

CONVENIENCIA DE LA PRACTICA DE TESTIMONIOS POR LA FISCALIA GENERAL EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

WILSON CARREÑO MURCIA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FUNDACION UNIVERSITARIA CATOLICA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLIN
2014

**CONVENIENCIA DE LA PRACTICA DE TESTIMONIOS POR LA FISCALIA
GENERAL EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES**

WILSON CARREÑO MURCIA

C.C. 91180687

Trabajo de grado como requisito presentado para optar al título de
Especialista en Derecho Probatorio Penal

Asesor

CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE

Magister en Derecho Probatorio

FUNDACION UNIVERSITARIA CATOLICA DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL
MEDELLIN

2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
1.1 OBJETIVOS	9
1.1.1 Objetivo General	9
1.1.2 Objetivos Específicos	9
1.2 MARCO TEÓRICO	9
1.2.1 Antecedentes y teorías básicas	9
2. TESTIMONIOS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES	12
2.1 ANTECEDENTES	12
2.2 FINES DEL TESTIMONIO DE INTERVINIENTES EN AUDIENCIAS PRELIMINARES	12
2.3 TESTIMONIOS EN LEGALIZACIONES DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO	13
2.4 TESTIMONIOS EN AUDIENCIAS DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA	14
2.5 TESTIMONIOS EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	16
3. LA PRUEBA DE REFERENCIA	18
3.1 LEGALIDAD Y VALORACIÓN	19
3.2 PRUEBA DE REFERENCIA CUANDO LA VICTIMA SEA UN MENOR:	21
3.3 PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS:	24
4. LA PRUEBA ANTICIPADA.	27
4.1 LEGALIDAD Y VALORACIÓN	27
4.2 LA PRUEBA ANTICIPADA EN DECLARACIONES DE MENORES	29
4.3 LA CAMARA DE GESELL EN DELITOS SEXUALES	29
4.4 PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS	31
5. MARCO JURIDICO LEGAL	33
5.1 NORMAS Y PRINCIPIOS DEL TESTIMONIO Y AUDIENCIAS PRELIMINARES	33
6. ANALISIS DE LOS RESULTADOS	35

6.1 TABULACION DE ENCUESTA	36
6.2 DIAGNOSTICO DE LA ENTREVISTA	36
7. CONCLUSIONES	37
7.1 CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN	37
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	39

INTRODUCCIÓN

La ley 906 de 2004 o nuevo sistema penal acusatorio, el cual fue acogido por Colombia, adoptado de legislación de otros países que ya se encontraba en este nuevo sistema procesal penal, el cual que en forma escalonado se fue aplicando por los Distritos Judiciales del país, pues en Distritos Judiciales como Quibdó, Barranquilla, Cartagena, el próximo 1 de enero de 2015 cumplirán 6 años de entrar en aplicación de estas normas a diferencia a Distritos como los del Eje Cafetero y Bogotá que para esa misma fecha cumplirán una década de desarrollo y aplicación de este sistema.

Pese a cursos y capacitaciones dadas por la Fiscalía General de Nación y el Consejo Superior de la Judicatura y su escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, con apoyo de la USAID, para los funcionarios y demás intervinientes en el sistema penal acusatorio; algunos fiscales han presentado cierta, incongruencia en su actuar en las audiencias y en el espíritu del sistema acusatorio, que es el buscar un proceso más eficiente y eficaz, bajo las garantías constitucionales del debido proceso y las normas procesales implementadas bajo la filosofía acusatoria, adoptada de legislaciones internacionales y en las cuales señalan que no todos los procesos penales deben llegar a juicio oral, por lo cual deben emplearse los mecanismos y la oralidad para lograr la terminación anticipada de estos y que como ya se manifestó, no fue bien entendido por los operadores, en especial en este tema de análisis e investigación que tratara la siguiente problemática en el proceso de esta investigación y como lo es la práctica de testimonios en las audiencias preliminares .

Audiencia de legalización de Captura que surge cuando una persona es detenida ya sea por una orden de captura o por flagrancia, quien una vez capturado debe ser puesto antes de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías.¹

Una vez se realiza audiencia oral en la cual el delegado de la Fiscalía, relatara los hechos que rodearon la detención y presentará los argumentos para demostrar que la captura se hizo bajo los parámetros de la ley y sin violar sus derechos fundamentales y del debido proceso.

A su vez, el defensor y el Procurador exponen sus puntos a lo expuesto por la Fiscalía y al juez se le pondrán de presente los elementos he informes de captura, acta de derechos del capturado y demás documentos que tenga en su poder el ente acusador en compañía del funcionario de Policía Judicial que realizo la captura o aprensión, así lo disponía en un primer término el Manual de Procedimientos de la Fiscalía, si determinar la importancia o no de llevar a ofrecer el testimonio de la víctima o testigo.

Posteriormente se señaló que de acuerdo al proceso y su complejidad si consideraba necesario se llaman testigos y a los miembros del organismo del Estado que realizaron la detención, pues así lo recomendó la ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES, en los inicios del SPOA la necesidad de presentar testimonios en la audiencia de legalización de captura.²

¹ Artículos 297 y 304 ley 906 de 2004.

² Dependiendo de la complejidad del caso, analizará si es necesario presentar más testigos o más elementos. Las Audiencias Preliminares en el Sistema Pena Acusatorio; Piedad Lucía Vanegas, 2007

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pese a como se observó del concepto de la realización de audiencias de legalización de captura, y de la importancia de realizar la presentación de testigos, muchos Fiscales Delegados, han esgrimido que en esta audiencia no es el momento para revelar los elementos materiales de pruebas como pueden ser un testimonio; se resisten a ofrecerlos y simplemente se limitan a presentar a los policiales que realizaron la aprensión, casi siempre cuando son procesos de captura en flagrancia.

Pero olvidan o dolosamente casi siempre no ofrecen el testimonio de la víctima o testigo directo, pues los delegados del ente acusador señalan además que hacerlo en esa etapa es “quemar al testigo” o que puedan ser tomado como pruebas de referencia en el Juicio Oral, o usados en el Juicio para objetar respuestas del testigo o para “refrescar memoria” pero contrario opino la Rama Judicial en conversatorio del Sistema penal Acusatorio del 8 de marzo de 2005³.

A mi parecer y en la práctica es una ventaja y da garantías, procesales a las partes de contradicción y conainterrogatorio, pues el recibir el testimonio de la víctima, puede desde la audiencia preliminar, determinar la credibilidad de los testimonios y certeza de los hechos; deposición que puede incidir en la determinación que tome el indiciado al recibir la imputación, de aceptar o no los cargos, pues muy seguramente ante el testimonio directo, elocuente de la víctima que lo señale he identifique, establezca los hechos de tiempo modo y lugar, puede influenciar en la psiquis del imputado, en la percepción de los hechos y a

³ Finalmente, en la audiencia preliminar se podrá recibir declaración jurada a un eventual testigo, perito o policía judicial (que no por ello se convierte en testimonio o dictamen como prueba), circunscrita a los temas indispensables para fundar la medida y su necesidad (artículos 297, 347, 403-4 del C.P.P.) que en el juicio pueda servir para impugnar la credibilidad del testigo y, eventualmente, como prueba de referencia (art. 437 y 438) pero que en la investigación información válida para sostener la medida de aseguramiento.

los demás sujetos como el defensor quien aconsejara y asesora a su cliente de la si o no contundencia del testimonio que en el juicio oral se convertirá en prueba. De igual modo garantiza en casos de gran trascendencia, la seguridad y comparecencia de la víctima o testigos, pues al ser señalados sus nombres en las audiencias concentradas y solo hasta el juicio ser escuchado por las partes, muy seguramente genera como pasa en la realidad judicial, que el trascurso del inicio del Juicio Oral que puede ser no menor de 120 días, dependiendo del número de acusados; el testigo sea ubicado, amenazado, sobornado o cualquier otro hecho que impida que este asista a juicio o que debido a la intimidación calle u omita parte de lo que percibió de los hechos materia de investigación. Por lo cual aquí sería aplicable la admisión de la prueba de referencia por ausencia justificada del testigo y de no haber dado este primer testimonio, se carecería y solamente contaría tal vez con una simple entrevista en la cual no fue sometida al principio de contradicción de las pruebas.

Por lo anterior ante la falencia de un programa real de protección de víctimas y testigos, señalo de vital importancia el practicar testimonios de la víctima o testigo en la audiencia de legalización de captura, pues pese a la existencia de dicho programa no es tan eficaz en la protección de sus testigos⁴. Y en un gran porcentaje repito el testimonio espontaneo, reciente y claro de los hechos percibidos infiera en la futura o no aceptación de los cargos del imputado o de un preacuerdo futuro, lo cual conlleva una justicia, mas pronta y eficaz.

Por lo cual de ahí la pregunta ¿Es conveniente la práctica de testimonios por la Fiscalía en las audiencias preliminares? Por lo cual este trabajo de investigación se propondrá determinar lo oportuno o no de la práctica de testimonios antes del

⁴ Zozobra en programa de protección de testigos; Hace diez días, dos personas aparecieron muertas en una de las casas de custodia que tiene el Programa de Protección de Testigos de la Fiscalía para amparar a más de 1.900 colaboradores de la justicia cuyas vidas corren peligro. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4229764>

juicio oral, las incidencias en las partes del proceso y el testimonio visualizado de acuerdo a la víctima o tipo de proceso.

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 Objetivo General

Se busca dar mayor efectividad al sistema penal acusatorio, garantizando una justicia pronta, eficaz y justa dentro del debido proceso, con la práctica de testimonios en audiencias preliminares o antes del Juicio Oral.

1.1.2 Objetivos Específicos

- a) Que los Fiscales reconozcan la ventaja y efectividad de realizar practica de pruebas o testimonios en las audiencias preliminares.
- b) Que se realicen en las audiencias preliminares práctica de testimonio de víctimas o testigos con el fin de garantizar un sistema penal acusatorio más ágil y justo.
- c) Garantizar con estos testimonios en audiencias preliminares una futura prueba de referencia en juicio oral por ausencia justificada del testigo.

1.2 MARCO TEÓRICO

1.2.1 Antecedentes y teorías básicas

“El testimonio es quizá el medio de prueba más antiguo de todos, tiene un origen teológico pues aparece en el génesis, cuando Adán y Eva son interrogados en el

paraíso luego de la comisión del pecado original es anterior a la escritura y anterior a las valoraciones de tipo filosófico⁵ .

De ahí la importancia y relevancia de este tema, dado que se presentan muchos casos en los cuales por no practicarse declaraciones en las diligencias preliminares el testigo por múltiples motivos no se presenta juicio, pues se esconde, fallese o se retracta de las insinuaciones dadas; más un los testimonios dados en audiencias preliminares, puede cumplir con el principio de contradicción pues el Abogado del imputado o por solicitud del Juez este puede ser interrogado en su testimonio. Por lo cual esta declaración estaría próxima a volverse de así requerirse en juicio en prueba de referencia de gran validez y relevancia al proceso y juicio oral ante la carencia del testigo de cargos.⁶

De igual modo si la filosofía del Sistema Acusatorio incorporada del sistema Americano, fue el que se dio por la Fiscalía hace 10 años que solo el 10% o máximo el 20% de los casos tendría que ir a Juicio Oral, bajo el marco de la Justicia penal que se ha visto reducida al amparo de nuevas legislaciones en especial casos como la ley 1453; por lo cual es más práctico y eficaz si una vez cometido el hecho delictivo y se ha realizado una captura se cuente con la declaración de la víctima o testigo en la Audiencias Preliminares para que este de forma oral y con presencia del defensor señale las circunstancias de tiempo modo y lugar del hecho delictivo y señale si el ahí detenido es el autor de esta, lo identifica o señala como tal, una declaración de forma oral del testigo o víctima casi un denominado careo, en muchos casos genera la aceptación de cargos del imputado ante la contundencia de las afirmaciones y que este imputado sabe o conocen si son ciertas o no, pues en muchos casos no entiende, toda la información que suministra el señor Fiscal en sus informes de campo, de captura y de más «informes» que lleva como elementos materiales de prueba y que por

⁵ EL TESTIMONIO PENAL, BORIS BARRIO GONZALEZ, Editorial Jurídica Ancó.

⁶ Artículos 437 al 441 de la ley 906 de 2004.

ende lleva la imputado, a pese a ser posiblemente r el actor del hecho a pensar que no existe quien lo identifique o señale en forma directa, de aquí que si se busca un mejor trabajo de la Fiscalía sin implicar la práctica de pruebas pues no es la etapa, es ajustado que para ciertos casos en que se cuente con la posibilidad de realizar se pueda contar en la Audiencia Preliminar con la declaración del testigo o víctima, pues si bien el Juez requiere para condenar del conocimiento más allá de toda duda, por pruebas oral prácticas en juicio, el indiciado o imputado para aceptar cargos merece llegar al conocimiento pleno de los elementos probatorios que lo incriminan o da también una claridad al Juez de garantías para la legalidad de la captura o imputación o de la posible aplicación o no de medidas privativas de la libertad, que mejor que estos se realicen en forma oral y publica y bajo la premisa de contradicción del testimonio, garantizando así la esencia de sistema oral penal.

De contera este tipo de prácticas testimoniales que generen un posible uso a futuro del testimonio ya sea por ausencia o para refrescar memoria, y generaría un mayor éxito de los Juicios Orales en los cuales, por ausencia del testigo o víctima y ante la imposibilidad de la Fiscalía de llevarlo a juicio conlleva que los procesos en absolución de acusado y de esta forma generan al estado un caso más de privación injusta de la libertad; también como ya se dijo da luces al Juez de Garantías sobre la contundencia o no de los elementos de pruebas de la Fiscalía y así se adoptaría medidas más justa y se evitarían posibles privaciones injustas de la libertad, evitando así el aumento de demandas contra el estado, situación que ya preocupa al erario público.⁷ Por lo cual más adelante decantaremos la importancia del testimonio en el proceso penal.

⁷ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; Privación Injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo Mayo de 2013 Impreso por Giro-Graphos Ltda.

2. TESTIMONIOS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

2.1 ANTECEDENTES

Aunque existen varios tipos de Audiencia preliminares y que doctrinariamente se han estructurado o agrupado en de audiencias de control previo, posterior y de trámite y que son más de una docena, nos centraremos en algunas posteriores y de trámite en los cuales la Fiscalía o puede ofrecer en sus elementos materiales de prueba testimonios y en las cuales se puede presentar y garantizar el derecho de controversia o contradicción, es decir interrogatorio y conainterrogatorio sin que estos testimonios se conviertan en prueba o adquiera el valor de prueba, aunque al futuro según algunas excepciones como prueba de referencia o anticipada lo pueda llegar a ser, como lo veremos mas adelante:

En consecuencia las audiencias donde se puede presentar este acto probatorio, puede ser en la audiencia de control de garantías de la captura por orden del juez o en flagrancia, en la audiencia para solicitar medida de aseguramiento, audiencia de control de garantías de diligencias de allanamiento y registro ya que en estas últimas en algunos casos la defensa podrá ofrecer fundamentos en contra de los ofrecidos por la Fiscalía con el fin de lograr la invalidez de la actuación, y que de igual forma el juez puede ordenar el interrogatorio de los testigo o peritos ofrecidos y presentes en la audiencia, sin que esto signifique la realización de un mini juicio oral, si no tal vez tenga otros fines.

2.2 FINES DEL TESTIMONIO DE INTERVINIENTES EN AUDIENCIAS PRELIMINARES

Como lo hemos manifestado la presente investigación tiene como finalidad el determinar, los beneficios o no para el sistema penal de la practica en los procesos penales de testimonios en las audiencias preliminares y que se

busquen con estos la verdad, como presupuesto necesario para la realización de la justicia, bajo los parámetros establecidos por la Constitución y la ley, y tal como lo expone el doctrinario PARRA QUIJANO, y que ya en juicio se integra por pautas que se elaboran para juzgar, utilizando el ambiente creado por el proceso, las máximas de la experiencia y las reglas técnicas o científicas o artísticas, cuando se debe acudir a las mismas sin apartarnos de valoración del Juez de prueba por la “sana critica”.⁸

2.3 TESTIMONIOS EN LEGALIZACIONES DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO;

Como se indicó anteriormente en esta audiencia la misma ley procesal penal, artículo 237, facultad al Juez de Garantías de interrogar a los comparecientes, como pueden ser los servidores de la policía judicial, testigos o peritos, audiencia la cual en algunos casos puntuales puede, acudir el defensor quien podrá interrogar a estos intervinientes, por lo cual se garantiza el derecho al debido proceso y de contradicción de las actuaciones en el proceso oral, por lo cual a mi parecer la práctica de testimonios en esta etapa se torna de gran importancia tanto para determinar en ella si se respetaron la garantías de los derechos constitucionales de las personas que fueron objeto de la actuación estatal, o determinar en caso contrario que se les vulneraron y por ende debe tornarse nula la diligencia ya sea por violación al derecho de intimidad o por violación de otras garantías fundamentales, que el juez aprecie y realice su decisión conforme a la Constitución y las norma legales. Pues si bien es casi escaso el testimonio de referencia que se pueda presentar estas audiencia si es gran importancia su práctica.

⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Décima quinta edición, librería editores del profesional Ltda. 2006.

2.4 TESTIMONIOS EN AUDIENCIAS DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA

Al parecer se pudiera pensar que con la ley de 1142 de 2007, se modificó la facultad del Juez de interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de policía judicial, esto bajo el pensamiento filosófico penal, que hoy impera en el ente acusador, referente a las audiencias preliminares penales, según las cuales se han vuelto un pequeño juicio, lo que ya han generado proyectos de reforma a la ley 906 de 2004, donde propone eliminar la audiencia de imputación bajo esos argumentos “la mecánica de la audiencia de imputación se ha venido convirtiendo en la de un pequeño juicio, donde muchos jueces han llegado incluso a exigir un descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía. De esta manera, lo que en teoría es un acto de mera comunicación se ha transformado en un escenario de debate sobre temas probatorios y sustanciales relacionados con la responsabilidad penal de los vinculados al proceso”.⁹

Por lo cual gracias al espíritu garantista de nuestro jueces aun realizan esta tarea y facultan también a las demás partes a realizarlo como lo es a la defensa, ya en este tipo de audiencias toma gran importancia la práctica de testimonios, pues con la presencia de la víctimas o testigos de los hechos, y al ser estos ofrecidos por el ente acusador en la legalización de la captura, sus testimonios pueden tener fines más importantes o ir más allá que los que simplemente busca el Fiscal con su ofrecimiento que son los de legalizar su aprehensión en especial en los casos de flagrancia.

Pero como ya se dijo en este estudio, las manifestaciones que se realicen en esta audiencia, puede generar efectos más allá de la finalidad del fiscal que son el primero que el imputado entienda y comprenda de una forma más directa que es el hecho que se por qué se le capturo pues cuando se recibe el testimonio de la

⁹ Segundo Foro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, Paipa Boyacá. Intervención de la Fiscal MARIA VICTORIA PARRA, diciembre 4 de 2013. Propuesta de la F.G.N de Reforma a la ley 906 de 2004

víctima o testigo casi siempre este presenta su exposición oral en un lenguaje más claro, es palabras más comunes del lenguaje usual o del ordinario vivir de la sociedad, no en términos técnicos jurídicos que muchas veces el capturado no entiende y genera que en muchos eventos tampoco entienda que se le imputa en la siguiente audiencia, en si con estos testimonios la persona captura independiente de la asesoría de su abogado puede saber si realmente existente elementos de prueba que lo puedan incriminar y llevarlo a ser condenado y de esta forma, muy posiblemente acceda a los cargos que le presente la Fiscalía.

De igual modo no puede verse como una actuación simplemente incriminatoria y violatoria del derecho de defensa o de su presunción de inocencia, pues la verdad puede ser un arma a favor de la defensa técnica del capturado, pues puede interrogar al testigo y llevar al juez a determinar sobre la legalidad o no de la aprehensión, como también puede ser útil para su asesoría a su defendido sobre la pertinencia de allanarse a cargo, realizar un preacuerdo o irse a juicio, pues en cierta manera ya la defensa está conociendo en forma más clara los elementos de prueba de los testimonios que se llevaran a juicio y la calidad de estos, lo cual como se viene señalando serán de gran aporte para la definición en la siguiente audiencia de imputación.

De igual modo también son de importancia suma para el juez para llegar al convencimiento de la legalidad de la captura pues no podemos pasar por alto el poder suasorio de un testimonio en audiencia ya sea de la víctima directa o de un testigo de los hechos.

Por último y no menos importantes debe observarse la importancia que estas testificaciones pueden a futuro aportar al proceso para llegar al fin de la justicia material, pues al no contar con la presencia de la testigo o víctima en el juicio oral, muy bien puede pensarse en estas declaraciones anteriores para presentarse como prueba de referencia a juicio y pueda ser valorada como prueba por el juez

de conocimiento bajo los parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales que existen en la actualidad sobre las reglas de apreciación de estas pruebas de referencia.

2.5 TESTIMONIOS EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Esta audiencias preliminares es donde se exige un mínimo de debate de los EMP, EF, y ILO, es la de solicitud de medida de aseguramiento, pues es la más importante antes del juicio oral, como quiera que allí se debate la libertad de las personas derecho fundamental de igual valor que el derecho a la vida, por lo cual el Juez como garante de estos derecho constitucionales, buscando establecer con objetividad la verdad y la justicia, mandato del artículo 5 de la ley 906 que por ser principio rector debe ser siempre apreciado en las audiencias.

Por lo cual es importante el poder ofrecer testimonios de ser necesarios de victimas o testigos con el fin de cumplir el requisito legal del artículo 308, no sin pensar que con la controversia o confrontación de estos EMP, se esté violando el debido proceso al imputado, pues algunos señalan que se estaría anticipando el juicio, lo cual no es así pues se está en aplicación del principio rector de establecer como se señaló la verdad y la justicia, y esta práctica le puede dar al Juez la inferencia razonable necesaria al Juez para imponer la medida privativa o puede ser que no se reúnan los requisitos y el Juez se abstenga de imponerla pues no reunieron los requisitos.

En consecuencia esta actividad probatoria en esta audiencia le genera más que una violación una garantía al imputado y una seguridad al estado que no esté frente a una privación injusta de la libertad por la ausencia real de EMP, EF o ILO que lleven a futuro a una preclusión, a una absolución, y de contera le exige a la Fiscalía ser más objetiva y eficiente al momento de acudir al Juez de Garantías con el fin de dar inicio su función constitucional de investigar y acusar a las

personas, también dado que desde la imputación en forma concreta inicia la actividad de defensa esta pueda buscar sus EMP, EF, para controvertir los que tiene la Fiscalía en su poder, estos testimonios en el juicio pueden servir para impugnar la credibilidad del testigo y, eventualmente, como prueba de referencia, tal como lo veremos más adelante.

Estas declaraciones las audiencias preliminares siempre deben ceñirse a lo reglado por los artículos 383 y ss. Ley 906 de 2004.

3. LA PRUEBA DE REFERENCIA

Como ya lo hemos referenciado este tema observemos su concepto legal y jurisprudencial básico de este La ley 906 de 2004, la define en el artículo 437 de esta manera;

“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 Corte Suprema de justicia se ha manifestado al respecto que:

“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 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 natural o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad), por ejemplo”¹⁰

Como se observa la prueba de referencia surge de una declaración rendida por una persona, por fuera del juicio oral, testimonio puede ser verbal, escrito o **una grabación**, como lo es el caso de los testimonios rendidos por un testigo o víctima en las audiencias preliminares tal como lo que hemos referenciado en este

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

análisis, por lo cual se debe determinar que por regla general solo se tiene como prueba la practica en juicio bajo el principio de inmediación de la prueba.¹¹ .

En consecuencia analizaremos la aplicabilidad de esta prueba de referencia en el sistema penal acusatorio y en forma especial en el juicio oral como fuente de prueba para llevar la juez a proferir sentencia condenatoria.

3.1 LEGALIDAD Y VALORACIÓN

La importancia de un medio de conocimiento como la prueba de referencia que se presenta para probar la verdad de los hechos informados en el testimonio, de una persona que por fuerza mayor ya sea por enfermedad que perjudico su memoria, privación involuntaria de su libertad, por muerte, o por los demás eventos señalados en el artículo 438 de la ley 906 de 2004¹². De esta norma y sus requisitos se han resaltado el numeral b) en especial al tema del **evento similar**, el cual no puede ser una puerta abierta para evitar la comparecencia o la contradicción del testimonio en el juicio oral, por lo cual la Fiscalía esta llamada al invocar esta situación demostrar que realizo todas las labores y posibilidades de ubicar y llevar a juicio al declarante.

De igual modo existe otra finalidad de la prueba de referencia como medio de impugnación de la credibilidad ya lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia;

“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

¹¹ “Art. 16. Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas.”

¹² art. 438 a) Manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padezca de una grave enfermedad que le impida declarar; d) Ha fallecido. También se aceptara la prueba de referencia cuando la declaración se halle registrada en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

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.

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 conocimiento¹³, sin más limitación que la impuesta por los parámetros de la sana crítica.”¹⁴

De otra parte ya estableceremos más adelante la importancia de la prueba de referencia en retractaciones de declaraciones en delitos sexuales y menores como víctima.

No se puede pasar por alto en este estudio la tarifa legal negativa impuesta en el artículo 381 del C.P.P. que “*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*” por lo cual respecto a este tema se ha señalado que la norma es abierta pues no señala que otro tipo de prueba debe acompañar la prueba de referencia para condenar, por eso se está creando una tesis por parte de la F.G.N de eliminar esta tarifa legal negativa, y así lo señalaron en su propuesta de reforma de la ley 906 de 2004;

“Quienes consideraron que era conveniente suprimir la tarifa legal negativa consagrada por el ordenamiento procesal penal en razón a los problemas que se plantean frente a la prueba de referencia, centrados fundamentalmente en su eficacia y poder suasorio que no en su validez, razón por la cual debe deferirse en el juez la potestad de determinar qué valor probatorio ofrece a este medio probatorio y si el mismo ostenta el poder suasorio suficiente para sustentar una condena.”¹⁵

¹³ Artículo 382 ibídem.

¹⁴ Proceso No 24468, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

¹⁵ Segundo Foro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, Paipa Boyacá. Intervención de la Fiscal MARIA VICTORIA PARRA, diciembre 4 de 2013. Propuesta de la F.G.N de Reforma a la ley 906 de 2004

3.2 PRUEBA DE REFERENCIA CUANDO LA VICTIMA SEA UN MENOR:

El testimonio en un proceso penal es hecho estresante y traumático para toda persona máxime, por tener que revivir los hechos que percibió o sufrió, más fuerte puede ser este impacto si se trata de un menor de edad, por eso la Corte Suprema de Justicia planteo ya en su jurisprudencia el aplicar la prueba de referencia en declaraciones de menores con el fin de prevenir perjuicios al menor;

“1.9.Un caso especial lo 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 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 testimonios 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 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 la 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.”¹⁶

Posición que ha sido ratificada por la Corte Suprema, cuando pese de existir la denuncia de la menor, esta no puede ser escuchada en juicio por presiones de su propia familia, a si lo señalado:

El Tribunal no tuvo en cuenta esa doble condición del testimonio de Aluma Moreno, pues únicamente advirtió su cariz de prueba de referencia, y no el de prueba directa del comportamiento asumido por la progenitora de la víctima ante el agente investigador, al manifestarle que no permitiría que la joven declarara en el juicio debido a las presiones ejercidas por los miembros de su familia, pues el procesado era esposo de una hermana de ella y su captura había ocasionado graves desavenencias entre los miembros de ese clan, incurriendo de esa forma en un falso juicio de identidad el fallador de segundo grado.¹⁷

De aquí la importancia de toma de testimonios de los menores bajo las técnicas y procedimientos de protección Constitucional y legales previstos, como analizaremos más adelante en este estudio, pues no podemos pasar sin analizar someramente el tema de la retractación del testimonio del menor en estos tipos de delitos de violencia sexual especialmente, donde el juez se tendrá que valer de los dictámenes técnicos de los psicólogos y expertos que reciben el testimonio del menor en un primer término y como también en su retractación, pues no pueden catalogarse a los conceptos de los peritos como pruebas de referencia, así lo a expuesto el máximo Tribunal de lo Penal¹⁸:

¹⁶ Proceso No 24468, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

¹⁷ Proceso No 29609, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA (17) de septiembre de dos mil ocho (2008)

¹⁸ Proceso No 28257, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, MAGISTRADO PONENTE AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN (29) de febrero de dos mil ocho (2008).

“La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial-, a la que hace relación el artículo 405¹⁹ del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha de valorar²⁰. Si bien es cierto, que tales profesionales no presenciaron los hechos, la menor, como su progenitora fueron valoradas por ellos; eventos, circunstancias y, conclusiones que, fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportan su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 *ibidem*²¹. En oportunidad la Sala había considerado:

i) Aunque no son testigos presenciales de los actos de abuso sexual contra K...J..., se refirieron a otros hechos o situaciones que ellas mismas percibieron, cumpliéndose así la exigencia de *conocimiento personal* contenida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

ii) Si hubiese existido controversia sobre el fundamento del conocimiento personal de las testigos, la defensa podía objetar las declaraciones mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo, como lo indica el mismo precepto. (...)

v) De otro lado, el contenido de oídas del relato de ellas estaba dirigido a probar aspectos sustanciales del objeto del debate (*la responsabilidad penal del implicado*), como lo estipula el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁹ “La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio.” (resalto fuera de texto).

²⁰ “ARTÍCULO 404. APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

²¹ “ARTÍCULO 402. CONOCIMIENTO PERSONAL. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.”

Lo mismo se predica del testimonio de Liliana Pulgarín, psicóloga forense, quien realizó una entrevista a K...J...; y confirma lo que la niña le contó sobre los tocamientos de sus partes íntimas, en un relato que para ella, desde el punto de vista de su profesión es creíble²².

De allí que el conocimiento que por vía directa e indicial permite superar duda alguna sobre la existencia del delito y de la responsabilidad de PEDRO EMILIO HUERTAS CONTRERAS, como lo ordena el artículo 381 y 372 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea procedente reflexión posible en torno a la prueba de referencia.”

3.3 PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS:

A continuación se rezañara una breve recopila de jurisprudencia en relación al tema de pruebas de referencia dado por la Corte Suprema de Justicia en los últimos años;

1. Proceso No 28257, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, MAGISTRADO PONENTE AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN (29) de febrero de dos mil ocho (2008). Señala : “La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial, no es prueba de referencia”
2. Proceso No 31012 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. “Incorporación de pruebas. Prueba de referencia: Procedencia, que es prueba de referencia admisible la declaración de un testigo de oídas cuando a la víctima (o, como ocurre en este caso, la persona que presenció directamente el hecho) le es imposible comparecer al juicio oral, de conformidad con lo que se desprende del literal b) del artículo 438 de la ley 906 de 2004”

²² Cfr sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

3. Proceso No 32395. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrada Ponente MARIA DEL ROSARIO GONZALES DE LEMOS. Se acepta el testimonio del menor víctima como prueba de referencia por recomendación psicológica ,“no someter a la menor a nuevos exámenes o entrevistas, entre las cuales se incluye, desde luego, su testimonio público o privado en el debate oral”

4. Proceso No 32863. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrada Ponente MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS. Tarifa legal negativa “Desde luego, es claro que tal prueba de referencia necesitará contar con otras de diversa índole para conseguir aptitud demostrativa en sede de un fallo de condena, pues por expresa disposición del legislador, “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (artículo 381 de la Ley 906 de 2004).

5. Proceso No 41106. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JOSE LEONIDAS BUSTOS. Entrevista de persona prófuga de la justicia es admisible como prueba de referencia. “Con esta constancia resulta irrefutable que Soto Manotas es prófugo de la justicia, y cuya captura al parecer aún no se ha ordenado, y por tanto la defensa no lo encuentra disponible para hacerlo comparecer o pedir su conducción; lo cual, se insiste, no es atribuible, como se puede comprobar, a la negligencia o inactividad de dicho sujeto procesal y por tanto, sin duda, tal situación se encuadra en los eventos similares en que excepcionalmente procede la prueba de referencia, de acuerdo con el literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004”

6. Proceso No 36518. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JOSE LEONIDAS BUSTOS.

No es admisible prueba de referencia cuando Fiscalía no realizó acciones eficaces para lograr comparecencia de testigo.” La situación, entonces, no se adecua a lo previsto en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, pues no se trata de un evento similar al secuestro o la desaparición forzada del testigo que le impidan concurrir al juicio, o de un suceso de fuerza mayor por desaparición voluntaria del declarante, pues aquí al menos se lo contactaba telefónicamente, sino de un declarante renuente a rendir el testimonio que de él se reclamaba, circunstancia que la Fiscalía no enfrentó con los medios legales y técnicos a su alcance.”

7. Proceso No 43002. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ. Los documentos y su contenido no representan prueba de referencia sino un mecanismo autónomo e independiente, con poder suasorio suficiente por sí mismo para facultar el conocimiento de los hechos y consecuente responsabilidad de la persona.”

8. Proceso No 44131. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ.” Prueba de referencia: Para que el principio de confrontación no aparezca conculcado, resulta indispensable que se acredite la existencia de un motivo legalmente previsto que justifique la no concurrencia del testigo de cargo a juicio oral, que se le respete al acusado el derecho de defensa dándole la oportunidad de controvertir de forma adecuada y suficiente su dicho mediante el ejercicio del contrainterrogatorio a quien trasmite el conocimiento en el debate público, aportar pruebas de refutación y, además, que no se trate de la única fuente de conocimiento en que se apoye la decisión de condena, sino que esta se funde también en otras válidamente practicadas en el juicio oral.”

4. LA PRUEBA ANTICIPADA.

4.1 LEGALIDAD Y VALORACIÓN

Como se ha establecido con anterioridad que una característica esencial del sistema penal acusatorio es que solo se tiene como prueba, los actos, hechos o cosas que hayan sido ad en juicio, por lo cual la prueba anticipada, es una excepción al principio de inmediación porque se practica anticipada antes del juicio oral y no ante el juez de conocimiento, sino ante el juez de garantías.

La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral. Si es solicitada a la presentación del escrito de acusación, debe quien la solicita debe informar al juez de conocimiento. Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público, en los casos del artículo 112.

Esta debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del acusado.

El sujeto procesal debe exponer al juez de garantías su teoría del caso, que relaciona la prueba solicitada con los hechos relevantes y los efectos jurídicos que pretende demostrar. Solo así el juez puede estudiar de manera completa la pertinencia de la prueba.

Manifiesta la doctrina que juez de garantías debe realizar un doble juicio de admisibilidad, que son un juicio positivo y otro negativo conforme a las reglas de la ley 906 de 2004 arts. 284 y 373 por lo cual debe determinar;

a . El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y .que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

b. Los motivos fundados van más allá de la simple afirmación del peticionario.

c. La extrema necesidad debe respaldarse en actos de investigación o en evidencia que se lleve ante el juez de garantías que demuestren la ostensible urgencia que obliga a practicar la prueba antes del juicio oral.

El artículo 221 CPP describe que sustento probatorio deben tenerlos motivos fundados a efectos de fundamentar la orden de registro y allanamiento, perfectamente predicables para la prueba anticipada.

La pérdida o alteración del medio probatorio, también debe comprobarse como por ejemplo las condiciones especiales del testigo en relación con su vida amenazada por enfermedad o peligro evidente, el deterioro de la evidencia física o de la escena del delito por factores ambientales o de seguridad pública.

El otro factor a observar son no puede violar los aspectos señalados en el artículo 376 C.P.P:

- a. No deber causar grave perjuicio indebido.
- b. Ni generar confusión.
- c. Ni exhibir escaso valor probatorio.
- d. Ni ser dilatoria del procedimiento.

De igual modo el Estatuto anticorrupción, ley 1474 de 2011, establece una nueva circunstancia para ser realizada a prueba anticipada en especial de delitos contra

el patrimonio económico del estado y esté amenazado o tenga en curso un trámite de extradición.

4.2 LA PRUEBA ANTICIPADA EN DECLARACIONES DE MENORES

Debe determinarse antes hablar de menores que la ley señala que a los menores de 12 años no se les toma juramento y que de ser pertinente y necesario se le realice por fuera de la sala de audiencias y bajo la modalidad de grabaciones como lo señala el artículo 146 numeral 5 de la ley 906 de 2004.

A partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 24468, que señalo que se podía acudir a la prueba de referencia, con la finalidad de proteger al menor y no re victimizarlo y con el fin de garantizar el pleno ejercicio de la defensa de su derecho de contradicción y para lo cual se logra así un punto de equilibrio entre los derechos niños y la legitima defensa, mediante el empleo de la cámara de gesell, garantizando así la medidas necesarias para lo protección de los derechos superiores del menor, no sometiéndolo a declarar varias veces sobre el hecho que fue víctima o que observo y lo puede perturbar en su desarrollo.

4.3 LA CAMARA DE GESELL EN DELITOS SEXUALES

La Corte Suprema de Justicia en fallo del 27 de junio de 2007, en el expediente 27478, realiza un completo concepto y desarrollo de esta herramienta para el sistema penal acusatorio, en la siguientes forma;

“Cámara de Gesell²³, es sólo un instrumento utilizado en la Psicología al cual se acude en la investigación criminal para facilitar la recepción del testimonio de menores víctimas de delitos; se trata entonces de un espacio acondicionado

²³ Creada por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell.

principalmente para realizar observaciones relacionadas con el desarrollo de comunicación, comprensión y habilidades del atestante.

La presencia del psicólogo forense en uno de los salones dispuestos para entrevistar al menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los hechos, y principalmente, para evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia de público.

En este orden, una es la versión del menor que se recoge en la entrevista, la profesional receptora es un intermediario entre los funcionarios judiciales, pero puede ser llamada como testigo para exponer sus criterios científicos y profesionales en auxilio de la Administración de Justicia, sin embargo, el censor en este caso fusiona las dos probanzas para demeritar su valor suasorio.

Así las cosas, no se evidencia si pretende fundar vicios formativos en la entrevista del menor al no contarse con los procedimientos que según anota son aceptados por la Organización Mundial de la Salud, o si por el contrario, busca descalificar el dicho de la profesional ya que en su informe inicial se refirió al *stress traumático* del menor, padecimiento que para el censor no existe pues lo que presentan las personas ante el impacto de una situación negativa se denomina *stress post-traumático*.

Las condiciones de realización de la entrevista en la *cámara Gesell* en manera alguna se constituyen en requisitos de validez para la exposición del menor víctima o de la declaración de la profesional receptora, ni se constituyen en ineludible referentes para la valoración o credibilidad si se tiene en cuenta que el sistema penal acusatorio está basado en la libertad probatoria.”

De igual forma el legislador en protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes reglamento en la ley 1652 de 2103, la práctica de las entrevistas

forenses de los menores víctimas a través de cámara Gesell o un espacio físico acondicionado para este fin, y el resultado de estas como material probatorio, de igual forma la Corte Constitucional en sentencia C-177-14, señaló que; “considerara como material probatorio la entrevista forense realizada a menores víctimas de los delitos sexuales no vulnera los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción, ni el acceso efectivo a la administración de justicia, en aplicación del interés superior del menor y del *principio pro infans*. *Participación obligatoria en estas entrevistas de psicólogos, profesionales en desarrollo familiar, trabajadores sociales y profesionales a fines.*”

En consecuencia ya existe la norma que regula este tipo de entrevistas forenses y las cuales se trasforman en prueba anticipada para ser llevada a juicio evitando así el traumatismo de los menores y la búsqueda de la verdad en este tipo de delitos, que en muchos casos terminan con sentencias absolutorias por falencias probatorias.

4.4 PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINARIOS

A continuación se rezañara una breve recopila de jurisprudencia en relacion al tema de pruebas de anticipada dado por las Altas Cortes en los ultimos años;

1. Sentencia C-591 de 2005, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrada Ponente CLARA INES VARGAS HERNANDEZ, Dio la constitucionalidad de la prueba anticipada, “bajo un carácter excepcional y siempre en cumplimiento del principio de contradicción, pero a su vez como una excepción al mismo principio de inmediación”.
2. Sentencia C-209 de 2007, CORTE CONSTITUCIONAL, Magistrado Ponente MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, Dio la constitucionalidad dl numeral 2, del

artículo 284 de la ley 906 de 2004,, “en el entendido que la víctima también puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas ante el juez de control de garantías”

3. Proceso No 38773. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrada Ponente MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ MUÑOS “Por excepción, la codificación procesal de 2004 admite tener en cuenta en el fallo elementos probatorios practicados por fuera del juicio oral. Se trata de las pruebas anticipadas y las pruebas de referencia”.

4. Proceso No 38773. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Magistrado Ponente SIGIFREDO PEREZ “El instituto de la prueba anticipada se erige como un mecanismo urgente que busca conservar el elemento suasorio “*por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio*”, como lo predica el numeral 3° del artículo 284 en cita.”

5. MARCO JURIDICO LEGAL

5.1 NORMAS Y PRINCIPIOS DEL TESTIMONIO Y AUDIENCIAS PRELIMINARES

Se realiza una recopilación de las normas del tema principal de estudio que fueron los testimonios o declaraciones antes del juicio oral, para de esta forma ambientar las normas que regulan este tema en una forma específica y general, estas normas y de jurisprudencia son;

- La Constitución Política artículo 29 garantiza el debido proceso,
- La Constitución Política artículo 90. Responsabilidad del Estado
- La ley 906 de 2004 establece el procedimiento penal Colombiano el cual está basado en un sistema acusatorio.
- Art. 11 , procedimiento penal Colombiano derecho de las víctimas « ser oídas»
- Art. 15, procedimiento penal Colombiano, derecho de contradicción de las pruebas.
- Art. 16, procedimiento penal Colombiano, derecho de inmediación « en las circunstancias excepcionales previstas en este código, podrán tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías»
- Art. 284. Prueba anticipada,
- Art. 286. Concepto de La formulación de imputación.
- Art. 287. Situaciones que determina la imputación-
- Art. 288, 289, 293, formalidades, contenido y aceptación de cargos.
- Art. 297 y 302, procedimiento penal Colombiano, procedimiento de audiencia preliminar legalización de captura.
- Art. 306. procedimiento penal Colombiano, solicitud de imposición de medida.
- Art. 346. Medidas de protección para víctimas o testigos,

- Art. 381. Conocimiento para condenar.
- Art. 438 procedimiento penal Colombiano, admisión excepcional de la prueba de referencia.
- Art. 440 Utilización de la prueba de Referencia.
- Art. 441. Impugnación de la credibilidad de la prueba de referencia
- Código contencioso administrativo, artículo 140. Reparación Directa por privación injusta de la libertad.
- Corte Constitucional Sentencia C-144/10 *«Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías»*
- Corte Suprema, Sala Penal Sentencia. Sep. 21/2011 Radicado 36023; En varias oportunidades²⁴ la Corporación ha estudiado la naturaleza, admisibilidad y valoración del medio de prueba de referencia, para reafirmar cómo se torna en un elemento de convicción excepcional, cuyo contenido debe encontrar eco en otras pruebas practicadas con intermediación y sometida su producción a la participación de las partes

²⁴ Casaciones 25920 del 21 de febrero de 2007; 27477 del 6 de marzo de 2008 y 29609 del 17 de septiembre de 2008.

6. ANALISIS DE LOS RESULTADOS

Se proyectó realizar una investigación cualitativa bajo el parámetro del diseño cuasi experimental, y se orientara sobre la población judicial de Quibdó relacionada con el sistema penal acusatorio, jueces y fiscales, mediante recolección de información o entrevistas o cuestionarios,

A estos datos se les dará un análisis descriptivo en gráficos o variables

Para lo cual se realizo la siguientes encuesta que se a contiacion se relaciona;

Encuesta:

Que contendrá tres preguntas;

1. Tipo que Rol ejerce en la Sistema Penal Acusatorio.

Juez () Fiscal () Defensor () Ministerio Publico ()

2. Esta de acuerdo con la práctica de testimonios en las Audiencias Preliminares;

Si () No ()

3. considera que la práctica de testimonios en las Audiencias Preliminares puede traer beneficios al sistema penal acusatorio;

Si () No ()

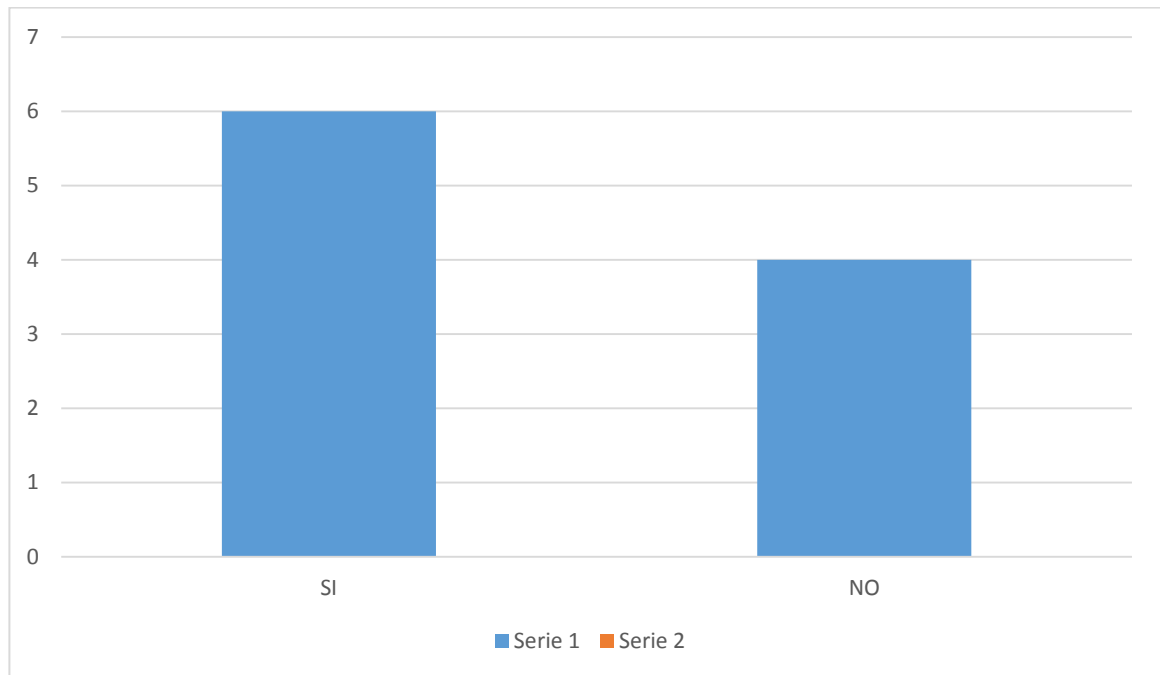
1. De igual forma se entrevistara a un encuestado que allá dado el Si en las respuesta y uno por el No.

Se realizo al encuesta a 10 personas, 4 jueces, 3 fiscales y 3 defensores.

A continuacion se tabularan los resultados

6.1 TABULACION DE ENCUESTA

Se realizaron un total de 10 encuestas, 4 jueces, 3 fiscales y tres defensores:



6.2 DIAGNOSTICO DE LA ENTREVISTA

Se realizó una entrevista a un encuestado que allá dado el SI a las respuestas y su comentario fue: “si las creo importantes en el sentido de poder dar inicio a la contradicción de los EMP de la Fiscalía, garantizando así un proceso más justo.

De igual modo se entrevistó por el NO, manifestándonos: No, pues no es la oportunidad de revelar las pruebas a las partes y el único momento de practicarlas es el juicio oral.

7. CONCLUSIONES

7.1 CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Después de este estudio y de analizado cada etapa procesal antes del juicio oral y las vicisitudes que pueden ocurrir antes de este, y dado el tiempo que se presenta desde las audiencias preliminares e instalarse el Juicio, vuelve a tomar importancia esos actos procesales de declaraciones o testimonios antes de juicio ya sea como una prueba de referencia o prueba anticipada, pues como se pudo observar, que ante un acaecimiento inesperado para algunas de las partes en el proceso puede llevar al traste la teoría del caso ya sea a la defensa o a la propia fiscalía.

No menos importante a si se señales de pequeños mini juicios, también la practica o conocimientos de los EMP de la F.G.N. puede antes de perjudicar el debido proceso o la defensa técnica, es darle luces que tan contundentes o no son estos para ir a juicio o si es preferible un allanamiento a cargo o un preacuerdo posterior.

Esperaremos que cambios busca la Fiscalía General de este sistema que aun lleva una década y si prospera su deseos de mutilar la imputación y de quitar la tarifa legal negativa a la prueba de referencia, se nota al parecer que son muchos los procesos pero pocas las condenas, y esto no gustas a la actual administración del ente acusador que busca por encima de los derechos de las partes que la Fiscalía este al parecer por encima de estos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BARRIO GONZÁLEZ, Boris. El Testimonio Penal. Editorial Jurídica Ancó. 2005.

Código de Procedimiento Administrativo, Ley 1437 de 2011, Colección de Textos Jurídicos No 1. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 906 de 2004. Librería Jurídica Sánchez, edición 2014.

Constitución Política de Colombia. Colección de Textos Jurídicos No 3. Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil.

EL TIEMPO, Publicación del 31 de Octubre 2010.

Manual De Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá 2005.

Rama Judicial. Conversatorio Interinstitucional. Medidas de Aseguramiento. Bogotá 2005.

VANEGAS VILLA, Piedad Lucia, Las Audiencias Preliminares en Sistema Acusatorio, Fiscalía General de la Nación. Bogotá 2007