado.

Por manera que en este proceso, y conforme al auto de proceder, se imputaron a Saad Dlaikan dos cargos: el de homicidio frustrado y el de robo.

Extracto

“Resulta, pues, comprobado plenamente que Dlaikan se presentó al almacén de Muvdi, en donde nada tenía que hacer, puesto que este ni siquiera lo conocía, armado de una pistola cargada con varios proyectiles; por uno u otro motivo, ya que no se conoce el verdadero, desde luego que el agresor y el agredido están en desacuerdo respecto de él, sacó el arma y la disparó tres veces, a quemarropa, sobre la persona de Muvdi, a quién hirió en el muslo con uno de esos disparos, causándole cuarenta y cinco días de incapacidad. Y está comprobado también plenamente, con abrumador número de testimonios, que Dlaikan había ofrecido matar a Muvdi si no le daba una suma de dinero.

“El propósito deliberado del agresor está de tal manera relacionado con su ataque antisocial y violento, que no hay manera lógica de negar su intención homicida, premeditada e inexorable. Y ¿cómo puede calificarse racional y jurídicamente el atentado?

“la diferencia positiva o sustancial entre delito frustrado y tentativa, es tan sutil, de tan leve apariencia, que ella escapa muchas veces a la observación y no puede definirse acertadamente para formar regla general.

En esta materia los maestros en la ciencia penal han divagado y expuesto sus ideas sin llegar a un acuerdo completo, y esto porque, como en muchas cosas de la vida, las circunstancias en cada caso particular son las que deciden de su naturaleza y alcance. Dejando, pues, de lado las teorías y los ejemplos ilustrativos, debemos atenernos al precepto de nuestro estatuto y estudiar el caso concreto que se contempla.

“Hay delito frustrado, dice el Código, cuando los actos ejecutados por el agente con el intento de cometerlo, son, por su naturaleza, suficientes para producirlo, y sin embargo, no lo producen por causas o accidentes independientes de su voluntad.

“La tentativa de un delito es el designio de cometerlo, manifestado por algún acto exterior que prepare la ejecución del delito o de principio a ella, sin llegar a constituir delito frustrado.

“Los actos preparatorios y de ejecución llevados a cabo por Dlainkan con el propósito de dar muerte a Muvdi fueron tales, que ellos excluyen la idea de la simple tentativa; partiendo de la resolución fría y deliberadamente adoptada, vienen la aparición inesperada en el almacén; la declaración previa de matar como a un perro; la exhibición de un arma cargada con proyectiles, suficiente, por su naturaleza, para producir el homicidio; el disparo repetido de esa arma a quemarropa, es decir, a cortísima distancia, y finalmente, la manifestación de pesar del agresor por no haber conseguido su objeto por causas independientes de su voluntad. Si estos actos de Dlainkan no constituyen delito frustrado, tal entidad jurídica debe desaparecer del Código del ramo”.

El treinta de junio de mil novecientos treinta y cuatro el Juez 1 Superior de Santa Marta dictó sentencia condenatoria contra José del Carmen Herrera y Ana Dolores Santana de Contreras, a quienes se seguía causa por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Ángel Contreras Sepúlveda.

De esta sentencia apelaron los encausados para ante el Tribunal Superior de Santa Marta. Refiriéndose a este recurso, el señor Procurador dijo en su vista:

“En el auto de proceder se leen estos párrafos: `Por todo lo que se deja dicho se ve que este homicidio fue premeditado y que en su ejecución mediaron las circunstancias de alevosía, traición y sobreeseguro, sorprendiéndose descuidada, indefensa y desapercibida a la víctima. La complicidad de Ana Dolores consiste en que ella, espontáneamente y a sabiendas cooperó, si no a la ejecución del delito en el acto de cometerse, si proporcionó el arma con que había de asesinarsse a su esposo. Sus conversaciones secretas con Herrera, antes y al día siguiente del asesinato, son también indicios graves en contra de su responsabilidad`.

Una esposa que conversa en secreto con su amante, presunto matador de su marido, poco rato antes del crimen y que presencia éste sin tratar de impedirlo, sino que, al contrario, esconde el arma instrumento del delito y luego abandona su casa y sus pequeños hijos para conversar en reserva con el que le dejó viuda, ¿es o no cómplice del asesinato? El Jurado, el Juez de conciencia, resolvió que sí, y la Ley da a entender lo propio cuando ordena que los cómplices sean castigados con las dos terceras partes de la pena impuesta a los autores. El hombre asesinó materialmente, pero la intención, el dolo específico se había, comunicado a la mujer, y de esta suerte ella se solidarizó con las circunstancias del delito; a sabiendas se hizo responsable del hecho con todas sus consecuencias. No se violó, pues, la ley al condenarla como cómplice del asesinato”.³⁸

³⁸ EL MINISTERIO PÚBLICO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Antología de conceptos.- Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, págs. 221-223, 2006.

19. LOS LÍMITES A LA ADMISIBILIDAD DE PRUEBA DE REFERENCIAL.

Para mejor entendimiento, este tema lo abordaremos a partir de la siguiente pregunta:

¿Consagra el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal excepciones taxativas a la inadmisibilidad de la prueba de referencia?

En los párrafos anteriores hicimos alusión a las discusiones del congreso que daban cuenta de la intención de reducir las circunstancias de admisibilidad de la prueba de referencia,³⁹ para evitar que se convirtiera en la regla general. Ello coincide con el artículo 438 del ordenamiento procesal penal que expresa que “únicamente” en los eventos allí enunciados será admisible la prueba de referencia.

Al respecto es necesario hacer las siguientes consideraciones; La admisibilidad de la prueba de referencia, según lo expresado en paginas anteriores, compromete varios intereses constitucionalmente relevantes; de un lado, la inmediación del juez frente a la fuente de conocimiento y el ejercicio del derecho de contradicción por la parte contra la que se aduce el medio de prueba y de otro, el interés legitimo de la víctima y la sociedad en que se haga justicia. Sin embargo, estos planteamientos son muy generales y no siempre son suficientes para resolver todas las situaciones que presenta la casuística. La Corte Suprema de Justicia ha iniciado una línea jurisprudencial sobre el alcance del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, que da cuenta de una interpretación más amplia de este precepto; veamos:

En la sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006 la corte recalca sobre la necesidad de interpretar sistemáticamente el artículo 438, no sólo de acuerdo con la Constitución Política sino en armonía con las demás normas del Código de Procedimiento Penal:

³⁹ (30) Artículo 405 del Código de Procedimiento Penal

Luego, la Corte hace algunas precisiones sobre lo que debe entenderse por testigo no disponible, anotación que resulta importante toda vez que a partir de la misma se plantea la posibilidad de incluir otros eventos de admisión de prueba de referencia no contemplados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal:

“Ahora bien, que el testigo directo pueda comparecer, no solo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico-televideo conferencia-; sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó”.

Seguidamente la corte alude a la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones hechas por un menor por fuera del juicio oral:

“Un caso especial lo constituye los niños y niñas víctimas de delitos sexuales o de otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea necesaria en desarrollo de un juicio oral. El Juez decidirá, con argumentación razonable, si practica su testimonio en la audiencia pública, si lo recauda fuera de la sala de audiencias (artículo 383 de la Ley 906 de 2004); o si prescinde de su declaración directa, en protección de sus derechos fundamentales, que prevalecen en los términos del artículo 44 de la Constitución Política, y en lugar de su testimonio directo autoriza testimonio de referencia u otra prueba de la misma índole”

“Hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial, e inclusive en otro preparado ex profeso, podría someter al niño o niña víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física y moral, configurándose

un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Carta y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el artículo 44 superior ordena proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física y moral”.

Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá ha considerado que:

“las pruebas de referencia que pueden confluír a apoyar una sentencia de condena, son solo aquellas cuya admisión está permitida por una excepción legal a la regla general que ordena la exclusión”. Más adelante considera la posibilidad de admitir la prueba de referencia en otros eventos, siempre que se argumente suficientemente desde la perspectiva constitucional, la necesidad de admitir prueba de referencia más allá de los eventos consagrados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal:

“Podría considerarse la posibilidad de que el juez, con miras a la realización de los fines del proceso penal, admita una prueba de referencia cuya procedencia excepcional no haya sido fijada en la ley; para ello deberá satisfacer una fuerte carga argumentativa”, que permita explicar, a la luz de la Constitución, la excepción al régimen legal”.

En sentencia del seis de marzo de 2008, la Corte Suprema de justicia retoma lo expresado en la (ya citada) sentencia del 30 de marzo de 2006, en el sentido de que el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal no debe ser interpretado de manera aislada. Luego introduce un importante razonamiento según el cual, el segundo literal de la norma citada consagra una especie de cláusula residual incluyente, que le brinda al juez la posibilidad de admitir eventos de prueba de referencia no consagrados expresamente en la norma:

“ Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia (1), alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c), y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

Paralelamente a ello, la norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares.

La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en la excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trata de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”.

A partir de las anteriores consideraciones y luego de reiterar que la prueba de referencia sólo es admisible en casos excepcionales (cuando medien circunstancias que lo ameriten), la Corte explica razones por las que puede admitirse como prueba de referencia la declaración de un testigo cuando no sea posible lograr su comparecencia a juicio:

“Esta apreciación, que es, en esencia, sobre la cual recae la inconformidad del casacionista, es equivocada. Ciertamente es que el motivo que se aduce como justificante para demandar la valoración de estas pruebas como de referencia admisibles (que el declarante vivía en los Estados Unidos), no se encuentra expresamente previsto como hipótesis exceptiva en el artículo 438 del Código, pero ello no necesariamente significa que carezca de esta condición. Ya se dijo que a la par de las excepciones a la regla general de prohibición de la prueba de referencia que expresamente establece el artículo 438, el legislador introdujo una excepción residual de carácter discrecional, que le permite al juez decidir potestativamente sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares, y que del estudio de las características de las excepciones tasadas, surgía que los nuevos eventos debían cumplir, en principio, dos condiciones, (I) que el declarante no esté disponible, y (II) que su indisponibilidad deriva) puede resultar mucho e de circunstancias especiales de fuerza mayor, racionalmente insuperables.

En el caso analizado, Alfonso Ruiz Ramírez, no declaró en el juicio oral por hallarse residenciado en los Estados Unidos y porque la Fiscalía no contaba con la declaración para ubicarlo en el exterior, según se desprende de los elementos materiales probatorios aportados al proceso, y del escrito de acusación, donde se suministra como dirección conocida del testigo, para efectos de su citación al juicio con el fin de ser escuchado en declaración, la que tenía transitoriamente en Bogotá al momento de los hechos.

Estas especiales circunstancias muestra que las exigencias de no disponibilidad del testigo y de insuperabilidad racional de esa indisponibilidad, concurren en el caso analizado, pues el testigo se hallaba fuera del país, y la Fiscalía no estaba en condiciones de garantizar su comparecencia (voluntaria

u obligatoria) al juicio. Y del proceso tampoco surge que estuvieran dadas las condiciones materiales para procurar o coordinar con éxito su asistencia”.

Cabe resaltar que la posibilidad de admitir como prueba de referencia las declaraciones rendidas por fuera del juicio por una persona cuya localización no es posible, tiene especial arraigo en la jurisprudencia española, en la que la exigencia principal es que la parte que pretende aducir dicho medio de prueba acredite la imposibilidad de ubicar y lograr la comparecencia del testigo.⁴⁰

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en lo que tiene que ver con la interpretación del literal b del artículo 438, fue complementada en sala plena,⁴¹ donde se admitió como prueba de referencia la declaración anterior de un menor que no compareció al juicio oral por las presiones de sus familiares.

Los anteriores referentes jurisprudenciales evidencian el interés de la administración de justicia por flexibilizar el rigor del artículo 438, que consagra un listado de excepciones a la prohibición de prueba de referencia en apariencia insuficiente para afrontar adecuadamente las diversas situaciones que presenta la casuística.

En todo caso, debe tenerse en cuenta, como la resalta la Corte Suprema en la última de las sentencias citadas, que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y que en los eventos en que sea admita este tipo de medios de conocimiento debe prestarse especial atención al tema de la valoración, aspecto del que nos ocuparemos en las siguientes líneas.

⁴⁰ STC 41 del 27 de febrero de 2003, entre otras.

⁴¹ sentencia 29609 del 17 de septiembre de 2008

A manera de reflexión, cabe anotar lo siguiente: si la parte interesada en presentar a un testigo en juicio se entera de que éste va a salir del país y anticipa que no será posible su comparecencia al juicio, podrá optar por la alternativa de pedir la práctica de una prueba anticipada, no sólo para brindar mayores posibilidades de contradicción, sino porque una versión recibida ante un juez, bajo la gravedad de juramento, (preferiblemente a través de un interrogatorio cruzado, y debidamente documentada –audio o video-) puede resultar mucho más confiable para el fallador; dado que este no sería uno de los casos de limitación a la prueba de referencia establecidos por el legislador, acerca de su imposibilidad para ser fundamento exclusivo de la sentencia.

20. REGLA DE CONOCIMIENTO DIRECTO (REGLA DE EXCEPCIÓN DE ADMISIÓN).

20.1. VISTO DESDE OTRA PERSPECTIVA

Como ya se ha dicho hace relación a que el medio de prueba que se ofrece, esto es como testigo de los hechos o de acreditación, debe tener un conocimiento personal y directo de los hechos porque los percibió a través de los sentidos o realizó alguna actividad respecto del medio directo. Por tanto, el testigo declarará solo sobre lo que vió, escuchó o percibió y el perito e investigador solo sobre lo realizado directamente con el medio de prueba o el elemento material probatorio. Si el medio de prueba no tiene un conocimiento directo sino que conoce por la referencia o relato que otra persona le hizo de los hechos, no es admisible como testigo, pues al no haber percibido los hechos no puede informar en forma plena sobre los mismos y las circunstancias en que los percibió, lo que afecta su credibilidad como testigo.

Caso típico de prueba de referencia no admisible, por regla general, es el investigador que es ofrecido para declarar lo que le dijo un testigo. El investigador solo puede declarar sobre las actividades realizadas para ubicar y preparar elementos materiales probatorios o medios de prueba y los procedimientos que se siguieron.

La prueba de referencia es admisible en forma excepcional, cuando el testigo directo de los hechos, sus circunstancias o la responsabilidad no puede declarar porque no está disponible para el juicio por cualquiera de las siguientes razones: El Artículo 438 del Código de Procedimiento Penal dispone *únicamente* es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha información.
- Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar
- Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.
- Ha fallecido

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

La norma citada consagra varios eventos de admisibilidad de prueba de referencia, todos basados de una u otra forma, en que el testigo no esté disponible para declarar en juicio; veamos:

20.1.2. La muerte del testigo.

Quizá el evento más claro de no disponibilidad del testigo ocurre cuando la persona que presencia los hechos jurídicamente relevantes y relata lo sucedido por fuera del juicio oral, ha fallecido. En tal caso la parte interesada en presentar la declaración de referencia tiene la carga de acreditar la muerte del testigo y debe dejar claro el medio a través del que pretende llevar a juicio la declaración de quien ha fallecido: ya sea mediante la declaración de una persona que haya escuchado su declaración, mediante escrito, grabación fonóptica, un video u otro medio.

Cuando el fiscal pretenda presentar como prueba de referencia la declaración de una persona que ha fallecido, debe establecer la declaración del testigo presencial y del medio a través del que se pretende llevar dicha versión al juicio oral, según se indicó en párrafos precedentes y de acuerdo con los aspectos que serán objeto de análisis en el acápite siguiente. Lo mismo puede decirse del caso en que el testigo ha sido víctima de secuestro, desaparición forzada u otro evento similar y alguna de las partes pretende hacer valer como prueba de las declaraciones hechas por éste por fuera del juicio oral: la parte debe acreditar la situación que

justifica la admisión de prueba de referencia y debe indicar el medio a través del que será llevada dicha información al juez. Es necesario aclarar que cuando la muerte del testigo es previsible (el fiscal tiene razones para pensar que puede morir) debe acudir a la figura de la prueba anticipada, no sólo para garantizar la contradicción sino además porque ésta prueba puede tener mayor valor persuasorio, dado que escapa a las restricciones de la prueba de referencia. De hecho resulta más contundente que el juez de conocimiento observe o escuche el registro de la prueba anticipada a que la versión del testigo le sea llevada a través de otra persona o mediante entrevista.

20.1.3. El testigo asegura haber perdido la memoria.

El ordenamiento procesal dispone que cuando se trata de testigos que afirman haber perdido la memoria, es necesario corroborar esta situación mediante dictamen pericial. Esto con el fin de descartar que las afirmaciones del testigo obedezcan a una posible intención de no declarar en juicio y no a la pérdida de la facultad de la memoria. Al respecto surgen los siguientes interrogantes: (I) ¿En qué momento la parte interesada en presentar la prueba de referencia debe presentar la acreditación pericial de la pérdida de memoria? (II) ¿Cómo se garantiza a la contraparte el derecho de contradicción frente al dictamen presentado para corroborar la pérdida de dicha facultad (III) ¿Para acreditar o corroborar la pérdida de memoria basta el informe escrito o debe comparecer el perito para ser sometido a un interrogatorio cruzado? Y (IV) ¿Puede la parte contra la que se pretende presentar la prueba de referencia, presentar otro perito para refutar el concepto del experto presentado por la parte que pretende llevar a juicio la declaración de referencia?

Puede afirmarse que el debido proceso y en concreto el derecho de contradicción, tienen vigencia durante toda la actuación. Dado que la decisión que debe tomar el juez en torno a si admite o no la prueba de referencia, puede incidir en la intermediación y en el ejercicio del derecho de contradicción frente al medio de

prueba, es lógico concluir que la parte contra la que se pretende presentar la prueba de referencia debe tener la oportunidad de controvertir el dictamen que sirve de soporte a la solicitud, pues bien podría demostrar, por ejemplo, que el testigo no ha perdido la memoria sino que quiere eludir la comparecencia al juicio. El testigo ha sido víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar.

En estos casos la parte interesada en presentar la prueba de referencia debe acreditar la situación que hace admisible la declaración hecha por fuera del juicio oral. Si el testigo es liberado antes de que se admita la prueba de referencia, debe comparecer a juicio para narrar los hechos que haya percibido directa y personalmente.

La admisión excepcional de prueba de referencia puede implicar discusiones sobre lo que debe entenderse por “evento similar” al secuestro o desaparición forzada; principalmente porque los casos enunciados en la norma hacen alusión a circunstancias que imposibilitan físicamente la comparecencia del testigo y que ni siquiera la intervención estatal podría conjurar (salvo, claro está de un operativo para lograr la liberación o hallar la persona desaparecida) También puede presentarse otra situación que impida la comparecencia de un testigo, como el desplazamiento forzado (que implica la no disponibilidad del testigo). Lo cierto es que el Legislador no quiso limitar la admisibilidad de prueba de referencia a los eventos de secuestro y desaparición forzada, pues si así hubiese sido, ningún sentido tendría la alusión a los eventos similares. En este orden de ideas, la similitud puede referirse a la gravedad de la presión o agresión de la que ha sido objeto el testigo y a la forma (grado de intensidad, constancia, entre otros) en que esta impide su comparecencia al juicio asuntos que deben ser valorados por el juez en cada caso concreto. ...”.⁴²

⁴² (29) CHIESA APONTE, Luis E, Ob.cit, s.p.

20.1.4. Los escritos de pasada memoria.

Han sido definidos como “declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria”

A manera de ejemplo; si una persona que presencia un accidente de tránsito, anota en un papel el número de matrícula de uno de los vehículos, cuyo conductor decide alejarse del sitio de los hechos, y al ser llamada a declarar asegura no recordar el número, pero puede testificar que cuando lo tuvo presente lo anotó cuidadosamente en un papel; podría solicitarse la admisión de este hecho como prueba de referencia de la declaración contenida en el escrito en mención. Lo mismo podría suceder en el caso de un empleado de un parqueadero que ve ingresar un gran número de vehículos al local donde trabaja y anota en un papel sus respectivos números de matrícula, aunque momentos después ya no se encuentre en capacidad de recordarlos. Si es llamado a juicio a declarar sobre el ingreso de cierto vehículo en una fecha determinada, podría solicitarse la admisión (como escrito de pasada memoria) de la declaración que escribió en el papel en el que registró el ingreso del automotor.

Así, aunque el testigo no pueda recordar el dato que dejó plasmado en un escrito o grabación, sí puede decir bajo la gravedad de juramento que cuando tuvo la información presente la escribió o la grabó. También podrá declarar que lo escrito corresponde a la realidad, no porque lo recuerde, sino porque su intención fue dejar un registro fiel de los datos que en otro momento tuvo en su memoria.

El escrito de pasada memoria no puede confundirse con el proceso de refrescamiento de memoria, para el que pueden ser utilizadas declaraciones anteriores del testigo, pues en éste evento la lectura le permite al testigo recordar

lo sucedido, mientras que en aquél, el testigo no puede recordar la información que tuvo en su mente en un momento determinado a pesar de leer el escrito. Es decir, retomando los ejemplos anteriores, ni la persona que presencié el accidente puede recordar la placa del carro involucrado en el percance, ni el empleado del parqueadero puede recordar si el vehículo identificado con una determinada placa ingresó al local en una determinada fecha.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia,⁴³ indicó:

“En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, tiene un factor de justificación distinto: la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

- Sí se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma (registro de pasada memoria y archivos históricos) es adicionalmente necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere”.

Cabe anotar lo siguiente con referencia a estas últimas declaraciones de la Corte: Es indiscutible que la prueba de referencia sólo es admisible cuando no es posible lograr la comparecencia del testigo a la audiencia de juicio oral para que narre los hechos que haya percibido en forma personal y directa. Cuando se trata de

⁴³ en sentencia 27477 del 6 de marzo de 2008

escritos de pasada memoria, es posible que el testigo no está en capacidad de recordar, ni narrar aquello que percibió. Para aminorar los riesgos en torno a la confiabilidad es necesario aclarar al juez varios aspectos: (I) que es cierto que el testigo ya no recuerda lo que en un momento determinado percibió y narró o describió en un escrito; (II) que aunque no recuerda los datos que tuvo en su mente en un momento determinado, puede dar fe de que estos fueron consignados en el escrito y de que en éste no fueron consignados datos falsos (no porque recuerde la información sino porque siempre se tuvo la intención consignar datos verdaderos), (III) que el escrito es auténtico desde la perspectiva material (no ha sido alterado) y desde la perspectiva de su autoría (que los datos fueron consignados por él).

Así las cosas, la presencia del testigo es necesaria para aclarar, en cuanto sea posible, las circunstancias bajo las que se obtuvo la información y se consignó en un informe, así como para sentar las bases de admisibilidad de la prueba de referencia.

Si el testigo no está disponible por cualquiera de las circunstancias ya expuestas deberá acudir a otra de las excepciones a la regla general de prohibición de la prueba de referencia. Finalmente, cabe anotar que aunque la norma hace alusión a escritos de pasada memoria, es posible que la información haya sido documentada de otra manera (mediante registro fonóptico, magnetofónico, entre otros) lo que no constituye razón para que en estos eventos no sea admisible la prueba de referencia, siempre que pueda demostrarse que la información es confiable.

21. DECLARACIONES ANTERIORES QUE NO CONSTITUYEN PRUEBA DE REFERENCIA.

21.1. CUANDO LAS DECLARACIONES ESTÁN LIGADAS A LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.

Varios delitos requieren para su consumación de ciertas aseveraciones, como sucede con los de injuria y calumnia, con el constreñimiento, la estafa y las amenazas, entre otros. A manera de ejemplo, en un juicio por injuria la víctima y los demás testigos seguramente harán alusión a las aseveraciones del supuesto injuriante, y en un juicio por constreñimiento se mencionará el contenido de la amenaza y la finalidad perseguida por el constreñidor, lo que necesariamente implica hacer alusión a aseveraciones hechas por fuera del juicio oral. Sería absurdo, pretender que al regular el tema de prueba de referencia, se quiso imposibilitar el juzgamiento de este tipo de conductas punibles, pues ello implicaría la desprotección de los bienes jurídicos cuya tutela ha sido confiada a la jurisdicción penal. En estos caso no se presenta ninguna limitación a los principios de inmediación y contradicción (cuya protección justifica la prohibición de referencia), dado que los testigos, en presencia del juez, se refieren a hechos o circunstancias que presenciaron directamente (el trato injuriante, la amenaza, entre otros) y quedan disponibles para que la contraparte ejerza el contradictorio por los diversos medios que regula el ordenamiento procesal penal.

Finalmente, es claro que la pretensión en estos eventos es demostrar la existencia de la declaración (la injuria, la amenaza), más no la veracidad de lo manifestado (que efectivamente la persona mencionada incurrió en un acto deshonroso, que es verdad que el denunciante cometió una determinada conducta punible), por lo que no se reuniría uno de los requisitos de la prueba de referencia en el derecho comparado (que la declaración se ofrezca en evidencia para demostrar la

veracidad de lo aseverado), que también hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, según lo ha considerado la CSJ en la sentencia 27477 antes citada.

21.1.2. Cuando las declaraciones se utilizan con fines de impugnación.

El sistema acusatorio colombiano, según se verá más adelante, permite que las declaraciones anteriores del testigo sean utilizadas durante el contrainterrogatorio para la impugnación de la credibilidad. En estricto sentido se trata de declaraciones hechas por fuera del juicio oral, por lo que en principio, de acuerdo con el artículo 347, podría afirmarse que se trata de prueba de referencia. Sin embargo, como bien lo anota Chiesa Aponte, este tipo de declaraciones no se consideran prueba de referencia porque “no se ofrecen para probar la verdad de su contenido sino meramente para probar que el testigo hizo la declaración, lo que tiene un valor probatorio de impugnación independientemente de la verdad o falsedad de la declaración”.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 440 de la Ley 906 dispone que “podrán utilizarse, con fines de impugnación de la credibilidad del testigo o perito, las declaraciones que “no constituyan prueba de referencia inadmisibles, de acuerdo con las causales previstas en el artículo 438”. Si se hace una interpretación literal de la norma, ha de entenderse que la intención del legislador estuvo orientada a permitir que la prueba de referencia admisible fuera utilizada también para efectos de impugnación (la norma se refiere a la no inadmisibles, o sea a la admisibles); aunque también cabe pensar que la norma fue mal redactada y que lo pretendido es que las declaraciones que constituyen prueba de referencia inadmisibles pueden ser utilizadas para fines de impugnación en otros artículos, a cerca de la posibilidad de utilizar las declaraciones rendidas por los testigos por fuera del juicio oral.

Es claro que en los casos anteriores no se trata de prueba de referencia, de acuerdo con el desarrollo legislativo y jurisprudencial que esta ha tenido en nuestro país.

A continuación analizaremos otros eventos que pueden generar mayor discusión:

21.1.3. Cuando las declaraciones no se presentan para demostrar la veracidad de lo aseverado.

Algunos aspectos relevantes para el esclarecimiento de la conducta punible pueden estar asociados a manifestaciones realizadas por las personas por fuera de la audiencia de juicio oral. Amanera de ejemplo, es posible que el móvil de un homicidio esté íntimamente ligado a las manifestaciones que una persona le haga a otra, también lo es que para desentrañar el tema de la legítima defensa o el estado de ira e intenso dolor sea necesario hacer alusión a las aseveraciones hechas por las personas, sin que por ello sea posible predicar necesariamente que se trata de una prueba de referencia. El tratadista Chiesa Aponte utiliza un ejemplo bastante ilustrativo:

“Raúl es acusado de matar a Juan. El fiscal presenta a Pedro como testigo para que testifique que el día anterior a la muerte de Juan, oyó a Ernesto decirle a Raúl que Juan había agredido a Raulito, el hijo de Raúl. En este caso no se trata de prueba de referencia, pues la evidencia no se ofrece para establecer la verdad de la declaración que Juan agredió a Raulito, sino para probar el posible efecto que tuvo la declaración sobre Raúl, y el motivo de éste para agredir o matar a Juan. La declaración sería prueba de referencia si se ofrece para probar que Juan agredió a Raulito.”

En el caso anterior no se presentarían los problemas que se predicán de la prueba de referencia en cuanto a la contradicción y a la inmediación, pues la defensa tendría la oportunidad de conainterrogar a Pedro sobre la agresión de la que fue

objeto su hijo. Dado que la declaración se hace con la única finalidad de probar la real ocurrencia del comentario (no apunta, por ejemplo, a demostrar la realidad de dicha agresión) no se presentarían aspectos para demostrar la realidad frente a lo que no pudiera ejercerse la contradicción o respecto de los que el juez no tuviera intermediación. Bajo estas circunstancias, el debate sobre la admisión de esta evidencia tendría que incluir el siguiente interrogante: ¿cuáles son los derechos o los intereses constitucionalmente relevantes que se estaría protegiendo y que justificarían privar a la administración de justicia de esta importante información? Tal parece según lo anotado, que las manifestaciones del testigo Pedro sobre lo que vió y escuchó no afectan ni la intermediación ni la contradicción, razón suficiente para concluir que no existen motivos para impedir que ingresen al acervo probatorio para ser valoradas con los otros medios de acreditación.

Como complemento al caso objeto de análisis, es posible que el testigo Pedro haya percibido además, la reacción que el comentario de Ernesto generó en Raúl, y dicha reacción pudo haber consistido, por ejemplo, en el enrojecimiento de la piel, gestos agresivos e incluso frases relacionadas con el deseo de venganza. Si se admite que lo declarado por Pedro sobre lo que Ernesto le dijo a Raúl no es prueba de referencia, (precisamente porque apunta a demostrar el móvil más no la realidad de la agresión a que hizo alusión Ernesto) no encontramos razones para concluir que lo que escuchó Pedro decir a Raúl como reacción al comentario de Ernesto, constituya prueba de referencia; pues con dicha declaración solo se pretende probar el efecto que el comentario de Ernesto produjo en la psiquis de Raúl, En este orden de ideas, el testigo Pedro podría declarar que bajo ciertas circunstancias de tiempo y lugar escuchó a Ernesto decirle a Raúl que Juan había agredido a su hijo Raulito, y podrá declarar que ante este comentario Raúl se enrojeció, levantó la voz y dijo que iba a matar a Juan, pues de una y otra circunstancia es testigo directo.

En el mismo sentido, es posible que para el esclarecimiento de un delito resulte relevante demostrar una determinada actitud o un estado de ánimo en particular, ya sea del acusado o de la víctima. También lo es que una u otra circunstancia se exteriorice con conductas o expresiones que sean presenciadas por otra persona. Piénsese, por ejemplo, en un caso de homicidio por un presunto móvil de racismo o xenofobia en el que la fiscalía cuente con un testigo que haya presenciado el momento en que el acusado expresó públicamente que odiaba a las personas de raza blanca, a los de raza negra, a los indígenas o en fin, a cualquier grupo de personas en particular. La Fiscalía podría presentar al testigo en juicio para acreditar que en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar escuchó al acusado expresar su odio hacia un grupo étnico; esto con el objeto de establecer el posible móvil de la agresión; lo que es lógico si se tiene en cuenta que las acciones humanas suelen tener una motivación que en principio hace parte del fuero interno, pero que suele ser, exteriorizada de diversas maneras, inclusive a través del lenguaje.

En ocasiones las expresiones verbales de una persona, relevantes para establecer un determinado aspecto en materia penal, se derivan de ciertos estados de ánimo que pueden referirse al autor o a la víctima de una conducta punible; veamos:

En los casos de homicidios pasionales o de dolo de ímpetu, es común que el agresor observe algún grado de alteración y es posible que este estado de ánimo se haga palpable por su apariencia física (enrojecimiento, sudoración, expresión facial, entre otros) e incluso a través de frases alusivas a diversas situaciones, como a la manera en que se consumó el delito. Estas circunstancias pueden ser presenciadas por uno o varios testigos. Por ejemplo, si Juan ve salir a Pedro de una cantina con un arma en la mano, con el rostro descompuesto y expresando frases como: *“siempre debí matar a ese desgraciado provocador de Luís”*; no cabe duda de que es testigo directo del estado psíquico de Pedro en ese momento. Por

tanto, podrá en juicio declarar lo que vió y escuchó, no ara demostrar que es cierto lo expresado por Pedro en el sentido de que mató a Luis, sino para acreditar que Pedro asumió una determinada conducta y denotaba un estado de ánimo particular; estado que él pudo ver y escuchar directamente y que puede constituir un hecho indicador de que Pedro fue el autor de la muerte de Luis. Lo que sumado a otras circunstancias (la presencia de Pedro en el sitio de los hechos, el hallazgo de sangre de Luis en el arma de Pedro, entre otros) puede llevar al juez al convencimiento más allá de duda razonable de que fue Pedro quien efectivamente produjo la muerte de Luis.

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia, luego de hacer énfasis en que uno de los presupuestos de la prueba de referencia es que pretenda aducirse con el propósito de demostrar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral, procura explicar en qué momento se presenta la figura objeto de análisis:

“Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y a es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente existió que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo”⁴⁴

En ese mismo sentido, el alto Tribunal,⁴⁵ hizo alusión a los criterios que la doctrina ha diseñado para desentrañar si el sujeto activo actuó con dolo homicida o con el propósito de lesionar, entre ellos, resalta la corte, las manifestaciones expresas- anteriores, concomitantes y posteriores-sobre el cometido por el que la conducta

⁴⁴ CHIESA APONTE, Luis E, Ob.cit. s.p.

⁴⁵ en sentencia del 27 de julio de 2007, radicado 26468

propende, etc.” En dicho fallo, que corresponde a un caso tramitado bajo la Ley 906 de 2004, uno de los fundamentos del alto tribunal para casar la sentencia fue precisamente lo expresado por el acusado en los momentos posteriores y concomitantes con el ataque, comentarios que fueron relacionados por la víctima durante su declaración:

“Está visto que J.A.T.L. le expresó a su compañera L.V.H. en la noche del episodio fáctico, que bajo ninguna circunstancia permitiría que lo abandonara como ya lo tenía resuelto y que en el extremo de hacer cumplir su decisión, había considerado matarla y luego quitarse el mismo la vida. Lo que acometió enseguida para materializar su anuncio fue precisamente extraer un bisturí que tenía debajo de la silla de conductor en que se hallaba y sin dejar de manejar detenerse le permitiría a la mujer huir con su hija en brazos, le hizo un primer lance en el cuello y luego muchos más asumiendo enteramente la concreción de sus premonitorias palabras.

En el caso concreto, no existe para la Sala mayoritaria la menor inquietud en torno al propósito que dirigía la voluntad de J.A.T.L., dado que no solamente la investigación brinda parámetros objetivos de valoración, sino que el propio imputado expresó reiteradamente a su víctima la dirección de su conducta”.

Es más, los magistrados que salvaron el voto también hicieron alusión a la valoración de las palabras expresadas por el acusado a su víctima, pero al igual que en la sala mayoritaria, las aseveraciones se analizaron en el contexto de un determinado estado de ánimo del que podía inferirse un propósito específico: (homicida según la mayoría y de lesionar según los disidentes).

“Se ha pretendido entronizar por parte de la fiscalía, para soportar su auscultación de que lo sucedido se aviene con el conato homicida, que el procesado antes de ejecutar la agresión manifestó a la víctima su intención de darle muerte, que utilizó

un instrumento idóneo para el efecto, y, finalmente que la reiteración y ubicación de las heridas, se erigían suficientes para producir el fatal resultado.

Lo que evidencian los antecedentes antes referenciados, es que el procesado buscaba obtener algún tipo de satisfacción a su orgullo herido por ocasión de la negativa de la víctima a aceptarlo de nuevo en el seno del hogar antes conjunto, y perfectamente ella pasaba por la reacción si se quiere primaria de causar daño físico a la víctima. Los alcances de éste, vale decir, la simple afectación de la salud o el causar la muerte, se erigen en el factor a elucidar dado que, emerge obvio, para nada se opone a la pretensión únicamente lesionadora, el que se haga radicar en el tópico pasional la motivación, o incluso que se determine que ello se planeó anteladamente.

En otras palabras, en un plano estrictamente teórico, nada indica que en caso de lastimarse la autoestima por el rechazo del ser querido, la única válvula de escape ilícita sea precisamente dar muerte a la persona de quien se recibe el agravio-cuando, a la par, la práctica diaria enseña de múltiples casos, incluso superiores en número al recurso extremo de segar la vida, en los cuales la satisfacción pretendida demanda apenas golpear o causar daño físico; ni resulta objetivo advertir que sólo en los eventos gobernados por la pretensión homicida puede planearse, o mejor, escogerse el lugar y momento adecuados, y la forma de materializar el fin propuesto”.

Lo expresado por los magistrados en el salvamento de voto permite establecer con precisión la importancia de la distinción mencionada en la primera parte de este acápite, en el sentido de que algunas legislaciones foráneas aclaran que puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración se ofrece “para probar la verdad de lo aseverado”, postura que fue asumida por nuestra Corte en la sentencia del seis de marzo de 2008 (27477). Aunque nuestro ordenamiento jurídico no haga esa salvedad, su interpretación sistemática, especialmente de

acuerdo con los aspectos constitucionales vinculados al tema de la prueba de referencia, permite concluir que algunas manifestaciones hechas por fuera del juicio oral pueden tener “un valor probatorio independiente de la verdad de su contenido, es decir, el solo haberse hecho la declaración es pertinente para un fin legítimo más allá de establecer que la declaración es verdadera”, por lo que (I) puede ser pertinente para conocer mejor los hechos,(II) no limita el derecho de contradicción, ni afecta la inmediación y (III) no constituye en estricto sentido, prueba de referencia.

En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia, al casar oficiosamente la decisión del Tribunal que ofició como segunda instancia, hizo alusión a la importancia de las aseveraciones hechas por dos agentes de policía luego de que uno de sus compañeros fuera por dos agentes de policía luego de que uno de sus compañeros fuera herido por un sujeto que momentos antes había cometido un homicidio. Estas quedaron grabadas en el sistema de registro de las comunicaciones policiales. El alto tribunal resaltó la importancia de la grabación en que estaban consignadas las manifestaciones de los policiales para corroborar la veracidad de lo expresado por éstos en la audiencia de juicio oral con respecto a la agresiva conducta del acusado:

“A su vez, en los registros magnetofónicos de la Policía Nacional válidamente aportados durante el juicio oral, en los cuales aparecen las grabaciones de las voces de quienes tuvieron relación con el asunto que motivó este diligenciamiento, se logra establecer a los 2:34 minutos una voz que afirma “mi subteniente está lesionado, está herido, vamos a mirar el chaleco a ver...” y a los 6:47 minutos se escucha”... Monsalve tenía el chaleco...”.⁴⁶En estricto sentido, el contenido de la grabación representa declaraciones hechas por fuera del juicio oral, pues estas no fueron aportadas para demostrar la veracidad de su contenido, sino para acreditar

⁴⁶ (28) CSJ, sentencia 28432 del 5 de diciembre de 2007.

que las manifestaciones fueron hechas por los policiales en el momento en que ocurrieron los hechos. Con esto se logró dar mayor credibilidad a las versiones entregadas por los servidores públicos en la audiencia oral.

La utilización de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para efectos de corroboración es tratada de diferente manera en el derecho norteamericano, pues allí sólo es posible cuando la contraparte cuestiona la credibilidad del testigo por haber cambiado la versión.

21.2. CONCLUSIÓN.

Existen casos de fácil determinación del carácter de referencia de una determinada declaración, por ejemplo cuando Juan le comenta a su amigo Pedro que yendo por la autopista pudo observar cuando un camión que circulaba a gran velocidad atropelló a un peatón que estaba en la berma. Lo ideal, sin duda, es que Juan comparezca al juicio y responda las preguntas durante el interrogatorio cruzado; pero es posible que para el momento del juicio Juan no pueda comparecer; ya sea porque ha fallecido, o porque se encuentra secuestrado o sencillamente no está disponible por alguna de las razones consagradas en el artículo 438 y de acuerdo con desarrollo jurisprudencial que se ha hecho al respecto. Por tanto, su versión debe ser llevada al juicio a través de Pedro, quién no presenció los hechos pero conoce lo que Juan le contó sobre ellos. Este ejemplo permite advertir las grandes limitaciones que puede entrañar la prueba de referencia para obtener un adecuado conocimiento de los hechos en la esfera judicial, pues en este caso es posible, por ejemplo, que Juan no le haya aclarado a Pedro lo que él entiende por “gran velocidad”, que no haya hecho precisión sobre el sitio exacto donde se encontraba el peatón atropellado o no haya mencionado detalles fundamentales para esclarecer lo sucedido. Es claro que dichos vacíos no podrán ser llenados por Pedro. Además de que la parte contra la que se aduce la prueba tendrá limitaciones para ejercer el derecho de contradicción, y el juez no podrá ejercer la inmediación desde la fuente directa de información, Juan.

También estaríamos frente a un evento de prueba de referencia si JUAN, antes de la ocurrencia de cualquiera de los casos mencionados (morir, ser secuestrado, perder la memoria, entre otros) hubiera sido entrevistado por la policía judicial o hubiera rendido una declaración jurada ante el fiscal o ante el juez de control de garantías en desarrollo de una audiencia preliminar.

Cuando el artículo 437 hace alusión a “declaraciones realizadas por fuera del juicio oral”, no está limitando el concepto de prueba de referencia a las declaraciones rendidas formalmente ante una autoridad entrevistadas o declaraciones juradas, pues estas pueden haber sido percibidas por un particular, por citar un ejemplo. (lo que en otra época era denominado testimonio de oídas). En este orden de ideas, podrán tener la calidad de prueba de referencia: (I) lo que una persona le haya contado a otra sobre hechos penalmente relevantes, (II) las entrevistas realizadas por la policía judicial; (III) las declaraciones rendidas ante el juez de control de garantías, (IV) las declaraciones juradas rendidas ante un fiscal, (V) las declaraciones rendidas ante un juez en otro proceso, (VI) las declaraciones consignadas por una persona en un documento: escrito, grabado, filmado, u otros.

A pesar de los problemas que entraña la prueba de referencia, debe tenerse presente que no toda aseveración realizada por fuera del juicio oral, que pretenda ser utilizada por una de las partes para sustentar su teoría del caso, constituye prueba de referencia. Así ocurre, por ejemplo cuando se trata de verbalizaciones que dan cuenta de un determinado estado de ánimo, de una alteración psíquica, de alguna tendencia o cuando la manifestación hace parte de la materialización de la conducta punible: las frases injuriantes, la amenaza orientada a doblegar la voluntad, las exigencias en una extorsión entre otras.

Lo anterior hace imperioso que el fiscal tenga clara la utilidad de cada uno de los medios de acreditación recopilados durante las fases de indagación e

investigación e incluso durante la etapa de juicio oral en los eventos de prueba sobreviviente, pues de esta manera podrá explicar, en la audiencia de preparatoria o en la fase procesal en que se presente la discusión jurídica; qué es exactamente lo que pretende acreditar con un determinado medio de prueba y a partir de ello, argumentar las razones que le permiten concluir si se trata o no de prueba de referencia y si esta resulta admisible. Retomando el ejemplo propuesto por el profesor Chiesa, sí durante la audiencia preparatoria el fiscal no explica que la declaración de Pedro sobre lo que Ernesto le dijo a Raúl pretende establecer e posible móvil del homicidio (El impacto que el comentario generó en Raúl) y no la veracidad de la declaración (que efectivamente el hijo de Raúl fue agredido), es posible que la prueba sea considerada de referencia y por tanto sea in admitida.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal dispone que es pertinente la prueba que se refiera directa o indirectamente a los elementos de la conducta punible, a las consecuencias de la misma, a la identidad o a la responsabilidad del acusado y que también lo es la que sirva “para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”. Lo fundamental es que el fiscal tenga claro qué es lo que pretende acreditar con cada evidencia, para que en la audiencia preparatoria e incluso en desarrollo del juicio oral pueda explicar la pertinencia de cada medio de acreditación; un determinado elemento estructural de la conducta punible, la credibilidad de un testigo u otro aspecto.

22. LA CONTRADICCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.

Ya se ha resaltado que la razón de ser de la restricción a la admisibilidad de prueba de referencia está directamente asociada con la limitada confiabilidad de estos medios de conocimiento, circunstancia que se presenta básicamente por las limitaciones en la inmediación y en la contradicción. Sin embargo la parte contra la que se aduce una prueba de referencia puede ejercer el contradictorio de diferentes maneras:

22.1. FRENTE A LA CREDIBILIDAD DEL TESTIGO QUE PERCIBIÓ DIRECTAMENTE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES.

Sabido es y como ya se ha argumentado en el desarrollo del presente trabajo que si la defensa pretende que se admita la declaración realizada por un testigo que se encuentra en alguna de las circunstancias con sagradas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal o en los casos a los que por razón de la jurisprudencia, se ha extendido la figura de la admisibilidad de prueba de referencia, la Fiscalía puede obrar de conformidad según los criterios trazados en el artículo 404, para verificar la credibilidad de esa persona, y en este sentido podrá demostrar: (I) que el testigo no se encontraba en el lugar de los hechos en el momento en que ocurrieron, (II) que tenía dificultades de percepción, derivadas de problemas físicos, de las características del objeto o de otros aspectos.(III) el interés personal del testigo en el caso objeto de conocimiento (IV) que esa persona mintió en otras oportunidades ante las autoridades judiciales u otra circunstancia.

22.2. PUEDE ATACAR LA CONFIABILIDAD DEL MEDIO A TRAVÉS DEL CUAL SE LLEVA LA PRUEBA DE REFERENCIA.

Como se dijo con anterioridad, partiendo del hecho de que la declaración rendida por fuera del juicio oral que, se pretende aducir como prueba de referencia, puede constar en un escrito, en una grabación fonóptica o en video, entre otros medios o puede ser llevada a juicio a través de un testigo; es claro que la parte contra la que se pretende aducir la declaración puede cuestionar la confiabilidad de dicho medio. Puede demostrar por ejemplo, que el escrito que contiene la declaración ha sido alterado o que no fue suscrito por el declarante o puede establecer que el video o la grabación fonóptica han sido editados o alterados de cualquier otra forma. Así mismo, puede cuestionar la credibilidad del testigo mediante el que se pretende llevar la declaración; ya sea por problemas de percepción o por interés personal en el asunto objeto de debate, entre otros aspectos.

El hecho de que se admita una determinada prueba de referencia no significa que tenga valor persuasorio, pues el alcance del artículo 381 del ordenamiento procesal se limita a impedir que la prueba de referencia sea fundamento exclusivo de la condena. Así las cosas, la prueba de referencia también debe ser objeto de valoración, para lo que puede tenerse en cuenta, además de los criterios generales consagrados en el artículo 404 aspectos como los siguientes: (I) El sentido de las palabras utilizadas por el declarante, sobre todo si se tiene en cuenta que éste no comparecerá al juicio y por tanto no habrá lugar a aclaraciones. También debe considerarse el contexto en el que se hacen las afirmaciones, ya que esto puede incidir en el sentido de lo aseverado (II) el contenido real de la declaración, pues este medio de acreditación solo puede ser utilizado para confirmar los temas o aspectos en el incluidos. (III) las circunstancias bajo las que son hacen las afirmaciones, ya que algunas respuestas pueden ser producto de preguntas sugestivas, capciosas o con cualquier otro vicio que tergiverse las ideas del declarante.

23. MOMENTO EN QUE EL JUEZ FALLADOR DEBE VALORAR LA PRUEBA DE REFERENCIA CUANDO LA MISMA NO ES ILEGAL PERO SU EFICACIA PROBATORIA SE DISCUTE.

· (..) En la administración de justicia no solo son importantes los nuevos diseños y la lógica sino que lo son igualmente los valores fundamentales contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados públicos sobre derechos humanos internacionales y sobre garantías penales y procesales. Así como los ideales de la comunidad jurídica nacional e internacional en torno a la paz, la justicia social, la dignidad humana, la libertad y la igualdad de los ciudadanos, etc.⁴⁷..

“La prueba de referencia es, quizá una de las temáticas más controversiales del derecho actual, tanto en área civil como en la penal y, especialmente, en los sistemas de enjuiciamiento acusatorio.

El régimen de procedimiento penal colombiano (L. 906/2004) exige por principio general el conocimiento personal directo, al prever en el artículo 402 que el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

Acorde con el imperativo, el principio de inmediación⁴⁸. En materia probatoria presupone que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio,⁴⁹ y que las declaraciones se circunscriban a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, de modo que no se pierda la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

Aún así, por excepción, es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral –pruebas de referencia- a las cuales el legislador asigna un

⁴⁷ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Conceptos y límites del derecho penal. Bogotá, Ed. Temis, 1.992, principios y normas rectoras del Derecho Penal Bogotá, Leyer 1.998.

⁴⁸ Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, artículo 16.

⁴⁹ Con excepción de las pruebas que se hubiesen producido o incorporado anticipadamente ante el juez de control de garantías.

método menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la sentencia condenatoria.

En Puerto Rico opera una especie de regla de exclusión contra la prueba de referencia. Tal exclusión, que en principio fue severa, ha ido cediendo paulatinamente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, hasta generar una serie de excepciones que permiten el ingreso de ese género de prueba al debate oral, claro está, con valor o peso suasorio menguado. Tal el caso de los sistemas de enjuiciamiento federal de los Estados Unidos de Norte América y de Puerto Rico, donde el catálogo de excepciones pasa de cuarenta posibilidades.⁵⁰

El Artículo 437 del Código de Procedimiento Penal (L. 906/2004) ofrece la siguiente noción:

“Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

La prueba de referencia también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios; o para impugnar esa credibilidad; y como elemento de partida de inferencia indiciaria según se desprende de los artículos 437 y 440 *ibídem*.

⁵⁰Chiesa Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de evidencia de Puerto Rico y federales. Publicaciones JTS. USA.2005 Tomo III, pág.38.

En apartes anteriores, al estudiar el problema de los videocasetes, se dijo que las formaciones o grabaciones de voz e imagen por cualquier medio técnico, de acontecimientos al mismo tiempo que ocurren, cuando se aducen como medios probatorios, conforman una categoría especial de evidencias, de nominada en la doctrina “*testigo silente*”.

Es factible que el “*testigo silente*” opere como evidencia autónoma, como, por ejemplo, en tratándose de fotografías para difundir pornografía infantil, en donde la imagen grafica es el objeto mismo del ilícito; o puede utilizarse también para el interrogatorio de testigos, si fuere necesario, como en el caso de un hurto registrado en las cámaras de seguridad de un almacén, para identificar personas, determinar acciones, etc.

Por vía de ilustración, cuando una persona acude a una sala de cine, y al salir se le pregunta qué vio en la película, dicha persona contestará según sus percepciones directas, sobre lo que acaba de observar en pantalla.

Si la película, fotografía o registro fílmico es un “*testigo silente*” de la comisión de un delito, que se proyecta o exhibe en el juicio oral y se pregunta por lo observado en esas imágenes, las respuestas que versen sobre las percepciones obtenidas en esas imágenes constituyen prueba directa y no *prueba de referencia*.

En la eventualidad anterior se podrá polemizar en torno de la autenticidad del documento fílmico, de la calidad de las imágenes, de la cadena de custodia, de la capacidad visual del testigo, de su condición mental, etc. O del merito que pudiese concederse a lo declarado, temas todos vinculados con la estimación probatoria; más no será adecuado alegar que se está frente a una prueba de referencia para desestimar su mérito.

No ha sido pacífica la discusión jurídica en torno de la actividad de los peritos con relación a la prueba de referencia, en el sentido que en muchas ocasiones emiten sus opiniones expertas sobre la base de información suministrada por otros.

Los peritos médicos, por ejemplo, suelen conjugar entre sus elementos de estudio el relato de los pacientes, lo consignado en las historias clínicas, resultados de exámenes de laboratorio y literatura científica de variada índole.

Se trata de resolver el siguiente problema jurídico: En tales condiciones, cuando el perito rinde su testimonio en audiencia pública, ¿actúa como testigo de referencia, o la prueba pericial así producida puede tenerse como prueba de referencia?

23.1. POSIBLES SOLUCIONES AL PROBLEMA EN MENCIÓN.

- Admitir en todos los eventos las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración de justicia todos los medios de conocimiento que hagan posible la realización de la justicia material, es una postura ligada con la consideración de que la prueba de referencia entraña un problema de valoración y no de legalidad o siguiendo la tradición española, que el problema es de valoración y no de valorabilidad.
- Negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia para garantizar la vigencia de los principios de inmediación y contradicción. Tal forma de ver las cosas está relacionada con serias reservas en torno a la confiabilidad de la prueba de referencia y con la postura de que los problemas de estos medios de conocimiento están más asociados con la valorabilidad que con la valoración.
- Una tercera posición, ecléctica, orientada a consagrar como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia y a permitir su admisibilidad en eventos excepcionales, con lo que se pretende la armonización de los intereses constitucionales relacionados en este acápite.

24. CUANDO SE IDENTIFICAN O SE CUESTIONAN ALGUNAS PRUEBAS DE REFERENCIA.

Como se expuso con anterioridad, la prueba pericial es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación; y se rige por las reglas del testimonio (art. 405 *ibídem*), pues las partes interrogan y conainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe.

En ningún caso –dice perentoriamente el art. 415 – el informe pericial será admisible como evidencia si el perito no declara oralmente en el juicio.

Si el perito estuviese impedido para comparecer físicamente a la audiencia, podrá utilizarse el sistema de tele-video conferencia para que las partes, desde el recinto de la audiencia pública hagan el interrogatorio; si no se dispone del sistema de audio video la prueba pericial “se cumplirá en el lugar que se encuentre –el experto-, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo”) art. 419 *ibídem*).

El interrogatorio tiene como finalidad que el perito explique a cabalidad su informe previo, que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez.

En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de *igualdad de armas*, para que pueda preparar el conainterrogatorio; y pueda servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral.

Entre las labores de los médicos forenses oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la fiscalía o dela defensa (L.906/2004, art. 204).

Generalmente los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente y analizan la información por él suministrada y otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional.

Los resultados del examen son vertidos en un informe técnico científico. Este informe como se ha señalado- no tiene la calidad de evidencia por si mismos y, por tanto, no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica escrita por los médicos tratantes y analizan la información suministrada por el mismo paciente.

Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contrainterrogado sobre el contenido del informe técnico científico; porque es en esta oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

Con la salvedad anterior, se precisa dilucidar si la prueba pericial médica se torna *prueba de referencia*, por el hecho de que el experto analiza, entre los elementos de estudio, la historia clínica que contiene las diversas declaraciones y notas plasmadas por profesionales de la salud, por fuera de la audiencia pública.

En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de *prueba de referencia*, frente al perito

que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en ejercicio de su profesión.

Así lo explica Chiesa⁵¹, en su tratado de derecho probatorio mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto rico:

“En Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o records de hospital, o en records de la oficina fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia” Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito de ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibles para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermisibles”.

El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos no solo médicos- tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

El Fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en

⁵¹ (12) –Chiesa. Op. Cit. Tomo I, pág. 522

la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquél tipo de información.

El médico cirujano cree en las anotaciones que el anesthesiólogo y el cardiólogo hacen en la historia clínica, y el cirujano procede contando con esa información. Si esa información es decididamente útil en la actividad médica normal en búsqueda de la recuperación del paciente, ¿Por qué no admitirla entonces como base de la experticia que se rinde por otro facultativo en la audiencia del juicio oral, so pretexto de la configuración de una *prueba por referencia*?

Por supuesto, en el anterior, como en todos los casos, es factible enderezar la crítica contra la prueba pericial e igualdad de condiciones que respecto de todas las pruebas; no porque se trate de una *prueba de referencia*, sino por cualquiera de los factores que deben sopesarse en la apreciación de la prueba pericial (L.906/2001, art. 420).

Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuere de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes puedan intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la Ley” (C.S.de J., Sentencia de casación de febrero 21 de 2007, M.P. Javier Zapata o, Rad. 25920).⁵²

⁵² PRACTICA DE LA PRUEBA JUDICIAL, CAÑÓN RAMIREZ, Pedro Alejo, Ecoe Ediciones, págs. 299-312, 2009

25. VACIOS NORMATIVOS

25.1. NO EXISTE AUTORIZACIÓN LEGAL PARA ADMITIR LA PRUEBA DE REFERENCIA DURANTE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES.

--El mundo judicial es frío, solemne y muy apartado de la vida cotidiana. La intercomunicación en él es del todo contraria de la de los medios. Las partes están o permanecen lejos del juez y han de hablar ante el público y en un lugar impresionante. La comunicación del proceso es frustrante, todo en él es formal y por lo tanto artificial.

Este espacio vacío referido a las salas de audiencias manifiesta la distancia fundadora tanto del sujeto como de la comunidad política. La función política del espacio judicial es instaurar una distancia desde, dentro y fuera, entre lo privado y lo público, entre el sujeto de carne y hueso y el sujeto de derecho.⁵³

El procedimiento que debe seguirse en las audiencias preliminares no fue regulado en el código de procedimiento penal, tal vez por falta de previsión del legislador, o bien porque consideró que no todo debía reglamentarlo, dado que las pautas generales del proceso acusatorio se encuentran en el Título preliminar sobre los principios Rectores y las Garantías Constitucionales, en el Título relativo al desarrollo del juicio oral, especialmente en el capítulo que se refiere a la práctica de pruebas, y, por último, en todas las demás normas que rigen la actuación.

La ausencia de reglas relativas a la recepción de declaraciones y elementos materiales probatorios o evidencia física durante las audiencias preliminares de ninguna manera faculta a los jueces de control de garantías para dictar sus

⁵³ Apartes de la obra de GARAPON. Juez y democracia Pericot canaleta, iago. Análisis del espacio de un tribunal de justicia, el juicio oral, Madrid, consejo general del poder judicial I Ed. 1.994 Pág. 97

propias normas y desconocer la aplicación de los artículos del código de procedimiento penal que se refieren a la práctica de pruebas durante el juicio oral. Por el Contrario, ante la ausencia de disposiciones que rijan un acto procesal determinado, lo pertinente es acudir a los principios Constitucionales relativos al debido proceso (art. 29), y a las normas que desarrollen esos principios y regulen actividades procesales análogas o semejantes; de esta manera, se brinda seguridad jurídica a los comparecientes y se salvaguardan las garantías procesales.

El debido proceso está robustecido por otras garantías de raigambre constitucional y, aunque carezcan de ley que las reglamente, son de aplicación directa e inmediata. Como bien lo dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-217 de 1996, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

“El derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación *no se necesita ley alguna que lo establezca o permita*. En otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible”.

Desde la perspectiva expuesta, los principios de libertad, pertinencia, admisibilidad, publicidad, contradicción, inmediación, y los criterios de valoración probatoria, previstos en los artículos 373, 375 a 380 del CPP, respectivamente, son aplicables por analogía durante las audiencias preliminares, pues son desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política que obliga a respetar el debido proceso en “todas las actuaciones”.

La recepción de declaraciones testimoniales durante las audiencias preliminares debe ceñirse a las reglas previstas en los artículos 383 y ss. Del CPP., porque ese

es el debido proceso de esa clase de medio probatorio. Si no fuera así, podría llegarse al absurdo de afirmar que durante las audiencias preliminares es permitido el juez recibir declaraciones sin juramentar, o que no es imperativo para el juez advertir a la persona que no está obligada a declarar contra ella misma u otras personas constitucionalmente amparadas, pues este principio de auto protección no regiría para las audiencias preliminares.

Así mismo, el Juez de Control de Garantías, durante las audiencias preliminares, debe ceñirse a las normas previstas para el juicio oral cuando se trate de la recepción de la declaración de un experto (perito), la aducción de documentos y la inadmisibilidad general de la prueba de referencia, pues no existe norma que le prohíba aplicarlas, y tampoco hay un motivo razonablemente fundado para apartarse de ellas; por el contrario, resulta un acto arbitrario e inconstitucional desconocer disposiciones que señalan el debido proceso para actos semejantes o análogos.

Siguiendo los criterios moduladores de la actividad procesal, a los cuales deben ceñirse los servidores públicos (art. 27 del CPP), resulta desproporcionado e innecesario desconocer las reglas que rigen los medios probatorios durante las audiencias preliminares; no se obtiene un fin constitucionalmente legítimo y, por el contrario, hay un abierto desconocimiento de derechos constitucionales. Valen en este sentido las siguientes reflexiones que hacen los profesores BERNAL CUELLAR Y MONTEALEGRE LYNETT:

“... la práctica de la ponderación en estas actuaciones es imprescindible para evitar la nulidad de la actuación, de la cual pueda derivarse una exclusión de las evidencias que en ella se recauden... uno de los “requisitos formales previstos en este Código” para la práctica de actuaciones y el recaudo de pruebas que impliquen la afectación de derechos fundamentales es la ponderación, bien sea por parte del fiscal, o por parte del juez de garantías.

*Omitir esta ponderación cuando se afecten derechos fundamentales que estos principios y reglas protegen*⁵⁴

Existe en Puerto Rico una norma de Admisibilidad de prueba que señala que la reglas de evidencia se aplican en toda la Sala del Tribunal de Justicia del Estado Libre Asociado en Procedimiento Criminal; es precisamente la Regla 1ª de Evidencia, con la que se pretende señalar que las Reglas sobre admisibilidad que se exigen para el juicio plenario o para el juicio oral tienen vigencia también en cualquier procedimiento anterior de audiencia preliminar, y resalta su importancia a la hora de determinar causa probable (motivo fundado-inferencia razonable) que permita establecer la conexión vínculo entre el imputado y el delito (lo cual es exigido por el artículo 308 de nuestro C. de P.P.).⁵⁵

A ese respecto se ha establecido, por parte del Tribunal Supremo de Puerto Rico,

Que “el Ministerio Público debe presentar evidencia, legalmente admisible en un juicio plenario, sobre todos los elementos del delito imputado en la denuncia, y su conexión con el imputado. La vista preliminar no es un mini-juicio y una vez quedan establecidos todos los elementos del delito y la conexión con el imputado con el mismo a base de evidencia legalmente admisible al tenor con las reglas de evidencia en vigor en ese momento, se justifica una determinación de causa probable.”

El comentarista CHIESSA⁵⁶, manifiesta al respecto: “ El alcance, importante como es, se limita a que, al hacer la determinación de causa probable, el Tribunal deberá estimar si se ha presentado evidencia que sería admisible en juicio

⁵⁴ (14) Cfr. BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 2004. 278 y 279.

⁵⁵ Sentencia dentro del caso Pueblo & Andaluz, 97JTS, comentada en Tratado de Derecho Probatorio, Tomo II, de Ernesto Chiessa Aponte, página 1253, publicaciones JTS, Luigi Abraham Editor, 1998.

⁵⁶ Obra citada, página 1253.

plenario, sobre todos los elementos del delito imputado y la conexión del acusado con ese delito.”

Ya en nuestro medio⁵⁷, también se ha creado un antecedente en relación con la inaplicación de la prueba de referencia en las audiencias preliminares particularmente dentro de una audiencia de sustentación del recurso de apelación celebrada en el Juzgado 2 Penal del Circuito de Bogotá, en la que el defensor público planteó la ausencia de prueba legalmente admisible de que trata el artículo 308 de nuestro C. de P.P., donde se aplicó la regla de inadmisibilidad, ya que la única evidencia de la Fiscalía fue la declaración realizada en audiencia de solicitud de medida de aseguramiento del agente de policía a quien le fue entregado el capturado por parte del particular que realizó la captura. En este orden, el juzgado consideró que la declaración del policía era ilegal en aplicación de los artículos 402 y 360 del C. de P.P., y por ello le dio aplicación a la regla de exclusión de prueba del artículo 23 del texto procesal penal.

Ese Despacho judicial acertadamente considera que las entrevistas adelantadas por policía judicial son mera herramientas para impugnar credibilidad, y que en manera alguna pueden tenerse en cuenta como medio de convicción para imponer con fundamento en ella medida de aseguramiento.

En conclusión, no es admisible que el juez de Control de Garantías, durante las audiencias preliminares, discrecionalmente y sin un motivo fundado aplique algunas normas que rigen la práctica de la prueba testimonial para las declaraciones que recibe, como juramentar al testigo y advertirle de la exoneración del deber de declarar, y en cambio no aplique otras, como aquella que impone al testigo declarar “únicamente” sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar y percibir (art. 402 CPP).

⁵⁷ Dentro del proceso 1100160000192005171, contra JHON JAIRO VANEGAS AMAYA, por el delito de acto sexual abusivo, Juzgado 2 Penal del Circuito.

Obsérvese que el artículo 402 del CPP es la única norma del código que se refiere a la necesidad de que el testigo declare sobre su conocimiento personal. Esta norma no tiene ninguna excepción y es aplicable a todas aquellas personas que rindan una declaración durante la actuación procesal incluyendo las audiencias preliminares.

Cuando un Juez de Control de Garantías permite testimonios de oídas o la prueba de referencia, durante las audiencias preliminares, desconoce aquellos derechos fundamentales que debe proteger, como son la publicidad, contradicción, defensa y debido proceso; crea desequilibrio entre las partes, pues resquebraja la “igualdad de armas”, e incurre en un acto arbitrario e injustificado de la administración de justicia.

La prueba de referencia, por regla general, es inadmisibles durante la actuación procesal, y las excepciones en que puede recibirse están taxativamente reguladas en el artículo 438 del CPP. Se repite, esta norma no es de aplicación exclusiva durante el juicio oral, debe ser aplicada durante las audiencias preliminares cuando durante su desarrollo pretenda alguno de los sujetos procesales introducirla.

No puede permitirse que haga carrera la tesis de que para las actuaciones previas al juicio oral rigen unos principios y, con posterioridad a la formulación de acusación, otros, sin que exista ninguna norma legal que así lo disponga. La actuación procesal debe regirse por los criterios de legalidad y corrección, atendiendo a los principios de igualdad y debido proceso, con homogeneidad en las decisiones para que haya seguridad jurídica, y no puede permitirse el paso a la discrecionalidad judicial.⁵⁸

⁵⁸ EL DEFENSOR PUBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO, 1ª Ed.- Bogotá: Defensoría del Pueblo, páginas 93 -99, 2005.

26. LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA FUNDAMENTAR LAS DECISIONES EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Los principios de inmediación y contradicción deben aplicarse durante las audiencias preliminares

El artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplicará “*en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*” y agrega que quien sea sindicado tiene derecho a presentar pruebas y “*a controvertir las que se alleguen en su contra*”.

La persona capturada, al tenor del artículo 126 del CPP, ya existe la calidad de imputada, aunque con posterioridad se formule imputación en su contra, de manera que la captura enviste al sujeto de la calidad de interviniente en la actuación procesal, y es un “sindicado” en el sentido en que lo establece la norma constitucional. Esta calidad la faculta para que, directamente o por medio de su defensor, interrogue a quienes en forma directa y personal hayan tenido ocasión de observar y percibir los hechos sobre los cuales declaran, aun durante las audiencias preliminares. La prueba de referencia impide al imputado y a su defensor ejercer este derecho de contradicción, pues no tienen acceso a la fuente de prueba. Es preciso destacar que la norma constitucional no prevé ninguna excepción al derecho de contradicción, el cual forma parte del debido proceso, y , por el contrario, señala la Carta que éste será aplicable “*en toda clase de actuaciones*”, de manera que no puede excluirse su reconocimiento durante las audiencias preliminares.

Por ser pertinente respecto de este punto, valga citar la siguiente referencia jurisprudencial:

*“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso CASTILLO PETRUZZI, considera violatoria de esta garantía la legislación que prohíbe el interrogatorio de agentes estatales que participan en la recolección de pruebas durante la fase de investigación cuando estas fundamenten una acusación... Además de esta consideración, la corte Interamericana ha reiterado que obstaculizar el principio de contradicción equivale a una violación del debido proceso, aspecto que resulta plenamente compatible con la Constitución Colombiana...”*⁵⁹

Ahora bien, en lo que atañe al principio de inmediación, puede verificarse en el texto del artículo 379 CPP que éste es imperativo para los jueces de conocimiento y para los de control de garantías:

“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”

Es así como durante el desarrollo del presente texto se ha argumentado que la prueba de referencia impide al juez escuchar a la fuente original de conocimiento, y averiguar la forma como obtuvo sus percepciones, y los criterios para fundamentar la credibilidad. No puede permitirse que un Juez de Control de Garantías tome decisiones con base en informes que presenta la fiscalía, o basándose en las declaraciones de funcionarios de policía judicial, que se limitan a deponer frente al juez lo que les dijeron víctimas o testigos. El Juez de control de Garantías, dada su investidura y la trascendencia de las decisiones que toma respecto de la validez en la restricción de derechos fundamentales, no puede ser ligero en los elementos de juicio requiere, debe ser consecuente con su

⁵⁹ (13) Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teóricos-constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva jurídica. Bogotá, 2005. Pág. 100.

investidura y funciones aplicando todas las reglas del debido proceso como la inmediación y la contradicción”.

26.1. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Al tenor del artículo 4 del CPP, “es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes *en el desarrollo de la actividad procesal*”. El sistema acusatorio se caracteriza porque en él constantemente se busca el equilibrio, que como lo dice el profesor Oscar Julián Guerrero “permita un juego claro y transparente de los contrincantes del proceso”

No pueden argumentar legítimamente los jueces que la “igualdad de armas” rige solo para el juicio oral, y no para las audiencias preliminares pues una excepción tal resquebraja el sistema acusatorio y sus principios.

Utilizar la prueba de referencia durante las audiencias preliminares, fuera de las excepciones previstas en el artículo 438 del CPP, desconoce el principio de igualdad de los intervinientes. Este desequilibrio se evidencia en el hecho de que el órgano acusador puede obtener una decisión favorable a sus pretensiones, valiéndose de un testigo que no ha sido sometido a un conainterrogatorio de la defensa que le permita demostrar al juez que no merece credibilidad.

No es de poca monta o que es objeto de debate en las audiencias preliminares; en varias de ellas lo que evalúa el Juez de Control de Garantías es justamente si hay o no violación de derechos fundamentales con las actuaciones que realiza el Estado en la persecución del delito, o bien autoriza la práctica de diligencias que podrían afectar tales derechos.

No tiene ninguna presentación que los jueces de control de garantías en lugar de aumentar la protección de las garantías a los intervinientes, salvaguardando su igualdad de armas, las disminuya con el argumento de que la prueba de referencia sólo es inadmisibile en el juicio oral y no en las audiencias preliminares. Ninguna razón justifica que se disminuyan las garantías procesales durante las actuaciones previas al juicio oral.

**27. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PRUEBA DE REFERENCIA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO, TENIENDO EN CUENTA LOS
INTERESES CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES QUE GIRAN EN
TORNO A DICHO INSTITUTO?**

27.1. REGLA GENERAL SOBRE CONOCIMIENTO PERSONAL Y DIRECTO

Como regla general, el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal dispone que *“el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”*. En su segunda parte, la norma citada establece que el testimonio podrá ser objetado mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, siempre que exista controversia en torno al conocimiento personal.

La anterior norma se articula con los artículos 15,16 y 372 y siguientes del Código de Procedimiento Penal que consagran, entre otros aspectos, los principios de inmediación y contradicción y se traducen en la regla general que establece que: solo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción.

Las anteriores disposiciones desarrollan derechos fundamentales tan importantes como el debido proceso (Art. 29 C.P.), y apuntan a garantizar la confiabilidad de las pruebas que le permiten al juez conocer los hechos frente a los cuales debe tomar una decisión justa.

27.1.2. La colisión de intereses constitucionales derivada de la imposibilidad de comparecencia de los testigos a la audiencia de juicio oral.

En la práctica suelen presentarse múltiples circunstancias que impiden que los testigos presenciales comparezcan al juicio para ser sometidos al interrogatorio cruzado en presencia del juez. Es posible, por ejemplo, que el testigo haya

muerto, que haya perdido la memoria o que se encuentre afectado por una enfermedad que le impide declarar u otro aspecto. En circunstancias como estas, el alcance de los principios de inmediación y contradicción resulta limitado por otro postulado constitucional: la justicia material;⁶⁰ relacionada generalmente con otros intereses trascendentales como el derecho de la víctima a que se esclarezca la verdad, a que se haga justicia y a que le sea reparado el daño causado. Básicamente debe resolverse el siguiente interrogante: cuando no es posible lograr la comparecencia de la persona que directa y personalmente presencié los hechos con el fin de que haga su declaración en presencia del juez y con plenas posibilidades de contradicción ¿es admisible como prueba de un hecho o circunstancia penalmente relevante, una declaración rendida por fuera del juicio oral?

⁶⁰ *En este concepto se hace alusión a la justicia material enfocada al esclarecimiento y la sanción de las conductas punibles; sin embargo; debe tenerse en cuenta que en la realización de un juicio con todas las garantías también está ligado al concepto de justicia material, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007.*

28. AL ANALIZAR ALGUNOS FALLOS Y DECISIONES JURISPRUDENCIALES SE TIENE QUE:

En la sentencia de 30 de marzo de 2006 (rad. 24468), la Sala de Casación Penal inicio el estudio de lo concerniente a la prueba de referencia, destacando, entre otros, estos aspectos:

“Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción (...)”⁶¹

Los anteriores lineamientos jurisprudenciales permiten colegir que una vez practicada la prueba testimonial, pericial o documental no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni en el recurso extraordinario de casación que una prueba es de *referencia*, y por ende, reclamar su *exclusión* de acopio probatorio sin más argumentos.

Lo anterior toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es de *referencia* o que tiene contenidos de *referencia* no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su merito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su *exclusión*.

Lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas. No obstante, a menudo llegan a los juicios contenidos probatorios de referencia, por la manera como suceden las cosas en la realidad.

⁶¹ (11) –Cfr-Sala de Casación penal, sentencia del 24 de noviembre de 2005 radicación 24.323.

Corresponde a las partes actuar con diligencia en el juicio oral para detectar las *pruebas de referencia* o los contenidos referidos de alguna prueba –testimonial por ejemplo-. La objeción a las *respuestas de referencia* es el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos ingrese al conjunto probatorio, o para que el juez los advierta en la apreciación.

Como se observa, es un problema que atañe esencialmente a los adversarios. Muchas veces el juez no identifica *prima facie* las manifestaciones de referencia, sin que ello comparta una falta al deber funcional.

Es más, puede ocurrir que la parte oferente de la prueba sea consciente que contiene algunas expresiones de referencia; ni por ello toma distancia del principio de lealtad, ya que para garantizar la transparencia, la declaración se rinde en público, frente a la contraparte y al juez. Y aún es factible que la contraparte identifique la prueba de referencia y que no objete ni solicite al juez interrumpir el discurso del testigo, para cuestionar posteriormente la credibilidad del mismo.

Cuando ya se ha practicado la prueba y ésta se ha catalogado de referencia o con contenidos de referencia, no por ello la prueba se torna ilegal y nunca lo ha sido. Por lo tanto no es atinado solicitar sea excluida del acervo probatorio, pues la regla de exclusión solo puede recaer sobre pruebas ilícitas o pruebas ilegales, como se explicó en los capítulos anteriores.

De ahí que, en el marco del recurso extraordinario de casación, cuando se atacan las pruebas de referencia, se precisa identificar en cada uno de los contenidos de referencia y demostrar en cada caso concreto que el juez le asignó un mérito excesivo, contrario al que la Ley admite, desconociendo la tarifa legal negativa, por sucumbir en el error de derecho denominado falso juicio de convicción.

28.1. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS SOBRE LA COLISIÓN DE INTERESES INHERENTES A LA PRUEBA DE REFERENCIA.

La jurisprudencia y la doctrina nacional y foránea han analizado los aspectos fundamentales relacionados con la prueba de referencia; veamos:

De un lado, la Corte Constitucional ha consolidado una importante línea jurisprudencial con respecto a la importancia de un adecuado y eficaz ejercicio de la acción penal (SU-159 de 2002, C-591 de 2005, entre otras), especialmente en lo que relacionado con los derechos de la víctima y la sociedad a que se conozca la verdad, se haga justicia y se repare el daño causado (C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007, 29609 del 17 de septiembre de 2008, entre otras). La Corte Suprema de Justicia, aunque ha tenido en cuenta la importante protección que implica la regla general consistente en la inadmisibilidad de la prueba de referencia, ha expresado su preocupación porque en ocasiones son considerados injustificadamente medios de conocimiento importantes para lograr que se haga justicia (24468 del 30 de marzo de 2006, 25920 del 21 de febrero de 2007, 26411 del 8 de noviembre de 2007, 27477 del 6 de marzo de 2008, entre otras). De acuerdo con esta postura, puede predicarse la importancia de que el juez cuente con todos los medios de conocimientos posibles para tomar las decisiones que le competen, salvo que la admisión de dichos medios implique la afectación desproporcionada de otros intereses constitucionales.

De otro lado, han sido tenidos en cuenta los riesgos que entraña la prueba de referencia, en especial por la limitación que implica para los principios de inmediación y contradicción:

En las discusiones al interior del Congreso, previas a la expedición de la Ley 906 de 2004, se hizo alusión a la necesidad de reducir el listado de excepciones a la

prohibición de admisión de prueba de referencia, precisamente por las dificultades que implicaba frente al ejercicio del derecho de contradicción:

“Justificación. En virtud de las reglas que rigen la práctica de la prueba en un sistema acusatorio, se considera que el abuso de la figura de la prueba de referencia puede presentar un gran obstáculo para el cumplimiento de principios tan importantes como la inmediación y la contradicción probatoria. El artículo señalado, al determinar una extensa casuística convierte en regla general lo que por su naturaleza solo debe ser la excepción; por eso se ha concluido que las circunstancias que ameritan el despliegue de tan singular figura son las que se proponen”.⁶²

La Corte Suprema de Justicia ha resaltado que *“ la Admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la Ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por le declarante de referencia”*⁶³

En este aspecto, existen coincidencias en el derecho comparado con respecto a las reflexiones sobre la problemática de la prueba de referencia, aún sistemas de enjuiciamiento diferentes como el anglosajón y el continental europeo:

El Tribunal Constitucional de España ha señalado:

⁶² (21) INFORME PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2033-CAMARA, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” Bogotá, D.C., 24 de Octubre de 2003.

⁶³ (22) Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468).

“es igualmente cierto que, en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable y de ahí el justificado recelo jurisprudencial sobre ella, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, y es por ello por lo que, como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de Policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales, pueden ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el artículo 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumaria anticipada”⁶⁴

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁶⁵ frente a este aspecto citado por el Tribunal Constitucional español, ha resaltado que es inadmisibles “la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, porque, de un lado, priva al tribunal Sentenciador de la posibilidad de formar su juicio confrontando el testimonio directo con el indirecto, y, de otro, vulnera el artículo 6.1 y 3.d CEDH que consagra el derecho del acusado de interrogar a los testigos que declaren en contra de él.”⁶⁶

⁶⁴ (23) STC 217/1989, 21 de diciembre, fundamento 5ª

⁶⁵ (24) Sentencias STC 187/2003, de 15 de julio, entre otras, que reproducen jurisprudencia del TEDH, entre otras, Delta c. Francia, 19 de diciembre de 1990; Isgro c. Italia, 19 de febrero de 1991,

⁶⁶ (25) En sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, La Corte Suprema de Justicia se apoya en algunas consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y...

28.2. EN LO QUE TIENE QUE VER CON EL DERECHO PROCESAL PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS, EL TRATADISTA ERNESTO L. CHIESA APONTE COINCIDE EN SEÑALAR:

“Se estima que de ordinario, la prueba de referencia no es confiable, en la medida de que se trata de recibir como evidencia una declaración que no se hace con el rigor exigido en las reglas: en la corte, bajo juramento y sujeto a confrontación por la parte afectada. La declaración anterior puede haber sido hecha en corte-en procedimiento o vista anterior- y hecha bajo juramento; con todo, sigue presente el problema más serio: la parte contra la que se ofrece la declaración no ha tenido oportunidad de confrontarse con el declarante, sobretodo, no ha tenido la oportunidad de contrainterrogar al declarante”⁶⁷ De acuerdo con lo expresado hasta ahora puede concluirse que tanto el legislador como el operador jurídico deben prestar especial atención a los intereses superiores relacionados con anterioridad, antes de decidir sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, esto con el fin de evitar la supresión injustificada de evidencia que le permita al juez un mejor conocimiento de los hechos, y para evitar un sacrificio desproporcionado de principios tan importantes como la inmediación y la contradicción, que sin duda, también están asociados con la justeza de la decisión que pone fin al proceso penal. En tal sentido, parece más recomendable la posición dirigida a consagrar como regla general la prohibición de la prueba de referencia y a admitirla en casos excepcionales.

En la Ley 906 de 2004 se desarrolla la posición en comento, esto es, se consagra como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia, pero a la vez se consagran algunos eventos excepcionales de admisión de dichos medios de acreditación (artículos 437 y ss.).

⁶⁷ (26) Ob.cit. Vol. III pág. 338.

Sin embargo, como se verá más adelante, una solución en tal sentido no deja de ser problemática, porque en la práctica suelen presentarse situaciones que desbordan el régimen legal y generan discusiones jurídicas con respecto a la admisibilidad o de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral que pretenden aducirse como prueba de un hecho o circunstancia penalmente relevante, sobre todo si se tiene en cuenta que el número de excepciones consagradas en nuestro ordenamiento jurídico es significativamente inferior a las aceptadas en el sistema norteamericano e incluso a las consagradas en el sistema de enjuiciamiento criminal chileno.

Así las cosas, a continuación analizaremos la reglamentación de la prueba de referencia en el sistema acusatorio colombiano.

28.3. LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA LEY 906 DE 2004.

Los artículos 437 a 431 de la Ley 906 de 2004 regulan la denominada prueba de referencia en lo que respecta a su definición y en lo concerniente a los eventos en que resulta admisible, así como en lo que se refiere a sus limitaciones como fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria.

El artículo 437 en cita dispone que *“se considera como prueba de referencia toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en e mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*.

Es conveniente resaltar, que la definición que consagra el artículo 437 del Código no coincide con la regulación del ordenamiento procesal de Puerto Rico ni con lo

establecido en las reglas de evidencia de Estados Unidos (cuya incidencia en nuestro ordenamiento es innegable), pues en dichas legislaciones se dispone como prueba de referencia a toda declaración hecha por fuera del juicio oral, ***“que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado”***.

A pesar de que en nuestra legislación no se consagró expresamente que uno de los elementos de la prueba de referencia sea la pretensión de aducirla para probar la veracidad de lo aseverado, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del seis de marzo de 2008, radicado 27477, enfatizó en que este componente sí está presente en la regulación. Esta postura resulta fundamental para aclarar algunos aspectos relevantes sobre la materia, en especial para diferenciar algunos eventos en los que el carácter de prueba de referencia es sólo aparente:

“En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos que de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (I) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (II) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (III) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo) y (IV) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate

(tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)”

Lo anterior resulta importante si se tiene en cuenta que la interpretación literal y aislada del artículo 347 podría llevar a la conclusión de que cualquier aseveración realizada por fuera del juicio oral puede ser considerada como prueba de referencia, lo que por regla general, es inadmisibles, según se explicará más adelante.

Si el ordenamiento procesal penal es interpretado sistemáticamente, de acuerdo con los aspectos constitucionales ligados al tema de prueba de referencia, puede concluirse que la voluntad del legislador no estaba orientada a considerar como prueba de referencia todas las aseveraciones realizadas por fuera del juicio oral. Por ahora, haremos alusión a algunos eventos de manifestaciones realizadas por fuera del juicio oral, que claramente no constituyen prueba de referencia; luego analizaremos otras clases de manifestaciones que pueden resultar útiles en el proceso de conocimiento de los hechos y que generan discusión al respecto.

29. CRITICA A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.

29.1. EN ESPAÑA.

La declaración del coimputado constituye una prueba intrínsecamente sospechosa, no solo por su escasa fiabilidad, derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios, sino porque se trata de un testimonio que solo de forma muy limitada puede someterse a contradicción.

La declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas.

La necesidad de favorecer la inmediación impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal.

La duda objetiva de credibilidad que puede derivar de la coparticipación en los hechos por el declarante no supone *per ser una tacha*, sino que es simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, en función de los factores concurrentes, singularmente la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa, así como la presencia de posibles móviles de autoexculpación. En todo caso, tal función corresponde en exclusiva a los órganos de dicha jurisdicción en los términos que derivan de la propia Ley.

Sin embargo, tanto por la posición que ocupa el coimputado en el proceso, cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, su declaración constituye una

prueba intrínsecamente sospechosa, no solo por su escasa fiabilidad, derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios(entre los que presenta especial relevancia la posibilidad de autoexculpación o de reducción de la pena que se le imponga), sino porque se trata de un testimonio que solo de forma muy limitada puede someterse a contradicción.

Por tal razón, cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado, se hace necesario recordar la doctrina conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo no solo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y que son garantías instrumentales del mas amplio derecho a la defensa.

Con fundamento en lo anterior, se ha entendido que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas. En consecuencia, y a la vista de los condicionamientos que afectan al coimputado, se ha afirmado que el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente corroborada por otras pruebas. En consecuencia, y a la vista de los condicionamientos que afectan al coimputado, se ha afirmado que el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente solida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

La aplicación de la anterior doctrina lleva a la conclusión de que efectivamente se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, cuando la única prueba tomada en consideración para condenar ha sido la declaración de un computado.

A mayor abundancia, añade la doctrina que la declaración del coimputado utilizada para fundar la condena constituye, además, un testimonio de referencia, que por lo mismo es ratificado en el juicio oral por el testigo directo que supuestamente habría hecho las manifestaciones incriminatorias del recurrente.

En este punto la doctrina recuerda la prudencia en relación con la idoneidad de las declaraciones de referencia como elemento suficiente para fundamentar una condena penal, en la medida en que significan una limitación de la posibilidad plena de defensa contradictoria.

Dice la doctrina recordada que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero, la prevención de que, aunque sea un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por si sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Doctrina también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que señala “en efecto, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (...). De otro, supone soslayar el derecho que asiste

al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías (...) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (...).

En esa medida, dado su carácter excepcional, la doctrina ha considerado siempre que la admisión del testimonio de referencia se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria, afirmando que el hecho de que la prueba testifical de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida no significa, que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Por lo tanto, la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo o principal.

Desde otra perspectiva se pone de relieve, doctrinalmente, que tanto fiscales como defensores se enfrentan con un grave problema cuando un testigo en la vista pública declara algo parcial o totalmente distinto y contradictorio a lo declarado con anterioridad sobre el mismo asunto. El problema consiste en que si se le confronta con lo que declaró anteriormente y aquel niega haber hecho la manifestación, las partes no tienen forma alguna de desenmascararlo frente al juzgador. Ilustrémoslo con un ejemplo que se presenta a diario en los Tribunales del país.

Supongamos que una víctima de violación ofrece su versión original del acto delictivo al fiscal que investiga el ilícito. Luego, en la vista pública, por la razón que fuere, cambia la versión de los hechos exculpando al acusado a quien había señalado como autor del acto en su versión original. Cuando el fiscal la trata de confrontar con el acta tomada en la investigación llevada a cabo en la fiscalía, el juez no se lo permite aduciendo que dicha acta no tiene valor probatorio alguno y que lo que realmente importa es lo que el testigo declare en la vista pública. Sin entrar a valorar lo correcto o incorrecto de esa interpretación, si tenemos que señalar que resolviendo de esa manera, es el propio juez el que propicia que los ciudadanos puedan mentir impunemente en su salón de audiencias.

En el proceso acusatorio clásico esa es la forma por excelencia de impugnar la credibilidad de un testigo, es decir, por manifestaciones anteriores inconsecuentes. Es curioso el hecho de que en la Ley se disponga, que cuando un acusado se abstuviere de declarar, o incurra en contradicciones respecto a declaraciones anteriores se podrá ordenar la lectura de aquéllas y, luego de escuchar las explicaciones del imputado, el juez o el Tribunal valorarán la preferencia de ambas. ¿Por qué esta disposición solo aplica al acusado y no a todos los testigos que incurran en la misma situación? El que se aplicara una disposición similar a todos los testigos, y no sólo al acusado, resolvería grandemente esta situación.

En la doctrina procesal europea, cuenta MANUEL JAEN VALLEJO, a la prueba de referencia se le han formulado serias reservas respecto de la admisibilidad de “testimonios” de esta naturaleza, que llegan a conocimiento de la audiencia por medio de otro testigo, e incluso, se añade que las opiniones más estrictas niegan, sin excepciones, que tales testigos puedan ser tomados en cuenta por el Tribunal como fundamento de su convicción, pues ante estos declarantes ausentes no es posible al acusado y a su defensor ejercer el derecho de interrogar que acuerda la Convención Europea de los derechos del hombre.

Sobre el tema resulta interesante una Sentencia del Tribunal Constitucional es pañol que pone de manifiesto la falta de valor probatorio de las diligencias policiales y del testimonio de referencia de los funcionarios policiales. Con ocasión de una denuncia en la que la denunciante manifestó haber sido víctima de un incidente en una discoteca, sufriendo daños en una cámara fotográfica de su propiedad, que fue arrojada por una persona al suelo, reconociendo posteriormente la denunciante en la Comisaría, entre las fotografías que le fueron mostradas, la del recurrente en amparo, y ratificando ante el Juez instructor, como autor de los daños al señor de la camisa rosa que identificó en Comisaría”, el juzgado de Instrucción, tras el juicio oral, al que no asistieron ni la denunciada ni testigo presencial alguno, sino tan solo los funcionarios de la Policía que presenciaron el reconocimiento fotográfico realizado por la denunciante, había condenado al recurrente como autor de una falta de daños, sobre la base de que tales policías vieron rota la cámara fotográfica de la denunciante, así como que esta reconoció mediante fotografías del DNI al autor de tales daños. Dicha Sentencia fue confirmada en apelación.⁶⁸

Según el recurrente se le habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, tanto por la insuficiencia probatoria de las diligencias sumariales practicadas, no ratificadas en el juicio oral, como por la insuficiencia del testimonio de referencia para fundar la destrucción de la presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional recuerda, en primer lugar, la plena aplicabilidad y vigencia en el juicio de faltas de los principios y garantías constitucionales correspondientes al penalmente imputado, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia. También recuerda, en segundo lugar, -que el contenido del derecho

⁶⁸ ⁶⁸ 1 LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL, sistema acusatorio, FIERRO MENDEZ, Heliodoro, Ed. Leyer, págs. 248-252 Octubre de 2006

fundamental invocado, la presunción de inocencia, exige cuando menos que cualquier condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en él tuvo el acusado.

En particular, en cuanto a la validez probatoria del testimonio de referencia de los funcionarios policiales que habían presenciado la identificación fotográfica del recurrente, recuerda que tiene igualmente establecido este Tribunal que sólo será admisible en supuestos de situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, siendo medio de prueba poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso. Concluyendo que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. En este punto el Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene declarado contrario al art. 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro, y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos.

29.2. EN EL SALVADOR

El problema de la prueba de referencia (prueba de oídas) se presenta, en términos generales, pone de manifiesto HECTOR QUIÑONES VARGAS, cuando el testigo declara algo que no le consta de personal conocimiento sino que declara sobre lo que otra persona le contó. ¿Qué oportunidad tendría la parte afectada por dicho testimonio de confrontar a ese testigo, si éste sólo lo podrá contestar lo que le contaron y no más? De admitirse esto, ¿no se estaría infringiendo el principio de contradicción en el proceso) ¿Se acepta este tipo de testimonio en El Salvador? Algunos Jueces lo aceptan, otros no.

Actualmente es admisible toda prueba lícita y pertinente. El problema es que hay prueba lícita y pertinente que podría ser excluida por otras consideraciones y éstas deben ser aplicables en todos los Juzgados y no depender del criterio de cada Juez. Ya luego de admitida una prueba entonces se hace la valoración por el juzgador a base de la sana crítica.

En el ejemplo anterior sobre la prueba del carácter del acusado en un caso de lesiones graves, el que un testigo declare sobre el carácter agresivo de dicho acusado es una prueba lícita y pertinente, permitirlo, sin embargo, vulneraría el principio penal de que sólo se juzga al acusado por la causa presente y no por su conducta pasada o por su forma de ser o actuar. Vemos pues, como una prueba lícita y pertinente puede y debe ser excluida por otras consideraciones. Claro está, si estuviera reglamentado el derecho probatorio, en una situación como esa podría existir una excepción para admitir esa prueba de carácter. Es decir, si el acusado decide declarar en la vista sobre su buen carácter y en su relato dice que es una persona de carácter tranquilo, o algún testigo de defensa así lo declara, entonces se le permitiría al fiscal presentar el testigo que declararía sobre el carácter agresivo de aquél y así el juzgador tomará ambas versiones en cuenta al momento de valorar la prueba. Esto en el derecho acusatorio se le conoce como

la doctrina de abrir la prueba. Pero lo importante es que la decisión que se tome sea uniforme en todos los juzgados y no arbitraria de cada Juez.

Al no existir reglamentación uniforme sobre los requisitos necesarios para la admisibilidad de la prueba se vulnera el principio de uniformidad en la aplicación de justicia, principio fundamental en todo sistema legal.⁶⁹

⁶⁹ 1 LA PRUEBA EN EL DERECHO PENAL, sistema acusatorio, FIERRO MENDEZ, Heliodoro, Ed. Leyer, págs. 248-252 Octubre de 2006

30. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Al haber tenido este trabajo en las manos y de una u otra manera haber nutrido nuestras conocimientos con él, no es difícil establecer que los objetivos que nos habíamos propuesto a su inicio se han cumplido en grado sumo, esto es, haber analizado y a su vez haber descrito como en el nuevo sistema acusatorio el ámbito probatorio y en el trámite del proceso penal dado sus múltiples modificaciones y pronunciamientos jurisprudenciales, han sido piedra angular para la admisión y reconocimiento de la prueba de referencia analizada por el operador jurídico como de manera integral en el juicio para la toma de decisiones de responsabilidad o para absolver con independencia de las excepciones traídas por el código de procedimiento penal.

Luego siempre en nuestro sentir, entre los sujetos procesales, como en los intervinientes, las pruebas que hacen posible la acusación o la solicitud de la no declaratoria de una responsabilidad penal siempre van a estar enfrentadas al razonamiento en sana crítica del juez de garantías o en su defecto del de conocimiento para la toma de la decisión final al devenir de un examen integral, esto es, en el centro de la balanza el juez que dirige y valora el merito del proceso lo cual en la sentencia deberá señalar claramente las razones y motivos en que basa su decisión.

habiendo, entonces analizado y descrito en el presente trabajo como el sistema acusatorio afecta el aporte y análisis de la prueba y pone en entredicho la que es de referencia en el trámite del proceso penal, un acto que en grado sumo perturba la igualdad de las partes por la marcada separación de los poderes dentro del modelo de quien investiga y acusa, con quien primigeniamente o de manera preliminar decide sobre la legalidad de la captura, la medida de aseguramiento entre otras y de quien juzga, siendo el primero juez de garantías y el segundo el

de conocimiento o juzgador, por demás que son quienes por ultimo hacen una valoración del elemento probatorio y deciden.

Como se manifestó primigeniamente, que el considerar que tan solo mediante el fácil mecanismo de consagrar derechos y bondades en la mera norma legal, sería suficiente para resolver y superar la problemática existente dado el insuficiente valor a la prueba de referencia dada por el legislador y por el operador judicial, nos llevo a analizar una vez más y a describir como el modelo acusatorio hace posible que los jueces en sus decisiones puedan ser ligeros con los elementos de juicio requeridos, debiendo ser consecuente con su investidura constitucional y funciones legales en la aplicación de todas las reglas que conllevan una libertad probatoria y al debido proceso en desarrollo por demás de los principios de inmediación y de contradicción del proceso penal.

De conformidad con lo expresado en el artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplicará “en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” y agrega que quien sea sindicado tiene derecho “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”.

No obstante, la prueba de referencia impide al juez escuchar a la fuente original de conocimiento, la forma como obtuvo sus percepciones y tener criterios para fundamentar si le merece o no credibilidad. No puede permitirse que un Juez de Control de Garantías tome decisiones con base en informes que presenta la Fiscalía, o basándose en las declaraciones de funcionarios de policía judicial que se limitan a deponer frente al juez lo que le dijeron víctimas o testigos y, de igual manera la defensa pública o técnica, pero desde una óptica diferente después de todo lo analizado y estudio la integralidad en el análisis juicioso del elemento material probatorio hace posible que el operador judicial funde su decisión basado en una tesis de ponderación que lo lleve con certeza al una verdad verdadera de los hechos para establecer una responsabilidad o por el contrario una absolución.

Esto por cuanto al tenor del artículo 4° del CPP, “es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actividad procesal”.

Y es desde la perspectiva expuesta, que los principios de libertad, pertinencia, admisibilidad, publicidad, contradicción, inmediación y los criterios de valoración probatoria, previstos en los artículos 373, 375 a 380 del CPP, respectivamente, son aplicables por analogía durante las audiencias preliminares y de juicio oral, pues son desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política que obliga a respetar el debido proceso en “todas las actuaciones”.

Estudiamos y analizamos, para finalmente señalar si la prueba de referencia por regla general es en parte inadmisibile durante la actuación procesal con las excepciones reguladas en el artículo 438 del CPP. Se repite, toda vez que en nuestro sentir, esta norma no es de aplicación exclusiva durante el juicio oral, sino que debe ser aplicada durante las audiencias preliminares cuando durante su desarrollo pretenda alguno de los sujetos procesales introducirla.⁷⁰

Así las cosas, fue necesario en la elaboración del presente trabajo someternos a un método netamente documental, esto por cuanto el tema de estudio ha sido decantado por la jurisprudencia nacional en múltiples decisiones, que son hoy día precedentes jurisprudenciales, por demás que han sido objeto de estudio y de fundamentación doctrinal, a su vez ha sido necesario consultar diferentes leyes, y el derecho comparado que de una u otra forma ayudaron a formar el criterio aquí plasmado, mismo que han nutrido el conocimiento intelectual de quienes con gran interés pretenden adentrarse en el estudio del derecho penal probatorio.

⁷⁰ Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia 27477 de 6 de marzo de 2008 M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

La recopilación de cantidad de textos fue fundamental, para forjarnos ideas, y menester fue adentrarnos en la evolución histórica de la prueba, el conjunto de técnicas utilizadas de acuerdo a las circunstancias, tradiciones particulares, según la elección de los Jueces o las partes. El juramento una de las pruebas en que una de las partes o un grupo de personas juraba ante la otra, algo. Estos medios de prueba eran conocidos como “los juicios de Dios”, porque la influencia religiosa, se fundamentaba en ideas de Dios, debidamente invocado para asistir a las partes, decidiría sobre el resultado de la prueba, y en este sentido se definía la culpabilidad o la inocencia del acusado o encartado.

El surgimiento de cambios sociales y económicos se ocasionaron muchos efectos en el universo del derecho, uno de ellos fue que se hizo necesario redactar de forma escrita, conservar y probar las operaciones comerciales, Los cambios referidos significativas para el abandono de las ordalías por demás que se puede reconocer la relación entre la decadencia de las ordalías y las transformaciones de la sociedad.

Razonable es pensar, entonces, que los hombres recurrieran a las transacciones jurídicas y optaran por utilizar documentos y testigos para demostrar sus pretensiones jurídicas y concebir un concepto atinado de pruebas y entre ellas las de referencia, y que según la doctrina ha manifestado y corroborando lo argumentado, que la prueba es un concepto, pero también una manifestación que trasciende las fronteras de lo jurídico, y que su estudio y sentido debe ser a fincado hacia la filosofía, esto por cuanto sus limite conceptuales no pueden extenderse más allá de lo netamente filosófico, aunque hay quienes afirman que el estudio de la prueba es o se ha paralizado, no obstante concebirse como un garantía superior.

Para concluirse que, más que concebirse como una garantía procesal de carácter genérico, estructura al fundamento del derecho a la defensa y sirve de

presupuesto que legitima las decisiones penales del Estado, en cuanto a la prueba como resultante de los medios probatorios, permite sustentar la certeza o convicción de la verificación de la hipótesis, más allá de toda duda razonable.⁷¹

A lo largo del estudio y análisis del presente trabajo importante resultado hacer énfasis en los temas de la prueba su régimen y como actividad probatoria, adentrándonos a la obligatoriedad de su descubrimiento y así llegar a distinguir entre la lícita e ilícita y su exclusión dentro del proceso penal; las reglas que rigen el debate probatorio de conformidad con la ley actual, y la libertad probatoria para los sujetos procesales para desembocar en la prueba de referencia tema central del presente trabajo.

Trayendo con ella los diferentes tratados jurisprudenciales y doctrinales decantando de manera progresiva su valor en el campo probatorio penal, su carácter testimonial excepcional, por demás que las reglas y límites fijadas para la intervención del testigo como su posible retractación y valoración del operador judicial en la decisión final, con la órbita de precedentes jurisprudenciales como que.

“Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción (...)

⁷¹ La Prueba en el Derecho Penal, Sistema Acusatorio. FIERRO–MENDEZ, Eliodoro. Ed. Leyer 2006, Pg.

Y como es posible entender los anteriores lineamientos jurisprudenciales permiten colegir que una vez practicada la prueba testimonial, pericial o documental no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni en el recurso extraordinario de casación que una prueba es de *referencia*, y por ende, reclamar su *exclusión* de acopio probatorio sin más argumentos.

Lo anterior toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su merito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su exclusión.

Lo que se espera es que para el juzgamiento todas las pruebas sean directas. No obstante, a menudo llegan a los juicios contenidos probatorios de referencia, por la manera como suceden las cosas en la realidad.

Corresponde a las partes actuar con diligencia en el juicio oral para detectar las pruebas de referencia o los contenidos referidos de alguna prueba –testimonial por ejemplo-. La objeción a las respuestas de referencia es el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos ingrese al conjunto probatorio, o para que el juez los advierta en la apreciación.

Como se observa, es un problema que atañe esencialmente a los adversarios. Muchas veces el juez no identifica prima facie las manifestaciones de referencia, sin que ello comporte una falta al deber funcional.

Para concluir manifestando, que no obstante las múltiples manifestaciones y argumentaciones la prueba de referencia ha servido para emitir fallos de responsabilidad advirtiendo los múltiples cambios legislativos y pronunciamientos jurisprudenciales.

31. GLOSARIO.

LA ORDALIA: Fue usada para resolver sus controversias. Cuando los bárbaros invadieron Europa, el sistema germánico de la Ordalía se convirtió en el más común para resolver los conflictos penales y civiles. Consistía en agrupar un conjunto de técnicas utilizadas de acuerdo a las circunstancias, tradiciones particulares, según la elección de los Jueces o las partes.

LA ORDALIA MAS COMUN: Fue el duelo judicial, donde las partes combatían frente a los jueces pero también se utilizaron otras formas como la prueba del agua, la prueba de la caldera hirviente, la prueba del hierro candente, la prueba del fuego, que eran prácticas aberrantes a las cuales eran sometidos los inculpados.

LAS ORDALIAS REPRESENTAN: Medios de prueba irracionales pero para la época de los Barbaros, se concebían como coherentes dada su cultura incipiente, toda vez que, para ese momento histórico cuando la vida se encontraba dominada por la sangre y la violencia se influenciaba por el misticismo por demás que se tenía a la divinidad como participante en las controversias judiciales.

PRUEBA DOCUMENTAL: Es la recolectada a fin de demostrar los hechos y circunstancias contenidos en ellos.

LA BUSQUEDA DE LA VERDAD: Se convirtió en la actividad primordial de los jueces y de las partes, con el fin de erradicar del proceso judicial las pruebas irracionales a través de las Ordalías.

LA ESCOLASTICA: Es una ciencia que tuvo una marcada influencia en la formación profesional y cultural de los juristas, donde se aprendía la retórica y la lógica del derecho formado jurídicamente y preparado para la administración y la

enseñanza con ello el jurista se preparó como notario o como abogado y de esta manera los jueces y notarios dieron correcta aplicación al derecho, lo que les permitía argumentar oralmente en audiencias como redactar escritos y documentos.

LOS MENDIOS DE PRUEBA: Son método para distinguir los diferentes elementos de juicio, producido por las partes, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso como prueba de testigos, prueba indiciaria.

LA PRUEBA: Es un concepto, pero también una manifestación que trasciende las fronteras de lo jurídico, y que su estudio y sentido debe ser a fincado hacia la filosofía, permite sustentar la certeza o convicción de la verificación de la hipótesis, más allá de toda duda razonable. Es la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas admitida por la Ley.

LAS PRUEBAS SON: Las “circunstancias sometidas a los sentidos del Juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio, en otros términos, las pruebas vienen a ser los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho”

DEFINICION TECNICA DE PRUEBAS: En el sistema penal acusatorio .son aquellas aportadas en las audiencias preparatorias y en la acusación con el fin de dar inicio al juicio público, y de manera excepcional tienen ese carácter aquellas que son practicadas en forma anticipada teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 284 y 285 del CPP.

EL DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS: Se refiere al acto procesal en la cual una parte informa a la otra sobre los elementos con los que cuenta.

LA PERMANENCIA DE LA PRUEBA: Es decir, los elementos materiales probatorios recaudados durante la investigación, si bien pueden suministrar fundamentos a la medida de aseguramiento por ejemplo, y a la acusación, no vinculan al juez de conocimiento y por ello la sentencia que este profiera solo puede basarse en las pruebas que se practiquen en el juicio, con estricto respeto por los principios de oralidad, concentración, contradicción, inmediación y publicidad.

PRUEBA ILICITA: Se entendió aquella obtenida con violación de derechos fundamentales o con desconocimiento de las formalidades esenciales previstas en la Ley.

PRUEBA IRREGULAR: Aquella que desconoce otras regulaciones de la prueba. La importancia de esta distinción radica en que la regla de exclusión fijada por el constituyente, opera respecto de aquella y no de ésta.

PRUEBAS INCONSTITUCIONALES DERIVADAS: Son las que “sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Estas pruebas producen también el mismo efecto jurídico y el mismo efecto práctico: Son nulas de pleno derecho y deben excluirse de la actuación procesal.

TESTIGO: (*testis*, cabeza, *testimonium*, atestación) es toda persona natural, hábil o capaz, diferente de las partes del proceso, llamada a informar lo que sabe mediante o en razón del dominio de sus sentidos-, sobre el objeto del litigio, con fines probatorios; quien presencia o adquiere conocimiento directo de algo o la cosa con la cual se infiere el conocimiento de un hecho. Para el Diccionario de la Real Academia Española, también se entiende como testigo cualquier cosa aunque sea inanimada, por la cual se arguye o se infiere la verdad de un hecho.

CRITERIOS MODULADORES DE LA ACTIVIDAD PROCESAL: son a los que deben ceñirse los servidores públicos.

TESTIGO DE REFERENCIA: Es quien no tiene conocimiento directo de los hechos, sino a través de lo que terceras personas le han revelado, pero su testimonio, generalmente, no puede ser aceptado para fundamentar las decisiones en las audiencias preliminares y/o como prueba en la audiencia de juicio oral, no obstante sólo por excepción puede ser admitido, por ejemplo, cuando el testigo directo ha muerto o ha sido secuestrado. Son los llamados “testigos de oídas”.

PRUEBA DE REFERENCIA: toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es la utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial, cuando no sea posible practicarla en juicio; así lo preceptúa la normativa procesal penal.

EL TESTIGO DE REFERENCIA: Es aquel que declara sobre un hecho del que ha tenido conocimiento por intermedio de otra persona; por lo tanto, es un clásico testigo de oídas.

LA IMPUGNACION DEL TESTIGO: Es la hecha por la contraparte y esta orientada a restarle la credibilidad al testimonio.

LA PRUEBA DE REFERENCIA: Es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

LA CREDIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA: Puede cuestionarse por cualquier medio probatorio y en los mismos términos que la prueba testimonial, lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.

CONOCIMIENTO PERSONAL: Es que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”.

REGLAS DE LA AUTENTICIDAD: Se refiere a que los elementos materiales probatorios o evidencia física que se ofrece no hayan sido alterados o modificados en forma intencional o accidental y por tanto, conserven las características propias del objeto como fue hallado.

EVIDENCIA FISICA: Quien la ofrece debe demostrar su autenticidad, por cuanto es la única forma en que el juez puede confiar en la evidencia y darle un valor probatorio.

CLAUSULA RESIDUAL INCLUYENTE: Es la que le brinda al juez la posibilidad de admitir eventos de prueba de referencia no consagrados expresamente en la norma.

ESCRITOS DE PASADA MEMORIA: Son los han sido definidos como “declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria”

32. BIBLIOGRAFIA.

- ✓ Líneas de Acción Estratégica, Actividad probatoria del Juez, Comisión Inter Institucional, para el impulso de la oralidad en el Proceso Penal.
- ✓ Véase, reforma constitucional de la Justicia penal, texto del Acto Legislativo 03 de 2002, y documentos de trámite tomo II pág. 34.
- ✓ Aspectos globales de la reforma al proceso penal, en reforma a la justicia penal en las Américas, (Washington DC: Due Process of Law Foundation, 1999) pág. 44.
- ✓ Democracia y Administración de Justicia penal en Ibero Américas en Reformas Procesales en América Latina, La oralidad en los Procesos Santiago de Chile: Corporación de Promoción Universitaria.
- ✓ 6. La prueba en general y la indiciaria en particular, DELLEPIANE, Antonio. Ed., Leyer 2008, Bta. D.C. Pg. 9
- ✓ La Prueba en el Derecho Penal, Sistema Acusatorio. FIERRO–MENDEZ, Eliodoro. Ed. Leyer 2006, Pg. 51.sgts
- ✓ Instituto de Estudios del Ministerio público, Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, colección de derecho penal No. 2 PGN, 2005, UPEGUI Y. Rodrigo y otros, pag.328
- ✓ Cfr. OSORI ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARIN, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bta., 2005. Acta No. 023 sesión del 27 de junio de 2003.
- ✓ Dice, C.J.A. Mittemaier (Tratado de la Prueba en Materia Criminal, 9ª Edic. Pág. 313)
- ✓ Chiesa Ernesto L. Tratado de Derecho Probatorio. Reglas de evidencia de Puerto Rico y federales. Publicaciones JTS. USA.2005 Tomo III, pág.38.
- ✓ PRÁCTICA DE LA PRUEBA JUDICIAL, CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo, Ecoe Ediciones, págs. 299-312, 2009

- ✓ Cfr. BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 2004. 278 y 279.
- ✓ Sentencia dentro del caso Pueblo & Andaluz, 97JTS, comentada en Tratado de Derecho Probatorio, Tomo II, de Ernesto Chiessa Aponte, página 1253, publicaciones JTS, Luiggi Abraham Editor, 1998.
- ✓ EL DEFENSOR PUBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO, 1ª Ed.- Bogotá: Defensoría del Pueblo, páginas 93 -99, 2005.
- ✓ Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teóricos-constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva jurídica. Bogotá, 2005. Pág. 100.
- ✓ .CARDERON MONTES, Ana. Del Debate oral, documento Programa Fortalecimiento y Acceso a la Justicia.
- ✓ Dellepiane, Teoría General de la Prueba, Capitulo XX.
- ✓ INFORME PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 01 DE 2033-CAMARA,"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" Bogotá, D.C., 24 de Octubre de 2003.