

La garantía de confrontación de los contenidos probatorios para la parte contraria cuando el menor víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, comparece como testigo en el juicio oral y se incorpora su testimonio adjunto

Angie Natalia Laguna Cortes

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal

Universidad Santo Tomás

Tunja - Colombia

2022

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
	1. Planteamiento del problema de investigación	3
	2. Formulación del problema de investigación	7
	3. Justificación	7
	4. Objetivos	11
	5. Metodología	12
II.	PRUEBA DE REFERENCIA, TESTIMONIO ADJUNTO Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN	15
	1. Clases de prueba en el Sistema Penal Colombiano	15
	1.1. Prueba Testimonial	18
	1.2. Prueba Pericial	20
	1.3. Prueba de Referencia	22
	2. Reglas aplicables a la Prueba de Referencia y al Testimonio Adjunto	25
	2.1. Reglas aplicables a la Prueba de referencia	25
	2.2. Reglas aplicables al Testimonio Adjunto	27
	3. La garantía de confrontación a la luz del principio del debido proceso en la incorporación del testimonio adjunto	29
III.	CONCLUSIONES	32
	BIBLIOGRAFÍA	36

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del problema de investigación

En el actual Sistema Penal Colombiano, teniendo en cuenta que es de índole acusatorio, la etapa del juicio se enmarca en los principios de inmediación, concentración, publicidad, contradicción y confrontación de la prueba, constituyéndose en el núcleo fundamental del proceso, ya que con la práctica y valoración de las pruebas el juez ha de tener la convicción necesaria para abordar cada caso (Bedoya, 2008).

Cabe resaltar, que en principio solo tienen la naturaleza de pruebas las practicadas en el juicio oral y en presencia del Juez de conocimiento, tal como lo prevé el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, y de su enunciado se desprende que deben existir las plenas garantías de un debido proceso para las partes, en satisfacción de los principios de contradicción y confrontación, que si no se cumpliera significaría una violación del artículo 29 de la Carta que no es otra cosa que la vulneración constitucional. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-034 de 2014 hace alusión a las garantías del debido proceso probatorio, indicando que el artículo 29 de la Constitución impone la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria así:

(i) El derecho para presentarlas y solicitarlas, **(ii)** El derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, **(iii)** El derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción, **(iv)** El derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste, **(v)** El derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) y **(vi)** El derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

La prueba es determinante para el proceso decisivo que tiene el juez, de esta manera el Código de Procedimiento Penal en su artículo 7 y 372, expresa que la prueba tiene el fin de llevar al Juez más allá de toda duda razonable, los hechos, las circunstancias materia del

Juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, autor o participe, constituyéndose el derecho a la prueba como uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia, y como vínculo para alcanzar la verdad en una investigación judicial. Estos argumentos han sido reiterados en varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional en las sentencias T-589 de 1999, T-171 de 2006, T-555 de 1999 y C 496 de 2015, según la cual en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y por lo tanto, de esa norma —que responde a un principio universal de justicia— surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado, a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia (Corte Constitucional, T-589, 1999; Corte Constitucional, T-171, 2006; Corte Constitucional, T-555, 1999; Corte Constitucional, C 496, 2015).

Sin olvidar, que en principio solo tiene calidad de prueba la que es producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, también se constituyen como tal, las denominadas pruebas de referencia consistentes en declaraciones efectuadas con anterioridad y que en eventos excepcionales adquieren tal condición, conllevando junto con los demás medios probatorios a un posible fallo en la garantía Constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, aunque, con la aparición de la oralidad en el Sistema Penal se determine la comparecencia de los testigos a la audiencia del Juicio Oral y suponga una limitación al debido proceso, contradicción y confrontación para el acusado (Usaid, 2009).

Estas pruebas llamadas de referencia tal como lo expresa Parra Quijano (2006), están conformadas por declaraciones emitidas por una persona y que, a pesar de no haberse producido en el juicio oral, se utilizará en el proceso cuando se cumplan determinadas condiciones y se transporta al proceso a través de otra prueba: un documento (escrito, un video con narración, etc.), o a través del llamado testigo de oídas.

Respecto a la admisibilidad de la prueba de referencia, existen tres diferentes posturas doctrinales: la primera, admite que en todos los eventos las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral en realización de la justicia material; la segunda, niega toda posibilidad de admisión de prueba de referencia para garantizar la vigencia de los principios de inmediación y contradicción; y una tercera, que está orientada a consagrar como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia y a permitir su admisibilidad en eventos excepcionales, última posición que es recogida por la Ley 906 de 2004 en sus artículos 437 y ss., en el sentido de que antes de decidir sobre la admisibilidad de la prueba de referencia se debe prestar especial atención a los intereses superiores relacionados con anterioridad, evitando que la supresión injustificada de esta prueba signifique un sacrificio desproporcionado para el proceso (Bedoya, 2008).

Conforme a lo anterior, la admisibilidad de la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004 es excepcional, lo que significa que la misma debe cumplir alguna de las reglas de configuración contenidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, como lo es que el declarante sea 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 (Ley 906, 2004, art. 438 literal e).

En diferentes oportunidades la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal ha justificado la admisión de este tipo de pruebas en razón a los principios de necesidad de la prueba e igualdad material, incluso se ha ocupado en delimitar los elementos estructurales de la prueba de referencia, así: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de observar y percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración. La Sala Penal así mismo, ha priorizado el uso de la prueba de referencia en procesos donde son víctimas los menores de 18 años, especialmente de delitos sexuales porque están en juego los derechos de los niños y adolescentes, frente a lo cual valorar sus entrevistas o versiones rendidas previamente, se hace en pro de la no revictimización y evitando daños sobrevivientes si el declarante acude

al juicio oral a rendir su testimonio, incluso el juez, como garante del proceso y de las partes, puede prescindir de su testimonio en el juicio y admitir en su lugar la prueba de referencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 41109, 2013; sentencias radicado 31950, 2009 y radicado 24468, 2006, y radicado 27477, 2008).

Aunque, este tipo de pruebas se admiten también con el fin de salvaguardar la infancia y la adolescencia y efectivizar el mandato constitucional con la creación del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, el Código de la Infancia y la Adolescencia, consagró procedimientos especiales para cuando los niños, niñas y adolescentes son víctimas o intervengan en procesos contra adultos o son citados como testigos en los procesos penales, casos en los cuales, sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia como entrevistador y garante de sus derechos, utilizando medios tecnológicos sin exponer a la víctima frente a su agresor (Ley 1098, 2006, arts.150, 194).

Si bien la jurisprudencia atrás referida se ha desarrollado en un marco proteccionista de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es posible que la Fiscalía opte por presentar al menor víctima de abuso sexual como testigo en el juicio oral, casos en el cual también es admisible como prueba de referencia las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral, principalmente por el riesgo de revictimización que obliga a los funcionarios judiciales a tomar los correctivos para evitarlo, que si bien la disponibilidad del testigo es relativa, puede ocurrir que en el momento del juicio oral el menor no esté en la capacidad de entregar un relato completo de los hechos, esté presionado por el escenario judicial o se encuentre en situaciones que le impidan recordar.

La Fiscalía tiene la facultad de elegir que mecanismo utilizará para llevar al juez el conocimiento de los hechos, considerando las variables que pueden influir en su pretensión acusatoria, como lo son las circunstancias particulares de la víctima, el mayor o menor riesgo de revictimización en caso de asistir como testigo en el juicio oral, las pruebas que le permitirán demostrar su teoría del caso y la previsibilidad de que la víctima se retracte de su versión inicial de los hechos, situación última que abre paso a la posibilidad de incorporar

sus manifestaciones previas rendidas fuera del juicio oral, para impugnar su credibilidad, ya no como prueba de referencia sino como testimonio adjunto.

El problema que se presenta, es desde la perspectiva probatoria al momento de incorporar el testimonio adjunto, una vez el menor víctima de los delitos sexuales se presenta como testigo en el juicio, lo que como ya se expuso puede conllevar la retractación del menor víctima y con ello, la necesidad de complementar su testimonio con la declaración rendida fuera de juicio de cara a su cambio de versión, si una vez se incorpora el testimonio adjunto el mismo garantizará junto con el testimonio la confrontación de dichos contenidos teniendo en cuenta que se está ante una retractación, además de la carga argumentativa que se le impone a la Fiscalía para tramitar adecuadamente las distintas alternativas probatorias en su teoría del caso y las consecuencias jurídicas para el proceso penal en caso de no cumplirlas.

2. Pregunta de Investigación

¿La incorporación del testimonio adjunto por parte de la Fiscalía en los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, garantiza para la persona investigada la confrontación de los contenidos probatorios?

3. Justificación

La principal característica del sistema de investigación penal en Colombia es la oralidad, en el entendido que tanto la investigación, el juicio, la presentación de pruebas, la práctica de las mismas y la relación entre el Fiscal, Juez, defensor e investigador, es oral. Este vínculo entre los sujetos procesales y el juez, permiten un acceso directo y real a los medios de convicción, en desarrollo de este principio el Código de Procedimiento Penal en su artículo 9 establece que todas las actuaciones se realizaran en audiencia.

En este sentido, ante la necesidad de implementar un proceso público bajo el respeto de los derechos de los ciudadanos enmarcados en la Constitución Política de 1991, surgió la

oralidad como instrumento integrador de los principios procesales, especialmente el debido proceso como derecho fundamental; es así, que en el actual sistema acusatorio en materia probatoria, solo tienen condición de pruebas y son válidas las que se practiquen en el juicio oral en presencia del juez, regla general que se consolida con los artículos 15, 16, 372 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y que está estrechamente ligada a los principios constitucionales de la inmediación y contradicción, medios probatorios que no tienen otro fin que el de garantizar conocimiento y certeza al Juez para tomar su decisión.

Valorar de manera directa la prueba es la razón de ser y en donde recae la importancia del principio de inmediación, como lo es para el principio de contradicción permitir a las partes el acceso a todas las pruebas, aportar, solicitar, participar en su práctica y controvertirlas, frente a lo cual solo de manera excepcional, se tendrán como válidas, la prueba anticipada (artículo 284 del C de P.P.), así como la prueba de referencia (artículos 437 y 438 ídem); esta manera, la posibilidad de que el Juez admita la prueba de referencia hace que el principio de inmediación no sea absoluto, puesto que no todas las pruebas van a ser practicadas en presencia del funcionario judicial director del juicio oral; sin embargo, debe cumplirse con la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 del Código de Procedimiento penal, toda vez que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en una prueba de esa clase.

Ahora, tratándose de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de los menores, la Ley 1652 de 2013 ha establecido que las entrevistas y testimonios de los menores constituyen material probatorio y que se incorporan como prueba de referencia, en prevalencia de sus derechos y de la imperiosa obligación de adoptar las medidas de protección en el proceso penal, como lo es la no re victimización con su comparecencia al juicio oral y evitar enfrentarse a su agresor, postulados en desarrollo del principio *pro infans*¹ y del artículo 44 de la Constitución Política de 1991.

¹ Fallos T-593 de agosto 28 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-078 de febrero 11 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-117 de marzo 7 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada. La jurisprudencia de la Corte Constitucional considera el principio *pro infans* como un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

No obstante lo anterior, los menores no están exceptuados ni inhabilitados para declarar en el juicio oral cuando son citados como testigos, de acuerdo a las advertencias del artículo 383 del Código de Procedimiento penal y así se encuentra regulado en el artículo 150 del Código de Infancia y Adolescencia y en la Ley 1652 de 2013, normas según las cuales la declaración del menor será tomada solamente por el Defensor de Familia en plena garantía de sus derechos, la utilización de medios tecnológicos y de la cámara de Gesell.

En la práctica judicial es posible que los menores que asisten como testigos durante el juicio oral, declaren en un sentido diferente a lo expresado en sus versiones anteriores o se retracten negando haber hecho esas manifestaciones y aseveraciones, situación frente a cual pese a estar disponible el menor para rendir su declaración, puede ingresar su entrevista forense que en un principio se enmarcaba dentro de un prueba de referencia, pero como el menor asiste como testigo en el juicio oral, esta manifestación inmersa en su entrevista anterior se incluye como testimonio adjunto o complementario a su declaración en el juicio oral, con el fin de impugnar su credibilidad y refrescar memoria tal como lo dispone los artículos 392 literal d) y 393 literal b) del Código de Procedimiento Penal.

La noción de testimonio adjunto, no ha sido objeto de consagración expresa en el Código de Procedimiento Penal, sin embargo, ha sido desarrollada jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal en los radicados 44950 de 2017, 43651 de 2018 y 55651 de 2019, siguiendo la línea de que frente a un escenario de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, la parte interesada puede incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible por virtud del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que se garantice a la parte contraria la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.

De igual manera, para que estas manifestaciones previas del menor víctima puedan incorporarse a la declaración producida en el juicio oral en calidad de testimonio adjunto, deben satisfacerse los siguientes requisitos:

(i) El testigo debe estar disponible para declarar en el juicio, tanto física como funcionalmente, teniendo en cuenta que tratándose de menores de edad víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales su disponibilidad para declarar es relativa; (ii) El testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas y, (iii) La declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicado 55651, 2019).

En este orden de ideas, lo fundamental para que las declaraciones previas sean incorporadas en el juicio oral como testimonio adjunto, una vez se hace lectura de las mismas por el mismo testigo o quien conduce el interrogatorio de manera excepcional, es que se garantice a la parte contraria los derechos de contradicción y confrontación, lo que queda supeditado principalmente al cumplimiento de uno de los requisitos enunciados anteriormente, es decir la disponibilidad del menor testigo, por cuanto si no se cumpliere, o si el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y conainterrogado, la declaración anterior quedaría sometida a las reglas de la prueba de referencia, y solo se le permitirá a la parte contraria controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación y admisión excepcional.

La garantía de confrontación de los contenidos probatorios para la parte contra la cual se aducen cuando se incorpora el testimonio adjunto, se materializa una vez se hace lectura de esta versión extra juicio durante el interrogatorio del menor y como complemento a su declaración, posibilitando de igual manera, demostrar su teoría del caso, a través del conainterrogatorio, que es la herramienta procesal con la que cuenta para ejercer su derecho a la contradicción, limitándose por expreso mandato legal del artículo 391, inciso 2 del Código de Procedimiento Penal, a los temas abordados en el interrogatorio directo.

El problema estudiado debe abordarse desde las garantías al debido proceso para la parte acusada y desde la necesidad probatoria en el proceso penal, puesto que si la incorporación del testimonio adjunto por parte de la Fiscalía permite en el proceso, que el Juez cuente con

las dos versiones, tanto las manifestaciones realizadas antes del juicio oral como también la actual declaración del menor en el juicio y por ende pueda valorarlas en su integridad, conforme a la sana crítica, formando su plena convicción sobre hechos afirmados por las partes. Esta convicción es la que va servir de fundamento para el convencimiento judicial del Juez expresado en la sentencia, y se estaría ante la materialización de todos los principios que enmarcan el procedimiento penal. Cabe resaltar que, estos principios tienen limitaciones fundamentadas en otras garantías, como lo son corroborar la credibilidad de los otros medios de prueba para impugnar la credibilidad, etc., situaciones en la que el testimonio adjunto es válido y al no ser admitido por las características que reviste, no puede significar una desproporción de los derechos fundamentales y la afectación al fin primordial del Estado Social de Derecho, como lo es la realización de la justicia, búsqueda de la verdad tanto para el acusado como para la sociedad.

La importancia de esta investigación se fundamenta y se relaciona en la búsqueda selectiva de la información en las diferentes fuentes del derecho, con el fin de lograr la recolección, análisis e interpretación de la misma, cuyos resultados están orientados a reafirmar o crear una teoría de análisis, también a partir de las concepciones encontradas sobre valoración, admisibilidad e incorporación probatoria del testimonio adjunto cuando el menor víctima de los delitos sexuales asiste como testigo en el juicio oral. Estos resultados están inmersos en un proceso que precisamente es el que sustenta la investigación cualitativa, como mecanismo para la reafirmación de la hipótesis inicial o incluso la creación de nuevas teorías de análisis científico en la implementación de criterios metodológicos.

4. Objetivos

- General

Determinar si existe garantía de confrontación de los contenidos probatorios para la persona investigada cuando se incorpora el testimonio adjunto por parte de la Fiscalía en los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales contra menores.

- Específicos

- Analizar las clases de pruebas en el sistema penal y sus formas de incorporación.
- Describir las reglas aplicables al testimonio adjunto y a la prueba de referencia.
- Comprender la garantía de confrontación a la luz del principio del debido proceso cuando se incorpora el testimonio adjunto.

5. Metodología

La presente investigación se centra en estudiar la garantía de confrontación de los contenidos probatorios para la parte contraria cuando el menor víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales comparece como testigo en el juicio oral y se incorpora el testimonio adjunto, su desarrollo jurisprudencial y aplicación, para determinar si dicha garantía se cumple o se afectan los derechos consagrados en los principios de confrontación y contradicción; objeto de estudio que será abordado desde la dimensión teórica – básico jurídica, en razón a que esta tipología de la investigación permitirá una actividad sistemática tanto de elaborar, construir, reconstruir, explorar y analizar críticamente los cuerpos conceptuales en que se enmarca la arista que se estudia.

Esta dimensión de la investigación básico-jurídica, permitirá, en primer lugar describir el contexto histórico de la prueba en el Derecho Penal, en segundo lugar y partiendo de la elaboración conceptual legal, jurisprudencial y doctrinal hallada sobre la prueba de referencia y el testimonio adjunto, se procederá a organizar, analizar y sintetizar los conocimientos en cuanto a la admisibilidad, valoración y principios involucrados en las mismas una vez se procede a su admisibilidad por parte del juez, logrando a su vez alcanzar los objetivos planteados inicialmente. De igual manera, al analizar el concepto de prueba referencial, testimonio adjunto y sus elementos constitutivos se procederá a la demostración de la hipótesis planteada en virtud de la garantía de confrontación de los contenidos probatorios con la que cuenta la parte contraria en el proceso probatorio.

El objeto de estudio está ubicado dentro de un enfoque cualitativo, teniendo en cuenta que la esencia de la investigación cualitativa como lo expresa Roberto Hernández Sampieri

en *Metodología de la Investigación* (2014), se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto. De esta manera, se busca dar un veredicto a algunos paradigmas de la fenomenología social, con la meta principal de dar respuesta a la pregunta inicial de investigación, como también generar conocimiento en cuanto a las hipótesis formuladas en el planteamiento investigativo.

El paradigma, parte del tema que se escoge como lo es la importancia de los derechos de confrontación y contradicción en materia probatoria cuando se incorpora el testimonio adjunto en esta clase de delitos contra menores. Esta investigación de tipo cualitativo tiene la finalidad de resolver el paradigma de la pregunta ya asignada, de manera lógica y mediante un proceso inductivo que comprende explorar, describir, analizar y generar perspectivas que mediante el planteamiento metodológico como investigadora conocedora del contexto, es decir abordando la prueba de referencia y el testimonio adjunto a través de la Constitución, Ley, Jurisprudencia y Doctrina, me permita realizar un análisis exhaustivo de toda la información recolectada, concluir en cuanto a los resultados obtenidos y de acuerdo a los precedentes encontrados sobre el tema en el sistema penal, la hipótesis inicial se reafirmara o se cambiara por una nueva perspectiva.

Esta investigación cualitativa utilizará el método analítico-descriptivo, como recurso imprescindible ya que se estudian normas, conceptos y pronunciamientos sobre la prueba de referencia, el testimonio adjunto, el desarrollo de los principios de confrontación y contradicción durante la incorporación del mismo en el juicio oral, lo que posibilita el acercamiento directo con el contexto, que permite descomponer el objeto que se estudia “la prueba de referencia, el testimonio adjunto, su incorporación por parte de la Fiscalía, la efectividad para la parte contraria de los principios de confrontación y contradicción con base en estos contenidos probatorios, teniendo en cuenta que se está ante la retractación o cambio de versión del menor víctima de los delitos sexuales y que asiste como testigo en el juicio”. El aproximamiento en el desarrollo investigativo dará una pauta natural en el entendimiento de la actual garantía de confrontación de los contenidos probatorios por parte del acusado. De esta manera, la recolección de información en torno a la prueba de referencia y testimonio

adjunto, comprende todas aquellas concepciones, precedentes, interpretaciones y pronunciamientos, entendiendo que se trata de aprehender una parte de la realidad compleja a partir de situaciones específicas.

La técnica de investigación utilizada será documental – bibliográfica, para lo cual se partirá de fuentes primarias como la ley, complementado el análisis con otras fuentes secundarias como la jurisprudencia y la doctrina.

II. PRUEBA DE REFERENCIA, TESTIMONIO ADJUNTO Y PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

1. Clases de prueba en el Sistema Penal Colombiano

A través del Acto Legislativo 03 de 2002, se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución y se introdujeron los artículos transitorios 253A y 253B, alterándose sustancialmente la fundamentación superior del proceso penal y de su régimen probatorio, toda vez que a las autoridades judiciales (Jueces y Tribunales) se les atribuyó de manera exclusiva la inferencia en los derechos fundamentales que están en juego en el proceso penal, y a la Fiscalía funciones judiciales como parte procesal. En efecto, aparte de las normas superiores originarias de 1991, desde el 2002 están consagradas en la Carta las instituciones probatorias básicas del nuevo proceso penal, dentro de las cuales tenemos la regla de exclusión de la prueba ilícita, el deber de aseguramiento y descubrimiento de todos los elementos materiales e informaciones y los principios de publicidad, oralidad, inmediatez, contradicción, celeridad y concentración que definen la esencia del juicio oral (Constitución Política, 1991, arts. 29 inciso final, 250.3, 250.9 y 250.4).

La reglamentación constitucional de estas instituciones probatorias del proceso penal constituye la estructura básica del mismo, teniendo en cuenta que en la anterior Constitución de 1886 el régimen de la prueba y el principio de legalidad en el proceso penal era contenido exclusivo del legislador, evolución constitucional que permitió que la estructura probatoria del proceso penal se sustrajera del ámbito de decisión del legislador y se llevara a la Carta Política de 1991.

Desde esta óptica, el proceso penal se concibe a la manera de una obra de teatro, en la que lo determinante resulta la capacidad de persuasión y las habilidades de las partes en conflicto para demostrar su teoría del caso, aunque ello implique el sacrificio de los imperativos de verdad y justicia. Si bien la finalidad de la prueba está ligada a los fines del proceso penal estos apuntan a la aproximación razonable de la verdad, en el entendido que debe existir una armonía entre los hechos referidos por las partes, aquellos ocurridos y que

esta correlación suministre el fundamento para la convicción del Juez en su decisión, la realización de la justicia y la garantía de los derechos de los intervinientes (Urbano, 2013).

Que las pruebas estén ligadas a los fines del proceso penal y a la búsqueda de la verdad, coincide con lo que actualmente se reconoce como verdad en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que la aproximación y esclarecimiento de la verdad no es sólo un fin del proceso y una finalidad de la prueba, sino también un derecho fundamental de las víctimas de las conductas punibles (Botero & Restrepo, 2006).

En este orden de ideas, la actividad probatoria en el caso del fiscal debe dirigirse a escoger mediante el contenido que desee probar el mejor medio de prueba que le permita, así mismo, verificar su acreditación y tener confiabilidad del medio utilizado, es decir, la credibilidad del testigo, la autenticidad del elemento material probatorio, la idoneidad del perito u otros aspectos son pena de inadmisibilidad. Esta escogencia del medio de prueba debe armonizar con el entorno legítimo y taxativo del artículo 372 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el fin de la prueba es permitir la aprehensión del conocimiento por parte del juez, un fundamento legítimo para la formación de su convicción y emisión de su decisión y que en el sistema procesal de tendencia acusatoria le impide al juez decretar pruebas de oficio, de aquí la obligación para los fiscales de aportar al juez los elementos probatorios necesarios y adecuados.

Como lo que se pretende es presentar el conocimiento de los hechos mediante elementos materiales probatorios, la aplicación de los principios de libertad probatoria, de aportación de parte, y la prohibición de decretar pruebas de oficio, consagrados en los artículos 373, 374 y 361 de la Ley 906 de 2004, permite que la prueba de los hechos se realice tanto por los medios de prueba desarrollados por el Código de Procedimiento Penal como por cualquier otro técnico o científico que no vulnere los derechos humanos, abriendo la posibilidad a la innovación en la prueba técnico-científica con criterios para su admisibilidad y conducencia desarrollados en el Código que no amenacen o lesionen las garantías esenciales, así:

Artículo 373.- Libertad. 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 (Ley 906, 2004, artículo 373).

Con relación al principio de libertad probatoria la Corte Constitucional ha expresado que en el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, en nuestro sistema penal solo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos pueden ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley. (...) lo que implica que el juez puede formar su convicción a partir de cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial (Corte Constitucional, Sentencia T-555, 2009).

La prohibición de decretar pruebas de oficio, consagrada en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal de 2004, es una garantía de la imparcialidad del juzgador que, desde el punto de vista del diseño institucional del proceso, está estrechamente relacionada con la forma en que las funciones judiciales están estructuradas, regla que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en garantía del descubrimiento de la verdad y de la realización de la justicia en el contexto de un sistema acusatorio en el que no es imperativo reconocerle al juez iniciativa probatoria (Corte Constitucional, Sentencia C- 396, 2007).

De manera, que son las partes procesales las llamadas a proponer las solicitudes probatorias que estimen necesarias para respaldar su teoría del caso. En tal sentido, los artículos 8° literal i) y 357 de la Ley 906 de 2004, establecen el derecho de la defensa a solicitar las pruebas que estimen conducentes, pertinentes y necesarias para tal fin.

Del mismo modo, el artículo 382, prevé los siguientes 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, artículo 382).

Los anteriores son los instrumentos que la ley dentro de los principios de legalidad y libertad probatoria autoriza para probar los hechos. Sin embargo, para que la prueba pueda ser considerada como tal en el juicio oral debe ser previamente fundamentada ante el juez y dicha fundamentación trae consigo la demostración de su relevancia, admisibilidad, autenticación, y la equidad, esta última que le permitirá al adversario el derecho a conocer las bases de la evidencia que se ofrece, antes de que la prueba sea practicada, para ejercer libremente el derecho a la contradicción (Lubet, 1993).

1.1. Prueba Testimonial

El autor Jairo Parra Quijano (1996) define el testimonio como medio de prueba que consiste en el relato realizado por un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de los hechos; y la calidad del testigo se determina por los siguientes factores: i) una persona natural, que percibe un hecho de relevancia judicial, ii) su declaración se enmarca en cierto grado de imparcialidad, en tanto que supone no mantiene interés en el proceso judicial, iii) su relato sobre los hechos debe permitirle al administrador de justicia dotarse de elementos que le permitan inferir su pertinencia y conducencia a fin de lograr establecer su eficacia y validez dentro de la actuación judicial, iv) su llamamiento, no implica que se identifique como una prueba testimonial, de allí que el llamado testigo, deba realizar un relato coherente, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo percibido por él, v) esta declaración en juicio, puede versar sobre los hechos percibidos por él, ya sea por estar presente en la realización de los mismo, o haber tenido conocimiento de los hechos, por medio auditivo (testigo de oídas) (Parra, 1996, p.3-5).

Con la entrada en vigor del sistema penal oral acusatorio Ley 906 de 2004, este medio de prueba se regula taxativamente en los artículos 383 al 404, sus reglas de procedimiento

señalan que, es deber de toda persona rendir testimonio, salvo las excepciones constitucionales y legales que deben ser observadas, y están recogidas en el artículo 385. Como el rendir el testimonio se constituye en un deber, ante la renuencia injustificada del testigo, el juez podrá ordenar la conducción forzada a la audiencia. Así mismo, se estipula que en caso de que a la persona le resultare imposible asistir a la audiencia por razones físicas, ésta podrá realizarse mediante los sistemas de audio y video, que faciliten el curso normal de la audiencia de juicio oral; ahora si se tratase de una discapacidad física, el despacho previo aviso, tomará las medidas para la realización de la audiencia en condiciones de normalidad.

El testimonio se toma dentro del instante procesal denominado Juicio oral, inicia con el llamado interrogatorio directo realizado por la parte que lo solicitó, sin que se vulneren los derechos tanto del testigo como de los interesados; no son permitidas las preguntas capciosas, sugestivas, confusas, impertinentes o superfluas, conclusivas, argumentativas, especulativas, compuestas y repetitivas; concluido este, la contraparte podrá realizar un contrainterrogatorio con las mismas características y si de allí se desprenden puntos importantes para aclarar a criterio de quien lo solicitó, podrá nuevamente interrogarlo bajo el llamado re directo y finalmente podrá la contraparte hacer un re contrainterrogatorio. El testimonio puede ser controvertido y refutado, bajo criterios como son la capacidad del testigo, los prejuicios, las contradicciones, los intereses del sujeto que puedan afectar la veracidad de su declaración. Ello obliga al juez para lograr una apreciación y valoración correcta del testimonio, a hacer uso de los principios valorativos y parámetros que le permiten discernir si la declaración ofrecida por el testigo es veraz y es coherente con las circunstancias del caso investigado (Reyes & Ortiz, 2015).

De acuerdo con lo estipulado por la legislación establecida en el Código de Procedimiento Penal Colombiano en su artículo 383 y siguientes, la prueba testimonial cuenta con unos aspectos esenciales que deben estructurar su admisión como prueba dentro del proceso penal:

- 1- La calidad de testigo: es testigo quien tiene conocimiento personal de los hechos relevantes; ha sido referenciada en el proceso como poseedora de un saber que le posibilita a la justicia construir un conocimiento propio sobre el asunto; o se le ha

reconocido esa condición en la actuación judicial y se ha ordenado su comparecencia a declarar.

- 2- Pertinencia o Relevancia: el testigo debe demostrar con el establecimiento de los hechos que fundamentan su testimonio.
- 3- Autenticidad: significa que el testigo sea válido, como cuando por ejemplo el testigo declara sobre una conversación telefónica.
- 4- Admisibilidad: aunque la regla general es que la prueba que es pertinente es admisible, sin embargo el artículo 376 del CPP enumera las excepciones a la admisión de la prueba, dentro de las cuales se encuentra que la prueba sea dilatoria del procedimiento por ser superflua o acumulativa, como por ejemplo cinco testimonios sobre un mismo hecho.

Teniendo en cuenta que el nuevo sistema se enmarca en los principios de inmediación, contradicción y concentración, y que la regla general es el conocimiento personal de los hechos, el testimonio escrito o de referencia se excluye, en razón al límite que significa para el derecho de contradicción, de confrontación y el derecho fundamental de defensa.

1.2. Prueba Pericial

Este tipo de prueba es definido como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de la experiencia que el juez no posee o no puede poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto del debate (Duran, 1999).

Su relevancia incluye los aspectos que no son posibles demostrar a través del conocimiento corriente y en los procesos en los que es necesaria la intervención de un experto para lograr que el conocimiento de los hechos sea el adecuado. En este entendido, el Artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, reglamenta importancia de la prueba pericial, la cual es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

Su necesidad parte de formar la convicción al juez sobre la evidencia presentada, apoyo que se centra en los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, testigo que declara sobre su conocimiento personal por haber percibido, observado o experimentado, expone las causas o consecuencias de los hechos, la interpretación de las acciones de otras personas, y emite conclusiones para determinar un hecho dentro del proceso penal.

Partiendo de que la regla general establecida en el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal, es que las personas declaren sobre lo que personalmente les consta por lo que en principio, las opiniones no son admisibles. La excepción a esta regla la constituye la prueba pericial, pues el experto generalmente es llamado a rendir opiniones precisamente por poseer conocimientos que no tiene el juez y que son importantes aclararlo para que pueda fundamentar su decisión. Dentro de los aspectos esenciales que definen esta prueba llamada pericial tenemos:

- 1) La percepción consiste en la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o modo en que se halle.
- 2) Las operaciones técnicas o el análisis a realizar por el perito, son todas aquellas actividades especializadas, propias de la profesión, ciencia, arte o práctica del perito, que permiten hacer unas apreciaciones o valoraciones científicas, que ayuden al juzgador en su labor enjuiciadora.
- 3) La declaración técnica o dictamen es la conclusión y consecuencia de todo lo anterior, y supone una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte (Amador & Agudelo, 2018, p 17-19).

De acuerdo con la regulación de la prueba pericial en Colombia, y que los artículos 406, 412, 413, 414 y 415 de la Ley 906 de 2004 regulan el proceso de elaboración y presentación de los informes derivados de las experticias solicitadas por las partes, estos informes periciales son admisibles como evidencias, si el perito va a juicio.

1.3. Prueba de Referencia

El sistema probatorio en materia penal trae consigo el cumplimiento de los principios de contradicción e inmediación, el primero según el cual las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública, y el segundo, según el cual deberá tener en cuenta como pruebas solamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.

La admisibilidad de la prueba de referencia corresponde a la excepción al principio de inmediación y está definida en la Ley 906 de 2004, en su artículo 437, como 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. Sin embargo, para que se configure este tipo de prueba el legislador ha establecido unos requisitos sin los cuales estas declaraciones no pueden tenerse como prueba, según lo establece el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, y los cuales consisten en que 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) Adicionado. Ley 1652 de 2013, art. 3°. 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, 188^a, 188C, 188D, del mismo Código.

Además, el articulado en su parte final dispone que se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Resulta importante hacer énfasis en el escenario en el cual se plantea la procedencia y existencia de la prueba de referencia, puesto que dentro del juicio oral este tipo de prueba no cumple con la materialización de principios de inmediación y contradicción, lo que reviste el proceso de una vulneración de las garantías del proceso, pero aun así, la jurisprudencia y la ley permiten la existencia de esta figura jurídica probatoria siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para su admisión. (Corte Constitucional, C 177, 2014; C144, 2010).

En el mismo sentido, diferentes autores como es el caso de Velayos, (1998), han señalado la importancia del testigo de referencia como elemento necesario, pertinente y procedente en el sistema jurídico que conduce al conocimiento real del suceso investigado, que si se niega elimina la posibilidad de administrar adecuadamente la Justicia.

Como la prueba de referencia es un medio probatorio ajustado al sistema penal acusatorio, por lo que goza de presunción de constitucionalidad y por lo tanto, obedece a la materialización de principios generales y constitucionales de la prueba como el principio de contradicción, según el cual cada parte interviniente en el proceso tiene un interés particular en él, como lo es demostrar la verdad de sus afirmaciones o pretensiones, y de inmediación de la prueba que dirigido a permitir al juzgador apreciar personalmente todo aquello que es ventilado en el proceso, procurando así alcanzar una mejor percepción de lo narrado y lo ocurrido realmente (Salinas, 2005).

Especial relevancia, torna este tipo de prueba cuando el declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, contemplado dentro de los requisitos de admisión de la prueba de referencia, en el numeral e, que fue adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, norma especial que se dirige a proteger a los menores en virtud del principio *pro infans*, el cual supone la

protección del interés superior del menor, para evitar la revictimización o enfrentarse a su agresor o que cause revictimización (Corte Suprema de Justicia, Radicado 44056, 2015).

La Corte Constitucional, en sentencia C 177 de 2014, menciona los instrumentos internacionales en donde se establece la protección a los menores y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en sus artículos 1, 3, 7 y 8, consagra las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida de los menores y el acceso a la justicia; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, recalando en el artículo VII que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, en su artículo 2, exhorta a los Estados Partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna, entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 19 reitera la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección que su condición requiere; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en su artículo 10 reitera que se deben adoptar medidas especiales para la protección de la niñez; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de noviembre 17 de 1988), contiene la obligación para los Estados de adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes; el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, insta a los Estados al reconocimiento de derechos de los niños y la efectividad en las medidas de protección; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, insta de igual manera a los Estados partes a asegurar la protección de los niños y los cuidados necesarios para su bienestar (Corte Constitucional C 177, 2014).

Así mismo, esta misma Corporación en sentencias T 554 de 2003 y T- 117 de 2013, indican que la valoración de este tipo de prueba cuando está constituido por la declaración realizada ante la Defensora de Familia de un menor víctima de la violencia sexual, reviste fuerza probatoria en consonancia con la protección del interés superior del menor,

interpretación de las garantías constitucionales que no debe ser aislada sino armónica para que se otorguen las mayores garantías de sus derechos fundamentales. Esto teniendo en cuenta las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, lo lleva a otorgarle una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor (Corte Constitucional, sentencias T 554, 2003; T-117, 2013).

2. Reglas aplicables a la Prueba de Referencia y al Testimonio Adjunto

Una vez se distinguen los eventos en los que pueden las declaraciones anteriores ser incorporadas como medio de prueba, por excepción a la regla general indicada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 que establece como prueba únicamente la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento, se abre la posibilidad para la Fiscalía de asegurar las declaraciones anteriores al juicio oral del menor a través de los mecanismos probatorios tales como prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio.

El contexto en el cual se utiliza la prueba de referencia no es mismo que se presenta cuando las declaraciones anteriores se usan para valorar inconsistencias o contradicciones con lo declarado en audiencia por el testigo, puesto que en la primera existe la indisponibilidad del testigo en el juicio, lo que no ocurre en el segundo caso, en el cual además de concretarse el derecho a la confrontación, el testigo está disponible en el juicio.

2.1. Reglas aplicables a la Prueba de referencia

Esta prueba en el entendido de que se trata de una declaración rendida fuera del juicio oral, enmarcada en una de las causales establecidas en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, tiene como principal característica que la misma no sea posible practicarla en juicio, por lo que está disponible tal declaración anterior para el acto procesal, y por tanto, puede introducirse al proceso en la audiencia al momento de la práctica probatoria con el testigo de acreditación y ser considerada por el juez junto con los demás medios para adoptar la decisión que corresponda, sin que como ya se expuso anteriormente, que la condena pueda sustentarse exclusivamente en esa clase de pruebas.

En cabeza de la Fiscalía General de la Nación y en desarrollo del artículo 250 superior, se encuentra la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigaciones de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento, obligación que se complementa con el principio *pro infans* cuando se de delitos sexuales cometidos contra menores de edad se trata, cuyo cumplimiento, según lo ha expresado la Corte Constitucional en el Auto A-009 de 2015, le impone exigencias reforzadas de diligencia conforme las cuales debe ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantías de no repetición (Corte Constitucional, Auto-009, 2015).

El ordenamiento jurídico ha avanzado en pro de la efectividad de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, de ahí la expedición de Ley 1653 de 2013 para evitar su revictimización en el curso de los procesos penales que se adelanten con ocasión de estas conductas punibles, en armonía de los derechos del acusado (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicado 55651, 2019).

Este avance comprende las herramientas con las que cuenta la Fiscalía para utilizar como prueba las manifestaciones de los menores víctimas de estos delitos, declaraciones que

muchas veces constituyen la única fuente de información acerca de la ocurrencia de estas conductas punibles, como lo es la prueba de referencia.

Esta opción de llevar la versión de la víctima al juicio como prueba de referencia, incluso si aquélla es convocada como testigo al juicio ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia, según la cual es posible incorporar las declaraciones anteriores del menor a título de prueba de referencia ante la necesidad de evitar que en los casos de abuso sexual que los niños sean nuevamente victimizados al ser interrogados varias veces sobre los mismos hechos y, principalmente, si son llevados como testigos al juicio oral, lo que puede convertir para ellos el procedimiento en el escenario hostil a que hacen alusión el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Corte Constitucional, Sentencia C-177, 2014; Corte Suprema de Justicia, Radicado 44056, 2015).

Puede ocurrir que el menor víctima sea presentado como testigo en el juicio oral, frente a lo cual también se ha pronunciado la Corte Constitucional en la reciente Sentencia T – 008 de 2020, manifestando que estas manifestaciones anteriores son admisibles como prueba para todos los efectos, en primer lugar en aplicación del principio *pro infans*, en el entendido de que es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque 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; lo que hace que la disponibilidad del menor víctima como testigo sea relativa (Corte Constitucional, Sentencia T 008, 2020).

2.2. Reglas aplicables al Testimonio Adjunto

El testimonio adjunto también conocido como complementario o de comentario, el cual como se expuso no cuenta con regulación legal, pero si desarrollo jurisprudencial, consiste

en la declaración que en el juicio se retracta de lo dicho antes en la investigación o cambia la versión.

Dentro de las reglas de aplicación del testimonio adjunto se encuentra en primer lugar, que el declarante está disponible material y jurídicamente sobre el tema probatorio para ser interrogado y conainterrogado, el órgano de prueba rinde la información, por tanto, las partes ejercen sus derechos independientemente del alcance de las respuestas, o de si sustentan o no la teoría del caso de la fiscalía o la defensa o de la parte que ha solicitado la prueba. La disponibilidad no depende del sentido y contenido de las respuestas, éstas solo estructuran el fundamento de la valoración conforme a las reglas de la sana crítica. En este orden de ideas, la situación del testigo que se retracta o cambia la versión, permite tener las manifestaciones anteriores al juicio oral no como prueba sino como medios para impugnar su credibilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 45581, 2017).

Diferente es si las declaraciones anteriores al juicio oral no cumplen las condiciones de prueba de referencia admisible, porque el testigo sí está disponible material y jurídicamente, sin que se constituya como medio legal de impugnación de credibilidad, y no aplicaría la incorporación del testimonio adjunto ni la prueba de referencia, puesto que se afecta el debido proceso probatorio, el derecho de contradicción y confrontación y la no práctica en juicio oral, concentrado y público conforme al artículo 16 de la Ley 906 de 2004.

En segundo lugar, el testigo debe retractarse en la vista pública de sus aserciones antecedentes u ofrecer una versión sustancialmente diferente de la contenida en aquéllas. Y en tercer lugar, la declaración anterior debe incorporarse a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, con el fin de que el Juez cuente tenga dos versiones y pueda valorarlas en su integridad a efectos de decidir discernir conforme a su sana crítica.

Al incorporar el testimonio adjunto como complemento de las declaraciones previas, debe activarse la posibilidad real y efectiva para la parte contraria de ejercer sus derechos de contradicción y confrontación, a través del conainterrogatorio que está limitado legalmente a los temas abordados en el interrogatorio directo, al respecto, ha precisado la Corte Suprema

de Justicia, Radicado 55651 de 2019, que para que opere la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a manera de declaración anterior incompatible con lo declarado en juicio –“testimonio adjunto”-, es requisito indispensable que la parte contra la que se aduce tenga la oportunidad de formular preguntas sobre lo expuesto por el declarante por fuera del juicio oral, de lo que depende la “disponibilidad” del testigo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 55651, 2019; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 43651, 2018).

3. La garantía de confrontación a la luz del principio del debido proceso en la incorporación del testimonio adjunto

Toda declaración anterior al juicio oral que se pretenda incorporar como medio de prueba, su admisión debe ser examinada a la luz de los principios constitucionales y prerrogativas legales, especialmente tratándose de la garantía de confrontación con la que cuenta el acusado a través de su abogado defensor, la posible afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar, y su posibilidad de pronunciarse sobre el cumplimiento de las reglas sobre admisión de prueba de referencia, y si es el caso del testimonio adjunto.

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en sus pronunciamientos, al resaltar que el derecho a la confrontación en materia de prueba testimonial, se estructura por cuando permite la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (Corte Suprema de Justicia AP, 2015, Rad. 46153; CSJ SP, Rad. 44056, 2015; CSJ SP, Rad. 41.667, 2016; CSJ SP, Rad.43916, 2016).

En el tema que nos ocupa, una vez se cumplen los requisitos de incorporación de las declaraciones previas como testimonio adjunto, se procura un punto de equilibrio entre los

derechos del procesado y los derechos de la víctima, para el primero la garantía de los derechos de contradicción y confrontación y para el segundo la materialización de la justicia.

Como ya se expuso anteriormente, la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones previas al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte, para que pueda ser valorada por el juez.

Como estas declaraciones anteriores deben incorporarse a través de su lectura, sea por el mismo testigo que en caso de estar incapacitado para hacerlo serán leídas por quien conduce el interrogatorio, permitiéndole de esta manera a la parte contraria mediante el conainterrogatorio ejercer la confrontación de su contenido.

Es importante recalcar que esta lectura de la declaración previa de ser efectuada en el curso del interrogatorio por quien lo ofrece, mas no por un tercero, para que así mismo, la parte contraria tenga la posibilidad de controvertir el contenido incriminatorio, formular sus preguntas frente a las inconsistencias que encuentra entre lo dicho en juicio y las manifestaciones previas, y por ende ser valorados conforme a la sana critica por el fallador.

Sumado a lo anterior, y que también se considera un espacio propicio para que la parte contraria ejerza su derecho a la confrontación, surge en el momento en que la Fiscalía exterioriza su solicitud de incorporación de la manifestación antecedente como testimonio adjunto solicitándose la condición necesaria de que el testigo se retracte de sus aseveraciones iniciales o las modifique, puesto que su incorporación debe ser solicitada oportunamente, y en cumplimiento de los demás requisitos, frente a lo cual el acusado a través de si defensor puede oponerse a tal incorporación y controvertir los fundamentos de la misma, por violación del debido proceso probatorio.

En este orden de ideas, la incorporación de una declaración como testimonio adjunto debe ser oportunamente solicitada por la parte interesada, y cumpliendo para su consiguiente valoración, con la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores manifestaciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la declaración previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos; condiciones que serán objeto de refutación para la parte contraria en garantía de sus derechos de confrontación y contradicción (Corte Suprema de Justicia, Radicado 52045, 2020).

III. CONCLUSIONES

La Fiscalía en los procesos en los que se investiga la comisión de delitos sexuales contra menores de edad, además del cumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, debe ejecutar las exigencias de debida diligencia que impone el principio *pro infans*, según el cual debe aunar todos sus esfuerzos investigativos para materializar los derechos fundamentales de los menores víctimas y en garantía de la búsqueda de la verdad, justicia, reparación y no repetición; al respecto con la expedición de la Ley 1653 de 2013, los procesos penales adelantados contra dichos ilícitos deberán cumplir con las medidas para evitar la revictimización especialmente cuando los menores víctimas participen como testigos en el juicio oral, tendencia que incluso se aplicaba antes de la expedición de esta ley.

A partir de la expedición de la Ley 1652 de 2013, el Legislador adicionó tres disposiciones del Código de Procedimiento Penal como medidas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales:

1. El artículo 206A, dispuso que además de lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, en un espacio físico acondicionado (Cámara de Gesell) en el que será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito, esta entrevista forense se presentará a través de un informe que constituye un elemento material probatorio y por el cual podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

2. El artículo 275 del CPP, dispuso que también se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206^a, y

3. El artículo 438 del CPP, estipula dentro de las excepciones de admisión de la prueba de referencia, el declarante 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.

La Corte Constitucional se pronunció respecto al alcance de la Ley 1652 de 2013, en la Sentencia C177 de 2014, y frente a la entrevista forense de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales constitutiva de elemento material probatorio, expuso que la misma como prueba de referencia no desconoce los derechos a la igualdad, debido proceso, defensa, contradicción ni el acceso efectivo a la administración de justicia, en razón que es de admisión excepcional que requiere ciertas condiciones para su práctica y puede ser cuestionada por la parte contra la cual se aduce.

Sin embargo, que los menores de edad víctimas 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, no sean llamados al juicio oral a rendir testimonio, no es una prohibición que este establecida en el ordenamiento jurídico, lo que ocurre en la práctica judicial es que esta participación del menor como testigo está condicionada al cumplimiento de reglas estrictas y medidas específicas de protección de su interés superior, pero no prohibida.

En este sentido, la Fiscalía cuenta con varias herramientas para que incorpore como prueba esta versión de los menores víctimas y que la misma constituya a través de su práctica, el mecanismo de llevar al juez a su convencimiento de los hechos y posterior decisión, materializando los derechos de las víctimas y, a la vez las garantías de contradicción y confrontación del acusado.

Dentro de estos mecanismos, entre otros, se encuentran tanto la prueba de referencia como la incorporación del testimonio adjunto:

La prueba de referencia reglamentada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, incorpora en su literal (v) al declarante es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Código Penal, así concurra a juicio oral, prueba que está dotada de un procedimiento para su incorporación, y que deben acreditarse por la parte interesada para que el juez la admita, momento que también le permitirá a la parte contra la cual se aduce la prueba pronunciarse y si es el caso controvertir la satisfacción de exigencias que habilitan su incorporación en desarrollo de su derecho a la contradicción y confrontación.

Por su parte, el testimonio adjunto, no está consagrado expresamente en el Código de Procedimiento Penal, pero si ha sido desarrollado por la jurisprudencia considerando que en la práctica judicial, los menores víctimas de los delitos sexuales que asisten al juicio como testigos pueden a la vista pública modificar o retractarse de sus manifestaciones realizadas antes del juicio, de ahí la necesidad de que la Fiscalía incorpore como testimonio adjunto, sus manifestaciones anteriores como complemento a las realizadas en el juicio para refrescar memoria e impugnar su credibilidad, que también como ocurre en la prueba de referencia y en consonancia con el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, se garantice a la parte contraria la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción.

De igual manera, se han establecido unos requisitos para incorporar al juicio una declaración previa como testimonio adjunto, dentro de los cuales se encuentran: 1. El declarante debe retractarse en la vista pública de lo narrado antes. 2. El testigo debe estar disponible tanto física como funcionalmente para declarar en el juicio. 3. La declaración anterior debe ser incorporada a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, y 4. Que la parte interesada solicite en el desarrollo del juicio la incorporación de la declaración anterior, como prueba, al percatarse de la retractación del testigo o de la modificación de sus manifestaciones.

La incorporación del testimonio adjunto en cumplimiento de sus requisitos, le permite a la contraparte oponerse que no es otra cosa que hacer uso de su derecho a la confrontación y contradicción, y como esta incorporación como prueba de una declaración rendida por fuera

del juicio oral, constituye una excepción también a la regla general del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, y en un supuesto de afectar derechos de la contraparte, esta tiene la posibilidad de oponerse a que sea incorporada.

De esta manera, la regla fundamental en el testimonio como prueba de referencia es la no disponibilidad del declarante en el juicio oral o su disponibilidad es física de tal manera que se niegue a través del silencio a ofrecer la información que se indaga. Y es que precisamente esta indisponibilidad del testigo o disponibilidad relativa es la que permite que sus manifestaciones anteriores puedan ser introducidas al juicio oral como prueba de referencia admisible, contrario a lo que ocurriría si el testigo está disponible física y funcionalmente para rendir su testimonio en juicio considerando que pueda retractarse o modificar su manifestaciones anteriores, frente a lo cual la parte interesada deberá cumpliendo los requisitos incorporar como testimonio adjunto las aseveraciones realizadas antes del juicio, y siendo uno de estos requisitos indispensables la oportunidad de pronunciación para el acusado sobre su incorporación.

BIBLIOGRAFÍA

Amador, C. O & Agudelo, E. S. (2018). La prueba pericial: análisis estructural para una garantía de imparcialidad en el proceso civil colombiano. Consultado en https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4981/T_MDPC_286.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Bedoya, S. L. Primera Edición, (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación. Pág.120.

Botero, M. C., & Restrepo, S. E. (2006). ¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia. Consultado en <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20transicional%20sin%20transici%C3%B3n.pdf>

Climent, D. C. (1999). La Prueba Penal. Valencia. Tirant lo Blanch. P. 18.

Corte Constitucional, Sentencia T 554 (2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-55403.htm#:~:text=menores%20de%20edad,-,La%20garant%C3%ADa%20del%20derecho%20a%20la%20igualdad%20de%20los%20menores,ejercen%20funciones%20de%20Ministerio%20P%C3%ABlico>

Corte Constitucional, Sentencia C- 396. (2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>

Corte Constitucional, Sentencia T-555 (2009). M.P. Luis Fernando Vargas Silva. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-555-09.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C144, (2010). M.P. Juan Carlos Henao Perez. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-144-10.htm>

Constitucional, Sentencia T 117 (2013). M.P. Alexei Julio Estrada. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-117-13.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-177 (2014). M.P. Nelson Pinilla Pinilla. Consultado en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-177-14.htm#_ftn86

Corte Constitucional, Auto-009, (2015). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Consultado en <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202015/Auto%20009%20del%2027%20de%20enero%20de%202015seguimiento%20ordenes%20%20y%203%20del%20auto%20092-08.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia T 008, (2020). M.P. Diana Fajardo Rivera. Consultado en [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2020/SP934-2020\(52045\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jun2020/SP934-2020(52045).pdf)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2006). Radicado 24468. Consultado en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/VALOR%20PROBATORIO2.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 27477, (2008). Augusto Ibáñez Guzmán. Consultado en https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_penal_e._no._27477_de_2008.aspx#/

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2009). Radicado 31950. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Consultado en <http://editorapublica.com/?p=76192>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (2013). Radicado 41109.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 44056, (2015). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WJBUDjhRjEAJ:https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/1277_CSJSP-Rad-44056.doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 45581, (2017). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1VVONBgpnYAJ:https://cortesu-prema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/03/SP3623-201748175.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 43651, (2018). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Consultado en <https://www.edileyer.com/tienda/data-leyer/sala-penal/>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 55651, (2019). M.P. Patricia Salazar Cuellar. Consultado en <https://app.vlex.com/#vid/845670853>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 52045, (2020). M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Consultado en <https://app.vlex.com/#vid/845670853>

Ley 1098, (2006). Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia. Consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Lubet, Steven, Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice. National Institute for Trial Advocacy. 1993. p 262.

Martínez, M. I. (1998). El Testigo de Referencia en el Proceso Penal. Valencia: Tirandt lo Blanch.

