

Versiones Rendidas Antes del Juicio Oral
Características, reglas de incorporación y valoración en el sistema procesal penal
colombiano (Ley 906 de 2004)

Carlos Julio Guerrero Carrillo

Carlos Alfonso Herrera Díaz

Universidad La Gran Colombia
Facultad de Posgrados
Programa de Especialización en Casación Penal
Bogotá D.C.

Versiones Rendidas Antes del Juicio Oral

Características, reglas de incorporación y valoración en el sistema procesal penal colombiano

(Ley 906 de 2004)

Carlos Julio Guerrero Carrillo

Carlos Alfonso Herrera Díaz

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Posgrados

Programa de Especialización en Casación Penal

Bogotá D.C.

Resumen

El presente trabajo de investigación trata sobre la incidencia y el valor probatorio que revisten las versiones previas rendidas por los testigos antes del juicio dentro del proceso penal, las cuales mediante actos de investigación son recolectadas en la etapa de indagación e investigación por los grupos investigativos para orientación de las partes con el fin de desarrollar su teoría del caso. En ese orden, estas exposiciones previas, llegan a formar parte del acervo probatorio que los sujetos procesales utilizan en la audiencia de juicio oral, pero que, desde ya, hay que decirse, estas no se constituyen como medios de conocimientos autónomos, sino que su única incidencia probatoria en el proceso penal será como prueba de referencia. Sin embargo, se observa, que las versiones previas, en ocasiones son usadas de manera equivocada dentro del desarrollo del juicio, incurriéndose en errores de procedimiento, por ejemplo: permitir la introducción y valoración de una versión previa como elemento probatorio autónomo, o no introducir ni valorar una versión previa con calidad de prueba de referencia siendo ésta esencial, o llegar al extremo de emitirse un fallo basado únicamente en pruebas de referencia. Estos errores de apreciación y valoración se presentan, casi siempre, por el desconocimiento que se tiene de la producción de la prueba en el juicio oral, es decir, se desconoce del verdadero valor probatorio que estas revisten. Así las cosas, ese uso inadecuado de las exposiciones previas en el juicio, ocasiona graves vulneraciones de garantías fundamentales sobre los sujetos procesales, lo cuales que conllevan, en algunos casos, a nulidades procesales, y en otros, al cambio de la decisión primaria o secundaria, ya sea por parte de los tribunales o de la Corte Suprema de Justicia respectivamente. Por lo anterior, es importante aclarar, en qué circunstancias las versiones previas pueden tener incidencia probatoria en el proceso penal.

Abstract

The present investigation is about the incidence and the probative value of the previous versions provided by the witnesses before the trial in the criminal process, which by means of investigative acts are collected in the investigation by the investigative groups for orientation of The parties in order to develop their theory of the case. In that order, these previous exposition, become part of the body of evidence which are used by the procedural subjects at the oral hearing, but that, from now, it should be said, that these are not constitute as independent means of proof, only as proof of reference in criminal proceedings, However, it is observed that previous versions are, sometimes, these are used wrongly within the trial, incurring in procedural errors, for example: allow introduce and value within of the process previous versions as autonomous probative element, or not introduce ,nor to evaluate a previous version as reference proof, being this essential, or to issue a sentence based only in reference proof. These errors of appreciation and assessment that are presented, are almost always by ignorance that have of the production of the proof in the trial, that is to say, it is unknown the true evidentiary value of the evidence that these cover. Thus the things, this improper use of previous expositions in the trial, causes serious violations of fundamental guarantees on procedural subjects, which entail, are some cases, lead to procedural nullities, and in others, the change of the primary decision or Secondary, either by the courts or the Supreme Court respectively. Therefore, it is important to clarify, in what circumstances the previous versions may have a probative effect in the criminal process.

Palabras Claves

Entrevista, versiones previas, testigos, apreciación equivocada, valoración errónea, medio de conocimiento, elemento probatorio

KeyWords

Interview, previous versions, witnesses, wrong appreciation, wrong assessment, means of knowledge, probative element

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. ESTADO DEL ARTE.....	4
2.1 ANTECEDENTES DE LA ENTREVISTA Y OTRAS CLASES DE VERSIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PROCESAL COLOMBIANO.....	4
<i>2.1.1 Antecedentes históricos normativos.</i>	<i>5</i>
<i>2.1.2 Antecedentes Jurisprudenciales.</i>	<i>16</i>
<i>2.1.2.1 Precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.....</i>	<i>16</i>
<i>2.1.2.2 Precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional.</i>	<i>25</i>
<i>2.1.3 Conceptos jurisprudenciales y doctrinales sobre la prueba, la prueba de referencia, el testimonio y demás elementos probatorios pertinentes al caso</i>	<i>31</i>
<i>2.1.3.1 La prueba en el derecho penal.....</i>	<i>32</i>
<i>2.1.3.2 Medios de conocimiento o medios de prueba.</i>	<i>36</i>
<i>2.1.3.3 La prueba anticipada.</i>	<i>44</i>
<i>2.1.3.4 La prueba de referencia.....</i>	<i>49</i>
<i>2.1.3.5 Estipulaciones Probatorias.....</i>	<i>56</i>
<i>2.1.3.6 La prueba testimonial.</i>	<i>59</i>
<i>2.1.3.7 Testigo de acreditación.....</i>	<i>62</i>
2.2 LA ENTREVISTA Y LAS VERSIONES ANTERIORES AL JUICIO ORAL EN EL DERECHO PROCESAL PENAL COLOMBIANO	64
<i>2.2.1 Concepto.....</i>	<i>64</i>
3. REGLAS DE INCORPORACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS VERSIONES RENDIDAS CON ANTERIORIDAD AL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PROCESAL DE LA LEY 906 DE 2004.....	68
3.1 GENERALIDADES	68

3.1.1	<i>Clasificación de las declaraciones anteriores al juicio oral según la fuente de la que ha sido obtenida</i>	75
3.1.2	<i>Clasificación de las declaraciones anteriores al juicio oral según el uso que se les pretenda dar</i>	76
3.1.2.1	<i>Cuando se pretenda utilizar para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos</i>	77
3.1.2.1.1	<i>Para refrescar memoria</i>	77
3.1.2.1.2.1	<i>Reglas de incorporación</i>	78
3.1.2.1.2.2	<i>Apreciación probatoria</i>	79
3.1.2.1.3	<i>Impugnar la credibilidad del testigo</i>	80
3.1.2.1.3.1	<i>Reglas de incorporación</i>	82
3.1.2.1.3.2	<i>Apreciación probatoria</i>	83
3.1.2.2	<i>Cuando se pretenda incorporar como medio de prueba</i>	84
3.1.2.2.2	<i>Como prueba anticipada</i>	85
3.1.2.2.2.1	<i>Reglas de incorporación</i>	86
3.1.2.2.2.2	<i>Apreciación probatoria</i>	88
3.1.2.2.3	<i>Como prueba de referencia</i>	89
3.1.2.2.3.1	<i>La Entrevista como prueba de referencia desde su realización</i>	90
3.1.2.2.4	<i>La Entrevista como prueba de referencia desde el juicio</i>	95
3.1.2.2.5	<i>Cuando las declaraciones anteriores son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral</i>	103
3.1.2.3	<i>Diferencias entre usos de las versiones anteriores al juicio oral en el proceso penal.</i>	108
3.1.2.3.1	<i>Prueba de referencia: diferencia con el testigo de oídas</i>	108
3.1.2.3.2	<i>Prueba de referencia: diferencia con la prueba anticipada</i>	110

3.1.2.3.3	<i>Versiones anteriores como medio de impugnación: diferencia con las declaraciones anteriores cuando son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral</i>	110
4.	TÉCNICA PARA ALEGAR EN CASACIÓN ERRORES EN LA INCORPORACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS VERSIONES PREVIAS AL JUICIO EN EL SISTEMA PROCESAL DE LA LEY 906 DE 2004.....	112
3.1.2.3.4	<i>Para refrescar memoria e impugnar credibilidad.....</i>	113
3.1.2.3.5	<i>Prueba anticipada.....</i>	114
3.1.2.3.6	<i>Prueba de referencia:</i>	115
3.1.2.3.7	<i>Cuando las declaraciones anteriores son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral</i>	116
5.	CONCLUSIONES	118
6.	BIBLIOGRAFÍA	121

1. Introducción

El proceso penal acusatorio implementado en Colombia de manera gradual desde hace cerca de doce años y de manera general desde el año 2008, ha supuesto un cambio no solo en el derecho procesal penal, sino también en los paradigmas y la manera de desarrollar su labor por parte de cada uno de los diferentes intervinientes, ya sean estos el Juez, el defensor, la Fiscalía, el Ministerio Público o incluso la representación de víctimas.

Estos nuevos procedimientos a su vez han generado cambios tan radicales como la extinción de la figura de permanencia de la prueba, pasando al carácter de prueba únicamente para aquella practicada frente al juez con el cumplimiento del derecho de confrontación y muchas veces previos controles del juez de control de garantías, así como previa solicitud en la audiencia preparatoria; lo que para muchos profesionales del derecho se ha convertido en un dolor de cabeza, pues finalmente no saben de qué manera actuar para asegurar que todos los recursos de los que dispone los pueda utilizar en la audiencia de juicio oral, y más aún, que sean valorados por el juez, previo a emitir su sentido del fallo.

Uno de los casos que más ha generado confusión es la utilización de las versiones previas rendidas antes del inicio de la audiencia pública, entre ellas las entrevistas, la denuncia o cualquier otra exposición aportada por los testigos de cada parte antes del juicio, así como su introducción en juicio oral, y por supuesto la validez y el peso que les debe otorgar el juez en la decisión final. Por ello, este trabajo busca brindar a los diferentes actores del debate penal claridad sobre las reglas de juego que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido

estableciendo para la correcta introducción, utilización y valoración de estos medios de conocimiento, que no de prueba, en la mayoría de los casos, dentro del juicio oral en procura del mayor acercamiento a la verdad histórica de un hecho punible.

Por lo tanto, a partir de un análisis sistematizado de los diferentes pronunciamientos de la mencionada Corporación, este trabajo pretende clasificar e identificar aquellas directrices que pueden ser confusas aun después de 12 años de implementación del sistema, y colocarlas al alcance del jurista de acuerdo a cada caso. Para ello se identificarán los diferentes escenarios donde la entrevista puede ser introducida al proceso, bajo que parámetros o requisitos puede ser aceptada, hasta donde puede ser utilizada y cuando puede dársele un valor probatorio que incida eficazmente en la decisión del juez.

Dichos escenarios se clasifican según sea la entrevista recibida como prueba de refutación para encarar a un testigo que varía su inicial narración, para refrescarle la memoria a otro sobre datos muy particulares o para permitir el testimonio de un experto perito que ha recibido una entrevista médica o forense. Todo esto con el fin de hacer más dinámica y eficiente la labor del jurista que representa a cualquiera de las partes y no perder elementos de conocimientos tan valiosos para el fallo final, como cuando muchas veces no se puede contar con el testigo por diversos motivos o su testimonio ha tratado de ser alterado por terceros con motivos de interés particular.

Finalmente, esperamos que este trabajo sea una herramienta de gran utilidad no solo para defensores de confianza y públicos, fiscales, representantes de víctimas, delegados del Ministerio

Público, sino también para los honorable jueces y magistrados de tribunales de la república, que en muchas ocasiones también desconocen su correcto manejo y valoración, privándolos de un medio de conocimiento que podría acércalos a un fallo más justo.

2. Estado del arte

2.1 Antecedentes de la entrevista y otras clases de versiones previas al juicio oral en el sistema procesal colombiano.

La figura de la entrevista como diligencia judicial, generalmente el principal tipo de información previa recolectada antes de juicio, aparece como tal en nuestro sistema de justicia a partir de la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, pero luego también con la implementación del nuevo sistema procesal acusatorio mediante la ley 906 de 2004. Esta actuación de investigación ha venido tornándose como una de las actividades de Policía Judicial más difundidas, sin embargo, antes de estas dos normas, en los modelos procesales anteriores, la recolección de las versiones antes del juicio a los posibles testigos de un hecho punible, se realizaba mediante la diligencia de declaración jurada, diligencia que aún se sigue realizando en los dos sistemas procesales vigentes. La recolección de versiones a los testigos de manera anticipada al juicio, es una práctica judicial que se viene realizando desde hace bastante tiempo atrás y cada vez esta práctica toma más fuerza, en especial en los sistemas procesales orales, donde se hace necesario, por la naturaleza del proceso, conocer previamente la versión de los posibles testigos antes de declarar en el juicio. En vista de lo anterior, se observa necesario conocer un poco más sobre cómo ha sido esta práctica judicial en el Sistema Procesal Penal Colombiano, por consiguiente, se procederá a establecer de manera muy sucinta los antecedentes históricos normativos y jurisprudenciales, de cómo esta figura investigativa ha trasegado en nuestro país.

2.1.1 Antecedentes históricos normativos.

El interrogatorio a los testigos durante la etapa de investigación en el proceso penal por parte de las autoridades judiciales o de la defensa, se ha constituido como una acción esencial en la investigación, ya que es importante establecer los vestigios sobre las posibles circunstancias que conllevaron la ocurrencia de un delito. En Colombia, esta actividad de investigación se puede evidenciar desde el Código Judicial Colombiano de 1872, el cual en su artículo 1443 rezaba “*A los testigos que se examinaren para comprobar el cuerpo del delito, se les preguntará sobre todos los hechos que puedan tener relación con él: sobre circunstancias que le hayan precedido, acompañado i subseguido, i sobre todo cuanto pueda contribuir a determinar la existencia, naturaleza i gravedad de la falta*” (Ley 76, 1873, pág. 166). Este procedimiento de indagar testigos de manera previa antes del juicio, se siguió realizando en Colombia por parte de los entes judiciales encargados de la recolección de las evidencias, necesarias para demostrar la ocurrencia de un hecho punible y de igual forma, la responsabilidad o no del procesado.

De la misma forma, en el Código de Procedimiento Penal de 1938, se observa como en su artículo 317 normaba lo siguiente: “*A los testigos que se examinaren para comprobar el cuerpo del delito, se les preguntará sobre todo los hechos que puedan tener relación con él; sobre las circunstancias que le hayan precedido, acompañado o subseguido, y sobre todo cuanto pueda contribuir a determinar la existencia y naturaleza de la infracción*” como se puede apreciar, este precepto normativo no varió en nada con el enunciado en el código de 1872. Sin embargo, ya en este código procesal, se establece que dichas versiones previas a los testigos debían ser por escrito y con las mismas formalidades que exigía la práctica del testimonio en el juicio de ese entonces,

es decir, que tenían que ser bajo la gravedad del juramento, se debía consignar en el documento los datos biográficos del versionado y advertir que este no estaba obligado a declarar contra sus familiares ascendientes, descendientes o hermanos o su conyugue; así mismo, no estaba obligado a declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o contra sí mismo, ni sobre aquello que se les hubiese confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión, situaciones que se consagraban en los artículos 224 y siguientes de dicha norma procedimental (Ley 94 del 13 junio, 1938). Es importante recordar que para esta época el sistema procesal penal, era inquisitivo mixto, donde el Juez de instrucción era el encargado de la investigación y de la recolección de los elementos materiales probatorios para llevarlos ante el juez de conocimiento. Así mismo, era un proceso escrito donde todo el acervo probatorio se desarrollaba a través de documentos, es decir, que las versiones recolectadas a los testigos se plasmaban por escrito y hacían parte del cuerpo del proceso. Si bien en esta norma, no indicaba de qué manera se valoraban los escritos o declaraciones previas recepcionadas a los testigos, estas si eran valoradas en conjunto dentro del juicio por el juez de conocimiento, como lo enunciaban en su artículo 204, así: “En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla” (Ley 94 del 13 junio, 1938)

Posteriormente en el Decreto 409 de 1971, norma procedimental penal que reemplazó al anterior código, se enunciaban en su artículo 289 las atribuciones de la Policía Judicial, donde en el numeral 6 del articulado estipulaba: “6. Anotar los nombres, direcciones y documentos de identidad de las personas que hayan presenciado los hechos o a quienes les conste alguno en particular, como también de las versiones que dieran de los mismos, las que se consignarán

textualmente y serán suscritas por quienes las hubieren suministrado;” (Decreto 409 , 1971). Acá es importante resaltar que en esta norma, el legislador de manera explícita aclaró que el valor probatorio dentro del proceso estaría soportado en el testimonio de la persona, más no en los escritos, así en el artículo 152 rezaba: *“ORALIDAD, La persona a quien interroga el funcionario de instrucción, bien sea como sindicado o como testigo, debe responder oralmente, sin leer ni dictar declaraciones escritas. Con todo, el juez o funcionario puede permitir, teniendo en cuenta la calidad de la persona, la naturaleza de los hechos y las circunstancias de la investigación, y haciendo de ello mención en el acta correspondiente, que antes de contestar verbalmente se consulten notas o papeles que puedan facilitar el recuerdo de los hechos”* (Decreto 409 , 1971). Esto quiere decir, que en el juicio solo tendrían valor probatorio las manifestaciones verbales del testigo y no aquella información que se hubiese recolectado de este con anticipación o que este tuviera en su poder, pero si podría ser utilizado como en la actualidad para refrescar la memoria. Es claro que a partir de esta normatividad el principio de oralidad empieza a tener connotación dentro del proceso penal, y se le da prevalencia a lo verbal sobre lo escrito en el juicio, claro está, que en esta época del proceso penal colombiano, aun se tenía el sistema escrito en la parte de investigación o instrucción, por lo que el proceso en realidad estaba conformado en su mayoría, por documentos, entre estos las declaraciones juramentadas que se le recepcionaban a los testigos en esa etapa procesal (Decreto 409 , 1971).

Luego, con la entrada en vigencia del Decreto 50 de 1987, norma que derogó el código anterior, se siguió el mismo modelo procesal en cuanto al sistema inquisitivo mixto, una etapa de investigación o instrucción escrita direccionada por los Jueces de Instrucción y el uso de oralidad en el juicio. En esta norma se observa que el legislador dio mayor grado de importancia a la

recolección de versiones previas a testigos, como quiera que facultó a la Policía Judicial, a la recepción de testimonios a los posibles testigos de un hecho punible. Esta facultad se apreciaba claramente en el artículo 334 numeral 6 del decreto, que establecía lo siguiente:

“ATRIBUCIONES DEL CUERPO TÉCNICO DE POLICÍA JUDICIAL, Por propia iniciativa, y únicamente por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada, si no puede el Juez de Instrucción, iniciar la investigación preliminar, el Cuerpo Técnico de Policía, Judicial o quien ejerza estas funciones podrá practicar con las formalidades legales las siguientes diligencias:

6. Recibir testimonio, bajo la gravedad del juramento, de las personas que hayan presenciado los hechos y de las demás cuya declaración interese a la investigación, excepto a los posibles autores o partícipes. Relacionar los nombres, direcciones y documentos de los testigos que no fueren interrogados. Con este fin podrá impedir, hasta por seis (6) horas, que los testigos se ausenten sin rendir el testimonio o dar los informes correspondientes. (Decreto 50, 1987)”

Así mismo, el legislador en esta norma adujo su valor probatorio de manera general, consagrando que todas las diligencias autorizadas a policía judicial y allegadas al proceso tendrían el mismo rango probatorio que cualquier otro elemento con esta calidad allegado al proceso, situación que se establecía en el artículo 338 así: *“ VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS, Las diligencias practicadas por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial serán apreciadas por el juez conforme a las normas generales establecidas en este Código, para la aducción y crítica de la prueba”* y se complementa con el artículo 253 sobre la apreciación de las pruebas así: *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana critica”* (Decreto 50, 1987). Desde este punto jurídico, se entendía que las declaraciones

escritas o testimonios juramentados recolectados por la Policía Judicial a testigos, eran valoradas como elemento probatorio en conjunto con las demás pruebas arrimadas al proceso. Es decir, que para este momento histórico procesal, las versiones recolectadas previamente al juicio tenían valor probatorio.

Ahora bien, en la década de 1990, Colombia sufre un cambio significativo en toda su estructura Estatal con la entrada en vigencia de la Constitución Política del 1991, dentro de estos cambios, estuvo, el del poder judicial, que inició con la implementación de un nuevo código de procedimiento penal como fue el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 y la creación como institución de la Fiscalía General de la Nación, quien de ahora en adelante sería el ente encargado de dirigir y coordinar la investigación y acusar las infracciones penales ante un juez de conocimiento. Este decreto 2700 continuó con el sistema inquisitivo mixto, escrito, con una etapa de investigación o instrucción a cargo de la fiscalía y una etapa de juicio oral. Dentro de las funciones y facultades que la norma autorizó al ente investigador, estaban lógicamente las de la recolección de información y de las pruebas para indilgar la responsabilidad en juicio de quien hubiese cometido una infracción penal; esta recolección de información al igual que en la norma anterior, estuvo a cargo de la Policía Judicial con coordinación y dirección de la Fiscalía General.

Dentro de las atribuciones que la norma atribuyó a la Policía Judicial, establecía en su artículo 81, la de adelantar de manera preliminar la investigación previa, sobre los hechos que se produjeran dentro de su jurisdicción, la aprehensión del conocimiento sobre los vestigios en el lugar de los hechos, la protección del sitio, la ubicación de testigos y demás diligencias que fueran conducentes a esclarecer el hecho criminal (Decreto 2700 , 1991). En esta norma, aunque el

legislador consagró cuales debían ser las atribuciones de la Policía Judicial, dejó un amplio margen sobre las actividades o diligencias que podían adelantar y realizar en la etapa de instrucción o investigación, tal como lo establecía los artículos 312, 314 y 323 así:

“312, INVESTIGACIÓN PREVIA REALIZADA POR INICIATIVA PROPIA, En los casos de flagrancia y en el lugar de los hechos, los servidores públicos que ejerzan funciones de policía judicial, podrán ordenar y practicar pruebas, sin que se requiera providencia previa” ,“314. INTANGIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, Las pruebas y actuaciones que realice la policía judicial, por iniciativa propia o mediante comisión, deberán ser efectuadas con acatamiento estricto de las garantías constitucionales y legales. Los sujetos procesales tendrán las mismas facultades y derechos que les otorga la ley ante los funcionarios judiciales” y “323, PRUEBAS QUE SE PUEDEN PRACTICAR EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA, Durante la etapa de investigación previa podrán practicarse todas las pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos” (Decreto 2700 , 1991).

En ese orden, se entendía que la Policía Judicial podía recolectar versiones previas a los testigos, las cuales eran anexadas junto con las demás diligencias y elementos materiales probatorios, para que posteriormente, en la etapa de juicio, fueran valoradas por el Juez de conocimiento. Según el artículo 254 de esta norma, las pruebas debían ser apreciadas en conjunto por el operador de justicia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pero la norma, no especificó qué elementos o documentos alcanzaba la calidad de prueba, sino que de manera general se estableció, que serían pruebas todas las que hicieran parte de los medios de prueba como la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión. En vista de lo anterior, se

podría decir, que las declaraciones juramentadas, podían, en algún momento, ser valoradas por el Juez.

Posteriormente al Decreto 2700 del 1991, se promulgó la Ley 600 del 24 de julio del 2000, aún vigente, la cual derogó el código procesal anterior. Como es sabido, esta norma al igual que la anterior, se rige por el sistema inquisitivo mixto, sigue la tradición del proceso escrito y es una ley que aún está vigente. Observada esta norma, se establece que por primera vez aparece la palabra “entrevista” en el Sistema Procesal Penal Colombiano y aparece como una de las diligencias o labores investigativas que puede realizar la Policía Judicial durante la etapa preliminar o investigativa del proceso, ya sea por iniciativa propia o bajo la coordinación y orientación de la Fiscalía General de la Nación.

El artículo 314 de esta norma procesal establece lo siguiente:

“LABORES PREVIAS DE VERIFICACIÓN, La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación” (Ley 600, 2000)

Como se puede apreciar, el legislador, facultó a la Policía Judicial para la recolección de versiones previas antes del juicio con el fin de obtener información útil para la investigación, pero

así mismo, limitó su alcance probatorio, y aclara que dichas versiones o entrevistas solo podrán ser usadas dentro del proceso como criterios orientadores. Sin embargo, el legislador facultó al organismo investigador para recepcionar testimonios por escrito, bajo la gravedad del juramento, en algunas situaciones especiales de manera previa al juicio, aclarándose que estas versiones mediante declaración jurada, se diferencian de la entrevista, porque esta última no cuenta con un formalismo riguroso como si lo es para la declaración. En este entendido, la Ley 600 establece dos formas de recolección de versiones o entrevistas previas a testigos: la primera, cuando la Policía Judicial lo hace por iniciativa propia según lo estipulado en el artículo 314 y en caso de flagrancia como lo estipula el artículo 315; la segunda, cuando es de manera especial o por orden judicial, como se indica en los siguientes artículos: artículo 246, cuando se traslada al imputado o testigo al lugar de los hechos; artículo 271, cuando se recepciona testimonio a cualquier dirigente público como el presidente, ministros, etc.; artículo 272, cuando recepciona a agente diplomático; artículo 303, cuando se realiza reconocimientos en fila de personas; artículo 316, cuando es por orden judicial y artículo 346, cuando se traten de procedimientos en caso de flagrancia realizados por un particular, cuando éste haga la aprehensión. La Ley 600 del 2000 establece en su artículo 314, que el valor suasorio de estas versiones, exposiciones o manifestaciones previas, no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación (Ley 600, 2000).

Por último, con la implementación del sistema penal acusatorio mediante la Ley 906 del primero de septiembre de 2004, la cual entró en vigencia en Colombia, de manera gradual a partir del primero de enero del 2005, se cambió de manera radical el modelo inquisitivo mixto de los anteriores esquemas procesales e incursionó en la oralidad. Como es de conocimiento, este sistema

procesal, se destaca, por ser un sistema adversarial entre partes. Dejó de ser un proceso escrito, entró a ser un proceso verdaderamente oral, regido por principios como el de inmediatez probatoria, contradicción, concentración, dirigido a crear una verdad probatoria mediante un juicio oral a cargo de un juez de conocimiento, quien aprecia y valora los medios de prueba allegados por la Fiscalía General de la Nación, el procesado, la víctima y excepcionalmente el ministerio público. Cabe anotar, que los medios de conocimiento que valora el operador judicial en el juicio, deberán ser arrimados al proceso, de manera previa en la etapa de indagación, cumpliendo de estrictamente las reglas de recolección, cadena de custodia e incorporación estipuladas por la norma procesal.

En la Ley 906 del 2004, la realización del acto de investigación de las entrevistas, es realizado por la Policía Judicial en la etapa de indagación e investigación, diligencia investigativa que pueden realizar los investigadores por iniciativa propia en los casos de flagrancia dentro de los actos urgentes o por orden del fiscal, cuando este asume la dirección y coordinación de la investigación. En ese orden, la Fiscalía como órgano persecutor de la infracción penal, en aras de desarrollar la investigación sobre los hechos que revistan las características de un delito, con el apoyo de la Policía Judicial, ordena a esta, la recolección de la información y los elementos probatorios necesarios para indilgar la responsabilidad penal al infractor. Dentro de estas diligencias que se realizan y como ya se dijo antes, están las entrevistas, que consisten en la recepción de versiones previas o anticipadas al juicio oral, las cuales se recepcionan a los posibles testigos conocedores de la ocurrencia de una conducta delictual, con el fin de conocer más a fondo los pormenores de los hechos ocurridos, para así tener mejor claridad, sustento y orientación sobre la investigación.

La Ley 906 del 2004, faculta la realización de entrevistas en los siguientes artículos:

En el artículo 125 donde se enuncian los deberes y atribuciones especiales de la defensa; en el artículo 205, sobre las actividades de policía judicial en la indagación e investigación; en el artículo 206, donde se faculta de manera tacita la realización de entrevista a posibles testigos que tenga conocimiento de la ocurrencia de un hecho delictivo; en el artículo 206A, se establece la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y a fines; en el artículo 267, donde se faculta la recepción de entrevistas y otras diligencias a quien no es imputado; en el artículo 271, sobre las facultades del imputado de obtener los elementos materiales probatorios y evidencias que le sean favorables, dentro de estos, la realización de entrevistas; en el artículo 347, en el que se establecen las reglas de utilización y valoración de las entrevistas y de las declaraciones juradas en juicio oral (Ley 906, 2004)

Es importante recordar, que en el nuevo sistema procesal, la Fiscalía y las víctimas solo podrá adelantar actos de investigación hasta antes de la presentación del escrito de acusación, y de manera excepcional, podrá extenderse hasta la audiencia preparatoria o cinco días antes de la iniciación del juicio oral, cuando se trate de estudios o experticias técnicas. En cambio, el procesado por intermedio de su defensa podrá realizar actos de investigación hasta la audiencia preparatoria o cinco días antes de la iniciación del juicio oral cuando se trate de estudios o experticias técnicas al igual que la Fiscalía. (Ley 906, 2004 Arts. 336, 356, 415)

Es de anotar, que la entrevista en el sistema acusatorio, ha tenido un gran auge y connotación en el tema de investigación, esto debido, a que la entrevista está unida a la versión del testigo que rinde su testimonio en el juicio oral, pero que, gracias a este acto de investigación, se puede conocer de manera anticipada, el conocimiento que pueda tener el testigo sobre los hechos que se investigan. En primer lugar, la entrevista sirve como medio indicador y orientador de la investigación, pero luego puede ser descubierta por las partes, con el fin de ser usada en el juicio oral, ya sea para refrescar memoria o como medio de impugnación al testigo. (Ley 906 de 2004, Arts. 347, 392,440)

Como se mencionó al principio de este capítulo, en la Ley 906 del 2004 al igual que en la Ley 600 del 2000, la recepción de declaraciones juradas se viene realizando de manera común, esta diligencia la puede realizar la policía judicial en los eventos que estipulan las dos normas, en la Ley 906 de 2004, se realiza cuando se necesite soportar un procedimiento judicial como un allanamiento, interceptaciones telefónicas, la incautación de un elementos necesario para investigación, la obtención de una orden de captura, la legalización de un procedimiento de Policía Judicial, cuando el testigo este perdiendo la memoria, cuando el testigo presente enfermedad grave, cuando el testigo por cuestiones personales o de seguridad tenga que salir del país, entre otras (Ley 906 de 2004, Arts. 146, 221, 237, 272, 347). En la Ley 600 del 2000, se realizar por orden judicial, como quiera que en la fecha actual ya no se puede realizar de manera previa o por iniciativa propia. El normado acusatorio, indica que estas dos formas de recolectar las versiones anticipadas a los testigos, podrán ser utilizadas en el juicio como medios referenciadores, para refrescar memoria o para impugnar credibilidad, o se podrán usar como prueba de referencia en los eventos establecidos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en los casos de pérdida de memoria, cuando el testigo es

víctima de delitos de secuestro o similar, padece de una grave enfermedad que le impide declarar, desaparición forzada, cuando haya fallecido el testigo, cuando sea menor de 18 años y sea víctima de delitos sexuales, entre otros.

De lo anterior, es claro que la recolección de versiones anticipadas a testigos antes del juicio, es una práctica judicial que se viene realizando desde hace bastante tiempo por los entes investigativos a través de los diferentes sistemas procesales penales que han transcurrido en la normatividad Colombiana y que en la actualidad también es realizada por la defensa y las víctimas.

2.1.2 Antecedentes Jurisprudenciales.

En aras de dar conocer el valor suasorio que el acto de investigación de la entrevista ha revestido en el Sistema Penal Acusatorio de la ley 906 de 2004, es necesario abordar los preceptos jurisprudenciales proferidos por las dos altas Cortes que sobre este asunto han establecido. En tal sentido, iniciaremos señalando algunos de los precedentes considerados en primera parte por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente, los aportados por la Corte Constitucional.

2.1.2.1 Precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

Como es sabido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido abordando el tema de la incorporación y del valor probatorio que revisten las entrevistas y las declaraciones juradas obtenidas previamente al juicio oral, consideraciones que el alto Instituto viene estableciendo a través de los diferentes pronunciamientos en sede de casación. En ese orden, en providencia del

año 2006, la Corte destacó que la prueba es la que se practica en el juicio oral ante el juez de conocimiento, y solo ella puede suministrar el fundamento de la sentencia sea absolutoria o condenatoria, así mismo, que el Juez deberá tener en cuenta como pruebas “únicamente” las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia y deja claro que la admisibilidad de la prueba de referencia será excepcional. Así mismo, la Corte indica que los actos de investigación de las entrevistas y declaraciones de testigos, tienen la potencialidad de convertirse en prueba en el juicio oral al igual que cualquier otro medio probatorio que se hubiese recolectado y realizado en la etapa de indagación e investigación, pero, siempre y cuando en desarrollo del citado principio de inmediación, el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia declare ante el juez como testigo de acreditación o los testigos o peritos se sometan al interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes en el juicio. (Sentencia CSJ Proceso 25378, 2006).

De igual forma, la Magistratura establece el alcance probatorio que pueden llegar a tener las entrevistas, las declaraciones juradas e interrogatorios del indicado, realizados de manera anticipada antes del juicio oral en el sistema procesal penal de la ley 906, mantiene su precedente jurisprudencial concluyendo, que estos:

“son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado” (Sentencia CSJ Proceso 25378, 2006).

Sin embargo, la Corte recuerda que las exposiciones recepcionadas previas al juicio, tiene como finalidad en primera medida conocer los hechos aprehendidos por los testigos, ya sea en calidad de víctima, autor o persona que presenció la ocurrencia del delito. Pero además de esto, como lo indica la norma procesal, pueden ser usadas como medio para refrescar memoria (Artículo 392) o para impugnación a testigos (Artículos 347, 393b y 403). En el primer evento, se autoriza el uso de estas exposiciones para refrescar la memoria al testigo en aquellos puntos o temas que ha pasado por alto o no recuerda en el momento que se le está interrogando y contrainterrogando en el juicio. En el segundo caso, se autoriza usar estas versiones o declaraciones cuando el testigo, cambia o se contradice en su versión en el juicio con la declaración que éste había aportado previamente. Para tal fin, la parte impugnante leerá en el juicio en su turno de interrogar, los apartes de la exposición en los cuales el testigo contraría su versión, para que el testigo en pleno interrogatorio y bajo los principios de la inmediación y contradicción explique o exponga los motivos por los cuales no es acorde su versión actual con la anterior, quedando inmerso en la práctica del testimonio los contenidos impugnados de tales exposiciones previas (Sentencia CSJ Proceso 25378, 2006).

En ese orden, la Corte Suprema mantuvo este precedente jurisprudencial sobre el valor suasorio del contenido de las exposiciones previas al juicio, indicando que dichas exposiciones, no pueden tomarse como pruebas autónomas, como quiera, que estas son practicadas por fuera del juicio, pero si pueden, en algún momento, llegar a ser valoradas en sus contenidos por el juez de conocimiento, claro está, si éstas fueron tenidas en cuenta como medios impugnatorios o de credibilidad al momento de practicarse el testimonio en el juicio. Lo anterior, en vista a que el operador judicial está facultado para valorar la prueba en conjunto. (Sentencia CSJ Proceso 25378,

2006), (Sentencia CSJ Proceso 30321, 2008), (Sentencia CSJ Proceso 28935, 2009), (Sentencia CSJ Proceso 32730, 2010) (Sentencia CSJ Proceso 33364, 2010).

Para el caso de las entrevistas recibidas a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, por los especialistas del caso, señaló la Corte en la casación 25920 del 21 de febrero de 2007 que no era posible catalogar la prueba técnico científica como medio de convicción de referencia por el hecho de que los peritos tengan que estudiar la historia clínica elaborada por los médicos tratantes, quienes consignan información recaudada por fuera de la audiencia pública y al mismo tiempo analiza los datos suministrados por el propio paciente o víctima, pues no de otra forma podrían rendir su concepto. Para el año 2014 la Corte establece un precedente jurisprudencial excepcional con el tema de las entrevistas previas con los menores de edad víctimas de delitos sexuales, pronunciamiento que surge por la modificación realizada a la ley 906 del 2004 en el año 2013 mediante la ley 1652 del 12 de julio. Sin bien, la Corte mantiene el mismo criterio general sobre el valor probatorio de las exposiciones previas de testigos ante del juicio oral, si establece una excepción al precedente en esos caso de connotación especial. La ley 1652 del 2013, se promulgó para regular y condicionar la entrevista y testimonio a los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Mediante esta ley se adicionó el artículo 206A y el párrafo único al artículo 275 en la norma procesal penal. Estas dos adiciones establecieron el carácter de elemento material probatorio a la entrevista o declaración previa al juicio, recibida al menor víctima de delitos de maltrato y abuso sexual. Así mismo, determinó que dicha exposición realizada al menor, solo se podrá recepcionar por segunda vez de manera excepcional. Además, la entrevista solo la podrá realizar el funcionario experto que determine la Fiscalía General de la Nación, esto, con la anuencia del defensor de familia y en presencia de su

representante legal o un familiar mayor de edad. Pero en ningún momento, la norma adicionada facultó la presencia, ni la participación, ni la contradicción de la parte acusada en este acto de investigación. (Ley 906, 2004)

En razón a lo anterior, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en materia penal, y en aras de su función nomofiláctica, donde la Corte como tribunal de casación, le erige asegurar la coherencia del ordenamiento legal, gracias a la unificación de los criterios de interpretación de la ley, para de esa manera, lograr la realización del derecho objetivo y asegurar el respeto a los principios de legalidad e igualdad, así como, hacer efectivo el derecho material y las garantías fundamentales de las personas que intervienen en un proceso, pronunciamiento que dejó acentuado la Corte Constitucional en la sentencia C-372 del 12 de mayo del 2011. En tal sentido, esta Corporación mediante providencia de casación en el año 2014, retomó nuevamente el tema sobre las versiones previas a testigos, pero hace énfasis en las entrevistas recepcionadas a los menores víctimas de delitos sexuales. En este pronunciamiento la Corte sigue la misma línea considerativa decantada en las providencias anteriores, pero establece nuevas consideraciones respecto a la validez de las entrevistas realizadas a los menores de edad por parte del experto en estos asuntos. Si bien la Corte reconoce que las entrevistas, las declaraciones juradas y los informes no tienen autonomía probatoria por sí mismos, estos sí pueden ser valorados por el Juez para orientar su criterio, siempre y cuando se hayan incorporado respetando los preceptos antes enunciados, como son la contradicción, inmediación, publicidad y que se hayan incorporados por intermedio del testigo en el juicio. Sin embargo, en referencia a las entrevistas a menores referidas en el artículo 206A de la norma procesal, la Sala consideró:

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 [i.e 206A] de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de “elemento material probatorio” y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, “podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado”.

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante “Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código” (Sentencia CSJ Proceso 44066, 2014).

De acuerdo al pronunciamiento anterior, vemos como la Corte siguiendo con lo preceptuado en el artículo 438 de la norma procesal y con el ánimo de salvaguardar la integridad y derechos del menor víctima de esta clase de delitos, le otorga a la entrevista el carácter de elemento material probatorio y le da la connotación de prueba de referencia. En ese orden, las declaraciones que haya aportado el menor en la entrevista con el experto del órgano persecutor, bastaran para que de manera directa, sin interrogarse al menor en el juicio, vulnerándose el

principio de inmediación y contradicción, se introducirán dichas exposiciones con el testimonio del perito que lo entrevistó y así, la entrevista quedará incorporada al acervo probatorio que posteriormente el operador de justicia valorara junto con el resto de medios de conocimiento que se haya practicado en la audiencia del juicio oral. Situación que se presentaría de igual forma cuando el testigo fuera víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar como lo indica el literal (b) del artículo 438 procesal.

Consecuentemente, la Sala de Casación Penal para el año 2015 en providencia de instancia de casación, reiteradamente establece que las entrevistas son un medio para impugnar credibilidad al testigo, no son prueba autónoma, es decir, sigue manteniendo el criterio general sobre el alcance probatorio de las declaraciones en sistema procesal penal, sin embargo, recalca que estas sí tienen efectos probatorios bajo la condición de que sean utilizadas para tales efectos cuando sean incorporadas al testimonio practicado en la audiencia del juicio oral. De lo anterior la Corte considera lo siguiente:

Adicional a lo expuesto, resulta importante recordarle que las entrevistas constituyen, justamente, un medio para impugnar credibilidad, en los términos del artículo 403 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y que si bien no son prueba autónoma, sí tienen efectos probatorios bajo la condición de que sean utilizadas para tales efectos, caso en el cual se incorporan al testimonio.

Al respecto, la Sala debe insistir en que:

...el testimonio está conformado por lo dicho por el deponente en el juicio oral, por aquello que se incorpora por razón de la entrevista y que se trae para impugnar la credibilidad del testigo, y por lo que se responde por razón de la impugnación, todo lo cual, es de obviedad decirlo, se

entiende vertido bajo la gravedad del juramento al entenderse, conforme se recordó y lo ha dicho la Sala, que se integra al testimonio (CSJ AP2783-RADICADO 44367-2015) (Sentencia CSJ Proceso 46312, 2015).

Por último, para el año 2016 la Corte en reciente pronunciamiento estableció que las declaraciones o entrevistas realizadas a menores de edad víctimas de delitos de abuso sexual antes del juicio, con sustento en el artículo 206A del código procesal Ley 906 de 2004, podrán admitirse al plenario como prueba de referencia, esto con el fin de evitar que los menores sean re victimizados. De lo anterior la Sala de Casación Penal estableció:

Lo anterior, se insiste, bajo el entendido de que la jurisprudencia (CSJ AP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056 y la que allí se relaciona) estableció la admisión de las declaraciones rendidas por los niños y niñas por fuera del juicio oral a título de prueba de referencia, para evitar que sean nuevamente victimizados, lo que coincide con lo establecido en la Ley 1652 de 2013 en el sentido de que será prueba de referencia admisible la declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que “es menor de dieciocho años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código”.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema

probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria (Sentencia CSJ Proceso 43866, 2016).

De acuerdo con el precedente jurisprudencial referido, se puede determinar que la recepción de versiones previas a testigos antes del juicio mediante la figura de la entrevista o de la declaración jurada, han sido un tema, que ha tenido gran evolución en materia jurisprudencial y considerativa por parte de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia. Como se puede observar son muchas, las ocasiones que la Sala de Casación Penal ha venido abordando el asunto mediante la resolución del recurso de casación, el cual se ha dado por su grado de complejidad; esta situación ha provocado que el Alto Tribunal haya tenido que incursionar en nuevas posturas frente a las reglas de incorporación de estos escritos al juicio oral. El valor probatorio que revisten estas exposiciones en la actualidad y la trascendencia socio-jurídica que conlleva su aceptación en el sistema procesal penal actual, devengan del comportamiento de la variante de la sociedad.

Más recientemente con providencia del año 2017 la Sala de casación Penal, ha tratado de consolidar la jurisprudencia de los últimos años sobre el tema, así ha establecido reglas más claras, pero que aún no son muy conocidas, aclarando los casos en que dichas versiones anteriores constituyen un elemento utilizable para ser utilizado en el interrogatorio o el conainterrogatorio o como medio de prueba en los casos estipulados en el art. 438 de la ley 906 de 2004. Pero estas serán analizadas y consolidadas más adelante y para mayor claridad.

2.1.2.2 Precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos sobre la protección de las garantías fundamentales de los sujetos procesales en el procedimiento penal, se ha referido al tema de las versiones recepcionadas a los testigos de manera anticipada al juicio, tanto en su calidad de víctimas, como de testigos presenciales de un hecho delictivo. Al igual que la Corte Suprema, la Corte Constitucional mantienen su criterio general de que las exposiciones realizadas a testigos de manera previa antes del juicio, no tendrá calidad de prueba autónoma por sí mismas. Sin embargo, como veremos más adelante, esta Corporación Constitucional abordó el tema de la entrevistas recepcionadas a los menores de edad víctimas de delitos de abuso sexual, y de manera especial y excepcional, cambió el precedente existente que se venía aplicando en este asunto, y otorgó a esta clase de acto de investigación en lo referente a los menores víctimas en esta clase de conductas punibles, el carácter de elemento material probatorio y que además sea incorporado al acervo probatorio en el juicio como prueba de referencia, en vista de que al menor, en lo posible, no se le debe re victimizar trayéndolo por segunda vez al juicio, con el fin de que deponga reiteradamente sobre los hechos traumáticos de los que fue víctima. Claro está, que esta incorporación deberá

realizarse cumpliéndose con todas las exigencias requeridas por la norma procesal penal vigente para estos casos. Así mismo, promulga el Instituto que los operadores judiciales deben valorar de manera íntegra el contenido de estas exposiciones, una vez hayan sido incorporadas en el juicio. Decisión que la Corte Constitucional consideró en pro de las garantías, integridad y derechos de los niños, niñas y adolescentes, consideración que de igual forma se comparte con la Corte Suprema de Justicia. A continuación se relacionan algunos de los pronunciamientos que la Corporación Constitucional ha establecido en relación al presente tema:

Como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional la forma acuciosa como se desarrolle la diligencia de entrevista arroja información relevante sobre los hechos informados por el menor, así como sobre las condiciones clínicas en las que quedó el menor-víctima por causa de la conducta realizada contra su humanidad. Por ello los funcionarios judiciales están obligados a valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente, dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático. (Sentencia T-078, 2010)

Así mismo, en sentencia siguiente de control de constitucionalidad del mismo año, la Corte Constitucional atendiendo lo preceptuado en el artículo 438 sobre la admisibilidad de la prueba de referencia, resalta el precedente general que se tiene sobre el valor suasorio de las exposiciones de testigos previas al juicio y cuando estas se consideran pruebas de referencia:

94. Por lo demás, la figura en general de la prueba de referencia se encuentra regulada a través de otros elementos normativos, los cuales también sirven para orientar al juez, en el proceso de aplicación de la expresión bajo estudio. Así cuando en el artículo 379 del CPP, se establece que por razón del principio de inmediación tan valioso al sistema penal de tendencia acusatoria, “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”, señalando al final de modo expreso que la “admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”.

En adición, hay que tener en cuenta que no obstante la Prueba de Referencia sea admitida de manera excepcional, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba. Porque conforme a lo previsto en el artículo 381 CPP, un fallo condenatorio bajo ningún concepto se puede estructurar a partir de medios probatorios de tal naturaleza). (Sentencia C-144, 2010).

Con base en los anteriores pronunciamientos, se establece que si bien es cierto, que la prueba de referencia hace alusión a las declaraciones realizadas o recolectadas previamente y fuera del juicio oral, las cuales, y según la norma procesal penal, artículos 440 y 441, podrán ser utilizadas con fines de impugnación y credibilidad del testigo o perito, de acuerdo con las causales previstas en el artículo 438 de su admisibilidad (Ley 906, 2004); sin embargo, es preciso resaltar, que observadas estas dos consideraciones, se observa una dicotomía considerativa por parte de la Corte Constitucional, como quiera, que en la sentencia T-078 del 2010, indica que el operador judicial debe valorar las declaraciones previas de los menores víctimas, así, este no haya sido interrogado en el juicio. Pero en la sentencia C-144 del 2010, enfatiza que las declaraciones realizadas fuera del juicio no tendrán vocación probatoria por sí mismas, sino que siempre

dependerán de un medio de prueba para ser valoradas. En ese orden y con el fin de comprender las consideraciones de la Corte, se tiene que la declaración previa del menor víctima dentro del proceso antes del juicio, es elevada por el órgano constitucional al rango de prueba de referencia, es decir, que dicha entrevista podrá ser incorporada al juicio por intermedio del testimonio del entrevistador experto que recepcionó la exposición del menor. Sin embargo, la Corte enfatiza que está deberá cumplir los requisitos que exigidos por la norma procesal enunciados en el artículo 381, el cual estipula que la prueba de referencia no tendrá fuerza suasoria suficiente para soportar un fallo decisorio por sí sola, sino que siempre necesitará estar acompañada de otros medios probatorios que la complementen para poder ser valorada por el operado judicial.

De igual forma, la Corporación Constitucional mediante el precedente, indicó que el operador judicial debe valorar de manera conjunta las entrevistas rendidas por las menores víctimas de delitos de abuso sexual, teniendo como prioridad el trato diferenciado y especial, como se observa en el siguiente pronunciamiento considerativo en sede de tutela:

La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria...

lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa. (Sentencia T-923, 2013)

Reiterativamente la Corte Constitucional indica que en aras de preservar los derechos del menor víctima de un delito de abuso sexual, y con el ánimo de no ser sometido a más perjurios frente a su victimario y a no obligarlo a recordar el trauma físico y psicológico que vivenció, el operador judicial puede valorar las declaraciones que el menor haya aportado previamente al experto investigador con anuencia del defensor de familia antes del juicio oral. Esto con el fin de no exponerlo a tales circunstancias violatorias y traumáticas de sus derechos, como es el de ser interrogarlo por parte de la defensa del victimario o como ya se dijo, a recordar dichos episodios perturbadores para su desarrollo y personalidad. Dichas consideraciones las preceptuó la Corte Constitucional en providencia de control de constitucionalidad que ejerció a la demanda de inconstitucionalidad de la ley 1652 de 2013, donde expuso los motivos por los cuales el menor de edad no debe ser revictimizado dentro de la actuación procesal:

8.2.6. En síntesis, el legislador al establecer en el artículo 1° de la Ley 1652 de 2013 que la entrevista forense practicada a los menores de edad víctimas de los delitos sexuales señalados en el artículo 2° ibídem es un elemento material probatorio, materializó la prevalencia del interés superior del menor, sin que ello conlleve afectación de garantías integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, ni los principios de inmediación o el acceso a la administración de justicia, pues como se indicó, tal elemento puede no sólo ser descubierto, sino controvertido, acorde con lo hasta aquí consignado.

Por el contrario, atendiendo las pautas constitucionales y legales ampliamente referidas, en determinados eventos se hace necesario valorar con plenos efectos las entrevistas o versiones rendidas previamente por un menor, “dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de Cámara Gesell y la mediación de profesionales que los asistan) o se le pida recordar el evento traumático”

Además, solo en gracia de discusión, aunque se plantee que dicha entrevista realizada fuera del juicio oral desconocería garantías inherentes al debido proceso como los derechos de defensa y contradicción, o principios como la inmediación y el acceso a la administración de justicia, como se indicó ampliamente, existiría justificación constitucional para ello, atendiendo como circunstancias preponderantes la menor edad de la víctima y la naturaleza execrable del tipo de delitos investigados (Sentencia C-177, 2014)

Así mismo, dentro de este control de constitucionalidad a la ley 1652 del 2103, la cual fue declarada exequible en sus tres artículos por el Instituto Constitucional, esta se refirió de manera reiterativa a la admisión excepcional de la prueba de referencia, a su valor suasorio, al aporte del esclarecimiento de los hechos, a la contribución en la determinación de la responsabilidad penal del acusado, pero enfatiza, que su utilización y valoración siempre estará supeditada al acompañamiento conjunto con otros medios probatorios que la complementen, en tal sentido la Corte Consideró lo siguiente:

La jurisprudencia ha expresado que la denominada prueba de referencia tiene un carácter excepcional, en tanto el sistema acusatorio procura que la totalidad de las pruebas sean directas y colectadas en el juicio oral, para materializar principios como la inmediación y la concentración

de la prueba, ampliamente analizados en esta providencia. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que la prueba de referencia “representa una delicada excepción a la regla general” de la inmediación de la prueba, al tiempo que “dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo”. Para tal efecto, esta corporación recordó lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo de marzo 6 de 2008 (rad. 27.477), M. P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, donde se explicó que la prueba de referencia tiene cabida solo excepcionalmente en aquellos eventos en los cuales no haya una plena disposición del declarante por ciertos motivos que son insuperables, atendiendo casos de extrema necesidad, para que no se convierta en la regla general y así se evite confrontar realmente a los testigos. La Corte Constitucional en la sentencia C-144 de 2010 explicó que aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, “su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 L. 906/04) (Sentencia C-177, 2014)

2.1.3 Conceptos jurisprudenciales y doctrinales sobre la prueba, la prueba de referencia, el testimonio y demás elementos probatorios pertinentes al caso

Desde un punto de vista general, la entrevista se ha considerado como uno de los medios de investigación más importantes y expeditos dentro de los diferentes métodos de investigación. Además es conocido como la entrevista ha sido adoptada por diferentes ciencias auscultativas del

pensamiento humano cómo la psicología, la sociología, las comunicaciones y en especial en la investigación en materia del derecho penal en la parte procesal. En nuestro caso, solo haremos referencia a los conceptos doctrinales derivados de la entrevista desde la perspectiva del derecho penal. Lo anterior, con el fin de establecer cuál ha sido su connotación en el nuevo sistema acusatorio, como ha sido su práctica y que alcance valorativo se le ha dado a este acto de investigación en el juicio oral en el sistema procesal actual. Sin embargo y aunque el tema central de la presente investigación son las versiones anteriores al juicio oral y especialmente la entrevista y debemos anunciar, que para una mejor comprensión sobre este asunto de las exposiciones de testigos recolectadas de manera anticipada al juicio, se hace necesario abordar la conceptualización de otros actos de investigación y temas del ámbito investigativo que se presentan en el sistema procesal de la ley 906 del 2004. Prácticas investigativas que de una u otra manera, están relacionados con este medio de investigación. Por lo tanto, es indispensable hacer su enunciación y establecer su diferenciación dentro del proceso penal. En ese orden, los temas que se abordaran son: la prueba en el derecho penal; los medios de conocimientos; elemento material probatorio y evidencia física; la prueba anticipada; la prueba de referencia; la prueba testimonial, las estipulaciones probatorias y la adjudicación del valor probatorio a las pruebas en el derecho penal.

2.1.3.1 La prueba en el derecho penal

En vista que el objeto de la presente investigación, es determinar el valor o alcance probatorio que pueden llegar tener las entrevistas y otras versiones rendidas antes del juicio oral, en el proceso penal colombiano, es necesario conocer previamente el concepto de prueba, los elementos que la constituyen, las diferencias que se pueden dar entre cada tipo y el porqué de su

adjudicación probatoria, pues no sería técnico, ni entendible los alcances y denominaciones que maneja la ley y sobre todo la jurisprudencia, si se atacan desconociéndose sus fundamentos teóricos.

Iniciaremos el significado de prueba partiendo del concepto establecido en el diccionario de la Real Academia Española, el cual define prueba como *“Acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”*, *Probar: “Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o verdad de algo con razones, instrumento o testigos”* (Diccionario Real Academia Española, 2016)

Según Asencio Mellado, *“La prueba penal constituye un tema esencial en el proceso y en su decurso cotidiano, más que muchos otros, ya que la sentencia se encuentra en íntima dependencia del resultado probatorio”* (Asencio Mellado, 2004, pág. 275)

Para Giacomete Ferrer sobre el concepto de prueba va un poco más allá y establece que para poder determinar un concepto claro sobre lo que es prueba en el proceso, es necesario abordar que es el derecho probatorio y que es probar. En ese orden Giacomete enuncia lo siguiente:

El derecho probatorio es la disciplina que se preocupa por el fenómeno de la reconstrucción que hacen las partes de unos hechos socialmente relevantes acaecidos en el pasado (procesal o extraprocésal), a partir de unos medios probatorio idóneos tasados en la ley, para lograr el convencimiento del juez (Giacomete Ferrer, 2013, pág. 69)

Forero Romero define la prueba en los mismos tres aspectos que Giacomette, prueba como los medios de los cuales se sirve para la demostración del tema o el objeto, es decir, los documentos, los testimonios y demás; la prueba como procedimiento probatorio, es decir, el procedimiento por medio del cual las partes adquieren los medios de prueba y los colocan en conocimiento del juez; y la prueba como resultado del procedimiento probatorio, es decir, el convencimiento que le llega al juez a través de los medios de prueba. Forero Romero precisa entonces como prueba la demostración jurídica de un hecho (Forero Romero, 2007, págs. 2, 3).

En sentido similar a los conceptos anteriores, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, viene indicando que solo serán pruebas, aquellas que se practiquen en el juicio ante el juez de conocimiento bajo los principios de inmediación, concentración, publicidad, de esto ha dicho la Corte lo siguiente:

Los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso -indagación e investigación-, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que señala que 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" (Sentencia CSJ Proceso 25378, 2006)

De mismo modo, la Corte Constitucional se ha referido al tema de la prueba mediante providencia de constitucionalidad, en la cual estableció lo siguiente:

Declaración de testigo e informante, que no por el hecho de rendirse bajo juramento se convierte en una prueba, puesto que de acuerdo con el nuevo sistema procesal penal, salvo las excepcionales pruebas anticipadas, prueba es únicamente aquella producida directamente en el curso de un juicio oral, público, concentrado y con todas las garantías, a diferencia de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, resultantes de la realización de actos de investigación, tales como las huellas, los rastros, los bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva, las fotografías y los mensajes de datos, entre otros.

En otros términos, la declaración jurada de testigo o informante, al igual que los demás elementos materiales probatorios y la evidencia física, constituyen tan solo instrumentos para direccionar y encausar la actividad investigativa del Estado, mas no se trata de un medio probatorio para establecer la existencia del hecho punible ni el grado de responsabilidad penal del imputado. (Sentencia C-673, 2005)

En ese orden, podemos concluir que la prueba en el proceso penal, es el elemento de conocimiento, que fue recaudado previamente y de manera legal en la etapa de indagación mediante actos de investigación, el cual, luego de ser estimado e incorporado a la audiencia del juicio oral, con el cumplimiento de las exigencias establecidas por la norma procesal, éste pueda ser practicado en la audiencia bajo los criterios de contradicción, inmediación y publicidad. Posteriormente a ello, adquiere la calidad de prueba, para luego ser valorado por el juez y así poder soportar un veredicto de responsabilidad o no en la sentencia. En tal sentido, prueba es el grado de

certeza que emite o demuestra un medio de conocimiento cuando es practicado en el juicio, ya que antes de su práctica, ese medio probatorio solo tiene las meras expectativas de llegar a probar o dar certeza de algo. Por otra parte, de manera diferenciadora, probar se entiende por el procedimiento que se realiza con el medio de conocimiento en el juicio para llegar al grado de certeza que se necesite para llegar al convencimiento del juez más allá de toda duda razonable.

2.1.3.2 Medios de conocimiento o medios de prueba.

Cuando se habla de los medios o elementos de conocimiento, se está haciendo referencia a los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, documentos y demás elementos que tengan vocación probatoria dentro del proceso, los cuales se obtienen en el transcurso de la etapa de indagación o de investigación. En el sistema Acusatorio de la Ley 906 de 2004, tal como se dijo anteriormente, los medios de conocimiento se encuentran enunciados en el artículo 382 de la norma procesal penal, así:

Artículo 382, medios de conocimiento. Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico. (Ley 906, 2004)

Sebastián Midon, además de abordar el tema de los medios de prueba, también hace énfasis en las denominadas fuentes de la prueba, las cuales explica de la siguiente manera:

Si probar es llevar al ánimo del juez la convicción de que nuestras afirmaciones corresponden a la realidad, parece evidente que deberemos contar con elementos que nos permitan llegar a tal resultado. Esos elementos son, pues, las fuentes y los medios de prueba. Así mismo cita a Santiago Sentís Melendo quien llamo a la fuente de prueba al hecho, cosa o fenómeno que sirve para verificar la verdad del hecho afirmado. Con las fuentes de pruebas se cuenta antes del proceso y aun con independencia del proceso. Por lo tanto, fuente de prueba es un concepto metajurídico, extrajurídico. Las fuentes son limitadas; no se pueden crear por orden judicial, existen o no existen, y de tener entidad, deben procurarse los medios para que el juez las conozca. (Sebastián Midon, 2007, pág. 45).

Sobre los medios de prueba Midon indica que:

La prueba es verificación y no averiguación. Que averiguar, como muchas palabras que llevan el prefijo “a”, significa tender, ir, caminar hacia algo; en este caso, hacia la verdad. Que verificar, en cambio, no es ir hacia la verdad, sino ofrecerla, presentarla. Que no se trata de conceptos opuestos, sino correspondientes a dos etapas o momentos sucesivos: primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de averiguación o de investigación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo. Resulta claro, entonces, que la búsqueda de las fuentes no es actividad probatoria, precisamente porque consiste en husmear o indagar. Por esa misma razón, las fuentes representan lo pre procesal, lo pre existente, lo pre constituido; mientras los medios son lo procesal, aquello que se constituye en el proceso, esto es, la exteriorización de las fuentes su manifestación en autos. En suma, mientras

las fuentes pertenecen a la heurística (al hallazgo, descubrimiento), los medios corresponden a la prueba (Sebastián Midon, 2007, pág. 47)

Vargas Vargas citando a Carlos Lessona indica que los medios de prueba son:

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hechos, es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza “de la existencia de aquel hecho, es un medio de prueba” (Vargas Vargas, 2005, pág. 41)

En cuanto a los medios de conocimiento, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante pronunciamiento jurisprudencial ha abordado este tema de la prueba y de los medios de prueba, estableciendo varios aspectos importantes a tener en cuenta para poder determinar ¿Qué son los medios de prueba y que es prueba? Si bien la Corte ha dejado claro que serán pruebas, únicamente aquellas que se practiquen en el juicio ante el juez de conocimiento bajo los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad. Esta es una regla que admite excepcionalidad y es en los casos de los hechos que no requieren prueba, como son los hechos estipulados por las partes, la prueba anticipada, temas estos que serán abordados más adelante. Por otro lado, los medios de prueba serán todos aquellos elementos pertinentes, conducentes y útiles, que descubran, trasladen, enuncien y soliciten las partes antes del juicio, los cuales tengan vocación probatoria y sirvan para probar la teoría del caso de los sujetos procesales (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015).

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha recalcado que el sistema procesal acusatorio, es un sistema de libertad probatoria, sobre este particular el Instituto ha establecido lo siguiente:

A diferencia de los denominados sistemas de “prueba legal”, que se caracterizan porque el legislador establece con qué medios se puede probar un determinado hecho, o cuáles medios de prueba están prohibidos, la Ley 906 de 2004 consagra expresamente el principio de libertad probatoria. En efecto, el Art. 373 establece que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”. Ninguna norma de la Ley 906 de 2004 establece expresamente ese tipo de prohibiciones o límites, sin perjuicio de que los mismos puedan emerger de la integración de este cuerpo normativo con otros que hagan parte del ordenamiento jurídico, tal y como lo dispone el artículo 25 ídem, y haciendo salvedad, claro está, de la protección de los derechos y garantías fundamentales (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015).

En ese orden, tenemos que los medios de conocimiento o medios de prueba, como lo indica la norma procesal penal en su artículo 382, son todos aquellos elementos que las partes recolectan u obtienen en la etapa de investigación, los cuales deben contener una relación vinculante con el hecho ocurrido, de allí surge su pertinencia para ser admitidos en el proceso por el juez de conocimiento, como quiera, que con estos se pretenderá probar y demostrar por las partes su teoría del caso. Además estos elementos o medios de prueba recolectados, deberán tener vocación

probatoria para que puedan cumplir con su fin esencial, que es lograr probar y demostrar lo que se prometió con estos en la enunciación y solicitud probatoria, en la audiencia preparatoria.

Ahora bien, hemos dicho que para que un medio de prueba sea aceptado e incorporado al juicio debe tener vocación probatoria ¿Pero qué se entiende por vocación probatoria de un elemento probatorio? En resumidas palabras decimos que un elemento tiene vocación probatoria cuando este sirve para probar y demostrar algo en el juicio en relación con los hechos que se investigan y que son motivos del litigio. Pero para tener mayor claridad sobre este asunto, es necesario retomar el vocablo “medio de conocimiento” usado por la norma procesal en el artículo 382, así:

El artículo 382, enuncia que *“son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”*. Como se puede apreciar, la norma en un solo vocablo “medios de conocimiento” abordó todos los elementos probatorios y medios de prueba que se pueden recolectar y obtener en una investigación penal. Pero es importante hacer la diferenciación de lo que es un elemento de prueba y medio de prueba. Al igual que la figura elemento en un conjunto matemático, se dice que este es un elemento del conjunto porque está dentro de éste o pertenece a éste (al conjunto). En ese orden, aquellas unidades o cosas que conforman el conjunto se les denominan *“elementos”* porque tienen relación o pertenecen al conjunto. En el proceso penal se aplica el mismo principio, todos los actos de investigación, documentos, información legalmente obtenida, elementos materiales probatorios y evidencia física, serán elementos del proceso. Sin embargo, dentro de todo ese grupo de

elementos o material probatorio hallado, recolectado y obtenido en la etapa de investigación, habrán unos que tenga mayor importancia y relevancia que otros, es decir, que habrán elementos que tendrán la capacidad de probar y demostrar algo por sí mismo, es decir, son su propio medio, estos reciben el nombre de elemento probatorio o elemento de prueba, y habrán otros que servirán como medio para que el elemento de prueba cumpla su fin de probar al ser practicado en el juicio. Esta connotación del elemento de prueba y del medio de prueba, dependerá de la teoría del caso que hayan diseñado las partes para sus intereses dentro del proceso. A manera de ejemplo tomaremos un caso de lavado de activos en la modalidad de pitufo, donde la fiscalía le indilgó una persona cargos por este delito por haberse prestado a cobrar un cheque por el valor de 5 millones en efectivo, proveniente de una organización criminal, el título bancario fue cobrado directamente por el implicado, por ventanilla, el cual endosó y dejó constancia de su cobro. La policía judicial en sus actos de investigación obtuvo el cheque original correspondiente al cobro que realizó el procesado. El cheque considerado un elemento probatorio, prueba por sí mismo su origen bancario, el valor, el canje y el cobro realizado por el implicado. Esto en caso tal, que ese sea el objeto a probar por la Fiscalía con el título. Sin embargo, para que este elemento de prueba pueda ser aducido como prueba en el debate probatorio en el juicio, necesitara ser acreditado e introducido por medio del funcionario de policía judicial que lo recolectó o del testigo que adolezca la responsabilidad de su custodia sobre el título, mediante su testimonio practicado en el juicio. En este entendido ese testigo será el medio de prueba. Pero en otro evento, como en el caso de un hurto, donde el testigo presencié de manera directa como el delincuente capturado, despojó de manera arbitraria y agresiva las pertenencias a la víctima. En este caso, este testigo será elemento de prueba y medio de prueba al mismo tiempo, porque con su testimonio se probará el cómo sucedieron y además quien los cometió.

De lo anterior, Decastro González refiere lo siguiente:

Un “documento”, escrito o declaración previa ciertamente pueden hacerse valer en el juicio oral de distintas formas y con variadas finalidades, como pasa a explicarse:

De un lado, el documento puede ser utilizado en juicio como medio de prueba propiamente dicho, es decir, con finalidad probatoria sustantiva o para probar la verdad de lo contenido en el documento, bien en la modalidad de (i) prueba directa o (ii) prueba de referencia, si resultare admisible.

En el primer caso el documento sustituye la declaración del testigo porque aquél es lo que prueba el hecho al que se refiere; el documento es el fin y el testigo de acreditación —con el que se incorpora o acredita el documento— es el medio; nótese cómo no es el testigo quien prueba la verdad del hecho al que se refiere el documento, sino que con éste se introduce el documento que es la prueba en sí de su contenido. Es por eso que el artículo 433 de la Ley 906 de 2004, ubicado dentro de la Parte IV sobre “Prueba Documental” se refiere al evento en que “se exhiba un documento con el propósito de ser valorado como prueba [...]” (énfasis fuera del texto). (Decastro González, 2008)

En este entendido, se podría decir, que cualquier documento legalmente incorporado al proceso, podría tener vocación probatoria, si lo que se pretende con éste, es probar un fin específico relacionado y relevante que demuestre un todo o parte de los hechos investigados y que esté acorde con los intereses de la teoría del caso de la parte que lo aduce. Trayendo nuevamente el ejemplo del cheque, como ya se dijo antes, si lo que se quiere probar con éste, es, que ese es el título bancario que fue cobrado, canjeado por el implicado, por el valor implícito en el mismo, en la

fecha enunciada en el sello bancario del pago y no otro asunto, este será su fin y por lo tanto, podrá demostrar tales enunciaciones por sí mismo. Pero si lo que se quiere probar con el título valor, es que este fue firmado por el procesado, porque se tiene duda de ello, ya que éste ha manifestado que esa no es su firma, no bastará solamente con el documento para probar esta aseveración, sino que se necesitará de una comprobación grafológica de un experto, arrimado de una base pericial, quien tendrá que deponer bajo testimonio en el juicio para establecer si el documento fue o no firmado por el implicado. En ese caso, si bien el cheque será elemento de prueba, también lo será el testimonio del perito, con quien se probará si el título fue firmado o no por el procesado. El medio de introducción del título podrá hacerse por medio del funcionario de policía que lo recolectó, por medio del perito o con el testigo que adolezca la responsabilidad de su custodia.

En tal sentido, se puede afirmar, que una entrevista o una declaración jurada en algún momento dado, podrían ser incorporadas al juicio con vocación probatoria como documento y no como exposición previa del testigo. A manera de ejemplo, cuando un procesado niega haber estado en un determinado sitio, a determinada fecha y hora, pero resulta que el acusado para la fecha y hora cuestionada, fue objeto de la realización de una entrevista en la estación de policía de dicha localidad. Como se puede apreciar, con esta entrevista el fin sería probar y demostrar que el sujeto sí estuvo en ese sitio a la fecha y horas indilgadas y no otra cosa. En conclusión, cuando la norma procesal hace alusión a medios de conocimiento, lo hace de manera general, refiriéndose a todos aquellos elementos probatorios como cosas, documentos, testigos, que tendrán un fin demostrativo y probatorio en el juicio. Al igual, los medios de prueba que son necesarios para que el elemento de prueba cumpla ese fin.

2.1.3.3 La prueba anticipada.

Como lo indica la norma procesal penal, la prueba anticipada, es una excepción a la regla general que establece que solo será prueba la que sea practicada en el juicio. En el caso de la prueba anticipada, es aquella prueba que se practica fuera del juicio de manera anticipada, cuando se presentan las eventualidades establecidas en la normatividad procesal del artículo 284. Como se puede apreciar la práctica anticipada de medios de conocimiento por parte de los sujetos procesales es restringida, solo podrá realizarse en los eventos establecidos por la ley, cumpliéndose con los requisitos formales que esta exige para tal fin.

González Navarro aborda el tema de la prueba anticipada, de cual indica que esta es una excepción al principio de inmediación de la prueba, sobre el particular dice lo siguiente:

El carácter excepcional de la prueba anticipada constituye una salvedad justificada constitucionalmente aceptable al principio de inmediatez de la prueba en el juicio oral. Al respecto, en el texto de la exposición de motivos de la ley 906 de 2004, se argumenta lo siguiente en relación con aquella variedad de prueba:

“Teniendo en cuenta que desde la perspectiva del derecho comparado, incluyendo los sistemas acusatorios más puros, se reconoce la posibilidad de practicar de manera excepcional alguna prueba anticipada a la realización del juicio oral, se consagra el instituto de la prueba anticipada como una excepción al principio de inmediación.

Por consiguiente, podrá solicitarse ante el juez de conocimiento [de garantías] la práctica de una prueba anticipada al juicio oral, siempre y cuando sea indispensable hacerlo de manera inmediata para evitar su pérdida o la alteración misma del medio probatorio.

Para que la prueba anticipada pueda ser tenida en cuenta se requiere como requisito sine qua non, so pena de exclusión, que su práctica sea fácticamente imposible de repetir durante la vista pública y se lleve a cabo con intervención del juez, dando plena oportunidad de ser controvertida” (González Navarro, 2011, págs. 974, 975).

La Corte Constitucional en providencia de constitucionalidad, se pronunció sobre la prueba anticipada en los siguientes términos:

*La regulación legal de la prueba anticipada también se ajusta al principio de contradicción por cuanto el artículo 284.4 del nuevo C.P.P. dispone que la misma se debe practicar en audiencia pública “y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en juicio”. De igual forma, de conformidad con el segundo párrafo de la misma norma, contra la decisión de practicar una prueba anticipada “proceden los recursos ordinarios”, y si ésta es negada, la parte interesada podrá acudir de inmediato, y por una sola vez, ante otro juez de control de garantías con el propósito de que éste reconsidere la medida, no siendo su decisión objeto de recurso. Además, en atención al tercer párrafo del artículo 284 del C.P.P., de ser posible, el juez ordenará la **repetición** de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral. En el caso de la prueba anticipada regulada en el nuevo C.P.P. se tiene que el artículo 284.2 dispone que aquella podrá ser solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112 de la misma normatividad, es decir,*

en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. De tal suerte que, en materia de solicitud de práctica de pruebas anticipadas, las normas acusadas constituyen una excepción válida al principio de inmediación, ya que aseguran la vigencia del principio de igualdad de armas (Sentencia C-591, 2005).

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, abordó recientemente el tema de la práctica de prueba anticipada mediante providencia de casación, en la cual hizo énfasis que esta puede proceder cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo, tal y como lo dispuso la reforma a la ley 906 de 2004 mediante el artículo 37 de la ley 1474 del 2011, así:

“La Ley 906 de 2004, en los artículos 284 y siguientes, consagra la posibilidad de practicar pruebas anticipadas, bajo las siguientes reglas: (i) la actuación debe adelantarse ante el juez de control de garantías; (ii) puede ser solicitada por el fiscal, la defensa, el Ministerio Público o la víctima; (iii) deben mediar “motivos fundados y de extrema necesidad”, y la finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; (iv) debe practicarse en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

En las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004 el legislador ha evidenciado su propósito de ampliar la cobertura de la prueba anticipada cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo. Así, por ejemplo, en la Ley 1474 de 2011, en su artículo 37, se dispuso la posibilidad de practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas en su contra o la de su familia por razón de los hechos que conoce, en las actuaciones seguidas

por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, cuando frente a los mismos proceda la detención preventiva.

Frente a los menores de edad que comparecen a la actuación penal en calidad de víctimas o testigos, desde ahora cabe resaltar que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia en este tipo de casos es evidente, no sólo porque la práctica de varios interrogatorios puede dar lugar a la victimización secundaria, sino además porque el medio de conocimiento podría verse afectado en la medida en que el menor “haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones” (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

La práctica de prueba anticipada no es incompatible con las medidas establecidas en las leyes 1098 de 2006 y 1652 de 2013 para proteger a los niños durante los interrogatorios. Es más, resulta razonable pensar que la intervención de un juez es garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor.

De otro lado, en este tipo de casos la prueba anticipada puede reportar beneficios importantes, en cuanto: (i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna

las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

A lo anterior debe sumarse que la práctica de prueba anticipada no sólo constituye una forma de protección de los derechos del acusado, sino además una forma de obtener medios de conocimiento más útiles para la toma de decisiones en el ámbito penal, lo que también favorece los intereses de las víctimas y el interés de la sociedad en una justicia pronta y eficaz.” (Sentencia CSJ Proceso 43866, 2016)

Con base en lo anterior, diríamos que la prueba anticipada es aquella que se puede practicar fuera y antes de la audiencia de juicio oral, con las exigencias y formalidades que indica el artículo 284 de la norma procesal penal. Como tal, esta clase de prueba tendría las mismas calidades que una prueba practicada con inmediación en el juicio, y de igual manera, el juez tendría que apreciarla y valorarla, tanto así, que su decisión podría estar asentada en ella. Si bien la prueba anticipada se faculta su práctica por presentarse extrema necesidad para practicarla o para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio o cuando el medio probatorio se encuentre en riesgo. Sin embargo, esta no se practica ante el juez competente o el juez natural de la prueba, sino que se practica en otro escenario y ante un juez de control de garantía, actuación que debería ser practicada antes el juez de conocimiento cuando ya se hubiese superado la etapa de la acusación. Aunque uno de los requisitos del sistema procesal es que el medio probatorio se tiene que practicar

bajo los principios de inmediación, contradicción, concentración y publicidad, pero para el caso de la prueba anticipada se hace en otro escenario, contrariando de alguna manera el postulado principal del sistema acusatorio, ya que el juez de conocimiento solo conoce su práctica y resultado de manera terciaria y no en primera persona como debería ser. Aunque el medio de conocimiento se practica en presencia de un operador judicial y con la participación de las partes que tendrán la oportunidad de controvertir dicho procedimiento probatorio, no tendrá la percepción directa del juez de conocimiento como la norma lo indica y quien en últimas es quien valorará todo el acervo probatorio para determinar un fallo absolutorio o condenatorio. Por lo tanto, su práctica esta ampara de legalidad y tendrá el alcance y validez de prueba en el momento de la valoración por el operador judicial, aunque esta no haya cumplido con las ritualidades normalmente exigidas de ser apreciada por el juez natural de conocimiento y bajo su propia percepción.

2.1.3.4 La prueba de referencia.

Sobre la prueba de referencia, la normal procesal estipula lo siguiente en su artículo 437, así:

Artículo 437. 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 (Ley 906, 2004)

Del mismo modo, la norma procedimental establece las reglas para su admisión, como señala el artículo 438:

Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia 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.

e) (Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013.) El nuevo texto es el siguiente: Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos. (Ley 906, 2004)

Por otra parte, al igual que la prueba anticipada, la admisión de la prueba de referencia se permitirá de manera excepcional, tal como lo consagra la norma procesal en su artículo 379: “*La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*” y de igual forma, como lo indica el artículo 381 en su inciso segundo: “*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*” (ley 906, 2004)

Así mismo, la norma procesal en su artículo 440 establece que la prueba de referencia podrá ser usada para impugnar la credibilidad de testigos o peritos. Ésta, para su admisión deberá cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 438, de lo contrario no podrá ser admitida como tal. La prueba de referencia podrá ser cuestionada por el medio probatorio más idóneo, siguiendo las reglas o términos de la prueba testimonial, como quiera que, lo que se buscaría, sería contradecir una versión o declaración de un testigo (Ley 906, 2004)

Sobre la prueba de referencia, la Corte Suprema de Justicia mediante proveído de casación de la Sala Penal, ha establecido el siguiente precedente:

El artículo 437 de la Ley 906 de 2005 define la prueba de referencia como 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 el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

En interpretación de los citados dispositivos, ha sostenido la Sala que el aporte del testigo de referencia no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto.

Se admite, igualmente, que dadas las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos, es necesario que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, consagrándose así, en el citado

artículo 381, una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción (Sentencia CSJ Proceso 45824, 2015)

Igualmente, la Corte en pronunciamiento consecuente, profundizó sobre la prueba de referencia, considerando lo siguiente:

En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es fundamental preguntarse “quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra –del acusado”, y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, sólo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.

Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.

En estricto sentido, se trata de una garantía para el procesado, íntimamente relacionada con el derecho a la confrontación, toda vez que, según se indicó en el apartado 2.2., la

reglamentación de la prueba de referencia es una manera de regular el ejercicio de la confrontación, en la medida en que se consagran parámetros para establecer cuándo una declaración anterior al juicio oral puede comprometer dicho derecho (cuando es usada como medio de prueba sin que el testigo esté disponible en el juicio oral, según lo dispone el artículo 437); determina el carácter excepcional de la admisibilidad de la prueba de referencia (Art. 438) y establece la prohibición de que trata el artículo 381.

En la práctica judicial, la Sala ha advertido que existen algunas imprecisiones, que impiden aplicar el artículo 381 en toda su dimensión, entre ellas: (i) la confusión entre prueba de referencia y prueba indirecta; (ii) la posibilidad de demostrar cualquier aspecto del tema de prueba a través de prueba “indiciaria” o “indirecta”; (iii) la forma de corroborar las versiones sobre delitos que suelen ocurrir en la clandestinidad, como es el caso del abuso sexual; y (iv) la diferencia entre la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y la valoración de las pruebas aportadas en cumplimiento de dicha prohibición .

Al margen de las diferentes posturas teóricas en torno a lo que debe entenderse por prueba directa o indirecta, la Sala estima conveniente aclarar que los aspectos relevantes de la prueba de referencia no tocan necesariamente con esta temática, por lo menos no de forma diferente de lo que acontece con los testimonios rendidos en el juicio oral. Si se adopta como criterio diferenciador de la prueba directa e indirecta su conexión con el hecho que integra el tema de prueba, la primera categoría la tendrán, por ejemplo, el testigo que dice haber visto disparar o el video donde aparece el procesado cometiendo el hurto, mientras que la segunda se podrá predicar, verbigracia, del testigo que dice haber visto al procesado salir corriendo de la escena de los hechos, de la huella dactilar del procesado hallada en la escena del crimen, etcétera.

La declaración anterior al juicio oral, que pretende aducirse como prueba de referencia, puede tener el carácter de prueba directa o indirecta, según el criterio establecido en el párrafo anterior. Así, por ejemplo, es posible que el testigo antes de morir declare que una determinada persona fue quien le disparó (prueba directa), o también lo es que asegure que luego de recibir el disparo vio a un viejo enemigo suyo salir corriendo del lugar donde ocurrieron los hechos (prueba indirecta).

Otra cosa es que ante la muerte del testigo, o la ocurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, su declaración deba ser llevada a juicio a título de prueba de referencia, por lo que será necesario presentar pruebas de su existencia y contenido, según los parámetros analizados en el numeral anterior, sin perjuicio de la obligación de agotar todos los trámites para su aducción (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056, entre otras).

Por otro lado, la Sala ha aclarado que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la “prueba indiciaria” como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas decisiones (CSJ SP 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras).

En esta línea de pensamiento, no existe duda de que la prueba que acompañe la de referencia, en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381, puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis (Sentencia CSJ Proceso 43866, 2016).

Con base en lo anterior, podemos decir, que la prueba de referencia se diferencia de la prueba anticipada como quiera que esta solo deviene de las declaraciones realizadas de manera

previa y fuera del juicio, que no hayan sido tomadas o practicadas ante el operador judicial de conocimiento del caso. Así mismo, los requisitos que se exige para la prueba anticipada se consagran en el artículo 284, más los de la prueba de referencia se estipulan el artículo 438 procesal. En ese orden, la norma procesal exige puntualmente que se tendrá como prueba de referencia, las declaraciones realizadas antes juicio oral, en los eventos cuando el testigo haya perdió la memoria y que esta sea comprobada por experto; es víctima de secuestro, desaparición forzada o evento similar; no puede declarar por enfermedad grave; porque falleció; cuando sea menor víctima de delitos sexuales o cuando esas declaraciones deriven registros escritos de pasada memoria o eventos históricos. En ese orden, si las declaraciones previas no se encuentran dentro de estas exigencias, lógicamente no podrán ser admitidas como prueba de referencia. Así mismo, es claro que la prueba de referencia no puede sustentar una condena por sí sola, sino que ésta, siempre debe estar relacionada con otros medios de conocimiento, incluyéndose acá los medios indiciarios. Esto para poderse verificar y confirmar su contenido, en cuanto al asunto relevante que haya proporcionado el declarante de manera previa al juicio, sobre los hechos motivo de investigación.

En ese orden, vemos que las entrevistas o declaraciones juradas recepcionadas a testigos previamente al juicio, que cumplan los requisitos estipulados en el artículo 438 procesal, pueden ser incorporadas al acervo probatorio como pruebas de referencia y podrán ser valoradas en su contenido por el juez de conocimiento, en algunas ocasiones como indicadores directos y en otros como indirectos.

2.1.3.5 Estipulaciones Probatorias.

Según lo establece la norma procesal en el artículo 356, las estipulaciones probatorias son los acuerdos que las partes pueden hacer para dar por probado algún hecho o circunstancia, que no será necesario probar nuevamente dentro del juicio oral. Esas estipulaciones deberán ser con la anuencia del Juez de conocimiento, pero éste, no interviene en dichas estipulaciones, solo las partes. En tal sentido, según la norma, aquello que se estipule, será tomado como cierto y no se practicará en el juicio.

De lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha preceptuado lo siguiente:

Las estipulaciones probatorias, a la luz del art. 356-4 del CPP, corresponden a los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias. Implican, entonces, el relevo de la práctica probatoria en relación con los supuestos fácticos que las partes fijan como acreditados por consenso (Sentencia CSJ Proceso 38208, 2014)

Así mismo, la Corte refirió que los acuerdos probatorios aluden exclusivamente a hechos y circunstancias y no a medios de prueba. Además que su aceptación se torna irrevocable. De lo anterior el Alto Tribunal ha referido:

Sobre las estipulaciones, no sobra reiterar, que las mismas giran en torno a hechos y circunstancias y no respecto a la incorporación al debate oral y público de un determinado medio

de convicción, elemento material probatorio, evidencia física o informe, como lo pretenden las partes en esta actuación. Una vez los intervinientes del juicio oral y público han manifestado al juez de conocimiento que celebraron estipulaciones, la actividad probatoria no puede recaer sobre el mismo fin de dar por demostrado lo que ya se dio por establecido en virtud de dicho acuerdo o para oponerse a él en el debate.

Además, deben ser introducidas en el juicio oral, y al ser admitidas por el juez de conocimiento se tornan en irrevocables y no al momento de su anunciación en la audiencia preparatoria, por constituir el juicio oral el escenario natural para introducirlas a fin de que surtan sus efectos procesales (Sentencia CSJ Proceso 42720, 2014)

Como lo ha dejado claro la Corte, las estipulaciones solo deben versar sobre hechos o circunstancias que correspondan a situaciones que rodean el hecho investigado, pero no se podrá estipular elementos materiales probatorios, ni evidencia física, ni elementos o medios probatorios que tenga que ver con el debate y la demostración probatoria del juicio oral, ni que tenga que ver con la responsabilidad o no del procesado. En la práctica judicial los hechos o circunstancias que más se estipulan son los denominados: hechos que no requieren prueba, es decir, que no se necesitan probar, ya que con su mera apreciación se dan por probados. A manera de ejemplo, en un caso donde se presente un homicidio, se puede estipular la identificación del occiso, o la causa de la muerte, es decir, que falleció por causa de las heridas que le provocó un arma de fuego, junto con esa estipulación se pueden anexar los documentos que prueban el deceso, como son el informe de necropsia, el acta de levantamiento de cadáver, si fue entrevistado el médico forense, esta también se incluiría en dicho anexo. Así mismo, el médico forense no sería llamado a testificar, por cuanto, lo que se buscaba probar con su testimonio era la causa de la muerte. Pero hay que

entender que todos aquellos elementos y hechos que estén relacionados con el cómo o del porque la víctima recibió las heridas que le ocasionaron su muerte y de quién o quienes pudieron haberlas ocasionado, no pueden ser objeto de estipulación, en vista de que estos hechos y elementos son el objeto de demostración dentro del proceso. En ese entendido manteniéndonos en el ejemplo, no se podría estipular el arma incautada al presunto homicida, ni las declaraciones previas de testigos que presenciaron de manera directa o indirecta los hechos.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que las entrevistas o declaraciones juradas, podrían en algún momento dado, incorporarse al proceso como anexos de una estipulación probatoria convenida entre las partes como es el caso del ejemplo, causa de la muerte por arma de fuego. Pero deber aclararse que no se podrán estipular aquellas entrevistas o declaraciones de testigos que tengan relación directa o indirecta con los hechos que serán objeto del debate probatorio, persona que disparó el arma de fuego.

Sin embargo en los últimos tiempos la Corte ha introducido un nuevo elemento que causa inseguridad jurídica sobre el tema, y es la posibilidad de anexar documentos y los contenidos de los mismos a las estipulaciones probatorias, es decir estipulo la existencia de un pasaporte y la otra parte puede solicitar la introducción de dicho pasaporte al juicio para demostrar un punto especial:

Cuando se convenga entregar documentos, igual se impone que el juez vele porque, por las partes, se concrete sin lugar a equívocos tanto el aspecto que se exonera del debate, como aquel que ha de controvertirse, toda vez que, en virtud de las reglas generales señaladas, nada se

opone a que, por vía de ejemplo, sobre un solo documento se convenga una parte y se pretenda debatir otra o que se admita su autenticidad total o parcial.

Valga un ejemplo: si en un juicio por prevaricato supuestamente cometido por el juez dentro de un proceso, las partes estipulan la existencia del expediente, conformado por múltiples cuadernos, el juez está obligado a intervenir para que no ingresen todos los folios, en el entendido de que muchos de ellos no tienen incidencia alguna sobre el asunto a juzgar. Así, deberá instar a las partes para que especifiquen cuál fue el acto supuestamente prevaricador, que si la sentencia, entonces será ésta la que se debe incorporar, pero si se aduce que esta se soportó en la valoración de determinadas pruebas, también se anexarán, pero nada más. Debe decantarse el juicio, limpiarse, excluyendo aquella que no es objeto de controversia. (Sentencia CSJ, Proceso 47466, 2016)

2.1.3.6 La prueba testimonial.

El Sistema Acusatorio está asentado sobre las bases de la oralidad, de naturaleza adversarial, estructurado en los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad, donde su principal medio de conocimiento es la prueba testimonial, sin desmeritar los demás medios de probatorios.

En ese orden, la prueba testimonial es un medio de conocimiento consagrado a partir del artículo 383 de la norma procesal. Este medio de prueba, al igual que los demás, debe practicarse en presencia del juez conocimiento, a excepción de prueba anticipada (Ley 906, 2004). En razón a lo anterior, la prueba testimonial adquiere su carácter relevante en el sistema, como quiera, que

todo medio de prueba e información se incorpora al proceso por intermedio de la declaración de un testigo en el juicio oral y en la presencia del juez, de ahí que deriva su importancia.

Pabón Parra citando a Rocha Alvira define el testimonio de la siguiente manera:

Es la declaración que hace una persona normal que no tiene interés en el litigio, ni por razones de parentesco o amistad íntima, ni por aspecto económico, sobre un hecho o hechos de que ella ha tenido conocimiento directo o indirecto.

En tanto prueba judicial se define como el relato oral de hechos, acontecimientos o fenómenos percibidos por una persona, realizado ante una autoridad judicial con observancia de todas las formalidades establecidas en la ley. En este sentido, se entiende por testimonio el relato libre y reflexivo que una persona hace, a instancia judicial, dentro del juicio oral, ante el juez, las partes, intervinientes y demás asistentes a la audiencia pública, sobre los hechos antecedentes, concomitantes o subsiguientes a la conducta delictuosa que se juzga (Pabón Parra, 2015, págs. 105, 111).

Como se puede apreciar, el testigo en el proceso debe ser una persona que haya presenciado o tenido conocimiento del hecho ocurrido, ya sea de manera directa o indirecta, siendo lo primero cuando el testigo observa en primera persona la ocurrencia de los hechos, y será testigo indirecto cuando no percibe por el mismo los hechos, sino que llegan a su conocimiento por otros medios ajenos a su propia percepción. A manera de ejemplo, en determinado lugar un sujeto le hurta un bolso de color rojo a una mujer que transitaba por el sitio, el ladrón huye corriendo con las pertenencias de la mujer, el hurto se comete en frente a una caseta de venta de periódicos donde el

vendedor observó cómo se produjo el robo, luego después de que el ladrón voltea la esquina es observado por otro transeúnte que venía pasando y observa al sujeto corriendo con un bolso rojo en la mano, el ladrón es aprehendido tres cuadras más adelante por la fuerza policial. Para el presente ejemplo, el testigo directo será el vendedor de periódicos que presencié por manera directa los hechos y el otro transeúnte será el testigo indirecto, que si bien no observó de manera directa el hurto, si observó a un sujeto corriendo con un bolso rojo en la mano, el cual fue aprehendido posteriormente por la fuerza pública y quien luego fue reconocido por la víctima como el sujeto que le arrebató su bolso. De esta diferenciación dependerá su importancia y grado de apreciación en el juicio. Es de anotar que el testigo en la mayoría de los casos, llega al proceso mediante las labores de policía judicial que se realizan en la etapa de investigación, donde los investigadores mediante las pesquisas investigativas, identifican a los posibles testigos del hecho, y luego, estos se relacionan para conocimiento del fiscal, por medio de los informes de policía judicial, entrevistas o declaraciones juradas.

En ese evento, cuando al testigo se le recepcionan versiones previas, ya sea por iniciativa propia o por orden judicial, mediante entrevista o declaración jurada, una vez terminadas las labores de investigación, los investigadores, allegan al fiscal todas estas diligencias realizadas y medios de conocimiento recolectados, a fin de que hagan parte del pliego procesal que el fiscal descubrirá, solicitará y hará valer posteriormente en el juicio oral. Es en esta última etapa procesal donde las entrevistas y declaraciones juradas tendrán una connotación significativa dentro de la práctica de la prueba testimonial, como quiera que si estas fueron descubiertas por las partes de manera legal y cumpliendo todos los requisitos legales de recolección y del descubrimiento, podrán ser usadas en la práctica del interrogatorio cruzado, como medio de impugnación o para

refrescar memoria, o como medio de prueba, para los casos que ha estipulado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, en los términos estipulados en los artículos, 440 y 438 de la norma procesal.

2.1.3.7 Testigo de acreditación.

Como se dijo en el acápite anterior, en el sistema acusatorio predomina la prueba testimonial, en tal razón, la información y los medios de conocimiento, diferentes al testigo, que las partes quieran incorporar al juicio oral, deben ser incorporados por intermedio del testimonio del investigador de policía judicial, el funcionario que los recolectó, o el profesional del área que elaboró el informe respectivo. Es decir, que siempre las partes se tendrán que valer de una persona para poder introducir los medios probatorios que quiera probar en el juicio. Lo anterior obedece, a que el sistema acusatorio exige que alguien de fe de su hallazgo o recolección, los medios probatorios no pueden aparecer de la nada, siempre tiene haber un responsable que deponga de su existencia, autenticidad, origen, etc., además es quien explicará el contenido, alcance y sentido del medio en cuestión. Por tal razón, la norma procesal estableció el testigo de acreditación, tal como se consagra en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, “El escrito de acusación deberá contener:” literal d “Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación” (Ley 906, 2004)

Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia ha preceptuado lo siguiente:

2.3.4 La manera de introducir las evidencias, objetos y documentos al juicio oral se cumple, básicamente, a través de un testigo de acreditación, quien se encargará de afirmar en audiencia pública que una evidencia, elemento, objeto o documento es lo que la parte que lo aporta dice que es (Sentencia CSJ Proceso 25920, 2007)

Bedoya Sierra indica que el testigo de acreditación es importante en el sistema acusatorio, como quiera que este es el que da fe del cómo y del porqué de la existencia del elemento probatorio en el proceso. Sobre lo anterior Bedoya manifiesta lo siguiente:

Por su parte, los autores chilenos antes citados concluyen que la presencia del testigo de acreditación se justifica por la “lógica de la desconfianza”, pues nadie tiene porque creer que algo es así solo porque el fiscal o el testigo lo dicen. Se exige que alguien declare que efectivamente aquél objeto corresponde a lo que la parte pretende que es. Esto implica que los objetos y documentos deben ser ingresados por lo general a través de testimonio” (Bedoya Sierra, 2008, pág. 218)

Sin embargo, la excepción a la anterior regla es la prueba anticipada, ya que esta, es practicada directamente por el fiscal o las demás partes en el proceso. Por lo tanto, en este caso, la parte que quiera introducir la prueba anticipada no necesitaría de testigo de acreditación para su incorporación, por lo que ésta, es practicada ante juez con función de control de garantías, con todas las exigencias de la prueba testimonial. Caso contrario, si es necesario el testigo de acreditación para la incorporación de aquellas declaraciones o versiones previas al juicio, de testigos que no pueden o no asisten a la audiencia de juicio oral, que se quieran incorporar y hacer

valer como pruebas de referencia, toda vez que al no contar con el testigo en el proceso como lo indica la norma del 438 procesal, ni haber sido practicada ante el juez de garantías, la única forma de poder incorporar dicha declaración previa, es mediante la persona que la recolectó, en este caso el investigador de Policía Judicial.

Es importante aclarar, que a las exposiciones recibidas a testigos de manera anticipada al juicio oral, la norma procesal le otorgó varios usos, entre ellos: servir como documento orientador para las partes en la etapa de indagación e investigación; servir como medio para refrescar la memoria al testigo como lo indica el artículo 392 en su literal (d); servir como medio de impugnación de credibilidad al testigo como los estipulan los artículos 347 y 403 ; ser incorporadas como prueba de referencia cuando se haya impugnado la credibilidad del testigo, tal como lo indica el artículo 440; ser incorporadas como prueba de referencia en los casos estipulados en el artículo 438, los cuales ha sido desarrollados y precisados por la Corte.

2.2 La entrevista y las versiones anteriores al juicio oral en el derecho procesal penal colombiano

2.2.1 Concepto.

Doctrinariamente se ha catalogado a la entrevista como un acto de investigación, el cual, al igual que otros actos investigativos, sirve para la recolección de información, orientación de la investigación, medio de impugnación y de manera excepcional como prueba de referencia. Si bien, en apartados anteriores nos referimos a la entrevista en cuanto a su significado y uso, a

continuación, trataremos de ampliar estos conceptos y utilidad, para tener mayor claridad sobre este medio de investigación.

Según el diccionario de la Real Academia Española define la palabra entrevista como *“mantener una conversación con una o varias personas acerca de ciertos extremos, para informar al público de sus respuestas. Tener una conversación con una o varias personas para un fin determinado”* (Diccionario Real Academia Española, 2016)

Namakforoosh sobre la entrevista dice: *“se entiende por entrevista al proceso de interrogar o hacer preguntas a una persona con el fin de captar su conocimiento y opiniones acerca de algo, con la finalidad de realizar alguna labor específica con la información captada”* (MamaKforoosh, 2005, pág. 139).

En cuanto a lo preceptuado por la norma procesal penal colombiana, ésta facultó a la policía judicial a la realización de entrevistas dentro de sus actos de investigación en la etapa de indagación e investigación, tal y como lo establece el artículo 206 procesal:

Artículo 206. Entrevista. Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.

La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista. (Ley 906 de 2004)

En igual sentido y acorde con la norma procesal penal, la Sala de Casación Penal, viene definiendo la entrevista como un acto de investigación, facultado a la policía judicial para realizarla, con el fin de obtener información útil y necesaria para el esclarecimiento de los hechos que se investigan. Sobre este particular la Corte ha preceptuado lo siguiente:

“actos de investigación”, dentro de los cuales se encuentran las entrevistas, las declaraciones juradas y el interrogatorio al indiciado, en desarrollando de los cuales se obtienen elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los que se refiere el artículo 235 del C. de P.P.

Las llamadas entrevistas, dice, están caracterizadas en la misma ley como aquellas realizadas por la policía judicial, pero también pueden ser tomadas por el imputado o su defensor, o estos pueden solicitar al alcalde municipal, al inspector o al notario que bajo el rito de juramento le reciba declaración a las personas que pueden resultar útiles para la investigación; se le recibe a quien es víctima, testigo presencial de los hechos o a quien tenga información útil para la indagación; se realizan observando las reglas técnicas pertinentes; y para su recepción se utilizan los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigado y así mismo para su conservación tales como el escrito, la grabación magnetofonía, el video o cualquier otro medio técnico idóneo (Sentencia CSJ Proceso 25378, 2006)

Por otro lado, la Corte Constitucional se refiere a la entrevista en los siguientes términos:

“Si bien, el objetivo de llevar a cabo una entrevista es obtener información veraz, en tiempo, modo y lugar de los hechos motivos de investigación esto debe llevarse a cabo dentro de un ámbito de respeto y dignidad” (Sentencia C-177, 2014)

En atención a lo anterior y desde el punto de vista procesal penal, podemos definir la entrevista como un medio o acto de investigación, que esta reglado y autorizado por la ley, que puede ser realizado en la etapa de indagación e investigación por los grupos de policía judicial, ya sea por iniciativa propia cuando se trate de actos urgentes en el lugar de los hechos o en caso de flagrancia, o por orden judicial cuando la fiscalía tenga la dirección y coordinación de la investigación. Del mismo modo y en igual condiciones, este acto de investigación podrá ser realizado por los investigadores privados de la defensa para los intereses jurídicos del imputado o acusado y por las víctimas. Así mismo, la norma establece el fin de la entrevista, al igual que las declaraciones juradas e interrogatorios previos al juicio, será el de obtener y recolectar información útil y necesaria para la investigación, a través de la indagación a posibles testigos sobre el conocimiento directo o indirecto que estos tenga sobre la ocurrencia de un hecho delictivo. Por último, su realización debe ser formal, es decir, que su recepción debe quedar consignada por algún medio, ya sea escrito, filmico o mediante grabación digital o magnetofónica, se debe indicar los datos biográficos de la persona que se entrevistó y su declaración deberá estar relacionada con los hechos que se investigan desde su percepción o el conocimiento que tuvo de los mismos.

3. Reglas de Incorporación y valoración de las versiones rendidas con anterioridad al juicio oral en el sistema procesal de la ley 906 de 2004.

3.1 Generalidades

La entrevista y las demás versiones previas que se quieran incorporar como acto de investigación que se realiza dentro del proceso penal, están sujetas a los mismos formalismos que establece la norma para la realización, recolección e incorporación de cualquier otro medio de investigación que se quiera hacer valer dentro de la actuación procesal. En tal sentido, es preciso anotar que su vinculación al proceso deberá estar supeditada, en primer lugar, al principio de legalidad.

En ese orden, el artículo 206 de la ley 906 de 2004, es la norma que le otorga legitimidad a este acto de investigación, claro está, en concordancia con el siguiente articulado de la ley procesal: el artículo 10 sobre la actuación procesal; artículo 23 sobre la cláusula de exclusión, que trata sobre cuando la prueba se obtenida con violación de las garantías fundamentales, esta y las que sobrevenga de la misma serán nulas de pleno derecho, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal; artículo 27 sobre los moduladores de la actividad procesal, que ordena a los encargados del desarrollo de la investigación en el proceso penal, esto es, se ceñirán a los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia; artículo 205 sobre la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, artículo 360 toda prueba ilegal será excluida de la actuación y artículo 382 sobre los medios de conocimiento (Ley 906, 2004). Además, se debe

tener en cuenta el art. 357, 359 y 375 sobre la pertinencia, conducencia y necesidad de la prueba, solo en la medida que sea necesario utilizar estas versiones anteriores para alguno de los usos autorizados por la ley o la jurisprudencia será admisible su introducción. En este entendido, vemos, que para que cualquier medio probatorio pueda ser incorporado o declarado válido dentro del proceso penal, deberá haberse realizado y arrimado a la actuación cumpliendo con los requisitos y formalidades que establece la norma para tal fin, de lo contrario, su existencia dentro del proceso se considerará ilegal y procederá sobre éste la exclusión.

Retomando anterior, la entrevista puede realizarse en la etapa de indagación e investigación por los grupos de policía judicial, ya sea por iniciativa propia cuando se trate de actos urgentes en el lugar de los hechos o en caso de flagrancia, o por orden judicial cuando la fiscalía tenga la dirección y coordinación de la investigación. Del mismo modo y en iguales condiciones, la entrevista podrá ser realizada por investigadores privados de la defensa para los intereses jurídicos del indiciado, imputado o acusado y por las víctimas.

Siguiendo con el principio de legalidad, es importante anotar, que éste, debe cobijar al proceso penal desde el momento que surge el hecho punible y es abordado por el Estado por intermedio del ente persecutor que para el caso de Colombia lo constituye la Fiscalía General de la Nación. ¿Pero cuándo surge ese manto de legalidad en el proceso?, como lo indica la norma procesal, el principio de legalidad surge en el proceso penal desde la denuncia que se instaura sobre la ocurrencia de un hecho delictivo o desde cuando se tiene conocimiento del mismo. Esta denuncia o conocimiento puede darse en cuatro casos, que son:

1. *Por denuncia presentada por cualquier persona natural o el representante legal de una persona jurídica afectada.*
2. *Por petición especial del Procurador General de la Nación.*
3. *Mediante querrela de la víctima o directamente perjudicado, su representante legal o herederos; del defensor de familia o del agente del Ministerio Público, según el caso.*
4. *Por cualquier otro medio de origen oficial como informes de policía o de otra autoridad que haya tenido conocimiento de la ocurrencia de un hecho de probable connotación delictiva, ya sea por conocimiento directo de la autoridad o por información que se reciba de terceros. (Ley 906 de 2004, arts. 67 y 202) (Fiscalía General de la Nación, 2009)*

Dicho lo anterior, los órganos de policía judicial solo podrán adelantar los actos de investigación en las circunstancias que autoriza la norma procesal. Es decir, por iniciativa propia cuando se trate del hallazgo de un hecho delictivo, por ejemplo: un homicidio, una caleta de armas de fuego, un cargamento de estupefacientes, etc., o cuando sea en caso de flagrancia. En estos dos eventos, los funcionarios de policía judicial en la realización de actos urgentes podrán realizar actos de investigación, entre ellos, las entrevistas. Pero se aclara, que los investigadores solo podrán realizar aquellos actos que autoriza la norma procesal para tales eventos, como lo indica en el Manual de Procedimientos de la Fiscalía General de la Nación:

Actos de investigación por iniciativa propia: art. 67, 146, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 229, 230, 232 del C.P.P., entre otras:

- *Recepción de denuncias, querellas o informes de los cuales se infiera la posible comisión de un delito.*
- *Entrevistar a presuntas víctimas o testigos presenciales de un delito observando las reglas técnicas de rigor y registrarlas en grabación magnetofónica o fonóptica o en cualquier otro medio que la ciencia ofrezca. En caso de ser necesario brindará la protección que requieran los entrevistados.*
- *Interrogatorio al indiciado en presencia de un abogado, sin hacerle imputación alguna, siempre que aquel haya renunciado a su derecho a guardar silencio, y con las formalidades impuestas en el artículo 282.*
- *En los casos en que la policía judicial decida interrogar directamente al indiciado debe reunirse previamente con el fiscal para que asuma el control jurídico del mismo.*

A partir de los anteriores actos pueden surgir versiones previas de los testigos, víctimas o del propio procesado, que hipotéticamente podrían ser utilizados en el juicio oral.

Acotado lo anterior, cualquier medio probatorio que recolecte u obtenga la policía judicial, la defensa o las víctimas, sin el cumplimiento de estas formalidades y requisitos enunciados, se considerara ilegal y no podrá formar parte del proceso y menos ser incorporado al juicio oral para su práctica y demostración, incluyendo, aquellos, que aunque fueron recolectados u obtenidos en el transcurso de la investigación con todas las exigencias dictadas por la norma, posteriormente sufran alteraciones o modificaciones no justificables, como es el caso de la violación de la cadena de custodia que afecte la mismidad del elemento material probatorio.

Ahora bien, una vez el órgano persecutor de la infracción penal, después de haber agotado la etapa de indagación e investigación, y con ella haber recolectado los medios probatorios suficientes y pertinentes e infiriendo una probabilidad de verdad sobre la existencia del hecho punible y los autores y partícipes del mismo, procede a formular primero la imputación ante el juez de control de garantías y luego la acusación ante un juez de conocimiento, y con esta, el descubrimiento y traslado a las partes de todos los medios de conocimiento y demás actos o diligencias de investigación que hubiese realizado, con los cuales intentará demostrar su teoría del caso, la cual será probar ante el operador judicial, que los acusados son los responsables penalmente de delito investigado e indilgado.

Se tiene que las partes deberán bajo los principios de legalidad y lealtad procesal, descubrir y trasladar de manera oportuna y lo más completo posible, su material probatorio, de no hacerlo, no podrán hacer uso de este en la audiencia de juicio oral. De lo anterior, es necesario acotar, que aunque la norma procesal promulga que la Fiscalía debe investigar el delito con el fin de establecer los responsables de su comisión, ésta, también tiene el deber de lealtad procesal enunciando lo favorable al procesado, siempre y cuando tenga conocimiento de ello. Es decir, que si la fiscalía en el transcurso de la investigación tiene conocimiento de la existencia de un medio probatorio que favorezca al investigado, esta deberá enunciarlo junto con los demás medios de prueba que haya recolectado y obtenido en la etapa de indagación e investigación (Ley 906 de 2004 arts. 15, 125, 142, 337). En ese orden, retomando el tema de las versiones previas, si las exposiciones recibidas a testigos de manera previa al juicio, no fueron descubiertas, ni trasladadas en el momento oportuno del proceso, estas, no podrán ser usadas de ninguna manera en el juicio.

Posteriormente al descubrimiento y traslado probatorio, en la audiencia preparatoria, los sujetos procesales procederán ante el juez, a realizar la enunciación y solicitud de los medios probatorios que harán valer en el juicio oral y con los cuales probaran y demostraran su teoría del caso. Para la fiscalía, el fin será probar y demostrar la responsabilidad penal de los acusados, y para el acusado su inocencia.

Esa determinación de sí el elemento probatorio es apto para ser admitido, se realizará mediante un examen riguroso de legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad.

Sobre la pertinencia la Sala de Casación de Penal ha considerado lo siguiente:

Múltiples son las decisiones de esta Corte en las que se afirma que la pertinencia tiene que ver con los hechos. Así lo establece el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 en cuanto señala que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba, deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.

Así, los debates en materia de pertinencia deben reducirse al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular. (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015)

En cuanto a la conducencia de los medios de prueba, la cual consiste en que el medio probatorio sea legal, idóneo, eficaz y que conlleve a probar algo relevante relacionado con los hechos que se investigan. Sobre esto ha dicho La Corte Suprema:

Por su parte, la conducencia se refiere a una cuestión de derecho. Sus principales expresiones son: (i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse. (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015).

En cuanto al requisito de utilidad del medio de prueba, además de ser legal, relacionante, debe tener la finalidad de probar algo relevante de los hechos. Así mismo, debe aportar convicción al juez en el momento de su valoración. La Sala de Casación Penal al respecto ha considerado:

Finalmente, “la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente” (CSJ AP, 17 Mar 2009, Rad. 22053). Este aspecto en buena medida fue regulado en el artículo 376 en cita, en cuanto consagra la regla general de admisibilidad de las pruebas pertinentes, salvo, entre otras, las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento. (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015)

Hasta este momento procesal, la entrevista y las versiones previas, al igual que cualquier otro acto de investigación, para poder ser parte del proceso, tiene que haber cumplido, en primer lugar, con todas las exigencias que devenga la norma en cuanto al principio de legalidad. Es decir, haberse realizado dentro del proceso penal, ya sea por iniciativa propia en los actos urgentes o por orden del fiscal; haberse registrado su realización por medio escrito, magnetofónico, en video o por cualquier medio idóneo; haberse identificado al entrevistado con sus datos personales y de ubicación; no haber sido realizada bajo amenaza o constreñimiento al testigo. Haber sido relacionada en el escrito de acusación para el caso de la fiscalía, descubierta y trasladada en el momento procesal oportuno como lo indica la norma por las partes.

Posteriormente, podrá ser admitida como elemento probatorio en las circunstancias que se exponen a continuación, teniendo siempre en cuenta que estas versiones así consten en medio escrito, video u otro medio no constituye medio probatorio de carácter documental, pues lo que interesa en el juicio siempre es el testimonio de las partes, por lo que la Corte entiende que es una prueba de carácter testimonial, solo que recogida en un documento, video, grabación o similar, que en el juicio será refrendada oralmente.

3.1.1 Clasificación de las declaraciones anteriores al juicio oral según la fuente de la que ha sido obtenida

Tradicionalmente se cree que cuando se habla de declaraciones previas al juicio oral se está hablando únicamente de la entrevista a los testigos realizada por la policía judicial, pero la Corte Suprema se ha encargado de precisarlas y ampliarlas a otros casos, estos son:

- La entrevista ante policía judicial
- La denuncia
- Exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio
- Manifestaciones ante terceros
- Interrogatorio ante el juez de garantías
- Testimonios anteriores en el mismo juicio

3.1.2 Clasificación de las declaraciones anteriores al juicio oral según el uso que se les pretenda dar

Luego de casi doce años de emitir jurisprudencia sobre el sistema penal acusatorio, la Corte Suprema ha estandarizado los varios usos que se le pueden dar a estas declaraciones previas, dividiéndolas inicialmente en dos grupos: (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

- Cuando se pretenda utilizar para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos

Dentro de este grupo se puede utilizar específicamente para:

- Refreshar memoria
- Impugnar la credibilidad del testigo
- Cuando se pretenda incorporar como medio de prueba

Los cuales pueden ser:

- Como prueba anticipada
- Como prueba de referencia

- Cuando las declaraciones anteriores son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

3.1.2.1 Cuando se pretenda utilizar para facilitar el interrogatorio cruzado de testigos

3.1.2.1.1 Para refrescar memoria

Ante las falencias que puedan darse en la memoria de un testigo al momento de rendir su declaración en el juicio la ley 906 de 2004 en sus artículos 392, 399 y 417 brinda las herramientas para solucionar el tema; referente al testigo, al policía judicial, y al perito, quienes podrán consultar los documentos, notas, o publicaciones, según el caso, que le ayuden a refrescar su memoria cuando tiene dificultades para recordar ciertos detalles, así:

Art. 392. “El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos”,

Art. 399. “Testimonio de policía judicial. El servidor público de policía judicial podrá ser citado al juicio oral y público a rendir testimonio con relación al caso. El juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar”

Art. 417. Inciso final, “El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta”.

En todo caso la utilización se entiende para el testimonio o mejor para el interrogatorio directo, debe ser utilizado por la parte que trajo el testigo al juicio, no por la contraparte, pues es para refrescar la memoria, no para impugnar la credibilidad; además los documentos deben ser aquellos que tengan la característica de versión previa, no cualquier documento, o en el caso del policía judicial y del perito los relacionados con su informe.

Cuando la parte necesite refrescarle la memoria al testigo con la entrevista, le solicitará al juez la autorización para que éste permita su uso para tal fin. Luego de ser autorizado, la parte que interroga antes de poner de presente la exposición al testigo, hará traslado de la misma a la contraparte, para que ésta se cerciore que dicho documento fue descubierto y trasladado con antelación en el momento procesal oportuno. En caso de ser requerido, la parte que interroga le permitirá observar el documento al Juez y al ministerio público. Verificada la entrevista por la contraparte, ésta la devolverá a la parte interrogadora, quien la pondrá de presente al testigo para que refresque la memoria sobre aquello que no recuerda en el momento, pero que sí manifestó con anterioridad en la entrevista rendida. Claro está, que no se procederá con el recordatorio al testigo hasta tanto no le haga algunas precisiones sobre el documento, tales como: si recuerda haber aportado dicha entrevista con anterioridad, cuando la aportó, si reconoce los datos personales consignados en el documento y si reconoce la firma y en el documento en sí. Una vez refrescada la memoria al testigo, éste devolverá la entrevista al interrogador y se seguirá con el contrainterrogatorio.

3.1.2.1.2.1 Reglas de incorporación.

La corte ha establecido las siguientes reglas para su regulación, unas inspiradas en la ley y otras en cumplimiento de su labor nomofiláctica:

- La declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, no es incorporada como prueba, ni físicamente ni a través de su lectura,
- La lectura que realiza el testigo debe ser en forma mental, no a viva voz,
- La defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo,
- El juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo,
- Debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402),
- A través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392),
- Antes de la lectura por parte del testigo el documento debe ser presentado a la contraparte para su examen,
- No se requiera solicitud de introducción del documento en la audiencia preparatoria, la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, además es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.

3.1.2.1.2.2 Apreciación probatoria

El juez no puede valorar en este caso la versión previa, pues además de ser su lectura mental por parte del testigo, este documento no constituye prueba y no permite que se ejecute el principio de confrontación que se conforma por: i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (Auto CSJ, Radicado 46153, 2015; Sentencia CSJ, Radicado 44056, 2015; Sentencia CSJ Rad. 41667, 2016; Sentencia CSJ Radicado 43916, 2016). Por lo tanto únicamente se utiliza como una herramienta de ayuda al testimonio del testigo, sin valos probatorio.

3.1.2.1.3 Impugnar la credibilidad del testigo

El código de procedimiento penal de 2004 establece la posibilidad de utilizar las versiones anteriores para impugnar la credibilidad del testigo o restársela, ello por parte de la contra parte cuando detecta que este se contradice con lo expuesto con anterioridad al juicio y por ende el testimonio puede ser poco creíble, la ley 906 lo determina en los artículos 393, 403, 347.

Art. 393. Literal b) *“Para contrainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.”*

Art. 403. *“La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:*

4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.”

Art. 347. “Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el conainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes”

En este evento, al igual que lo dicho en el caso anterior, la entrevista tuvo que haber sido descubierta y trasladada oportunamente, ser autorizado su uso por el juez, haber sido trasladada en la audiencia a la contraparte, confirmar con el testigo sí reconoce la entrevista. Una vez finalizado el anterior protocolo, se procede a leer el aparte de la entrevista que se quiere denotar como contradictorio y con el cual se quiere impugnar la credibilidad al testigo. (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015)

La utilización de las versiones anteriores para impugnar la credibilidad, contrario a lo que sucede para refrescar memoria si potencian el derecho de contradicción, por ello la corte ha establecido reglas para su utilización.

3.1.2.1.3.1 Reglas de incorporación:

- *Se debe a través del contrainterrogatorio, mostrar la existencia de la contradicción u omisión,*
- *Se debe dar la oportunidad al testigo de que acepte la existencia de la contradicción u omisión (si el testigo lo acepta, se habrá demostrado el punto de impugnación, por lo que no será necesario incorporar el punto concreto de la declaración anterior),*
- *Si el testigo no acepta el aspecto concreto de impugnación, la parte podrá pedirle que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración, previa identificación de la misma, sin perjuicio de que esa lectura la pueda realizar el fiscal o el defensor, según el caso,*
- *La incorporación del apartado de la declaración sobre el que recayó la impugnación se hace mediante la lectura, mas no con la incorporación del documento (cuando se trate de declaraciones documentadas), para evitar que ingresen al juicio oral declaraciones anteriores, por fuera de la reglamentación prevista para cada uno de los usos posibles de las mismas, es decir solo se lee la parte que enmarca la contradicción, no todo el documento,*
- *No es necesario su solicitud durante la audiencia preparatoria. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)*

- *La información obtenida en el marco de la negociación (fallida) no puede ser utilizada en ningún tipo de proceso contra el acusado según lo establece el artículo 369 de la ley 906 de 2004 (Auto CSJ Radicado 43526, 2016)*

3.1.2.1.3.2 Apreciación probatoria

Al igual que en el caso en que se utilizan las versiones anteriores para refrescar memoria, en el caso de la impugnación, esta no tiene carácter de prueba y no debe ser tomada en cuenta por el juez para emitir el fallo en uno u otro sentido, solo sirve para cuestionar la credibilidad del testigo, no el contenido de sus aseveraciones. Si bien en jurisprudencia anterior la corte admitía que los apartes contradictorios que fueran leídos entraran como parte del testimonio, a la fecha la posición cambió y solo se le debe dar el carácter de verificador de credibilidad del testigo. Sobre que partes de esta versión deben ingresar como prueba, la corte a partir de esta jurisprudencia estableció una categoría diferente, que veremos más adelante.

(...) el sistema procesal penal regulado en la Ley 906 de 2004 se estructura sobre la idea de que sólo pueden ser valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral, con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad (art. 16).

Los usos de declaraciones anteriores, orientados a refrescar la memoria del testigo o a impugnar su credibilidad, no constituyen excepciones a esta regla, por las razones indicadas en el acápite anterior: son herramientas para facilitar el interrogatorio y/o la impugnación de la credibilidad del testigo o de su relato. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

3.1.2.2 Cuando se pretenda incorporar como medio de prueba

Como se reconoce en la ley 906 de 2004, que además es una de las bases del sistema penal acusatorio en sí, la prueba es solo la que se practica en presencia del juez:

Art. 16. 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.

Pero el mismo artículo trae más delante una primera excepción:

Art. 16...Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

Es así que la Sala de Casación Penal a través de providencia de 2015 estipulo cuales los casos en que se pueden utilizar las versiones anteriores como medios de prueba, y no simplemente como medios auxiliares para el interrogatorio y contrainterrogatorio (auto CSJ Radicado 46153, 2015).

Más recientemente aclaro aún mejor el alcance de este uso, y de allí se puede extraer su alcance y reglas de empleo.

Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medios de prueba (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

3.1.2.2.2 Como prueba anticipada

La Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de adelantar pruebas anticipadas en el transcurso de la investigación y en circunstancias muy particulares, aunque el tema no ha sido tratado con mucha habitualidad, si se puede decir que la misma ha sentado pautas para su práctica, en los casos en que *“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”,* el cual junto con el 274 dicen:

Artículo 274. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.

Artículo 284. Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente.

La Corte ha establecido la posibilidad de utilizar la prueba anticipada para el caso de los Menores que son víctimas o testigos, evitando entre otras la revictimización de los menores y siempre y cuando se cumplan los requisitos de la prueba anticipada, en procura también de que el menor solo tenga que declarar una vez (CSJ SP, 28 Oct. 2015, Rad. 44056).

Además señala varias ventajas de practicar esta prueba de esta manera y no como prueba de referencia:

(i) si se le da a la defensa la posibilidad de ejercer la confrontación, con los límites necesarios para proteger la integridad del niño, la declaración no tendrá el carácter de prueba de referencia y, en consecuencia, no estará sometida a la limitación de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; (ii) la intervención del juez dota de solemnidad el acto y, además, permite resolver las controversias que se susciten sobre la forma del interrogatorio; (iii) la existencia de un registro judicial adecuado le permitirá al juez conocer de manera fidedigna las respuestas del testigo menor de edad, así como la forma de las preguntas y, en general, todos los aspectos que pueden resultar relevantes para valorar el medio de conocimiento, y (iv) permite cumplir la obligación de garantizar en la mayor proporción posible la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP, respectivamente, reglamentada en el ordenamiento interno en las normas rectoras 8, 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y en los artículos que regulan aspectos puntuales de la prueba testimonial.

3.1.2.2.1 Reglas de incorporación:

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, abordó recientemente el tema de la práctica de prueba anticipada mediante providencia de casación, en la cual hizo énfasis que esta puede proceder cuando el medio de conocimiento se encuentre en riesgo, tal y como lo dispuso la reforma a la ley 906 de 2004 mediante el artículo 37 de la ley 1474 del 2011, (Sentencia CSJ Radicado 43866, 2016) así:

- *La actuación debe adelantarse ante el juez de control de garantías;*
- *Puede ser solicitada por el fiscal, la defensa, el Ministerio Público o la víctima;*
- *Deben mediar “motivos fundados y de extrema necesidad”, y la finalidad es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio;*
- *Debe practicarse en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.*

Podrían agregarse las de los párrafos del artículo 284, así:

- *Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.*
- *Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.*

- *En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.*
- *En las investigaciones que versen sobre delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce,*
- *Procederá la práctica de dicha prueba anticipada cuando contra el testigo curse un trámite de extradición en el cual se hubiere rendido concepto favorable por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.*
- *La prueba deberá practicarse antes de que quede en firme la decisión del Presidente de la República de conceder la extradición.*

3.1.2.2.2.2 Apreciación probatoria

En este caso si la presentación de la prueba anticipada ha cumplido con todos los requisitos y ha sido presentada en la audiencia de juicio oral, puede ser analizada por el juez de conocimiento como prueba, aplicando en todo caso los criterios generales de apreciación de las pruebas que se desarrollan por el rito normal, entre ellos la sana crítica, a partir de lo cual está puede ser base para un fallo definitivo en uno u otro sentido, condenar o absolver. Esto por cuanto estamos ante un

medio probatorio que se repite fue practicado ante un juez, aunque este no sea el de conocimiento, y se debió posibilitar en todo momento el derecho de confrontación.

3.1.2.2.3 Como prueba de referencia

Según lo estipula la norma procesal en su artículo 437, la prueba de referencia será toda aquella manifestación o declaración que se realice de manera previa y por fuera del juicio oral, así:

Art. 437. 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.

Tal como lo consagra el artículo 438 de la ley procesal penal, si cada una de estas circunstancias enunciadas en el artículo anterior, se presentan antes de la audiencia preparatoria, las partes podrán desde ya, enunciar y solicitar como pruebas de referencia las declaraciones o manifestaciones previas, para que sean practicadas como tal en juicio. Esto, siempre y cuando superen ante el juez de conocimiento el examen de pertinencia, conducencia y utilidad de los medios de prueba. Sin embargo, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de justicia, por políticas de criminología en el país, han otorgado la calidad de elemento probatorio a la entrevista y declaraciones juradas en algunos eventos espaciales, que por su condición y la connotación del delito que se investiga, exime al testigo de manera excepcional de su rendición de testimonio en

la audiencia de juicio oral. En estos eventos, la exposición previa adquiere su calidad de elemento probatorio desde su realización, como es el caso de los literales (b) y (e):

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

e) Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013: Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

Lo anterior no permite afirmar que la prueba de referencia puede tener dos estadios diferentes que examinaremos a continuación.

3.1.2.2.3.1 La Entrevista como prueba de referencia desde su realización.

Sobre el literal (b) la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el juez puede decidir potestativamente sobre la admisión de prueba de referencia en los casos previstos en este literal.

De lo anterior ha dicho la Corte:

Con base en el referido literal b) de esa preceptiva, cuando el testigo es víctima de situaciones o eventos similares a los delitos de secuestro o desaparición forzada, la Sala tiene dicho que con tal disposición 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.

En providencia del 6 de marzo de 2008, radicado 27477, precisó:

“La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate 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” (Sentencia CSJ Radicado 36518, 2013)

Es decir, cuando el testigo que aportó dichas declaraciones previas, no puede asistir al juicio para la práctica de su testimonio. Aquí es necesario aclarar, que para este caso, la versión previa solo será tomada en cuenta como medio de prueba referenciador, y no como elemento autónomo tal como se explicó en el acápite anterior. En tal razón, la prueba de referencia siempre necesitará de estar acompañada de otros medios de conocimiento para que el juez la pueda valorar y obtener de ella un grado de convicción. Lo anterior, como quiera que la norma procesal prohíbe que el operador falle únicamente con prueba de referencia, *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”* (Ley 906 de 2004, art. 379, 381)

En cuanto al literal (e) del artículo 438, que fue incorporado específicamente para el caso de los menores de edad, la Corte Constitucional en la sentencia C-177 del 26 de marzo del 2014, sobre control de constitucionalidad que le realizó a la ley 1652 del 2013, indicó que en aras de preservar los derechos del menor víctima de un delito de abuso sexual, y con el ánimo de no ser

sometido a más perjurios frente a su victimario y a no obligarlo a recordar el trauma físico y psicológico que vivenció, el operador judicial puede valorar las declaraciones que el menor haya aportado previamente al experto investigador con anuencia del defensor de familia antes del juicio oral. Esto con el fin de no exponerlo a tales circunstancias violatorias y traumáticas de sus derechos, como es el de ser interrogarlo por parte de la defensa del victimario o como ya se dijo, a recordar dichos episodios perturbadores para su desarrollo y personalidad. Es decir, que el menor no debe ser revictimizado dentro de la actuación procesal. (Sentencia C-177, 2014)

Del mismo modo, la Corte Suprema establece un precedente jurisprudencial excepcional con el tema de las entrevistas previas con los menores de edad víctimas de delitos sexuales, pronunciamiento que surge por la modificación realizada a la ley 906 del 2004 en el año 2013 mediante la ley 1652 del 12 de julio. Sin bien, la Corte mantiene el mismo criterio general sobre el valor probatorio de las exposiciones previas de testigos ante del juicio oral, si establece una excepción cuando se den estas circunstancias especiales. Como ya se dijo, la ley 1652 del 2013, se promulgó para regular y condicionar la entrevista y testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Mediante esta ley se adicionó el artículo 206A y el párrafo único al artículo 275 en la norma procesal penal. Estas dos adiciones establecieron el carácter de elemento material probatorio a la entrevista o declaración previa al juicio recepcionada al menor víctima de delitos sobre maltrato y abuso sexual. Así mismo, determinó que dicha exposición realizada al menor, solo se podrá recepcionar por segunda vez de manera excepcional. Además, la entrevista solo la podrá realizarse por el funcionario experto que determine la Fiscalía General de la Nación, esto, con la anuencia del defensor de familia y en presencia de su representante legal o un familiar mayor de edad. Pero en ningún momento, la

norma adicionada facultó la presencia, ni la participación, ni la contradicción de la parte acusada en este acto de investigación. Si bien la Corte reconoce que las entrevistas, declaraciones juradas e informes, no tienen autonomía probatoria por sí mismos, estos sí pueden ser valorados por el Juez para orientar su criterio, siempre y cuando se hayan incorporado respetando los preceptos antes enunciados, como son la contradicción, inmediación, publicidad y que se hayan incorporados por intermedio del testigo de acreditación en el juicio. Sin embargo, en referencia a las entrevistas a menores referidas en el artículo 206A de la norma procesal, la Sala ha considerado lo siguiente:

Lo que la preceptiva en cuestión hizo al adicionar el artículo 275 [i.e 206A] de la Ley 906 de 2004, entre otros aspectos, fue dotar a la entrevista forense que se realiza a niños, niñas y adolescentes objeto de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, del carácter de “elemento material probatorio” y, con ello, consagró normativamente la posibilidad de que pueda ser incorporada o aducida al juicio oral a través del profesional de la psicología que entrevista y valora a la víctima, quien según el literal f) del nuevo artículo 206A de la citada codificación, “podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado”.

Ahora, como esa manifestación anterior no es traída al juicio oral por su autor, sino por un tercero, se trata de prueba de referencia en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y, por tanto, su admisibilidad queda supeditada a que se acredite alguna de las hipótesis previstas en el artículo 438 ibídem, norma que valga destacar fue adicionada por la Ley 1652 de 2013 con un literal e) que precisamente contempla la anotada situación, pues señala que la prueba de referencia será admisible cuando el declarante “Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código

Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188A, 188C, 188D, del mismo código”
(Sentencia CSJ Proceso 44066, 2014).

Así mismo, en providencia del 2016 la Corte retoma la entrevista en cuanto a lo promulgado por la ley 1652 del 2013 y establece:

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los casos tramitados antes de la Ley 1652 de 2013 deben ser analizados a la luz de la legislación vigente para ese momento y su desarrollo jurisprudencial.

En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria (Sentencia CSJ Proceso 43866, 2016).

Es importante aclarar que este caso es diferente al del testimonio del menor como prueba anticipada, pues él fue recopilado ante el juez de garantías y con preservación del derecho de confrontación.

3.1.2.2.4 La Entrevista como prueba de referencia desde el juicio.

Esta circunstancia se presenta, cuando sin avizorarse de la no asistencia del testigo al juicio por los motivos señalados en el artículo 438 a excepción de los literales (b) y (e), la parte requiere que se tenga en cuenta dichas declaraciones aportadas por el testigo de manera previa y por fuera de juicio. A lo cual, la parte procederá a solicitar ante el juez, que estudie la posibilidad de admitir, en este caso la entrevista, como prueba de referencia, ya que se estaría frente alguno de los requisitos establecidos en la norma del 438 para tal fin. Sin embargo, es importante recordar que la parte solicitante deberá soportar de manera fehaciente, que el testigo se encuentra dentro de las causales establecidas por la norma.

Esta circunstancia también se puede presentar cuando habiéndose solicitado la comparecencia de un testigo para su práctica en el juicio, este no asiste porque no se le pudo ubicar. En este caso, si al testigo se le recepcionó entrevista y su versión es relevante y útil para la teoría del caso de la parte solicitante, el juez estudiará la posibilidad de la admisión de dicha entrevista como prueba de referencia. Pero hay que tener en cuenta, que dicha solicitud estará supeditada a las oposiciones que se generen por parte de los demás sujetos procesales en la audiencia, las cuales tendrán que ser consideradas por el operador judicial. Sobre lo anterior ha dicho la Sala de Casación Penal:

Igualmente, cuando se decide admitir una declaración anterior como prueba de referencia, el documento puede ser un medio idóneo para llevar al juicio la declaración que constituye medio de prueba. Por ejemplo, si una persona rindió una entrevista y luego no puede ser ubicada para que declare en juicio, es posible que se admita dicha declaración como medio de prueba, y el documento que la contiene constituye un instrumento idóneo para demostrar su existencia y contenido, sin perjuicio de que el policía judicial que la recibió también pueda referirse a este aspecto, porque, según se indicó, la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio se rige por el principio de libertad probatoria. (Sentencia CJS Radicado 46153, 2015)

En todos los casos, en que el juez autorice la práctica de una prueba de referencia, la parte deberá introducir la exposición previa con el funcionario investigador que la recepcionó, claro está, si éste al igual que la exposición fueron descubiertos, enunciados y solicitados por la parte y si fueron autorizados por el juez previamente. Ahora bien, con el ánimo de establecer el grado de importancia que devenga el contenido de la declaración previa que aportó el testigo y la necesidad de que éste sea incorporado en el juicio para su posterior valoración por el operador judicial, la parte interesada acreditará la conducencia, pertinencia y utilidad de los apartes de interés, que ésta requiere, sean incorporados para su valoración probatoria. En tal caso, el testigo de acreditación solo versionará de lo que conste en la entrevista aportada por el testigo ausente, ya que su apreciación personal no tendrá validez en su testimonio para el juicio.

Esto ha dicho la Sala de Casación:

Empero, para aducir un documento al debate público no basta con solicitarlo en la respectiva oportunidad y ofrecer el testigo con el cual va a ser incorporado, sino que es necesario, además, que éste declare sobre dónde y cómo lo obtuvo, quién lo suscribió, si es original o copia, así como sobre los datos generales referentes a su contenido, debiendo absolver todas las inquietudes que sobre la materia le puedan surgir al oponente de la prueba, a fin de acreditar aspectos que permitan determinar su autenticidad y pertinencia, como se infiere del artículo 431 del ordenamiento en cita. (Sentencia CSJ Radicado 43007, 2016)

También ha dicho:

El testigo de acreditación será la persona que concurre al juicio público en la condición de declarante, con la finalidad de presentar, ingresar, autenticar o “acreditar” un elemento material probatorio, un objeto o documento. El testigo de acreditación no es fuente directa de conocimiento de los hechos. (Sentencia CSJ Radicado 48125, 2016)

También puede suceder que se pida el testimonio directo de una persona, pero está haya fallecido antes de la audiencia preparatoria, sin que la parte solicitante se enterara de ello y no haya solicitado la inclusión de la entrevista como prueba de referencia; para la Corte si este medio cumple con los requisitos de viabilidad, y a la vez se no existe prueba de mala fe de la parte en no haberse enterado del suceso, podrá el juez decretarla como prueba de referencia en desarrollo del juicio:

Evidentemente, no existe en la actuación elemento alguno que permita concluir que la defensa conocía tal suceso de manera previa, por lo que le asiste razón a la representante del Ministerio Público cuando adujo que ha de entenderse que la apoderada del implicado actuó de buena fe cuando solicitó el testimonio de una persona que había fallecido.

Por mandato del artículo 12 del Estatuto Adjetivo, las partes están en el deber de actuar con lealtad y de buena de fe, de manera que es en esa forma en que debe valorarse su conducta procesal, a menos que exista prueba en contrario, pues según los principios generales del derecho, la buena fe se presume en tanto que lo contrario debe demostrarse.

Implica lo anterior que no existiendo evidencia alguna que acredite que la defensa conocía el fallecimiento de F de JRJ el día en que se solicitó su testimonio para ser evacuado en el juicio oral, prevalece la presunción mencionada.

Además, como se ha indicado, la entrevista recibida al fallecido, reúne las exigencias normativas y jurisprudenciales para ser tenida como prueba de referencia. (Auto CSJ Radicado 47921, 2016)

Finalmente, es necesario aclarar que no se puede traer una versión como prueba de referencia cuando el testigo está presente en el juicio y disponible para contestar las preguntas, solo porque la parte que lo ha solicitado entiende que este variara el sentido de su testimonio. Para ello la Corte ha establecido el mecanismo idóneo para afrontar tal situación, como lo veremos en el siguiente tema.

Si el testigo está disponible, es obvio que no concurre ninguna de las circunstancias excepcionales de admisión de prueba de referencia consagradas en el artículo 438 en cita.

Por tanto, admitir, bajo esas condiciones, una declaración anterior al juicio oral como medio de prueba, no sólo trasgrede el artículo 438 de la Ley 906, sino, además, el artículo 16 ídem.

(...)

Esa clase de actuaciones, entendibles únicamente a la luz del ya superado principio de permanencia de la prueba, socava el sistema procesal penal implementado con el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, e impide el desarrollo de garantías judiciales tan importantes como el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, así como en las normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal, según lo indicado a lo largo de este proveído.

Por su trascendencia, estos yerros no se subsanan por la actitud pasiva de la defensa, ni por la fallas del juez en su rol de director del proceso.

(...)

Si la testigo (...) estaba disponible para declarar, no existían razones que justificaran la decisión que tomó la Fiscalía, y que avaló el juez, de reemplazar el testimonio de esta ciudadana en el juicio oral por una declaración rendida con antelación, frente a la cual la defensa no tuvo ninguna oportunidad de controlar el interrogatorio (altamente sugestivo por demás), ni de hacer uso del derecho a conainterrogar a la declarante. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

En conclusión, podemos referenciar como reglas de incorporación de la prueba de referencia las establecidas en los artículos 437 a 441 de la ley 906, teniendo siempre en cuenta el análisis realizado atrás:

3.1.2.2.4.1 Reglas de incorporación.

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 afirmación,*
- *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar,*
- *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar,*
- *Ha fallecido,*
- *Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código,*
- *También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos,*
- *Cuando una declaración contenga apartes que constituya prueba de referencia admisible y no admisible, deberán suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad,*

- *Podrá cuestionarse la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, en los mismos términos que la prueba testimonial,*

Y los establecidos por la Sala Penal de la Corte:

- *Deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido,*

- *En la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma,*

- *Se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438);*

- *En el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte,*

- *Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.*

3.1.2.2.4.2 *Apreciación probatoria*

El juez a la hora de fallar el proceso puede tener en cuenta la prueba de referencia para llegar al convencimiento sobre la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda, siempre y cuando se cuente con prueba adicional, esto en cumplimiento del artículo 381 del código procesal

que prohíbe la sentencia condenatoria basada únicamente en prueba de referencia y en aplicación del principio de la libertad probatoria.

La Corte quiere reiterar que el citado artículo 381 de la Ley 906 de 2004, consagra una tarifa legal negativa al reglar la improcedencia de dictar fallo de naturaleza condenatoria, basado únicamente en prueba de referencia.

Empero, en la labor de apreciación probatoria el juzgador puede arribar al grado de conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad del acusado, utilizando la mencionada prueba de referencia, bajo el supuesto que al juicio oral, público y concentrado se allegaron otros elementos de conocimiento que confirman su contenido, en relación con los mencionados aspectos.

Es decir, que cuando se trata de la prueba de referencia, la actividad probatoria compete estar centrada, en orden a realizar una corroboración periférica, en torno al contenido de aquella y que comprometa la responsabilidad del acusado.

En la labor verificadora y con sustento en el principio de libertad probatoria que regla el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, según el cual, los hechos y circunstancias de interés “para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos”, entre ellos, los indicios, el operador puede basar el juicio de responsabilidad del acusado, siempre y cuando se arribe al grado de conocimiento más allá de toda duda.

En síntesis, la sistemática procesal contenida en la Ley 906 de 2004, establece que el fallo de condena no se puede soportar en prueba de referencia, a menos que los hechos

incriminantes para el acusado se puedan corroborar con otros elementos de juicio allegados al debate público y hubiesen sido susceptibles de confrontación.»

3.1.2.2.5 Cuando las declaraciones anteriores son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

La corte Suprema ha establecido otra modalidad en la que las versiones anteriores pueden ser consideradas medio de prueba, esto para el caso en que el testigo varié su versión anterior en un sentido diverso o niegue haber realizado dichas afirmaciones. El cambio de sentido en dichas versiones puede afectar seriamente la teoría del caso de la parte solicitante, siendo para el caso diferente a la llamada prueba de referencia o al caso de la impugnación de credibilidad, pues para el primer caso aquí si se tiene al testigo presente, por lo que no es de referencia y para el segundo no es la contraparte la que solicita su inclusión, sino la parte que lo solicitó al denotar que el sentido de la versión cambio de manera sustancial, por ende se debe analizar la versión anterior de forma completa, claro está esto no quiere decir que la primera o la rendida en el juicio sean las que contengan la verdad porque si, para llegar a esa conclusión siempre deberá el juez aplicar siempre los criterios de apreciación de la prueba. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

Para la corte el artículo 347 de la ley 906 que señala en su tercer inciso:

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el conainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes

Debe ser sopesado frente al derecho de confrontación, que no existe en caso de ser utilizado para impugnar la credibilidad del testigo, pero si existe en el caso analizado.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que

tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio. (Sentencia CSJ Radicado 44950, 2017)

Es decir, la corte implementa este procedimiento como una herramienta para las partes cuando como en el caso colombiano los testigos cambian totalmente el sentido de su versión retractándose o niegan haber rendido dicho testimonio en el sentido que afirma la parte interesada, de esta manera se logra la posibilidad de que estas partes preserven sus armas ante eventuales presiones o injerencias de terceros sobre los testigos.

Si bien el artículo 347 imposibilita la posibilidad de tomar una declaración anterior como prueba, por no haber sido sometida al interrogatorio de las partes, se puede decir que si se supera esta parte, la falta de confrontación, se puede tener esta como medio de prueba, y esto es exactamente lo que se exige de esta modalidad de uso de las declaraciones previas.

3.1.2.2.5.1 Reglas de incorporación:

Para la incorporación y valoración de las versiones previas como medio de prueba cuando estas son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio se pueden identificar las siguientes reglas:

- Se supedita a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión,
- El testigo debe estar presente y disponible en el juicio oral,
- La presencia del testigo, pero su no disposición a responder las preguntas lo hacen no disponible, por lo que no se aplica al caso,
- La versión anterior debe incorporarse con su lectura,
- La solicitud de incorporación de la versión anterior debe ser solicitada por la parte interesada (que ha solicitado su testimonio, de lo contrario sería elemento de impugnación de credibilidad),
- Aunque la Corte no lo menciona específicamente, se entiende que dichas versiones anteriores han debido ser descubiertas y trasladadas en la oportunidad procesal pertinente, mas no solicitada su incorporación, pues al igual que para la impugnación la necesidad de su uso se da por la incongruencia de las exposiciones del testigo en pleno juicio oral.

3.1.2.2.5.2 Apreciación probatoria

Para la Corte el juez al momento de realizar su labor de valoración debe tener en cuenta primero el cumplimiento de los anteriores requisitos y segundo sopesar algunos elementos que la misma corte define en la providencia nombrada atrás, pues el hecho de que un testigo haya

entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que:

- No puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal,
- El juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad,
- Ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas,
- Ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos,
- La parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo,
- La prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos.

3.1.2.3 *Diferencias entre usos de las versiones anteriores al juicio oral en el proceso penal.*

Ante la variedad de usos que se pueden dar a las versiones previas recibidas antes del juicio oral, es importante resumir algunas diferencias entre algunos casos y figuras jurídicas, que ya se han mencionado en este documento, pues bien, es cierto que en muchas ocasiones no es fácil a primera vista para los diferentes operadores judiciales recordarlas y por ende, se puede dar un mal manejo a las mismas.

3.1.2.3.1 *Prueba de referencia: diferencia con el testigo de oídas*

La ley 600 de 2000, anterior estatuto de procedimiento penal, tenía y así lo entendía la Corte a estas figuras como asimilables: “*el testimonio de oídas, indirecto, de referencia o ex auditu, per se, no puede ser desechado en el estudio conjunto de la prueba.*” (Sentencia CSJ Radicado 15286, 2001), más adelante “*el testimonio indirecto, de oídas o de referencia, conforme al esquema procesal que rigió la presente actuación, puede ser perfectamente valorado por el juzgador*” (Sentencia CSJ Radicado 23960, 2006), posteriormente “*El llamado testimonio indirecto, de referencia, de oídas, o ex auditu, atendiendo la sistemática procesal que rigió esta actuación (Ley 600 de 2000), conforme lo ha precisado la jurisprudencia, es susceptible de estimación por el juzgador*” (Sentencia CSJ Radicado 22825, 2009).

Sin embargo, con la ley 906 de 2004 se cambió esta noción y la Corte ha resaltado sus diferencias, pues:

Testigo de oídas, es aquel que narra lo que otra persona le relató, esto es, acredita la existencia del relato que una persona le hizo sobre unos hechos (Auto CSJ Radicado 45126, 2015), Prueba de referencia, *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* (Auto CSJ Radicado 43746, 2014), y tienen como principales diferencias las siguientes:

- En el testimonio de oídas su uso está estipulado primordialmente para la ley 600 de 2000; la prueba de referencia, actualmente, se considera exclusiva para el sistema penal acusatorio,
- En el testimonio de oídas el testigo no tiene conocimiento directo de los hechos; la prueba de referencia versa sobre aspectos que en forma directa o personal el testigo haya tenido la ocasión de observar o percibir,
- Para el testimonio de oídas dada la permanencia de la prueba en ley 600, este no debe ratificarse en la audiencia pública; en la prueba de referencia debe existir un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia en el juicio oral para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración, generalmente un testigo de acreditación,
- El valor probatorio de del testimonio de oídas, como de cualquiera otra, queda sometido a la credibilidad que le otorgue el juzgador de acuerdo al sistema de la sana crítica; a la prueba de referencia se le aplica una tarifa legal negativa, que impide que la condena se fundamente exclusivamente en este tipo de pruebas,

3.1.2.3.2 Prueba de referencia: diferencia con la prueba anticipada

Si bien la prueba anticipada como la de referencia son declaraciones realizadas antes del juicio cuando el testigo no puede asistir a la audiencia y que se pretenden incorporar en el desarrollo de este, también tiene grandes diferencias:

- En la prueba anticipada se sabe de la imposibilidad de que el testigo asista al juicio; en la prueba de referencia la versión anterior se recibe como un acto preparatorio del juicio que puede ser luego incorporado al juicio si se requiere,
- La prueba anticipada se practica ante un juez, el de garantías, con aplicación de las reglas para la práctica de pruebas en el juicio oral; la prueba de referencia puede ser copiada por las partes con el cumplimiento de los requisitos del artículo 437 a 441
- La prueba anticipada puede ser valorada plenamente, la prueba de referencia por mandato legal, artículo 381 de la ley 906, tiene un carácter restringido y no se puede condenar exclusivamente con ella

3.1.2.3.3 Versiones anteriores como medio de impugnación: diferencia con las declaraciones anteriores cuando son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

En este caso pueden surgir muchas dificultades, pues es difícil determinar cuándo un testigo se retracta y cuándo simplemente es incongruente en aspectos puntuales, además el uso de las versiones anteriores cuando son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral es

elemento de reciente determinación por la Corte, por lo que es necesario esperar que está se pronuncia más afondo para despejar totalmente las dudas, sin embargo por ahora podemos enunciar como principales diferencias:

- El uso para impugnar credibilidad es una herramienta de interrogatorio cruzado; el uso cuando las declaraciones anteriores son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral es un medio de prueba,
- En el caso de impugnación de credibilidad se aplica para aspectos puntuales del testimonio detectados por la contraparte; para el caso de incompatibilidades se utiliza cuando la parte que trae al testigo demuestra que este cambió el sentido de su versión, o se retracta de la anterior,
- La finalidad de la impugnación de credibilidad es mermar el valor probatorio del testigo o aclarar puntuales aspectos; en el caso del uso por incompatibilidad el fin último es preservar la teoría del caso de la parte que solicitó el testimonio en cuestión,
- En el caso de impugnación el juez no valora el contenido de la declaración, sino la credibilidad del testigo; en cuanto a las incompatibilidades el juez debe valorar las dos versiones del testigo la rendida en el juicio oral y la traída de la versión anterior, y aceptar una o la otra o incluso desecharlas ambas, siempre aplicando los criterios de la sana crítica.

4. Técnica para alegar en casación errores en la incorporación y valoración de las versiones previas al juicio en el sistema procesal de la ley 906 de 2004.

Si bien cada caso que se presenta en el derecho penal es único, también lo es, que cada caso presenta causas y circunstancias similares a otros ocurridos con anterioridad, situaciones que permite a los aplicadores del derecho compararlos entre sí, con el fin de poderlos valorar conforme a los preceptos existente y decantados sobre estos por las Altas Cortes.

En ese orden, son varios los usos que las partes le pueden dar a las versiones previas durante el juicio, pero este uso depende de la estrategia que las partes hayan diseñado en su teoría del caso dentro del proceso conforme a sus intereses, y es por este uso inadecuado de los elementos practicados en la audiencia, que se presentan la mayoría de los desatinos en la producción de la prueba en el juicio, ya sea por desconocimiento o por errónea interpretación del uso de los mismos, desatinos identificados como los conocidos errores de derecho, de hecho y vicios de garantías y estructura, establecidos en la norma procesal penal en el artículo 181 y desarrollados constantemente por la Corte Suprema de Justicia.

Está errada valoración de la prueba por parte de los operadores de justicia, producida por el inadecuado uso de elementos en el juicio, genera constantemente vulneración de garantías fundamentales al debido proceso de los sujetos procesales que en él intervienen, que instan a que las partes puedan acceder en demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia, con el fin de impugnar aquellas providencias, que estos consideran, fueron decididas en contravía del derecho

material justo, para que sea la Corte quien dirima el desacuerdo propuesto conforme lo estipulado por la norma y el precedente jurisprudencial.

En tal sentido, las versiones rendidas previamente al juicio, tendrán su connotación dentro del proceso, dependiendo de la estrategia jurídica que las partes les quieran dar y de las circunstancias que devengan del desarrollo del proceso. De esto depende el desatino o error que los operadores de justicia realicen sobre las mismas al hacer su valoración, y de igual forma, atendiendo el error de valoración detectado, se podrá proponer el cargo adecuado en demanda de casación.

Partiendo del presupuesto de la presente investigación como un ejercicio de investigación académico en entorno de la casación penal, es de gran importancia culminar trayendo a colación las principales directrices de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a las causales que se deben alegar cuando en esta instancia al momento de presentar una demanda de casación, cuando se considera que se ha violado la ley sustancial por el inadecuado uso de las versiones previas en juicio oral. Para algunos casos la corte ha sido prolífica en sus pronunciamientos, en otros es muy escasa la jurisprudencia pertinente; en todo caso estas serían las causales a seguir desde una perspectiva general:

3.1.2.3.4 Para refrescar memoria e impugnar credibilidad

Como se explicó antes, las versiones previas al juicio como regla general no se constituyen en medio de prueba autónomo, por lo tanto, su uso básicamente será para refrescar la memoria o

para impugnar la credibilidad del testigo, a excepción de lo normado con la prueba de referencia, que, si podrá ser usada como elemento de prueba, pero siempre dependerá para su valoración del acompañamiento de al menos un elemento probatorio autónomo. Sobre este uso no se tiene hasta el momento pronunciamiento jurisprudencial donde la Corte Suprema haya estudiado un caso en particular sobre el tema, por lo que no es posible identificar una técnica clara para demandar en casación. Sin embargo, es importante agregar que cuando se cuestiona la credibilidad del testigo usándose una versión previa, el aparte que se utilice formará parte del testimonio que se practique en la audiencia y solo se tendrá en cuenta lo que diga el testigo y la versión solo servirá como medio impugnatorio, pero nunca como elemento probatorio de contradicción. En ese orden, de llegarse a presentar un manejo inadecuado de la versión previa sería por que esta se introdujo y se valoró como elemento probatorio existiendo el testimonio del testigo, desbordando con ello los límites del uso impugnativo autorizado por la norma, es decir, se usó la versión previa bajo una tarifa legal no autorizada, entrándose en una violación indirecta de la ley por error de derecho por falso juicio de convicción .

3.1.2.3.5 Prueba anticipada

Al constituir medio de prueba idóneo, pero ante la poca jurisprudencia sobre el tema, consideramos que puede ser demandada por violación indirecta de la ley sustancial en casi todas sus modalidades: error de derecho, por falso juicio de legalidad en la modalidad positiva o negativa, según se alegue el incumplimiento de los requisitos de los artículos 274 o 284 del código de procedimiento penal de la ley 906 de 2004; error de hecho en la apreciación de la prueba, en las modalidades de falso juicio de identidad ante la adición, supresión o tergiversación del

contenido de dicha prueba, falso juicio de existencia por la suposición o la omisión de esta cuando no se ha recaudado o caso contrario si existe dentro del proceso, pero el juez la ignora al dictar su fallo; finalmente por falso raciocinio cuando el juez, en desarrollo de su labor de valoración probatoria, omite aplicar los contenidos de la sana crítica, ya sea a raíz del desconocimiento de un principio de la lógica, una ley de la ciencia o una máxima de la experiencia.

También se debe tener claro que se deben fundamentar los principios de la casación, como el de trascendencia, atacar todo el acervo probatorio y en general seguir las diferentes pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia al respecto.

3.1.2.3.6 Prueba de referencia:

La Corte tiene sentado que su ataque en sede de casación procede por la vía del denominado error de derecho por falso juicio de convicción, en razón a su valor menguado expresado en el inciso segundo del artículo 381 del estatuto procesal, por cuanto “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” o por la senda del también error de derecho, pero por falso juicio de legalidad, cuando se estima que no reúne los presupuestos de admisibilidad establecidos en el 438 del mismo ordenamiento, en virtud de su carácter excepcional. En mismo sentido, cuando se valora la versión previa como prueba de referencia estando disponible el testigo. Sin embargo, al darse el caso de que sobre dicha prueba se cometa uno de los errores de hecho que señala el artículo 180, numeral 3º, por su incorrecta apreciación, creemos que se puede demandar también por alguna de estas causales, siguiendo todas las pautas que el alto tribunal ha definido.

3.1.2.3.7 Cuando las declaraciones anteriores son incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral

A pesar de lo reciente de la definición de esta modalidad de medio de prueba, y el caso inexistente jurisprudencial sobre la técnica de ataque en casación, al ser medio de prueba valorable por el juez, consideramos puede ser demandada por violación indirecta de la ley sustancial en casi todas sus modalidades: error de derecho, por falso juicio de legalidad en la modalidad positiva o negativa, según se alegue el incumplimiento de los requisitos de los artículos 274 o 284 del código de procedimiento de 2004; error de hecho en la apreciación de la prueba, en las modalidades de falso juicio de identidad ante la adición, supresión o tergiversación del contenido de dicha prueba, falso juicio de existencia por la suposición o la omisión de esta cuando no se ha recaudado o caso contrario si existe dentro del proceso, pero el juez la ignora al dictar su fallo; finalmente por falso raciocinio cuando el juez, en desarrollo de su labor de valoración probatoria, omite aplicar los contenidos de la sana crítica, ya sea a raíz del desconocimiento de un principio de la lógica, una ley de la ciencia o una máxima de la experiencia.

Tal como quedo enunciado a lo largo de la presente investigación, por regla general establecida por la norma procesal penal y preceptuado por la Corte Suprema Sala de Casación Penal, las versiones o exposiciones anteriores al juicio, no se constituyen como medios de conocimiento autónomos, como quiera que para sistema acusatorio de la ley 906 del 2004, siempre prevalecerá la prueba testimonial que sea practicada en juicio ante el juez de conocimiento bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Sin embargo, la excepción a esta regla serán las versiones previas que cumplan las exigencias de prueba de referencia consagradas en los

artículos 437 y 438 de la norma procesal penal. En ese orden, no podrá concebirse la incorporación, práctica y valoración de una versión previa que no se considere prueba de referencia en la audiencia de juicio oral, como quiera que prevalece como medio de convicción el testimonio del testigo y no sus exposiciones anteriores al juicio. Sin embargo, estas, si pueden ser usadas como medios referenciadores para refrescar memoria o para impugnar la credibilidad del testigo. En tal caso, si el operador judicial valorase una versión previa, sin esta tener la calidad de prueba de referencia y con disponibilidad del testigo, se estaría frente a un error de derecho por falso juicio de **legalidad** por violación indirecta de la ley, como quiera que se estaría desconociendo las reglas de producción establecidas por la norma. (Sentencia CSJ 44950, 2017)

En este orden, podemos decir, que las formas como se pueden presentar los diferentes errores de derecho y de hecho con el uso inadecuado de las versiones previas, dependen de muchos factores que tienen que ver con la producción de la prueba en el juicio. En tal razón, pueden existir un sin número de anomalías en las que puedan incurrir los practicantes del derecho con los medios de prueba al ser producidos en la audiencia oral. Sin embargo, estos yerros presentados con las versiones previas, siempre estarán enmarcados dentro de los errores de derecho y de hecho por violación indirecta de la ley que indica la norma procesal y que viene desarrollando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema a través de la resolución de las demandas de casación penal interpuesta por los actores que conforma el sistema procesal penal.

5. Conclusiones

El desarrollo de la anterior investigación nos ha permitido aclarar varios aspectos que hasta ahora eran confusos y en muchos casos daban al traste con el esfuerzo de jueces, fiscales y defensores por lograr el conocimiento de la verdad y por mejorar la aplicación de una justicia más material, que en la actualidad se encuentra en detrimento de procesados, víctimas y de la sociedad en sí, pero que con el presente trabajo se quiere aportar un mejoramiento en aplicación del derecho, para que sea más eficiente y se identifique con un verdadero Estado Social de Derecho. Por ello podemos identificar como principales conclusiones de este trabajo las siguientes:

- A pesar de que el artículo 16 de la ley 906 estipula como pruebas únicamente aquellas que se practican frente al juez de conocimiento con aplicación de los principios de inmediación y concentración, existen excepciones cuando se trata de la incorporación y valoración de versiones rendidas por los testigos con anterioridad al juicio oral.
- Estas versiones no las constituyen únicamente la entrevista que realiza la policía judicial en sus actos de investigación, sino también lo pueden ser las denuncias, exposiciones ante terceros, declaraciones juradas o similares, según el caso.
- Para entender la dinámica de estas versiones debemos distinguirlas de conceptos jurídicos como testimonio, testigo de acreditación, prueba, prueba de referencia, entrevista etc., por lo que siempre es necesario el estudio de estas en conjunto y sistemáticamente.

- Las versiones anteriores al juicio pueden ser utilizadas en dos sentidos, primero como herramienta en el interrogatorio y contra interrogatorio, y segundo como medio de prueba factible de ser evaluado en su fallo por el juzgador, como es el caso de la prueba de referencia.

- En su mayoría, estos medios no se requiere solicitar su decreto en la audiencia preparatoria, solo descubrirlos y trasladarlos a la contraparte, excepto para el caso de la prueba anticipada y la de referencia.

- Se debe tener gran cuidado con el uso que se le quiere dar a dichos elementos, pues de su incorrecto manejo podemos pasar de querer impugnar un testimonio a pretender que sea tenido como prueba de referencia o en su defecto como elemento probatorio en sí, o de pretender que sea tenido en cuenta en caso de retractación a impugnar la credibilidad del testigo; dando al traste con nuestros objetivos y perdiendo la oportunidad de utilizar correcta el único medio a nuestro alcance.

- Para el juez es de gran importancia conocer toda esta dinámica y la reglamentación que le ha dado la Corte Suprema a las versiones previas, para así poder manejar la audiencia de juicio oral de manera más acertada y poder contar con las bases correctas a la hora de tomar una decisión en derecho.

- Para los investigadores, jueces, fiscales y defensores su importancia es más que notoria, pues son ellos quien en la mayor parte de las ocasiones realizan un manejo errado de dichos elementos y propician fallos desacertados y alejados de la verdad material, en detrimento

de una justicia más acertada, que muchas veces se asocia con impunidad, pero que en el fondo se debe a un desconocimiento doctrinal por parte de quienes nos dedicamos a la labor del derecho.

- Se concluye entonces que las versiones previas al juicio por regla general establecida por la norma, no se constituyen como medios de conocimiento autónomos, como quiera que para sistema procesal penal de la ley 906 del 2004, siempre prevalecerá la prueba testimonial que sea practicada en juicio ante el juez de conocimiento bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Sin embargo, a esta regla general devienen algunas excepciones, las cuales están consagradas en el artículo 437 y 438 de la misma norma procesal sobre la prueba de referencia, donde, si las versiones anteriores al juicio cumplen con tales requisitos, están podrán ser practicadas e incorporadas como medios de prueba, pero aclarándose que nunca como medios de pruebas autónomos, sino únicamente como pruebas de referencias. Es decir, que estas siempre dependerán para su valoración del acompañamiento de otros medios de prueba, ya que la norma prohíbe que al inculgado se le condene únicamente con prueba de referencia.

- Así las cosas, independientemente de las formas como se puedan presentar los diferentes errores de derecho o de hecho por el inadecuado uso e incorporación de las versiones previas al juicio en el proceso penal, su adecuada proposición en demanda de casación, dependerá siempre del conocimiento que tengamos sobre la adecuada y correcta producción de la prueba en la audiencia de juicio oral, pero también depende sobre el conocimiento que tengamos sobre la adecuada y correcta forma de su recolección e incorporación al proceso.

6. Bibliografía

Asensio Mellado, J. M. (2004). *Derecho Procesal Penal* (Vol. Tercera edición). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Baytelman, A. A. (2004). *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba* (Vol. 1ra Edición). Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales.

Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*. Bogotá, Colombia: Fiscalía General de la Nación.

Borja Niño, M. A. (2003). *La prueba en el derecho colombiano* (Vol. Tomo I). Bucaramanga, Colombia: UNAB.

Decastro González, A. (1 de Abril de 2008). *AD Abogados Expertos*. Obtenido de <http://alejandrodecastroabogados.com/blog/wp-content/uploads/2010/03/El-uso-de-documentos-en-juicio-oral.pdf>

Decreto 2700 . (30 de Noviembre de 1991). *Cámara de Representantes República de Colombia*. Obtenido de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_penal_1991.html

Decreto 409 . (27 de marzo de 1971). https://www.redjurista.com/Documents/d0409_71.aspx. Recuperado el 18 de mayo de 2016

Decreto 50. (13 de enero de 1987). *Camara de Representante Rep+ublica de Colombia*. Obtenido de ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/decreto/1987/decreto_0050_1987.html

Diccionario Real Academia Española. (25 de Mayo de 2016). *Real Academia Española*. Obtenido de [Rhttp://dle.rae.es/?id=FpCr9M2](http://dle.rae.es/?id=FpCr9M2)

- Fiscalía General de la Nación. (25 de 09 de 2009). *Manua de Procedimientos*. Bogotá D.C: Fiscalía General de la Nación.
- Forero Romero, A. (2007). *La Eficacia de la Prueba en Derecho*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Giacomette Ferrer, A. (2013). *Teoría General de la Prueba*. Medellín, Colombia: Biblioteca Juridica.
- González Navarro, A. L. (2011). *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia: Leyer Editores.
- Jaramillo Díaz, J. G. (2008). *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio*. Bogotá D.C: Librería Jurídica Sanchez E.
- Julio Borda Martínez, M. J. (2015). *Técnicas de Investigación social aplicadas al análisis de los problemas sociales*. Madrid, España: Universiddad Nacional de Educación a Distancia de Madrid España.
- Ley 600. (24 de julio de 2000). *Secretaria del Senado*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html
- Ley 76. (19 de mayo de 1873). *HathiTrust's digital library*. Recuperado el 18 de mayo de 2016, de <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112104779493;view=1up;seq=170>
- Ley 906. (31 de Agosto de 2004). *Secretaria del Senado de la República de Colombia*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Ley 94 del 13 junio, C. d. (13 de junio de 1938). *Ministerio de Justicia y del Derecho*. Obtenido de https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/ley_0094_1938.htm
- MamaKforoosh, M. N. (2005). *Metodoloía de la investigación* (Vol. Segunda Edición). México, México: Limusa Noriega Editores.

Maya, R. P. (2008). *Revista de Derecho Público*. (F. d. Universidad de los Andes, Ed.) Recuperado el 18 de mayo de 2016, de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/public109.pdf

Pabón Parra, P. A. (2015). *Oralidad Testiomnio*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Sebastián Midon, M. (2007). *Derecho Probatorio*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Sentencia C-144. (3 de Marzo de 2010). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-144-10.htm>

Sentencia C-177. (26 de Marzo de 2014). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-177-14.htm>

Sentencia C-372. (12 de Mayo de 2011). *Corte Constitucional*.

Sentencia C-536. (28 de 05 de 2008). *Corte Constitucional*.

Sentencia C-591. (9 de Junio de 2005). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-591-05.htm>

Sentencia C-673. (30 de Junio de 2005). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-673-05.htm>

Sentencia CJS Radicado 46153. (30 de Septiembre de 2015). *Corte Suprema de Justicia*. Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Radicado 45667. (20 de Mayo de 2015). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*.

Sentencia CSJ 44950. (25 de ENERO de 2017). Obtenido de CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Sentencia CSJ Proceso 25378. (9 de Noviembre de 2006). *Corte Suprema de Justicia Sala Penal.*

(M. S. PÉREZ, Ed.) Recuperado el 20 de Mayo de 2016, de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/>

Sentencia CSJ Proceso 25920. (21 de Febrero de 2007). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.* Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 26727. (7 de Febrero de 2007). *Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal.* Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/>

Sentencia CSJ Proceso 28935. (01 de Julio de 2009). *Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal.* Recuperado el 21 de Mayo de 2016, de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/>

Sentencia CSJ Proceso 30321. (24 de 11 de 2008). *Corte Suprema de Justicia Sala Penal.* Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 32597. (6 de julio de 2011). *Corte Suprema de Justicia Sala Penal.* (M. J. SALAMANCA, Ed.) Recuperado el 20 de mayo de 2016

Sentencia CSJ Proceso 32730. (24 de Marzo de 2010). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal.* Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 33364. (09 de Diciembre de 2010). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.* Recuperado el 20 de Mayo de 2016, de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 38208. (22 de Octubre de 2014). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.* Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 39457. (10 de Diciembre de 2012). *Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal.* Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/>

Sentencia CSJ Proceso 40239. (11 de Diciembre de 2013). *Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal*. Recuperado el 20 de Mayo de 2016, de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 42720. (18 de Septiembre de 2014). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*. Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 43866. (16 de marzo de 2016). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*. Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 44066. (27 de Agosto de 2014). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*. Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 45824. (12 de Diciembre de 2015). *Corte SUPrema de Justicia Sala de Casación Penal*. Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Proceso 46312. (19 de Agosto de 2015). *Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal*. Obtenido de <http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia CSJ Radica 44238 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal 4 de Marzo de 2015).

Sentencia CSJ Radicado 36518. (9 de Octubre de 2013). *Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal*.

Sentencia Radicado 36.562 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 13 de junio de 2012).

Sentencia T-078. (27 de Mayo de 2010). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2010/A102-10.htm>

Sentencia T-923. (6 de Diciembrbe de 2013). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-923-13.htm>

Toro Lucena, ó. A. (2009). El Sistema Procesal Acusatorio. *Criterio Jurídico Garantista Universidad Autonoma de Colombia*, 134.

Vargas Vargas, P. P. (2005). *Las Pruebas en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.