

La prueba de referencia en el proceso penal colombiano: el equilibrio entre el derecho a probar y el derecho de confrontación cuando el testigo no está disponible

Mateo Mejía Gallego

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Magíster en
derecho penal**

Director

Víctor Hugo Ospina Vargas

Universidad Santo Tomás

Bogotá - Colombia

2017

DEDICATORIA

Este texto está dedicado a cuatro personas, sin las cuales, la materialización del mismo no hubiese sido posible:

A mi profesor de derecho procesal penal de pregrado, que en cada clase, con pasión, determinación y vehemencia, me enseñó la importancia del respeto de las garantías y derechos fundamentales de las personas que se ven inmersas en el rito penal. Desde aquel entonces, gracias a este Maestro, hoy director de esta tesis, decidí emprender el difícil pero orgulloso camino del derecho penal.

A mi esposa Marisol, estudiosa y crítica del derecho, cuyos aportes no solo fueron de comprensión y paciencia, sino que muchas de sus ideas metodológicas y temáticas se materializaron a lo largo de este texto.

A mis padres, quienes nunca han dudado en invertir todos sus esfuerzos en mi formación académica.

Tabla de contenido

Introducción.....	4
Diseño metodológico.....	6
1. El contexto histórico de la prueba de referencia	8
1.2. ¿Dónde se origina la prueba de referencia?.....	8
1.2.1. Antecedentes históricos normativos de la prueba de referencia y figuras análogas en el proceso penal colombiano.....	13
2. Prueba de referencia: Concepto y elementos constitutivos	17
2.1. ¿Qué es la prueba de referencia?.....	17
2.1.1. ¿Cuáles son los elementos constitutivos de la prueba de referencia?	21
2.1.1.1. Declaración.....	22
2.1.1.2. Extra juicio (Por fuera del juicio oral)	23
2.1.1.3. Que sirva para probar la verdad de los hechos de la declaración.	23
2.2. Regulación de la prueba de referencia como excepción probatoria	27
2.2.1. Regulación en el derecho norteamericano y puertorriqueño.	37
3 Derecho de confrontación.....	43
3.1. Concepto y alcance del derecho de confrontación.....	43
3.1.1. El derecho al careo.....	46
3.1.2. El derecho a contrainterrogar.....	48
3.1.3. El derecho a la exclusión de pruebas en contra.....	56
4. La valoración probatoria en el proceso penal colombiano.....	59
4.1. La sana crítica y la razonabilidad de la prueba	62
4.2. Tarifa legal negativa como limitante excepcional para la valoración de la prueba de referencia	69
4.3. La tarifa legal negativa sobre la valoración de la prueba de referencia no puede convertirse en un formalismo fácilmente burlado.....	73
5. ¿Qué sucede con un testigo que se rehúsa comparecer al juicio en el proceso penal colombiano?	76
5.1. ¿Qué sucede con la declaración de un testigo que se rehúsa comparecer al juicio?	80
6. Conclusiones	89
7. Bibliografía	94

Introducción

Si en algún rincón académico o en la más distinguida tertulia especializada en nuestro país, se preguntase por las grandes ideas dadas por Ernst Von Beling, sobre el derecho procesal penal, seguramente las objeciones de los especialistas no dejarían terminar la pregunta y en el acto corregirían al intrépido curioso, diciéndole que se está confundiendo a uno de los padres alemanes del sistema causalista-naturalista del delito y que sus aportes fueron dados exclusivamente a la verdadera ciencia del derecho penal: la dogmática. Esto se explica, en la medida que la academia colombiana ha difundido el hecho de que los grandes autores de tradición germana son reconocidos como dogmáticos del derecho penal material, dejando a un lado sus grandes contribuciones realizadas al derecho procesal penal (Beling, Ambos, & Guerrero, 2009)

Otra posible explicación de lo anterior es la práctica que desmerita la teoría procesal, reduciéndola despectivamente a un procedimentalismo superficial, dejando en el olvido que, sin el derecho procesal penal, las valiosas teorías dogmáticas que desde la comodidad de las aulas se profesan, quedarían en simples ideas sin capacidad de materializarse en aquel escenario jurídico práctico donde se pone en juego la libertad de las personas. Por lo tanto, el derecho procesal penal no es un formalismo, pues con cada imprecisión o yerro en esta área, lo que debería ser un proceso con todas las garantías, puede terminar convirtiéndose en una aguda minusvalía avalada por una curiosa jurisprudencia de necesidades (Beling, Ambos, & Guerrero, 2009).

Consiente de la problemática anterior, hace más de cien años, Ernst Von Beling, el profesor de derecho procesal penal de la Universidad de Breslavia (Beling, 1925), en una conferencia inaugural, nombraba por primera vez el término de “prohibición probatoria”, expresión con la cual quería manifestar que existen limitaciones en la averiguación de la

verdad dentro de la investigación del proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectivo e individual. Esta postura dada a comienzos del siglo XX, dentro del marco de un Estado de Derecho que en su manifestación más desarrollada buscaba la protección de los derechos constitucionales, en especial los de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, anunciaba la importancia de las prohibiciones probatorias en el rito penal (Beling, Ambos, & Guerrero, 2009).

Desde aquel entonces, Beling -el procesalista-, demuestra la importancia de las instituciones de índole procesal penal, pues sin estas, el derecho material quedaría relegado al abstracto teórico, inalcanzable, sin poder materializar las garantías constitucionales, producto de los avances de la humanidad en contra de la arbitrariedad. Lo que planteó Beling, en aquel entonces, es lo que busca retomar la presente investigación: “las prohibiciones probatorias del derecho procesal penal”, pero esta vez, descendiendo la temática a la prohibición de la prueba de referencia y a su admisión excepcional en el proceso penal colombiano.

En el presente texto, el lector encontrará, en el primer capítulo, el “contexto histórico de la prueba de referencia”, donde se determinará cuál fue la justificación para su regulación y en donde surgió. En el segundo capítulo, se desarrollará el concepto y los elementos constitutivos de la prueba de referencia. El tercer capítulo será el espacio para determinar qué se entiende por el derecho de confrontación y si este es un elemento de la prueba de referencia o una garantía. En el cuarto capítulo, se abordará la valoración probatoria en el proceso penal colombiano, aterrizando dicho método a la prueba de referencia; y, en el quinto y último capítulo, se establecerán las consecuencias y soluciones jurídicas cuando el testigo se rehúsa a comparecer al juicio en el proceso penal colombiano.

Diseño metodológico

El problema de la investigación se justificó en la medida que, la prueba de referencia originaria de los sistemas penales con tendencia acusatoria adversarial no se ha entendido en Colombia en debida forma, una razón de ello es nuestra tradición jurídica fundada en el “Civil Law”, influencia que ha limitado la aplicación procesal penal de este medio de prueba en circunstancias no taxativas en la ley, pero que en esencia pueden llegar a ser consideradas admisibles en la práctica del juicio oral, tal como la no disponibilidad de un testigo. Por lo anterior, la pregunta de la presente investigación se formuló de la siguiente manera: ¿La declaración anterior de un testigo que se rehúsa a comparecer al juicio oral puede admitirse como prueba de referencia en el proceso penal colombiano?

La hipótesis planteada en el proyecto de investigación fue la siguiente: La presente investigación parte de la hipótesis inicial, que la declaración anterior de un testigo que se rehúsa a comparecer al juicio oral puede admitirse como prueba de referencia en el proceso penal colombiano, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos para ser considerada prueba de referencia, y la parte que la pretende hacer valer, junto con el juez de conocimiento demuestren que han realizado todo lo jurídicamente posible para que el testigo se presente en el juicio.

Con relación a la metodología empleada, esta corresponde a un método lógico, con el cual se abordó los diferentes estadios de la investigación utilizando el pensamiento en sus funciones de análisis y deducción. El enfoque del método lógico fue completamente cualitativo, brindándole un alcance explicativo al texto, el cual está compuesto por fundamentos teóricos expuestos como acciones mentales interconectadas por la dialéctica o que se complementan lógicamente.

En un primer momento, se buscó describir el contexto histórico de la prueba de referencia. Luego, en un segundo momento, se analizó el concepto de prueba de referencia y sus elementos constitutivos, para proceder a deducir su íntima relación con el derecho de confrontación, el cual se erige como una garantía esencial para el procesado, además de figurar como elemento para determinar cuándo se está frente a una prueba de referencia. En tercer lugar, se analizó el tipo de valoración probatoria vigente dentro del sistema procesal penal colombiano, explicando que el mismo se basa en la sana crítica y la razonabilidad de la prueba, sin descartar por completo el sistema de tarifa lega. En cuarto y último lugar, deductivamente se analizó la situación fáctica y jurídica objeto de estudio, esto es la falta de voluntad del testigo para comparecer a juicio oral a rendir su declaración.

Con ello y por medio del estudio analítico de la razón de ser de la existencia de la tarifa legal negativa, se logró concluir que la misma se expone como limitante excepcional para la valoración de la prueba de referencia en Colombia por el hecho de ser considerado este medio probatorio como una violación a las garantías del acusado. De manera que, el resultado de la investigación confirmó la hipótesis planteada en el proyecto diseñado, dando como respuesta que es posible tener como prueba de referencia admisible la declaración de un testigo que se rehúsa a comparecer a juicio oral, siempre y cuando se cumplan los estrictos requisitos de la indisponibilidad del testigo. En síntesis, la investigación tiene un enfoque cualitativo donde se utilizaron métodos de descripción, explicación y conceptualización de los fenómenos objeto de estudio, que fueron coherentes con la línea de investigación jurídica procesal del programa de Maestría en derecho penal de la Universidad Santo Tomás.

1. El contexto histórico de la prueba de referencia

Todo campo social, incluyendo la justicia penal, se ha ido configurando históricamente a través de relatos y tradiciones. Las instituciones jurídicas se han gestado por el transcurrir de los años y su estructura actual es el resultado de un primer origen, que es necesario esclarecer para entender su esencia y utilidad. No obstante, expresa Alberto Binder, carece de utilidad un simple relato histórico, que no tuviese la capacidad de mostrarnos su presente; pues toda historia se construye desde la actualidad. “Ni somos esclavos del pasado ni podemos deshacernos de él: es una compañía que a veces nos empuja hacia adelante y otras tantas nos impide avanzar, pero siempre está ahí” (Binder, 2015, pág. 1293).

Revisar el contexto histórico de la institución jurídica de la prueba de referencia en materia penal, permite comprender no solo la esencia estructural y utilidad de la figura, sino también la justificación o necesidad de su creación y en qué modelo o sistema procesal penal surgió, circunstancia de gran relevancia para entender la regulación actual de la prueba de referencia en Colombia.

1.2. ¿Dónde se origina la prueba de referencia?

El concepto de “prueba de referencia” surge dentro de la tradición del *common law*, bajo los presupuestos de los sistemas procesales penales denominados acusatorios y adversariales (Vélez, 2010). Se afirma que las reglas que giran en torno a la prueba de referencia son el resultado histórico de la costumbre judicial del sistema anglo-americano de adjudicación de disputas, donde la norma de exclusión o rechazo de la prueba es una característica fundamental de este sistema. Thayer, citado por Vélez (2010), expresa que las reglas de exclusión -entre estas la prueba de referencia-, son creadas para limitar la información al jurado, pues este es lego y desconoce aspectos de derecho que le impiden diferenciar las pruebas que debe valorar, de las que debe excluir.

A diferencia de la cultura anglosajona, el derecho continental europeo, de tradición inquisitiva, ha adoptado un sistema procesal unitario, amparado por el principio de legalidad, donde un juez conocedor de la ley es quien decide sobre la responsabilidad penal y no un jurado, existiendo múltiples diferencias entre un sistema y otro. En cuanto a la prueba de referencia, el sistema continental europeo ha declinado o no ha utilizado esta figura; sin embargo, el sistema inquisitivo incorporó medidas probatorias análogas, encaminadas a restringir el uso de lo que la doctrina denominó: “información derivada o de segunda mano” (Vélez, 2010). Al respecto Damaska (1992), explica que el sistema continental europeo, al emplear jueces profesionales, conocedores del derecho, y a la vez estructurar el proceso de forma episódica, no tuvo la necesidad de reglamentar la prueba de referencia; sin embargo, lo anterior -expresa el autor-, no significa que el sistema inquisitivo haya quedado huérfano de restricciones contra la prueba de segunda mano.

En síntesis, concluye Damaska (1992), el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de las reglas de exclusión, entre ellas la prueba de referencia, puede atribuirse, pues, a la naturaleza bifurcada (juez-jurado) del proceso de adjudicación¹ anglosajón; a la presencia de jueces legos (jurado); y a la estructura unitaria – es decir, no episódica como el inquisitivo- del proceso judicial. Por su parte, Wigmore (1974) se ha referido a la regla de prueba de referencia “como la regla más característica del sistema probatorio anglo-americano, una regla que, después del sistema de juicio por jurado, puede ser considerada la principal contribución a los métodos procesales del mundo de ese eminentemente práctico sistema jurídico” (Wigmore J. , 1974).

¹ La adjudicación es el acto judicial que consiste en la atribución de una cosa; en otras palabras, es acoger las pretensiones de la parte vencedora dentro del proceso judicial.

McCormick (2006) sitúa el origen de la regla de prueba de referencia en el siglo XVI, al afirmar que en aquel momento surge la necesidad de emplear una regla de exclusión, que pudiese limitar las declaraciones de los testigos que comparecían a declarar en procesos públicos ante jurados. El mencionado autor, cita el célebre caso de “Sir Walter Raleigh”, el cual fue condenado por sedición contra la Corona inglesa, con base en prueba de referencia múltiple, de allí la urgencia de poner límites a las declaraciones de los testigos.

Enrique Vélez (2010), expresa que, en un comienzo, en el derecho inglés, la prueba de referencia se le conocía como “cuento de un cuento” o “una historia que proviene de la boca de otro”. Estas denominaciones, expresa el autor puertorriqueño, dejan entrever la principal razón de desconfianza que la prueba de referencia suscitaba: un testigo o un documento, pretende comunicarle al juzgador la declaración extrajudicial hecha por otra persona, que no puede ser escuchada directamente en el juicio. Lo anterior deja entrever que, la prueba de referencia, desde su génesis era considerada como sospechosa, en la medida en que su proponente pretende demostrar un hecho con el dicho de un declarante que no está en la silla de los testigos, sino que su declaración ingresa a través de otra persona que escuchó la declaración, sin que le conste su veracidad.

Una de las características del derecho anglosajón, es que es la costumbre judicial la que ha permitido la evolución de sus figuras procesales. La doctrina que gira alrededor de la prueba de referencia progresó de manera gradual, a la par de la costumbre probatoria, gracias a las decisiones de los tribunales de apelación que decidían casos concretos. Vélez expresa que, en los Estados Unidos, el derecho evolucionó de forma relativamente homogénea:

(...) a pesar de la plétora de jurisdicciones y la falta de oportunidad para las cortes apelativas de poder decidir la gran variedad de *issues* (cuestiones) que surgían cientos de miles de veces en decenas de miles de tribunales de la nación (2010, pág. 6).

Concluye Parker que la mencionada homogeneidad en el desarrollo del derecho probatorio, incluyendo la doctrina sobre la prueba de referencia, es consecuencia de su evolución a manera de un idioma, esto es, influenciado por su uso cotidiano por parte de abogados, las decisiones de tribunales de instancia y las opiniones de tribunales apelativos. (Vélez, 2010)

El problema que menciona Parker sobre la falta de oportunidad de las cortes apelativas para decidir ciento de asuntos, obedece a que en un principio no tenían potestad para crear ciertas reglas de derecho. En igual situación tuvo su origen la regla de exclusión probatoria, pues su creación se da a partir del fallo *Week's Vs Estados Unidos* emitido en el año 1914 (Daza, 2015), donde se estableció una regla de exclusión aplicable únicamente en las Cortes federales. Cincuenta años más tarde, la Corte Suprema, a través de la famosa decisión *Mapp Vs Ohio* le dio un alcance extensivo, bajo el entendido de que dicha regla, sería aplicable para todos los tribunales (Guerrero, 2011).

Continuando con el origen de la prueba de referencia, esta tiene su premisa fundamental en la inherente falta de confiabilidad que supone la “prueba de segunda mano” cuando se pretende presentar a través de alguien distinto al declarante (Green, Nesson, Murray citado por Vélez, 2010). La aplicación de esta norma en el derecho anglo-americano no ha sido uniforme, especialmente sobre a la solución que debe dársele. En algún momento, la regla permitió que se admitiera la prueba de referencia para fines de “confirmar otra prueba” (Green, Nesson, Murray citado por Vélez, 2010, p. 6). Con el transcurrir del tiempo y por razones de escepticismo por la posibilidad de errores en la transmisión de la información, se implementó como remedio procesal la aplicación de la regla de exclusión para impedir que ingresara al acervo probatorio la prueba basada en el relato de otro. (McCormick, 2006).

La constante controversia con relación a la confiabilidad de la prueba de referencia, fue el motivo principal para la regulación de la regla, pues la ausencia de confrontación, puso de manifiesto su falta de confianza en dicho medio de prueba, aunado al quebrantamiento del principio constitucional de confrontación. McCormick (2006) hace referencia que, a mediados del siglo XVII, las sentencias de los tribunales ingleses empiezan a incorporar críticas sobre la prueba de referencia. A su vez, Wigmore (1974), afirma que el periodo entre 1675 y 1690 fue el momento en que en Inglaterra se materializó la regla de prueba de referencia. Por su parte Vélez complementa diciendo que hasta el siglo XX en norteamérica, el tema de la prueba de referencia, incluyendo sus excepciones, se desarrolló con base en la casuística, aplicándose de esta manera el principio doctrinal a situaciones fácticas concretas, hasta llegar a las reglas de evidencia que hoy se conocen y las cuales se abordaran más adelante (2010).

El desarrolló de la doctrina de la prueba de referencia a través del método casuístico, determinó que la función de la regla de prueba de referencia es excluir o rechazar las declaraciones de segunda mano, pues estas no generan confiabilidad. La expresión utilizada por el derecho angloamericano para aludir el efecto de la aplicación de la prueba de referencia es “*exclusionary*”. Como lo expresa Vélez, no existe una traducción al castellano adecuada de dicha expresión anglicana; posiblemente la expresión “rechazo” (Ospina V. , 2015) para américa latina o específicamente para Colombia “inadmisión” sean los vocablos más semejantes (2010).

En síntesis, la regla de prueba de referencia surge en la cultura anglosajona, con la finalidad de que los jurados no estuvieran impresionados por declaraciones extrajudiciales y desconocieran así los problemas latentes de percepción, memoria, narración y sinceridad que trae consigo este medio de prueba; por ello, desde el siglo XVI empieza a gestarse en la

costumbre del derecho (*common law*) a través de la casuística, hasta nuestros días, la regulación de la prueba de referencia y sus excepciones.

1.2.1. Antecedentes históricos normativos de la prueba de referencia y figuras análogas en el proceso penal colombiano.

La tradición jurídica colombiana, a raíz de la conquista española, fue influenciada en sus orígenes por el sistema continental europeo. Teniendo en cuenta que la figura procesal de la prueba de referencia es una institución propia de la cultura jurídica anglosajona, en Colombia esta institución, en materia penal, se materializa con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, que trajo consigo la implementación del denominado sistema procesal penal con tendencia a lo acusatorio y adversarial. Sin embargo, debe recordarse que, a pesar de que el sistema continental europeo declinó la figura de la prueba de referencia, si incorporó medidas probatorias análogas, encaminadas a restringir el uso de la información derivada o de segunda mano. En el contexto histórico normativo colombiano, se puede verificar la influencia de las culturas jurídicas, en el entendido que antes del año 2004, existieron normas que limitaban la información de segunda mano y que eran análogas a lo que hoy conocemos como prueba de referencia (sin que fuese lo mismo). A continuación, se describirán los antecedentes normativos de dicha regulación en Colombia:

En el primer contexto histórico normativo, donde el ordenamiento jurídico penal colombiano estaba influenciado por el sistema continental europeo existieron regulaciones en torno al testigo de oídas. El primer antecedente fue el código judicial de 1931, donde en su artículo 698, disponía textualmente que: “No tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto de haberlo oído de otros, sino cuando recae la declaración sobre hecho muy antiguo, o cuando se trate de probar la fama pública” (Congreso de la República de Colombia, 1931). La anterior regulación, desapareció con la ley 94 del año de 1938, la cual

le dio vigencia al código de Procedimiento Penal del aquel año; igual sucedió con el código de 1971 (Rodríguez, 2012)

El código de procedimiento penal colombiano de 1987 (decreto 50 de 1987) trae a la vida jurídica nuevamente la regulación del “testimonio de oídas”, como manifestación de la incorporación del principio de la libertad probatoria. Expresa Alfonso Rodríguez que en ausencia de un sistema taxativo de regulación de pruebas tanto en el código de 1987, en el artículo 253 del decreto 2700 de 1991 y en el artículo 237 de la ley 600 de 2000, el testimonio de oídas era válido para adquirir certeza y construir resoluciones judiciales sometidas en su valoración a las reglas de la sana crítica (2012).

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de octubre de 1995, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Nilson Pinilla Pinilla, ratificó la visión continental europea o inquisitiva del procedimiento penal, al manifestar que:

(...) el testimonio de oídas no es de por sí prueba deleznable, sino medio de persuasión serio y creíble cuando aparece corroborado y respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudas de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo (1995).

Frente a la concepción de la prueba de segunda mano, desarrollada por la tendencia inquisitiva (que se insiste, es análoga a la prueba de referencia, pero no es igual), también es cierto aludir que una parte de la doctrina de la época criticaba el valor probatorio del testimonio de oídas, aludiéndose a la desconfianza y repulsión de dicho medio de prueba (Saray, 2016). Por ejemplo, en la doctrina europea, pueden consultarse obras como las de Pietro Ellero (1968) y Franciscois Gorphe (1985), las cuales criticaban el valor probatorio del testimonio de oídas. Al respecto, Pietro expresó:

Con respecto a los hechos, el testimonio de oídas no es propiamente una prueba, pues solo es una prueba de la prueba de los mencionados hechos; una prueba que puede

ser ampliamente válida, de una prueba que es siempre débil, puesto que ha sido aducida sin las ventajas y garantías inherentes a las formalidades iniciales (1973).

Por su parte el profesor colombiano Yesid Reyes Alvarado manifestaba que:

La tesis mayoritaria se inclina por otorgar un muy reducido valor al testimonio de oídas o negárselo por completo, sobre el supuesto de que es una declaración de persona que no ha estado en contacto directo con los hechos que relata, lo cual agrega a los errores propios de una percepción (la inicial), los relatos del primer testigo, los errores de percepción del segundo y las deficiencias del relato de este último (1988).

En la actualidad la ley 906 de 2004 regula expresamente, por primera vez en el ordenamiento jurídico penal colombiano, la prueba de referencia creada por la cultura anglosajona que edifica su sistema penal frente a la prueba, en los principios de inmediación y contradicción. Esta regulación normativa, se desarrollará en el siguiente capítulo.

Habiéndose realizado una breve descripción histórica de la regulación normativa en Colombia de la prueba de referencia o figuras análogas, se puede llegar a ciertas conclusiones. La primera de ellas, es que la regulación de la prueba de referencia en Colombia solo se da con la implementación de la ley 906 de 2004, que adopta los postulados del modelo penal angloamericano; pues las anteriores regulaciones no definían el concepto de prueba de referencia, sino que hacían mención a figuras análogas propias de los modelos inquisitivos como el testimonio de oídas, que si bien se relacionan en algunos aspectos con la prueba de referencia, no son la misma institución.

La anterior conclusión a la que se llega en la presente investigación, se fundamenta, en primer lugar, porque antes de la ley 906 de 2004 que materializa los presupuestos del acto legislativo 03 de 2002, nuestro modelo penal estaba influenciado hacia una tendencia inquisitiva (continental europea) del proceso penal y, recuérdese, la prueba de referencia es

propia de los sistemas acusatorios (anglosajones). En segundo lugar en el sistema con tendencia inquisitiva imperaba el principio absoluto de la libertad probatoria, sin que menguara reglas para limitar el valor probatorio de la prueba de referencia (no existía la tarifa legal negativa frente a este aspecto), pudiéndose emitir sentencias condenatorias basadas exclusivamente en pruebas de “segunda mano”.

Es a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y la posterior ley 906 de 2004 que desaparece el principio de la permanencia de la prueba y en oposición a este se consolidan, bajo el nuevo modelo procesal penal, los principios de inmediación y concentración que prescriben que solo es prueba aquella que se práctica en el juicio oral concentrado en presencia de las partes y del juez de juzgamiento. Al respecto de la diferenciación de estos principios propios de cada modelo procesal, la Corte Constitucional de Colombia, expresó:

En efecto, las modificaciones introducidas al proceso penal mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 inciden en el régimen probatorio, por cuanto la construcción de la prueba cambia de escenario, en el sentido de que se abandona el principio de **permanencia de la prueba**, según el cual las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e inmediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías. De tal suerte que los elementos materiales probatorios y las evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

Finalmente, el Tribunal constitucional concluyó:

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser

practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

No puede confundirse esas figuras análogas propias de los sistemas continentales europeos a la prueba de referencia forjada en la cultura anglosajona, pues los principios probatorios que cimientan a cada uno de estos modelos, son opuestos. A continuación, se desarrollará el concepto y los elementos constitutivos de que lo se debe entender por prueba de referencia, lo que permitirá comprender mejor esta figura procesal.

2. Prueba de referencia: Concepto y elementos constitutivos

2.1. ¿Qué es la prueba de referencia?

Definir el concepto de prueba de referencia, no es una tarea pacífica, pues como lo expresa Vélez esta figura procesal se ha formado, definido, regulado y aplicado con fundamento en la casuística; lo que explica, en gran medida, la divergencia de criterios en torno a una definición uniforme. La praxis judicial que han caracterizado el desarrollo del *common law*, ha tenido un papel protagónico en la definición final del concepto (2010).

Antes de brindar una definición de la prueba de referencia, se partirá por afirmar que este medio de prueba es una excepción probatoria en los modelos acusatorios – adversariales donde imperan los principios de inmediación, concentración y contradicción. Por lo anterior, se hace indispensable conocer cuáles son las reglas para que las declaraciones ingresen como pruebas en el juicio oral o, dicho de otra manera, cuáles son las condiciones ideales que tradicionalmente ha exigido el sistema anglo-americano para que las declaraciones puedan ser tomadas como creíbles.

McCormick (2006) expresa que son tres las condiciones que debe tener una declaración de un testigo para que sea creíble:

- i. El juramento
- ii. La presencia del juzgador al declarar el testigo (inmediación)
- iii. La disponibilidad de este para ser contrainterrogado por las partes en el proceso (contradicción).

Las anteriores exigencias han sido impulsadas por la doctrina a través del transcurrir del tiempo con ayuda de la praxis procesal y la experiencia humana (frente a lo que es creíble). Expresa Enrique Vélez, que el cumplimiento de las anteriores condiciones no asegura el éxito frente a la confiabilidad de la declaración, es decir, que lo que se dice sea cierto (2010); sino que, como lo advierte Mueller y Kirkpatrick (2015), esas condiciones ideales constituyen salvaguardas que el procedimiento judicial provee para reducir los riesgos de la prueba de referencia. Lo anterior cobra sentido por cuanto el contexto y las circunstancias que caracterizan la prestación de la prueba de referencia, como su elemento de extrajudicialidad, suponen de por sí, la ausencia de una o más de estas condiciones. El estricto cumplimiento de las tres condiciones induce a los testigos a esforzarse en la presentación de sus testimonios, así como facultar a las partes en la detección de imprecisiones y omisiones en la presentación de la declaración. Se afirma que, la ausencia de los requisitos priva a la parte contra la cual se ofrece la declaración de poder exponer las debilidades testimoniales del declarante y, es por ello que se justifica la prohibición general de la admisibilidad de la prueba de referencia, siendo esta admisible solo en algunos casos de manera excepcional.

Una vez expuesto lo anterior, para establecer un concepto de “prueba de referencia” debe tenerse en cuenta la regulación normativa, la jurisprudencia y la doctrina. Al respecto

el artículo 437 de la ley 906 de 2004 (CPP), define la prueba de referencia de la siguiente manera:

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

Varios doctrinantes expresan que la concepción de la prueba de referencia en el ordenamiento jurídico penal colombiano tiene una marcada incidencia del derecho de Puerto Rico (Bedoya, 2013), y aunque presenta algunas diferencias sustanciales, las mismas se han ido acortando a través de las decisiones judiciales de las altas Cortes en los últimos años. Al respecto citan el x|, que expresa lo siguiente:

Se adoptan las siguientes definiciones relativas a pruebas de referencia:

(a) Declaración: Es (a) una aseveración oral o escrita; o (b) conducta no verbalizada de la persona, si su intención es que se tome como una aseveración.

(b) Declarante: Es la persona que hace una declaración.

(c) Prueba de referencia: Es una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

Bedoya expresa que, el artículo 437 del CPP tiene grandes similitudes con el artículo 801 de las Reglas de Prueba puertorriqueñas, a excepción de dos circunstancias: la definición de declaración y declarante y “que la declaración se presente con la intención de demostrar la verdad de lo aseverado” (2013). La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha tratado de suplir el déficit o vacío conceptual, para asemejarse a la regulación de Puerto Rico. En el año 2008, el Tribunal de cierre de la justicia ordinaria colombiana (Rad 27477 de 2008),

siguiendo los postulados del derecho comparado, manifestó que uno de los requisitos para identificar la prueba de referencia es que dicha declaración sea presentada para demostrar la verdad de lo aseverado, asemejándose de esta manera a la disposición del numeral “C” de las reglas de prueba de Puerto Rico (2008).

Sin embargo, pese que la Sala Penal de Corte Suprema de Justicia de Colombia y parte de la doctrina señalen a las reglas de evidencia de Puerto Rico como la fuente de influencia a la regulación colombiana, en realidad son las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos de Norteamérica las que han regulado primariamente la prueba de referencia sirviendo de influencia a las Reglas de Evidencia de Puerto Rico² y por ende a la regulación normativa colombiana (Ley 906 de 2004), pues tal como se expresó en el capítulo primero, es en dicho país donde a través de la casuística tuvo su origen la regulación del mencionado medio probatorio.

Al respecto, la regla 801 de las Reglas Federales de Evidencia³, refieren al testimonio de oídas o “Hearsay”, como la “aseveración oral o escrita, o conducta no verbalizada (gestos, muecas, ademanes), afirmando o negando algo, que hace una persona por fuera del juicio, y que es ofrecida en juicio como evidencia para probar la verdad de lo aseverado” (Acevedo, 2011). Como puede observarse, la definición de prueba de referencia contiene unos elementos estructurales, que son indispensables conocer para comprender correctamente el concepto. A continuación, se expondrán los elementos constitutivos de la prueba de referencia.

² Recuérdese que Puerto Rico es un Estado Libre Asociado de EE.UU.

³ El numeral C de la regla 801 de las Reglas Federales de Evidencia expresan: “(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement” (1975)

2.1.1. ¿Cuáles son los elementos constitutivos de la prueba de referencia?

En la actualidad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, parece tener una definición o interpretación pacífica de lo que debe entenderse por prueba de referencia. Al respecto una sentencia reciente de la Sala Penal, expresa lo siguiente:

Esta Corporación ha emitido un sinnúmero de pronunciamientos sobre esta temática.

Sobre el concepto de prueba de referencia, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, ha resaltado que se trata de: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio (Sentencia del 25 de enero. Radicado No. 526021, 2017)⁴.

A parte de los anteriores elementos señalados, se suma una consecuencia de gran relevancia para identificar a la prueba de referencia: la limitación al derecho de confrontación. Dada la importancia de la afectación al derecho de confrontación que se produce con la admisión excepcional de la prueba de referencia, este aspecto será abordado detalladamente en el siguiente capítulo. Por el momento se dirá que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁵, ha complementado los elementos conceptuales de la prueba de referencia, al determinar que la admisión de declaraciones anteriores al juicio oral, a título de prueba de referencia, tiene como consecuencia impedir o limitar el ejercicio del derecho a la confrontación, porque, generalmente, la otra parte no tiene la oportunidad de controlar el interrogatorio y formularle preguntas al testigo.

⁴ En igual sentido las providencias: CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 6 marzo. 2008, Rad. 27477; CSJ SP, 16 marzo. 2016, Rad. 43866, (SP 3332 de 2016; 31614(22-07-09) 36023(21-09-11); 34703(14-12-11); AP3455-2014(43303); SP8611-2014

⁵ Sentencia Sala Penal Rad. 3332 de 2016, entre otras.

Lo anterior quiere decir que, como el testigo que rindió la declaración anterior, no comparece a juicio, la defensa no puede controlar su declaración a través de objeciones (en el interrogatorio directo) o de preguntas (en el conainterrogatorio), por lo que indiscutiblemente se ve afectado el derecho de confrontación; dicha afectación es una de las consecuencias de la prueba de referencia.

Más allá de la discusión respecto a los criterios que sirven para reconocer o diferenciar a la prueba de referencia, se pueden identificar tres elementos estructurales de este medio probatorio, los cuales se explicarán a continuación:

2.1.1.1. Declaración.

El primer elemento de la prueba de referencia, parece entenderse mejor, cuando se revisa la regla 801 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, pues allí se da una definición clara en el idioma castellano y bajo el contexto de la prueba de referencia. Esto también lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues al intentar clarificar el concepto de “declaración” ha acudido a la regulación penal puertorriqueña, expresando que, se entenderá por “declaración” alguna de estas dos cosas: a) cualquier aseveración oral o escrita, o b) cualquier conducta no verbalizada de la persona, si su intención es que se tome como una aseveración (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016A)⁶.

La definición de declaración, aclarada por la Corte Suprema de Justicia, incorpora un elemento interesante, pues no necesariamente la aseveración que compone la declaración

⁶ No puede olvidarse, que la regla 801 de las Reglas Federales de Evidencia, es la primera en adoptar dicha regulación. Sin embargo, el idioma castellano de las reglas de evidencia de Puerto Rico, facilita la comprensión de esta figura a los demás países hispanohablantes, lo que explica por qué se acude a dicha fuente.

debe ser oral o escrita, también podría tenerse como tal, una seña, un gesto o cualquier movimiento corpóreo o conducta que permita negar o afirmar algo.

2.1.1.2. Extra juicio (Por fuera del juicio oral)

El segundo elemento hace referencia a que la declaración se materialice por fuera del juicio oral; es decir, que el testigo que tuvo la ocasión de percibir u observar un hecho de manera directa, afirma o niega algo del hecho, pero lo hace por fuera de la audiencia de juzgamiento. En otras palabras, el testigo que da la declaración porque le consta directamente la afirmación o negación de algo, no comparece a juicio a declarar en presencia del juez y de las partes.

2.1.1.3. Que sirva para probar la verdad de los hechos de la declaración.

El tercer elemento, hace referencia a que la declaración sea tenida como medio de prueba para probar la verdad de los hechos de la declaración, pues si es un objeto de prueba, no será de referencia. Para poder comprender este elemento se hace necesario tener claro que al juicio oral las partes pueden llevar una declaración anterior al juicio (contenida en un documento o a través de un testigo) para demostrar alguna de estas dos cosas:

- A) Para probar que lo afirmado o negado por la declaración es verdadero
- B) Para probar que la declaración existió.

Si es para probar que lo afirmado o negado por la declaración es verdadero, será prueba de referencia (medio de prueba), pero si es para probar que la declaración existió y no que su contenido es verdadero (objeto de prueba), no será prueba de referencia. Para explicar mejor la diferenciación se expondrá el siguiente ejemplo:

Imaginémonos que la defensa o la fiscalía lleva a juicio a un testigo X y se le pregunta por el dicho de Y, ese interrogante y su consecuente respuesta serán de referencia, siempre y

cuando lo que se busque con ello sea demostrar que lo afirmado o negado por Y es verdadero. Sin embargo, si lo que se pretende es únicamente probar que Y lanzó una afirmación o negación cualquiera o dijo algo –independientemente de que lo dicho sea cierto o sea falso– no se estará en presencia de una prueba de referencia, sino una prueba directa, girando la discusión en torno a la pertinencia.

Por lo anterior, la clave no está en la pregunta que se le hace al testigo de oídas o la pretensión de incorporar un documento que contenga una declaración realizada por fuera del juicio oral, sino en la finalidad con la que se hace alguna de estas dos cosas. Por lo tanto: ¿se quiere demostrar con X (testigo de oídas) que Y le dijo algo y no que lo dicho por este es verdadero? Entonces no es prueba de referencia. Pero, si lo se pretende es demostrar que lo afirmado o negado por Y es completamente cierto, entonces sí se habrá configurado una prueba de referencia, en principio inadmisibles, salvo que se esté frente a una de las causales que permita admitir dicha prueba de referencia; circunstancia que se analizará en el siguiente capítulo.

Con relación al medio de prueba que se ofrece para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado que, se considerará prueba de referencia la declaración anterior al juicio oral, si es ofrecida para probar la verdad de su contenido o, lo que es lo mismo, como medio de prueba de algún aspecto relevante del debate. En palabras de la Corte:

Si se entiende que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, la Sala abordará esta temática con el fin de precisar cuándo una declaración puede tenerse como objeto específico

de prueba y en qué eventos constituye medio de prueba, lo que resulta determinante para decidir si se trata o no de prueba de referencia.

Las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del tema de prueba. Ello es palmario en los delitos que sólo pueden cometerse a través de declaraciones: falso testimonio, falsa denuncia, falsa auto incriminación, injuria, calumnia, etcétera. En estos eventos, uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso.

La Ley 906 de 2004 no establece límites para la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que hacen parte del tema de prueba, lo que es coherente con el principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento procesal penal (Art. 373 ídem). Así, es posible que la existencia y contenido de una declaración injuriante pueda demostrarse a través de un documento y/o de un testigo que la haya escuchado. También es posible que se requiera de un perito para establecer, por ejemplo, que un manuscrito es autoría del acusado, que la voz que se escucha en una grabación magnetofónica corresponde a una determinada persona, etcétera.

En estos casos, es necesario distinguir el tema de prueba y los medios de prueba. De lo primero hará parte la declaración falsa, injuriante, entre otras, y el medio de prueba será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que sirven para demostrarle al juez la existencia y contenido de la declaración.

Esta diferencia entre tema de prueba y medio de prueba es determinante en materia de prueba de referencia, porque cuando la declaración anterior es parte del tema de prueba, es admisible el documento que la contenga y/o la declaración de la persona que la percibió directa y personalmente. Lo fundamental es que en estos casos no se afecta el derecho a la confrontación porque, a manera de ejemplo, la contraparte podrá utilizar todos los medios de impugnación frente al testigo que tuvo conocimiento «personal y directo» de aquello que

constituye objeto de prueba: el falso testimonio, la declaración injuriente, etcétera (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016A)

Aclara la Corte que, lo anterior, sin perjuicio de que en casos donde la declaración anterior haga parte del tema de prueba, los medios utilizados para la demostración de su existencia y contenido puedan constituir prueba de referencia. Así, por ejemplo, si en un caso de injuria la Fiscalía presenta a un testigo que no escuchó directa y personalmente las frases injuriantes, pero tuvo conocimiento de las mismas por lo que otra persona le contó, se presenta un problema de prueba de referencia, porque se trata de una declaración anterior al juicio oral, que se está ofreciendo como medio de prueba de un elemento estructural de la conducta punible, y porque la defensa tendría derecho a ejercer la confrontación frente al testigo que dice haber presenciado los hechos, posibilidad que le sería truncada si su versión es llevada a juicio a través del testigo que escuchó el relato pero que no presenció el hecho jurídicamente relevante.

En la práctica suele suceder, arguye la Corte, que cuando una parte le pregunta a un testigo sobre lo que le escuchó decir a una persona por fuera del juicio oral, se levanta la objeción por prueba de referencia. Como pudo observarse en líneas anteriores, la decisión dependerá en buena medida de si la declaración anterior constituye objeto específico de prueba o medio de prueba, pues si el testigo en juicio escuchó la injuria y lo que se está probando en el juicio es el supuesto atentado contra la integridad moral, podrá exponer todo aquello que escuchó de manera personal y directa, y la defensa tendrá todas las posibilidades de impugnarlo.

Igualmente la Corte alude que es común que muchas manifestaciones anteriores al juicio hagan parte del tema de prueba y, por ello, cualquier persona que las haya escuchado directamente puede ser citado en calidad de testigo, como por ejemplo: la amenaza durante

un hurto calificado por la violencia moral, las frases utilizadas por el estafador para hacer incurrir en error a su víctima, los escritos a través de los cuales se presiona a las víctimas en los casos de extorsión o constreñimiento ilegal, entre otros.

La existencia y contenido de este tipo de manifestaciones también podría probarse a través de prueba documental o pericial. Igual sucede cuando la manifestación anterior de una persona puede tenerse como hecho indicador de su estado de ánimo, del móvil para realizar una determinada conducta o de cualquier otro aspecto relevante para la establecer la responsabilidad penal.

Para finalizar la explicación, la Corte expresa que:

(...) la determinación de lo que es tema de prueba depende de la actividad de las partes, pues es a ellas a quienes les corresponde elaborar las teorías que luego debatirán ante el juez. Por ello es tan importante que para la audiencia preparatoria se tenga absoluta claridad sobre lo que se pretende probar en el juicio (tema de prueba) y los medios que se pretenden usar para su demostración (medio de prueba), lo que, en últimas, entraña la explicación de pertinencia a que están obligadas las partes como presupuesto del decreto de la prueba (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016A).

Para culminar este subcapítulo, es importante resaltar que, los tres elementos estructurales anteriormente descritos deben estar presentes para poder determinar que se está en presencia de una prueba de referencia, pues si falta alguno de ellos, se estaría frente a otro medio probatorio. A continuación, se abordará la regulación normativa de la prueba de referencia en el ordenamiento jurídico penal colombiano.

2.2. Regulación de la prueba de referencia como excepción probatoria

En Colombia, la prueba de referencia está regulada en la parte VI del Código de procedimiento penal, abarcando desde el artículo 437 hasta el 441. En primer lugar, el

legislador colombiano en el artículo 437 del CPP, da a conocer la noción de lo que en el sistema procesal penal colombiano es “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 (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Sobre esta definición legal se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia, explicando que este medio probatorio es excepcionalmente admisible, porque es entendida como:

(...) aquel medio de convicción que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio y que cuenta con la entidad de develar la existencia de todo lo que pueda constituir un "aspecto sustancial objeto del debate", de mediar escenarios específicos que imposibiliten la concurrencia del testigo al debate público para que relate el particular (artículo 438) (Sentencia del 25 de mayo. Radicado 45627, 2016).

El hecho de ser una prueba de “segunda mano”, deriva en que se vea disminuida la capacidad de demostrar lo dicho, en razón a que no fue recibida en juicio oral por quien tiene la información de primera mano, es decir, es una prueba poco fiable (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016).

Nótese que, las explicaciones de la Corte se enfocan a que este medio probatorio es de uso excepcional, el cual de ninguna manera puede considerarse suficiente para desvirtuar por sí solo la presunción de inocencia (Sentencia del 14 de diciembre. Sala penal. Radicado No. 34703, 2011) y es tan así, que el legislador limitó su admisión estipulando causales expresas que permiten su incorporación en el juicio oral; estas causales se encuentran en el

artículo 438 del CPP, el cual expone seis (6) situaciones en las cuales es posible admitir la prueba de referencia dentro del proceso penal colombiano, advirtiendo dentro de una de ellas una “cláusula residual incluyente, de carácter discrecional” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008), al suscribir la expresión “eventos similares”, temática que se abordará más adelante.

Ahora, la primera situación se identifica dentro de la norma con el numeral a), y se refiere a cuando el declarante “Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación”, la necesidad del perito se requiere “con el fin de descartar que las afirmaciones del testigo obedezcan a una posible intención de no declarar en juicio y no a la pérdida de la facultad de la memoria” (Bedoya Sierra, 2008, pág. 151), bajo estas circunstancias es necesario que la parte contra la que se pretende presentar la prueba de referencia tenga oportunidad de controvertir el dictamen que sirve de soporte a la solicitud, porque podría demostrar, que el testigo no ha perdido la memoria, que quiere rehusar la comparecencia al juicio, que no tiene ningún problema médico, en fin, toda serie de motivos que lo lleven a engañar al juez; y como la admisión de la prueba de referencia incide en la inmediación y en el ejercicio del derecho de confrontación frente al medio de prueba, es lógico concluir que esta causal de admisión, o mejor dicho, excepción de inadmisibilidad se funda en lo que la doctrina denomina testigo no disponible (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008).

La segunda excepción -numeral b) del artículo 438 del CPP-, dispone cuando el declarante: “Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar”, en este numeral existen dos situaciones determinadas claramente y una “excepción residual admisiva” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008) que da paso a escenarios no taxativos.

En este orden, las situaciones claras consisten en ser víctima de los delitos de: i) secuestro, tipo penal que está consagrado en el título III, delitos contra la libertad individual y otras garantías, capítulo II del Código Penal; y ii) desaparición forzada, delito estipulado también en el título III, delitos contra la libertad individual y otras garantías, en este caso en el capítulo I del Código Penal; estas situaciones están plenamente determinadas legalmente en las normas citadas, por ende, la parte que pretenda hacer valer la prueba de referencia fundada en la segunda excepción, deberá probar que el potencial testigo no se encuentra disponible, porque efectivamente está privado de su libertad por alguna de estas circunstancias (Bedoya Sierra, 2008).

La cuestión compleja de abordar en este numeral, se encuentra en la expresión “evento similar”, válida, en razón a que como lo ha dicho la Corte Constitucional:

Mientras el legislador, no ignore, obstruya o contraríe las garantías básicas previstas por la Constitución, goza de discreción para establecer las formas propias de cada juicio, entendidas éstas como el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del proceso, determinan los trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas (Sentencia C-144, 2010)⁷.

La excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, es de carácter discrecional, ya que se deja al juez la opción de admitir la prueba en el juicio oral, una prueba que denota características distintas a las reseñadas específicamente en la ley, pero frente a eventos similares a los que consagra el numeral b). El término “eventos similares”, revela

⁷En esta sentencia, el actor acusa la expresión “o evento similar” del artículo 438 del C.P.P. de inconstitucional, por cuanto estima que con ésta se abren las opciones para introducir en el proceso la Prueba de Referencia, con violación del debido proceso y dentro de él, de los principios de contradicción e inmediación del juez con la prueba y desconocimiento de las reglas de admisibilidad y pertinencia que deben reunir todos los medios probatorios obrantes en el proceso penal. Sin embargo, la Corte decide que la norma es exequible en razón a la libertad de configuración legislativa y aprecia que “tal expresión, no obstante ofrecer una hipótesis indeterminada por la cual sea de recibo el testimonio de referencia, no supone que la excepción de este tipo de prueba sea la regla, ni vulnera el principio de legalidad” (Sentencia C-144, 2010).

que deben ser situaciones parecidas a las expuestas, bien sea en razón a su naturaleza o debido a que advierten particularidades comunes, cita la Corte Suprema de Justicia como ejemplo sucesos 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 del 06 de marzo. Radicado No. 27477, 2008).

La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia procesal penal, ha determinado dos condiciones para determinar que se está frente un evento similar, la primera de ellas se refiere a que i) “se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008), surge de una visión teleológica del mandato, porque la voluntad del legislador fue permitir que se admitan las pruebas de referencia en asuntos excepcionales en los que el declarante no se encuentre disponible.

La segunda condición de similitud establecida por la jurisprudencia refiere el hecho de que “la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008) emerge de las razones insuperables que explican las diferentes suposiciones coherentes con la norma, y de su naturaleza particularmente exceptiva, que exigen que la prueba de referencia que sea admitida a discreción del juez se someta a indiscutibles eventos de necesidad, de manera que la excepción no concluya siendo la regla, ni una maniobra que pueda usarse para soslayar el derecho de confrontación que ostenta el acusado para carear y conainterrogar al testigo dentro del juicio oral⁸.

⁸ Frente a este tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha emitido varios pronunciamientos, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como “similares” y sus requisitos, sentencias del: 25 de enero de 2017. Radicado No. 526021; 22 de mayo 2013, Rad. 41106; 14 de diciembre 2011, Rad. 34703; 27 de junio 2012, Rad. 34867; 18 de abril 2012, Rad. 38051, entre otras.

Frente a este aspecto, es relevante expresar que la interpretación dada por la CSJ (2008) respecto a la cláusula residual incluyente del numeral B del artículo 438 del CPP, que a su vez fue avalada por la Corte Constitucional en la **sentencia C-144 de 2010**, se ajusta a los parámetros trazados en el derecho comparado en torno a la no disponibilidad del testigo. En efecto, señala Bedoya (2008) que en Puerto Rico y Estados Unidos lo fundamental es que la imposibilidad de lograr la comparecencia del declarante sea real y que ello no sea atribuible a la parte que ofrece la prueba.

De igual manera la jurisprudencia constitucional advierte que en el artículo 441 del CPP se prevén dos exigencias de control sobre la prueba de referencia, “uno según el cual la admisión de la prueba de referencia debe cumplir en lo pertinente, con las reglas generales de la prueba sobre admisibilidad y apreciación” y otro que se refiere a “la posibilidad de cuestionar la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio” (Sentencia C-144, 2010), estos controles sobre la prueba se deben aplicar plenamente sobre la prueba de referencia en todos los casos.

La tercera excepción consagrada por la norma en el numeral c) refiere la situación de cuando el testigo “padece de una grave enfermedad que le impide declarar”, y la cuarta - numeral d) del artículo 438 del CPP-, expone el hecho de haber fallecido el testigo; estas dos circunstancias al igual que las previamente expuestas -numerales a), b) c) y d)- se fundamentan en la no disponibilidad del testigo (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2017), para el caso concreto de enfermedad o muerte la parte interesada debe acreditar la ocurrencia de este hecho, dejando claro cuál será el medio por el cual allegará la declaración del testigo no disponible, esto puede ser por medio de un tercero, o de un escrito, video, grabación o la que pretenda usar; en todo caso deberá establecerse la credibilidad del testigo directo y del medio en que se va a llevar su declaración a juicio (Bedoya Sierra, 2008).

Ahora, en materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, ha indicado acerca de la excepción por enfermedad grave que el hecho de que:

(...) el testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico -televideo, conferencia- sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físico mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó (Sentencia del 30 de marzo. Radicado No. 24468, 2006).

De otro lado, acerca de la excepción por muerte del declarante, se hace útil precisar que, de ser la muerte previsible, puede la fiscalía acudir a la figura procesal de prueba anticipada, la cual garantizará el derecho de confrontación y la que puede tener “mayor valor persuasorio”, porque evade las restricciones de la prueba de referencia (Bedoya, 2013).

La penúltima excepción contemplada por el legislador fue adicionada por el artículo 3 de la ley 1652 de 2013, ubicada como literal d) del artículo 438 del CPP., la que expone el hecho de que el testigo sea menor de dieciocho (18) años víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que los definidos en los artículos 138 (acceso carnal violento en persona protegida), 139 (actos sexuales violentos en persona protegida), 141 (prostitución forzada o esclavitud sexual), 188 A (trata de personas), 188C (tráfico de niños, niñas y adolescentes) y 188D (uso de menores de edad para la comisión de delitos), del mismo código. (Congreso de la República de Colombia, 2004).

La anterior excepción busca dar prevalencia al interés superior del niño, principio constitucional que prima en la resolución de conflictos que involucren a menores de edad, ennobleciendo la protección especial de la cual son titulares, para que puedan formarse y

desarrollarse absolutamente, gozando a plenitud de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

Ello en razón a que cuando se trata de la niñez la Carta Política de 1991 en el artículo 44, expone que sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás, por ello se predica para ellos una especial protección en su favor, que consiste en asistirlos y protegerlos con preeminencia; en igual forma ocurre con los derechos de los jóvenes, amparados expresamente en el artículo 45 constitucional.

Bien ha determinado la Corte Suprema de Justicia que:

(...) las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias (Sentencia del 4 de marzo. Radicado No. 30645, 2009).

Por este motivo, la Corte Constitucional ha explicado en la sentencia C-177 de 2014, -decisión en la que se discutió la constitucionalidad del literal e) del artículo 438 del CPP-, que en concordancia con el interés superior del menor y la aplicación del principio *pro infans* deben ponderarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando primacía a los primeros, debido a su superioridad constitucional y al estado de “vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces”, exponiendo que en esta norma:

(...) aunque el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, en lo que respecta tanto al ámbito sustancial como procesal, dicha facultad está sujeta a límites relacionados con el respeto de los derechos de los asociados y demás valores y principios superiores. En el presente evento, el legislador materializó el principio de raigambre constitucional del interés superior del menor (sic), el cual prevalece frente a otros valores,

principios o derechos, acatando así la obligación de adoptar medidas para protegerlos atendiendo su debilidad manifiesta (2014).

La última excepción a la regla general de no admisión de prueba de referencia en el proceso penal colombiano, no se identifica con literal adicional dentro del artículo 438 del CPP, simplemente reposa al final del artículo en cita y expresa: “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos” (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Precitada excepción es la única que no se funda en la no disponibilidad del testigo, sino que acoge como criterio de existencia lo que ha denominado la jurisprudencia "garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008).

Es necesario advertir lo que la jurisprudencia ha entendido como “escrito de pasada memoria” y “archivo histórico”, el primero de ellos lo ha definido como:

(...) toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008).

De otro lado, el archivo histórico es “aquel donde reposan documentos que, por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2008).

Un ejemplo del uso de un escrito de pasada memoria como prueba de referencia, puede ser cuando el testigo no logre recordar la esencia de su testimonio, aún y cuando se intentó refrescarle la memoria, en este caso se deben sentar las bases probatorias e introducir

el documento que contiene la declaración anterior como prueba de referencia bajo la excepción sub examine, en todo caso cumpliendo con los requisitos para que sea admisible (Decastro González, 2008).

Si el escrito no puede refrescar la memoria del testigo, de modo que éste pueda testificar a base del recuerdo revivido con la ayuda del escrito, podría resultar que el escrito mismo resultara admisible como escrito de pasada memoria. No deben confundirse una y la otra cosa. Cuando el testigo solo usa el escrito para refrescar memoria, se admite su testimonio basado en el recuerdo revivido; cuando se admite el escrito mismo, el testigo no puede recordar los hechos ni siquiera con la ayuda del escrito, aunque da fe de que los mismos ocurrieron como son relatados en el escrito. (Chiesa Aponte, Tratado de Derecho Probatorio, 2005).

De las excepciones explicadas en precedencia, se puede sintetizar que normativamente en Colombia la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable, porque vulnera el principio de inmediación, el derecho de confrontación y no da lugar al análisis de los “procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración”, lo que genera la necesidad de tratarla diferente en cuanto a su admisibilidad, siendo la regla general su inadmisibilidad, y excepcional su admisión, la que opera sólo en casos normativamente previstos en el artículo 438 del CPP, el que consagra seis (6) excepciones a la regla general, cinco (5) de ellas fundadas en la no disponibilidad del testigo, dentro de las cuales se encuentra una cláusula discrecional que permite la admisión en eventos similares al secuestro o la desaparición forzada; y la última basada en las garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba, no existiendo ninguna otra posible situación que permita su admisión en el juicio oral.

Por último, el legislador colombiano, con la finalidad de buscar un equilibrio entre la afectación del derecho de confrontación de la prueba de referencia y el derecho de probar que le asiste a las partes, creó una tarifa legal negativa frente a la valoración de la prueba de referencia, arguyendo que “[l]a sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (Art. 381 CPP). Este aspecto, por ser de gran relevancia, se abordará detalladamente más adelante.

2.2.1. Regulación en el derecho norteamericano y puertorriqueño.

Ahora, resulta útil traer a colación la regulación de este medio de prueba en el sistema procesal penal norteamericano, claro exponente del proceso penal con tendencia acusatoria – adversarial. Allí la prueba de referencia es considerada inadmisibile por vulnerar la Constitución Federal, y a pesar de que en los Estados Unidos, la Constitución otorga a cada Estado la potestad de dictar sus propias reglas de procedimiento y pruebas, la reglamentación procesal penal -en todo aspecto, no solo relativa a la prueba de referencia-, no es muy diversa entre un estado y otro (Méndez Longoria, 2009), existe una especie de analogía que deviene principalmente de la sexta enmienda constitucional, la cual impone la obligación estatal de respetar los derechos de los acusados en casos criminales, la misma expresa un catálogo de garantías que vienen desde el derecho a ser juzgado ágilmente, en público y por un jurado imparcial, hasta el hecho de hacerle saber la naturaleza y causa de la acusación, de carearse con los testigos que depongan en su contra y que el juez obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan (1787).

Este catálogo de garantías constitucionales provenientes de la sexta enmienda son la principal objeción a la admisión de la prueba de referencia en el proceso penal norteamericano, pero ¿qué se entiende por prueba de referencia en el sistema procesal penal

de los Estados Unidos? La regla 801 de las Reglas Federales de Evidencia, refieren al testimonio de oídas o “Hearsay” como: “(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement” (1975); lo que nos permite deducir que en el proceso penal norteamericano la prueba de referencia (hearsay), corresponde a la “aseveración oral o escrita, o conducta no verbalizada (gestos, muecas, ademanes), afirmando o negando algo, que hace una persona por fuera del juicio, y que es ofrecida en juicio como evidencia para probar la verdad de lo aseverado” (Acevedo, 2011) o en palabras del profesor Manuel García Mora : "Hearsay, se puede definir como una declaración o escrito hecho por una persona y repetido en la corte por un testigo para probar la veracidad de lo que la declaración contiene” (1960). No siendo admisible este medio de prueba dentro del juicio oral conforme lo expone en la regla 803, que arguye: “Rule 802. The Rule Against Hearsay. Hearsay is not admissible unless any of the following provides otherwise: i) a federal statute; ii) these rules; or iii) other rules prescribed by the Supreme Court” (Federal Rules of Evidence, 1975).Esta regla fue diseñada para frenar los abusos inherentes a la presentación de declaraciones extrajudiciales anteriores de un testigo donde la exactitud, la verdad, la claridad y la credibilidad de estas no habían sido probadas mediante contrainterrogatorio (Markland, 1993).

La doctrina conoce diferentes clases de hearsay. Se puede hablar de hearsay simple cuando el testigo dice que oyó a A decir a B que él hizo esto o lo otro. También se habla de hearsay doble, cuando el testigo dice que A le dijo que B le dijo a C que había hecho esto. Finalmente, si la cadena de declaraciones es aún más larga tenemos un caso de hearsay múltiple, cuando el testigo da testimonio que él oyó a A decir que B había dicho que E había declarado a D que este hecho sucedió (García Mora, 1960).

Por lo anterior, es evidente como se expuso anteriormente que por regla general la prueba de referencia dentro del sistema procesal penal de Estados Unidos es inadmisibile; no obstante, al igual que en sistema procesal penal colombiano existen excepciones legales a esta generalidad, las cuales se aplican independientemente de que el testigo esté o no disponible para declarar en juicio, las mismas se encuentran consagradas en las Reglas Federales de Evidencia, y las expone la regla 803 en un total de 24⁹ situaciones, las excepciones son expresadas en términos de no aplicación de la regla de no admisibilidad y no en términos positivos -tal y como se exponen en nuestro CPP- y, procede a la teoría de que bajo circunstancias apropiadas una declaración de referencia, puede conservar garantías circunstanciales de confiabilidad suficiente para justificar la no comparecencia del testigo a declarar en el juicio oral, estando o no disponible para hacerlo, ya que la indisponibilidad del declarante no es un factor relevante. Lo que realmente infiere es el grado de fiabilidad de la declaración previa y la disposición que la misma haya tenido para ser confrontada previamente, es decir, la oportunidad de conainterrogar que haya tenido el procesado sobre ella, en razón a que la regla de no admisión busca principalmente salvaguardar el derecho de confrontación dentro del sistema procesal penal (*Crawford v. Washington*, 2004).

En Puerto Rico, las Reglas de Evidencia (2009), siguen el modelo de las Reglas Federales Angloamericanas, al igual que han hecho la gran mayoría de los estados norteamericanos (Vélez, 2010). Por ser estas una fiel traducción (en su naturaleza) de las Reglas Federales de EEUU, se describirán algunas de sus disposiciones, con la finalidad de que se comprenda las diferencias que existen con la regulación colombiana, y la incidencia que esto conlleva no solo en temas procesalísticos, sino también frente a la afectación de

⁹ Es necesario indicar que la excepción número 24 está regulada por la regla 807, y a pesar de que en la regla 803 aparece como un texto abierto tiene límites legales claramente definidos en la regla 807.

derechos y garantías constitucionales. Pero antes de describir algunos aspectos normativos, se partirá afirmando que, las excepciones a la prueba de referencia reglada en las Federal Rules of Evidence (FRE) y en Reglas de Evidencia (RE) puertorriqueñas, se divide en dos grupos: i) excepciones a la regla de prueba de referencia aunque la persona declarante esté disponible como testigo e ii) indisponibilidad del testigo.

Con relación a las excepciones a la regla de prueba de referencia, aunque la persona declarante esté disponible como testigo, la regla 805 (RE) y 803 (FRE), taxativamente despliegan un catálogo de circunstancias donde se admiten declaraciones como prueba de referencia, pues las mismas gozan de confiabilidad, no teniendo que ir el testigo a declarar a juicio.

La segunda clasificación hace referencia a la “No disponibilidad de la persona testigo” y se encuentra regulado en las reglas 806 (RE) y 804 (FRE). Al respecto la regla 806 (RE) expresa lo siguiente:

Regla 806. No disponibilidad de la persona testigo

(A) Definición: No disponible como testigo incluye situaciones en que la persona declarante:

- (1) está exenta de testificar por una determinación del Tribunal por razón de un privilegio reconocido en estas Reglas en relación con el asunto u objeto de su declaración;
- (2) insiste en no testificar en relación con el asunto u objeto de su declaración a pesar de una orden del Tribunal para que lo haga;
- (3) testifica que no puede recordar sobre el asunto u objeto de su declaración;
- (4) al momento del juicio o vista, ha fallecido o está imposibilitada de comparecer a testificar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico; o
- (5) está ausente de la vista y quien propone la declaración ha desplegado diligencia para conseguir su comparecencia mediante citación del Tribunal.

No se entenderá que una persona declarante está no disponible como testigo si ello ha sido motivado por la gestión o conducta de quien propone la declaración con el propósito de evitar que la persona declarante comparezca o testifique.”

Igualmente, esta regla expresa que declaración anterior sería admisible como prueba de referencia cuando el testigo no está disponible:

(B) Cuando la persona declarante no está disponible como testigo, es admisible como excepción a la regla general de exclusión de prueba de referencia lo siguiente:

(1) Testimonio anterior

Testimonio dado como testigo en otra vista del mismo u otro procedimiento, en una deposición tomada conforme a Derecho durante el mismo u otro procedimiento. Ello si la parte contra quien se ofrece ahora el testimonio – o un predecesor en interés si se trata de una acción o procedimiento civil – tuvo la oportunidad y motivo similar para desarrollar el testimonio en interrogatorio directo, conainterrogatorio o en redirecto.

(2) Declaración en peligro de muerte

Una declaración hecha por una persona declarante mientras creía estar en peligro de muerte inminente si la declaración se relaciona con la causa o las circunstancias de lo que creyó era su muerte inminente.

(3) Declaraciones contra interés

Una declaración que al momento de ser hecha era tan contraria al interés pecuniario o propietario de la persona declarante o le sometía a riesgo de responsabilidad civil o criminal, o tendía de tal modo a desvirtuar una reclamación suya contra otra persona, o creaba tal riesgo de convertirla en objeto de odio, ridículo o desgracia social en la comunidad, que una persona razonable en su situación no hubiera hecho la declaración a menos que la creyera cierta.

(4) Declaraciones sobre historial personal o familiar

(i) Una declaración sobre el nacimiento, adopción, matrimonio, divorcio, filiación, parentesco por consanguinidad o afinidad, raza, linaje u otro hecho similar de historial

familiar o personal de la misma persona declarante, aunque ésta no tuviera medios de adquirir conocimiento personal del asunto declarado.

(ii) Una declaración sobre la materia señalada en el subinciso (i) y de otra persona incluyendo la muerte de ésta si dicha persona está relacionada con la persona declarante por parentesco de consanguinidad, afinidad o adopción o existe una relación tal entre la persona declarante y la familia de la otra persona que hiciera probable que dicha persona declarante tuviera información precisa referente al asunto declarado.

(5) Confiscación por conducta indebida

Una declaración ofrecida contra una parte contra quien se haya demostrado mediante prueba clara, robusta y convincente que participó o consintió a conducta indebida con la intención de producir la no disponibilidad de la persona declarante como testigo a la vista o juicio.

Estas causales no se justifican por su confiabilidad -inclusive parte de la doctrina las denomina como “peligrosas” (McCormick, 2006)- sino por la necesidad, pues si el testigo no está disponible la parte que lo solicita se vería afectada por no poder probar su pretensión con dicho testigo. Sin embargo, para suplir ese peligro o afectación a la confrontación y así buscar un equilibrio entre la necesidad de probar y las garantías procesales, el literal B de la regla precitada, permite inferir que la sola “necesidad” no va a justificar la admisibilidad de una declaración extrajudicial; sino que, tal declaración, a su vez, debe poseer suficientes garantías circunstanciales de confiabilidad que justifiquen su admisibilidad y precisamente las cinco excepciones establecidas en el inciso B de la Regla 806 (RE) y en igual sentido el numeral B de la regla 804 (FRE) cumplen ese cometido. Esto quiere decir que no existe libertad probatoria para demostrar la existencia de la declaración anterior (como sucede en Colombia) sino que la declaración debe estar dentro de las cinco opciones del numeral B, pues si no es así, no podrá incorporarse como medio de prueba.

Para finalizar este comparativo, es relevante expresar que ni en las FRE ni el RE existen tarifas legales negativas de valoración de la prueba de referencia, como sucede con el último párrafo del artículo 381 del CPP colombiano¹⁰.

Como puede observarse el Código Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004), frente a la regulación de la prueba de referencia del artículo 438, se fundamenta en la no disponibilidad del testigo, a excepción del último párrafo de dicho artículo que expresa que: “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos” (similar al literal E de la regla 805 de las RE), pues este es el único caso donde se acude a aspectos circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

3 Derecho de confrontación

3.1. Concepto y alcance del derecho de confrontación

Uno de los aspectos a los que se debe acudir para establecer si se está frente a una prueba de referencia es la afrenta o no del derecho de confrontación.

El derecho de confrontación es una garantía perteneciente al género de la contradicción, pero autónoma al punto que puede ocurrir que se haya garantizado el derecho a la contradicción, pero no el de confrontación (Bedoya, 2013).

Por lo anterior, es correcto afirmar que ambos derechos son diferentes, el derecho de contradicción es el género y el derecho de confrontación es la especie, desempeñan papeles disímiles; de un lado, la contradicción dentro del debate probatorio permite a las partes del

¹⁰ Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (Asunto Bruton Vs United States, 391, U.S., 123, 1969.) ha llegado a considerar sobre la imposibilidad de fundar una sentencia condenatoria con base en las manifestaciones incriminatorias de un coimputado, si la defensa o el propio imputado no pudieron interrogarlo plenamente, no puede asemejarse a una tarifa legal negativa, pues no existe valor probatorio menguado alguno a la declaración que es admitida como prueba de referencia.

proceso intervenir en la conformación de las pruebas, bien sea allegándolas por su cuenta y riesgo, acudiendo a la interposición de recursos, objeciones, oposiciones y en general abarcando todas las acciones procesales que permiten rebatir todas las pruebas que se opongan a su interés como sujeto procesal, este derecho se garantiza en los dos modelos procesales penales: acusatorio e inquisitivo.

Por el contrario, la confrontación es aquel derecho que le asiste al procesado de carearse con los testigos adversos, conainterrogar a los mismos y excluir ciertas pruebas (Bedoya, 2013), implicando todo ello el control de las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso penal y configurando el pie para erigir los demás principios que orientan el proceso penal con tendencia acusatoria y adversarial, como los de intermediación, oralidad y publicidad (Chiesa Aponte, 1995).

El concepto de derecho de confrontación, es propio del modelo procesal penal con tendencia acusatoria y adversarial, y su definición primaria resulta de la Constitución de los Estados Unidos, cuya sexta enmienda expresa los derechos de los acusados en casos criminales, dentro de ella se expone:

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del Estado y Distrito en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda (1787).

Como se observa del texto citado, el derecho de confrontación, en esencia fue determinado por el hecho de poder el acusado carearse con los testigos de cargo, así lo reiteró

la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Gatell vs. MacLeod* (1940), expresándolo como el derecho que tiene el acusado a confrontar a sus acusadores.

De igual manera, la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, en su artículo 2, sección 11, referida a los procesos criminales, juicio ante jurado; autoincriminación, doble exposición por el mismo delito, fianza y encarcelación, expone, entre otras garantías:

En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público, a ser notificado de la naturaleza y causa de la acusación recibiendo copia de la misma, a carearse con los testigos de cargo, a obtener la comparecencia compulsoria de testigos a su favor, a tener asistencia de abogado, y a gozar de la presunción de inocencia (1952).

En la Constitución Política de Colombia del año 1991, esta garantía procesal es cobijada por el artículo 29, el cual refiere el derecho al debido proceso, cuya configuración debe darse de manera integral al bloque de constitucionalidad, el que está integrado entre otros instrumentos de derecho internacional por la Convención Americana de DDHH y el Pacto de derechos civiles y políticos (Ramelli, 2004), tratados que consagran al derecho a conainterrogar y hacer comparecer a los testigos como garantías esenciales del procesado en sus artículo 8 y 14 respectivamente; entre tanto, la ley procesal penal vigente, esto es la ley 906 de 2004 brinda mayor claridad sobre la existencia del derecho de confrontación en el sistema procesal penal colombiano, debido a que estipuló dentro del capítulo referente a los principios rectores y garantías procesales, especialmente dentro del derecho a la defensa consagrado en el artículo 8, lo siguiente:

Artículo 8. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal,

en lo que aplica a: (...) k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate (2004).

Lo manifestado permite explicar que el derecho de confrontación ha evolucionado de manera que en la actualidad el derecho al careo con los testigos de cargo, se considera el primero de sus elementos y no el único, estando compuesto por tres elementos en total (Chiesa Aponte, 1995), estos son: i) El derecho al careo; ii) El derecho a contrainterrogar a los testigos, el que abarca el derecho a controlar el interrogatorio y obtener la comparecencia de los testigos al juicio y iii) El derecho a la exclusión de pruebas en contra. (Bedoya, 2013)

3.1.1. El derecho al careo.

Como se expuso en antecedencia, el derecho al careo, expresamente consagrado en la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, supone el hecho de que el acusado pueda enfrentar directamente a los testigos que depongan en su contra; por lo tanto vale la pena mencionar que el Tribunal Supremo de Puerto Rico en sentencia *Pueblo vs. Guerrero López* (2010), expuso una breve descripción de lo que significa este derecho acudiendo a su definición etimológica, citado órgano judicial manifestó que la palabra ‘confrontar’ halla su raíz en los vocablos originarios del latín ‘cum’ que significa ‘con’ y ‘frontis’ que significa ‘frente’; esto nos lleva a definirlo como el “careo entre dos o más personas”, ratificando la concepción original de esta garantía procesal penal que cobija al acusado.

Ahora, es necesario exponer que si bien por regla general en el ordenamiento jurídico estadounidense el acusado tiene derecho a carearse con los testigos, también es cierto que en algunas situaciones específicas esta prerrogativa cardinal, no es absoluta, y debe ceder

cuando se enfrenta a derechos superiores; un ejemplo de este contexto se hace visible en el caso *Maryland v. Craig* (1990) donde se sustentó la validez de un estatuto de Maryland que facultaba al tribunal para recibir el testimonio de un menor víctima de delitos sexuales, a través de circuito cerrado de televisión, limitando el derecho al careo en razón a la protección que debía dársele al menor. Debe exponerse que en el caso no se prohibió o limitó el contrainterrogatorio.

En Colombia no es diferente la situación, prueba de ello es la existencia dentro de la ley 1448 de 2011, del derecho que tienen las víctimas del conflicto armado interno a no ser confrontadas con sus agresores dentro de los procesos judiciales (2011), en igual sentido ocurre con la ley 1098 de 2006, ley de infancia y adolescencia, dentro de la cual se estipula que cuando la víctima es un menor de edad, en razón a la adopción de medidas para su protección, es necesario y legítimo rechazar su presencia en juicio oral, con el fin de evitar que sea interrogada dentro de la diligencia. Esto sin desconocer el derecho que le asiste al acusado de ejercer su defensa, para lo cual la norma también prevé que debe garantizarse el derecho al contrainterrogatorio, garantía consagrada en el artículo 194 de la misma norma.

Por lo tanto, si bien el derecho del acusado a carearse con los testigos adversos fue el primer paso para identificar lo que hoy se conoce como derecho a la confrontación, la evolución del concepto ha llevado a determinar esta garantía como un elemento más del mismo, el cual no es absoluto ni forzoso, debido a que en circunstancias excepcionales debe ser cedido ante intereses superiores, como es el caso de la protección a los menores y a las víctimas del conflicto armado en Colombia.

3.1.2. El derecho a concontrinterrogar

Respecto al segundo elemento, esto es el derecho a concontrinterrogar, controlar el interrogatorio de los testigos de cargo (por ejemplo a través de objeciones) y obtener la comparecencia de los testigos al juicio, se ha destacado este como el único esencial e inquebrantable dentro de los componentes del derecho de confrontación, puesto que no solamente en la normatividad procesal penal de los modelos acusatorios y adversariales se encuentra, sino que se ha convertido en una característica esencial para garantizar un juicio justo conforme los lineamientos de la comunidad internacional, debido a que así lo exponen el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tratados que, en su orden, consagran:

Artículo 6- Derecho a un proceso equitativo.

(...) 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: (...) d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia (Gobiernos signatarios miembros del Consejo de Europa, 1950).

En la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), es el artículo 8, el que destaca su presencia dentro de las garantías judiciales que amparan a las personas inculpadas, exponiendo: “Garantías Judiciales (...) f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

En igual sentido el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra:

Artículo 14. (...) 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (1966).

Las normas convencionales de derecho internacional público precitadas, exponen la existencia taxativa y la relevancia que ostenta el segundo elemento del derecho a la confrontación, tanto, que se ha convertido en una garantía esencial dentro de los procesos penales de todos los Estados signatarios de estos tratados, dejando atrás el hecho de ser originario de un modelo procesal penal con tendencia acusatoria y adversarial, para convertirse en una garantía procesal penal transversal que propende por la salvaguarda del debido proceso y las garantías judiciales de las personas procesadas penalmente.

Como lo expone el doctrinante Wigmore, refiriéndose al derecho a contrainterrogar: “este derecho es el más grande mecanismo legal jamás inventado para el descubrimiento de la verdad” (1940, pág. 29) y en consonancia con esta afirmación, existe variada jurisprudencia norteamericana que refiere el derecho a contrainterrogar como el núcleo duro del derecho a la confrontación, por ejemplo en el caso *Douglas v. Alabama* (1965)¹¹, donde el demandante y un presunto cómplice fueron juzgados por separado en un tribunal estatal por asalto con intención de asesinar. El presunto cómplice fue llamado como testigo estatal en el juicio del peticionario, pero en repetidas ocasiones se negó por motivos de autoincriminación para declarar. Con el pretexto de interrogar al cómplice como testigo

¹¹ Texto original en inglés, traducción propia del investigador.

hostil, el fiscal, a pesar de las objeciones del peticionario y a pesar de la continua negativa del cómplice a contestar, leyó ante el jurado la supuesta confesión de éste que implicaba al peticionario; tres oficiales identificaron el documento (declaración juramentada) y la definieron como una confesión firmada por el cómplice, la misma no había sido ofrecida como prueba, sin embargo se hizo lectura de ella y al final del juicio el jurado consideró culpable al peticionario.

En este caso la Corte resaltó el hecho de que la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda es aplicable a todos los Estados, citando a *Pointer v. Texas* (1965)¹² expuso que los casos de interpretación de la cláusula sostienen que existe un interés primario garantizado por ella, el cual es el derecho al conainterrogatorio, y que una oportunidad adecuada para el conainterrogatorio puede satisfacer la cláusula, incluso en ausencia de confrontación física y que la ausencia injustificada de esta garantía desconoce por completo el derecho de confrontación que asiste al acusado.

La Corte además reiteró el caso *Mattox v. Estados Unidos*, donde el máximo tribunal expuso refiriéndose a la sexta enmienda, que:

(...) el objeto primordial de la disposición constitucional en cuestión era evitar que se depositaran declaraciones juradas ex parte contra el prisionero, en lugar de un examen personal y un conainterrogatorio del testigo, en el cual el acusado tiene la oportunidad no sólo de probar el recuerdo y filtrar la conciencia del testigo, sino de obligarlo a estar frente a

¹² En este caso el peticionario fue arrestado y llevado ante un juez estatal para audiencia preliminar por un cargo de hurto. El testigo testificó, pero el peticionario, que no tenía abogado, no pudo conainterrogarlo, luego el procesado fue acusado y juzgado, y el testigo no compareció al juicio porque se había trasladado a otro Estado y no fue posible ubicarlo, sin embargo, la transcripción de su testimonio fue incorporada como prueba a pesar de las objeciones del defensor, al cual se le negó su derecho de confrontación, al final del juicio el acusado fue declarado culpable. La Corte explicó en esta decisión la necesidad del conainterrogatorio como protección de los acusados en los casos penales y afirmó que el derecho de confrontación, el cual fue violado por el juez del caso al permitir la lectura de esta declaración sin la declaración del testigo en juicio, expuso la Corte que el conainterrogatorio es "una de las garantías fundamentales de la vida y la libertad" (*Pointer v. Texas*, 1965) (Texto original en inglés, traducción del investigador).

frente con el jurado para que pueden mirarle y juzgar por su comportamiento sobre la postura y la manera en que da su testimonio, para así determinar si es digno de creer (1895)¹³.

En el caso en mención la Corte consideró que el tribunal de Alabama violó el derecho de confrontación consagrado en la sexta enmienda, al admitir la declaración con la cual el jurado condenó al acusado y decidió anular el juicio (1965).

Como se observa de los textos citados, es fácilmente deducible el hecho de que el derecho a contrainterrogar es el elemento inquebrantable para materializar en debida forma el derecho de confrontación, y es obligación del juez realizar todas las acciones encaminadas a hacer comparecer a los testigos al juicio oral, pues esta es la manera de garantizar el derecho que ampara al acusado y la mejor forma de hallar la verdad (Wigmore, 1940).

Aunado a lo anterior, se advierte de la jurisprudencia consultada que el alcance del derecho a contrainterrogar es un elemento clave para que contra un acusado puedan usarse declaraciones anteriores de testigos, así se demostró en el caso *Chambers v. Mississippi*¹⁴ (1973), dentro del cual la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó que el procesado había sido privado inconstitucionalmente de un juicio justo, debido a que el derecho de un acusado en un juicio penal a un debido proceso es, esencialmente el derecho a una oportunidad justa de defenderse contra las acusaciones del Estado, llamando a testigos que

¹³ Texto original en inglés, traducción del investigador.

¹⁴ En este caso el señor Chambers, fue acusado por el Estado de Mississippi de asesinar a un agente de policía disparándole. Chambers siempre se declaró inocente, conociéndose que antes del juicio, otro hombre le dijo a tres personas que él era quien había asesinado al policía y había hecho una confesión jurada, pero dentro de una audiencia preliminar negó haber hecho tal confesión. Dentro del juicio del señor Chambers, la defensa llamó como testigo al sujeto y le puso de presente su confesión, pero dentro del interrogatorio la fiscalía presentó pruebas de que este sujeto se había retractado de su confesión, en ese momento la defensa del señor Chambers pidió permiso para contrainterrogar al sujeto como testigo adverso. El tribunal denegó el permiso, basando su sentencia en la ley de "bonos" de Mississippi, que prohíbe a la parte que llamó a un testigo de la tribuna acusar a su propio testigo, este tribunal además negó a la defensa la posibilidad de llamar a declarar a los tres testigos a quienes el sujeto les confesó su crimen, porque estos testimonios eran inadmisibles por ser de oídas. Al final del juicio el jurado declaró culpable a Chambers y lo condenó a cadena perpetua. La Corte Suprema de Mississippi afirmó la condena con un juez disidente.

han sido reconocidos desde hace tiempo como primarios con el fin de conainterrogarlos. La Corte observó que "el derecho de conainterrogatorio está implícito en el derecho constitucional de la confrontación y ayuda a asegurar la exactitud determinante de la verdad dentro del proceso" (Chambers v. Mississippi, 1973).

Por lo tanto la admisibilidad de las declaraciones anteriores al juicio penden de haberse garantizado el derecho a la confrontación de las mismas, lo que implica que se pueda conainterrogar al declarante sobre lo expresado en la declaración, por esto resulta primordial lograr la comparecencia del testigo declarante al juicio oral y esta asistencia debe ser promovida por el juez y la parte, quienes deberán hacer todo lo jurídicamente posible para conseguir que el testigo declare en juicio (Crawford v. Washington, 2004)¹⁵.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el conainterrogatorio es requerido para admitir declaraciones testimoniales previas de testigos que desde entonces han quedado indisponibles, porque cualquier uso de declaraciones previas al juicio, con las que se desconozca el derecho a conainterrogar al declarante violan el derecho de la sexta enmienda del acusado de ser confrontado con los testigos en su contra, tanto así que en el

¹⁵ En este caso Michael Crawford fue procesado por apuñalar en el pecho al hombre que había intentado agredir sexualmente a su esposa. Crawford afirmó en juicio que actuó en defensa propia, porque creyó que el hombre tenía en su poder un arma, pero el hombre se mantuvo al expresar que nunca había hecho nada que pudiera hacer creer a Crawford que estaba atacándolo. Los esposos Crawford fueron interrogados por la policía, antes del juicio oral, allí el señor Crawford dijo a la policía que no estaba seguro si el hombre tenía un arma, pero que afirmó que en el momento en que sucedió el hecho, él estaba convencido de la presencia del arma y por eso lo atacó. Sin embargo, la señora Crawford, al ser interrogada por separado, al principio dijo que no había visto el ataque, pero en otro interrogatorio dijo que había visto todo el ataque y que el hombre no estaba sosteniendo ningún arma. En el juicio, la Sra. Crawford no declaró por la ley de privilegios conyugales, además porque en el estado de Washington, un cónyuge no puede testificar en el tribunal sin el consentimiento del cónyuge acusado (excepto cuando él es el denunciante). En el caso la fiscalía presentó la declaración de la señora Crawford, incorporándola por medio de la policía, ello como prueba de que el señor Crawford no tenía motivo razonable para creerse en peligro y atacar al hombre. En este caso el tribunal permitió admitir la declaración basándose en que la declaración era confiable, ya que fue parcialmente corroborada por la declaración del Señor Crawford a la policía. Lo anterior, a pesar de que el abogado defensor se opuso a la admisión de la declaración, fundándose en que no podría conainterrogar a la Sra. Crawford sobre su declaración sin renunciar al privilegio del cónyuge y esto sería una violación de la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda. Al final la declaración fue admitida y la fiscalía la uso como clave dentro de sus alegatos de conclusión (Crawford v. Washington, 2004) Texto original en inglés, traducción del investigador.

caso Crawford v. Washington (2004), el juez Antonin Scalia, expresó gran preocupación por los resultados inconsistentes de los tribunales, quienes usando la decisión del caso Ohio v. Roberts¹⁶, utilizaban el precedente con el fin de admitir todo tipo de declaraciones excusándose en la confiabilidad de las mismas, generalmente corroborada por devenir de testimonio de oídas brindados en su mayor parte por agentes de policía que practicaron las mismas.

El juez dijo que la norma utilizada por los tribunales estatales de Washington, visible en los resultados de las decisiones de Crawford en los diversos niveles de las cortes estatales evidenciaban este problema, por eso la decisión de este caso en la Corte Suprema sintetizó la historia de la Cláusula de Confrontación, explicando que la misma estaba desde su concepción dirigida a mantener declaraciones "ex parte" fuera del legajo de pruebas.

Específicamente manifestó que la Cláusula de Confrontación se aplica a los "testigos" contra el acusado, que significa "aquellos que "dan testimonio", por ello las declaraciones de un testigo que no compareció en el juicio a menos que no estuviera disponible para testificar,

¹⁶ Este caso consistió en que el señor Herschel Roberts fue acusado de falsificación de cheques y posesión de tarjetas de crédito robadas. En la audiencia preliminar, el abogado de la defensa llamó a la hija de las víctimas a declarar y trató de obtener de ella una admisión de que ella le entregó al acusado los cheques y las tarjetas de crédito sin advertirle que no podía usarlos. El abogado no pudo obtener esta admisión. En el juicio la hija fue citada cinco veces, pero nunca compareció, mientras que el acusado testificó que ella había entregado el talonario de cheques y las tarjetas de crédito de sus padres con la certeza de que podía usarlos, fue en ese momento cuando la fiscalía ofreció la declaración de la hija, donde ella no admitió estos hechos destacando que ella no estaba disponible, ante este hecho, la defensa objetó afirmando que el uso de la transcripción violaba la Cláusula de Confrontación de la Sexta enmienda, sin embargo el tribunal de primera instancia admitió la transcripción y el acusado fue condenado. Pero, la Corte Suprema de Ohio anuló la condena, considerando que la ausencia de la hija en el juicio y la falta de conainterrogatorio en la audiencia preliminar violaron la Cláusula de Confrontación. La decisión llegó a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y allí la Corte afirmó que la declaración de la hija no violaba la Cláusula de Confrontación, porque las declaraciones extrajudiciales pueden ser admisibles si llevan un "indicio de fiabilidad" adecuado, incluso si el declarante no está disponible para declarar ante un tribunal. En este caso la Corte creó una excepción, encontrando que se podía inferir confiabilidad en los casos en que las evidencias estaban dentro de una excepción de rumores firmemente arraigada, y que demuestran garantías particularizadas de confiabilidad, por esto fue admitida. (Ohio v. Roberts, 1980) Texto original en inglés, traducción del investigador.

no deben admitirse como prueba porque el acusado no tenido una oportunidad previa para el contrainterrogatorio.

En esta decisión la Corte determinó que la existencia de una oportunidad previa para el contrainterrogatorio era obligatoria y dispuso que solo mientras se haya garantizado este derecho las declaraciones de un testigo no disponible son admisibles, precisando que son declaraciones testimoniales formales aquellas hechas a la policía o al personal gubernamental competente para recibirlas; por lo tanto expresó: “eximir de la confrontación por considerar la declaración confiable, es similar a dispensar del juicio oral al jurado porque un acusado es obviamente culpable” (2004).

Concluyó la decisión de la Corte discrepando de la concepción del tribunal de Crawford, en el entendido de que éste considero que cuando se trata de declaraciones, la Cláusula de Confrontación permite a un tribunal utilizar su discreción para determinar la fiabilidad de las mismas, y fue enfático en determinar que:

No es suficiente señalar que la mayoría de las salvaguardias usuales del proceso penal se han garantizado en la declaración y que el testigo no está disponible para juicio, cuando falta la única que exige la Cláusula de Confrontación, la existencia de oportunidad previa para el contrainterrogatorio.

(...) cuando la evidencia testimonial está en cuestión, la Sexta Enmienda exige lo que la ley común requiere: la falta de disponibilidad y una oportunidad previa para el contrainterrogatorio, estos son los únicos indicios de confiabilidad suficiente para satisfacer las demandas constitucionales (Crawford v. Washington, 2004)¹⁷.

Lo reseñado es determinante para concluir que el derecho al contrainterrogatorio, es el eje principal dentro de las manifestaciones del derecho a la confrontación, constituye su

¹⁷ Texto original en inglés, traducción del investigador.

esencia y no puede ser desconocido bajo ninguna circunstancia, aun cuando los testigos no están disponibles para declarar dentro del juicio, pues en este caso debe ser garantizado el derecho a concontrinterrogarlos previamente a la celebración del mismo; inexcusablemente por esta precisa circunstancia es importante lograr la comparecencia de los testigos al juicio, y en este sentido es necesario que el juez y la parte adopte las medidas necesarias para este fin, en razón a que su declaración dentro del juzgamiento es en principio y por regla general la forma debida en que puede admitirse su dicho, sin vulnerar garantías fundamentales pertenecientes al derecho de confrontación, como es el derecho al concontrinterrogatorio.

En Colombia, con la expedición de la ley 906 de 2004, la Corte Suprema de Justicia, ha adoptado esta postura respecto al ejercicio del derecho a concontrinterrogar, es así como en sentencia No. 38773 (2013), proferida por la Sala de Casación Penal, respecto del concontrinterrogatorio ha expresado:

En relación con el principio de contradicción, es necesario señalar que la garantía de controversia no se satisface con la sola posibilidad de rebatir el mérito de la prueba una vez haya sido practicada, sino que se requiere, para satisfacer plenamente ese derecho, brindar la oportunidad a la parte contra quien se aduce la facultad de concontrinterrogar al testigo, según así surge del principio rector consagrado en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 cuando señala que la prueba debe estar sujeta a confrontación y contradicción.

Y así también se deriva de lo previsto en el inciso final del artículo 347 de la mencionada disposición legal, en cuanto determina que las exposiciones recepcionadas por la Fiscalía General de la Nación no adquieren el carácter de prueba cuando no han sido practicadas con sujeción al concontrinterrogatorio de las partes. (2013).

Ahora bien, acerca de la necesidad de hacer comparecer al testigo en esta misma decisión la Corte Suprema de Justicia, indicó que “al juicio debe comparecer personalmente

la víctima o el testigo que llevó a cabo el reconocimiento, a fin de que ratifique o rectifique el señalamiento y la identificación practicada en la investigación” (2013), sin embargo, cuando hace mención a este asunto de la comparecencia del testigo al juicio, hace la salvedad que existe legalmente la manera de admitir la prueba aun sin que el testigo comparezca, tal y como lo sostiene la jurisprudencia norteamericana, indicando asuntos en que el testigo no está disponible (como se explicó en antecedencia); en el caso colombiano, la Corte menciona como excepcional lo consagrado en los artículos 437 y siguientes del CPP, donde se regula lo concerniente a la prueba de referencia, temática abordada en el capítulo anterior.

3.1.3. El derecho a la exclusión de pruebas en contra.

Este punto es el tercer componente del derecho a la confrontación, esto es, el derecho a que se excluyan ciertas pruebas en contra del acusado. Una de las claves fundamentales del derecho de confrontación es diferenciar la prueba de referencia de la prueba directa para posteriormente establecer cuáles de las pruebas de referencia pueden llegar a ser admitidas y cuáles no (Chiesa Aponte, 1995). Lo anterior, dado que al acusado le asiste el derecho fundamental a que sean excluidas, como regla general, las pruebas de referencia en su contra como canon de protección al derecho de confrontación.

En la justicia norteamericana las declaraciones previas de terceros que no testifican en el juicio oral y que son incorporadas por un tercero (hearsay) es decir la “aseveración oral o escrita, o conducta no verbalizada (gestos, muecas, ademanes), afirmando o negando algo, que hace una persona por fuera del juicio, y que es ofrecida en juicio como evidencia para probar la verdad de lo aseverado” (Acevedo, 2011), por regla general no son admisibles como pruebas dentro del juicio oral, conforme lo expone la regla 803 (Federal Rules of Evidence, 1975), debido a que éste no permite el ejercicio del derecho a la confrontación por la

contraparte, esto es, poder confrontar al declarante a efecto de restarle credibilidad a su dicho, una vez evaluada su percepción, proceso de evocación, narración, seguridad, sinceridad (Acevedo, 2011), surgiendo allí el derecho a solicitar y obtener la exclusión de este tipo de pruebas de cargo que vulneran una manifestación del ejercicio del derecho a la contradicción, y un elemento esencial de la confrontación (Bedoya, Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral, 2013).

Por lo tanto, si la declaración testimonial concuerda con las reglas de configuración de prueba de referencia, existe una regla general que prohíbe la admisión de esta evidencia impidiendo su incorporación o producción en el juicio oral, con lo cual no tiene valor probatorio alguno y no puede ser considerada por el juzgador (Chiesa Aponte, 1995).

Sin embargo, en algunos casos se puede admitir de manera excepcional la incorporación o producción de pruebas de referencia en el proceso penal con tendencia acusatoria y adversarial, es así como en el modelo procesal penal norteamericano, se establecen 23 excepciones a la regla de no admisión en juicio de pruebas de referencia, las mismas están contenidas taxativamente en la regla 805 de las Reglas Federales de Evidencia, y toda vez que fueron abordadas en el capítulo anterior vale la pena resaltar que ellas distinguen dos situaciones especiales, que el testigo esté o no disponible (Federal Rules of Evidence, 1975), y los factores que justifican su admisión, exigen que 1) No haya lesión significativa al derecho de confrontación de la parte contra la cual se admite la prueba de referencia. 2) El declarante no esté disponible para testificar en el juicio o vista en que se ofrece prueba de referencia y 3) Existan garantías circunstanciales de confiabilidad en la declaración (Fiscalía General de la Nación, 2005).

En Colombia, la ley 906 de 2004 reguló la prueba de referencia, definiendo este tipo de medio probatorio en el artículo 437, el cual estipula:

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 (2004).

De igual manera, el legislador colombiano consideró pertinente incorporar la regla general de inadmisión de este tipo de prueba dentro del proceso penal colombiano, por ello dispuso que éstas serán admitidas solamente en cinco oportunidades específicas, así:

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) 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 (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Por consiguiente, el derecho a la exclusión de este tipo de pruebas, es un derecho del acusado y elemento del derecho de confrontación que, si bien no se presume como absoluto, resulta su vulneración estar perfectamente limitada y restringida, debido a que la excepción sobre su observancia está taxativamente determinada por la ley, bajo el acaecimiento de circunstancias especiales.

Para concluir, es claro que el derecho de confrontación es una garantía del procesado penalmente, integrado por tres elementos: i) derecho al careo, ii) el derecho a hacer

comparecer a los testigos y a contrainterrogar a los testigos de cargo y iii) el derecho a la exclusión de pruebas en contra, de los cuales el único absoluto es el derecho a contrainterrogar, siendo éste el núcleo duro del derecho de confrontación. Aunado a ello, en Colombia el derecho a la confrontación es parte integrante del debido proceso, garantía constitucional consagrada en el artículo 29 de la Constitución de 1991, y además resulta ser un derecho incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por medio del bloque de constitucionalidad en razón a su consagración en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 8) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Art.14), tratados que catalogan el derecho a interrogar a los testigos de cargo como una garantía esencial del acusado, la cual salvaguarda su derecho a un juicio justo.

Vale la pena expresar que al ser el derecho de confrontación una garantía del procesado penalmente, él puede renunciar a éste, tal es el caso de declaratoria de culpabilidad, pues en este estadio del proceso penal, el acusado renuncia expresamente a su derecho a la confrontación, en el mismo sentido ocurre cuando el acusado voluntariamente se ausenta del juicio, ello porque el derecho a la confrontación es un derecho personal del acusado y así lo ha expuesto en su jurisprudencia la Corte Suprema de los Estados Unidos (Markland, 1993).

4. La valoración probatoria en el proceso penal colombiano

Previo a identificar el método de valoración probatoria vigente dentro del proceso penal colombiano, se hace necesario precisar que el fin de la prueba consiste en producir convencimiento sobre los hechos materia del proceso, es decir, obtener la certeza necesaria para adoptar una decisión (Zarazo Oviedo, 2010).

Esto significa, como lo expone Irving Copi y Carl Cohen que, el estándar de la prueba para la ley penal es muy alto. Son tan terribles las consecuencias de condenar a una persona inocente que se debe evitar esa posibilidad a toda costa. Por tanto, un acusado en este caso

debe considerarse inocente hasta que no se pruebe lo contrario. La convicción del crimen requiere que el acusado sea encontrado culpable más allá de toda duda razonable. Esto significa que acusado se debe encontrar culpable con una probabilidad tan grande que ninguna persona razonable, luego de considerar todas las evidencias disponibles, podría creer en su inocencia. La aplicación de este estándar tiene como resultado el perdón de algunas personas que probablemente son culpables de hecho. Pero esto es mucho mejor que condenar a los inocentes (Introducción a la lógica, 2007, pág. 613).

Al final “los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen el objeto de la prueba a realizar durante el proceso” (Climent Durán, 1999, pág. 42), entre tanto, la valoración probatoria es la que al final determina los hechos como el objeto de la calificación jurídica, y es a partir de ésta que el juez extrae la consecuencia jurídica prevista en la ley.

Dentro de la lista de dificultades que se afrontan para obtener este resultado, se encuentra el hecho de que el juez del caso nunca ha tenido la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, por lo cual es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a todos los intervinientes ejercer el derecho de contradicción (Bedoya Sierra, La prueba en el proceso penal colombiano, 2008).

Sin embargo, lograr el cumplimiento de la finalidad de la prueba manteniendo equilibrio entre hacer justicia, salvaguardar los derechos de la víctima e imponer la pena adecuada, no es una tarea fácil, mucho menos cuando el juzgador es tan humano e imperfecto como las partes y, por ende, le es difícil lograr la valoración que lleve a la consecución del fin de la prueba, observando y preservando las garantías de un juicio justo (Zarazo Oviedo, 2010).

En razón a lo anterior, se hace necesario establecer un método, una manera de valorar las pruebas, que facilite y de paso limite la deliberación del juzgador, brindándole la posibilidad de apreciar libremente la prueba, mediante el acatamiento de pautas o principios específicos que regulen su valoración o, fijándole normas expresas que restrinjan su ponderación y de las cuales no puede apartarse porque conforman una fórmula legal inmodificable por sus criterios personales. Estos son dos conocidos sistemas que regulan la valoración probatoria: el primero se denomina sana crítica y el segundo, tarifa legal (Iglesias, 1995) (Devis Echandía, 1993).

En cuanto a la tarifa legal, sus antecedentes pueden derivarse del derecho romano en la época del imperio, donde si bien el juez tenía amplios poderes de investigación, e incluso para la práctica de pruebas de oficio, no poseía facultades para apreciar las pruebas de manera diferente a la que le instruía una estricta reglamentación (Cuenca, 1981), posteriormente con las invasiones bárbaras desaparece la libertad del juez hasta para el procedimiento, convirtiéndose los mismos en juegos de azar, ordalías, juicios de Dios sometidos a formalismos extremos, en especial el proceso penal (Bentham, 1959).

Dentro de este sistema la ley instituye concretamente el valor de las pruebas y el juzgador meramente aplica lo consagrado en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, por lo que el juez no necesita hacer un esfuerzo para razonar para ese efecto ya que el legislador lo ha hecho por él, y su motivación básicamente consiste en demostrar que su decisión cumplió con el valor asignado por la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

En ambos sistemas, “los fines de la prueba están íntimamente ligados al deber de motivar”, lo que varía es su exigencia y la manera de hacerlo, sin perjuicio de esta diferencia, “lo que se permite es comprender las relaciones que se tejen en el cumplimiento de las

funciones de fiscales y jueces. En efecto, los jueces tienen la obligación de motivar sus decisiones y ello incluye un componente fáctico” (Bedoya Sierra, La prueba en el proceso penal colombiano, 2008, pág. 26).

No obstante, en la actualidad es infructuoso intentar enmarcar el dominio absoluto de uno de los dos sistemas de valoración probatoria, considerando nulo el otro, puesto que lo único que se puede determinar en su aplicación, es la prevalencia de alguno de los dos, pero no la eliminación por completo del otro (Sentis, 1967).

4.1. La sana crítica y la razonabilidad de la prueba

Ahora bien, en cuanto a la sana crítica, su evolución histórica ha sido estudiada por el tratadista Leonel Gustavo Cáceres (2005), quien divide sus antecedentes en cuatro periodos, el primero de ellos se remonta a la época de Aristóteles, donde la prueba se examina por sus aspectos intrínsecos y extrínsecos, considerando la más completa y aceptable aquella conformada por el silogismo y la inducción. El segundo periodo se da con fuerza en el derecho alemán, en la época en que la administración de justicia estaba en manos de los Escabinos, modelo fundado en los preceptos de Justiniano, aquellos que tienen como base la convicción personal orientada hacia el cumplimiento de las reglas de la sociedad, junto con la lógica y la razón, poniendo en práctica los medios de prueba concordantes con el principio de verdad material. El tercer periodo, tiene como hito la afamada revolución francesa y la posterior aparición de Jeremías Bentham, quien, con el tratado de las pruebas judiciales, arremete contra el sistema de valoración probatoria de tarifa legal y señala como prevalente el sistema de persuasión racional, hoy conocido como el de la sana crítica, fundado en la lógica y la experiencia. El quinto periodo mencionado por Cáceres (2005) es el actual,

manifestando el autor que el sistema de persuasión racional ha avanzado y se ha consolidado, siendo pocos los casos en los que hoy no se aplica la sana crítica.

Pero ¿qué es la sana crítica? En palabras del profesor Devis Echandía, es dejar al juez “en libertad para apreciar las pruebas que lleguen al proceso por cualquier conducto, conforme a los principios de la lógica y la psicología judicial, es decir con un criterio científico y sobre la ineludible presunción de su honestidad (1993, pág. 288)”, explica el profesor que este sistema exige mayor preparación de los jueces, con el fin de obtener decisiones justas.

Con esta definición, es claro que la sana crítica a diferencia de la libre convicción¹⁸ tiene límites, esto es, se rige por unas reglas, o como los denomina el profesor Devis Echandía, principios.

En palabras del procesalista Hugo Alsina, “reglas”, que “no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio” (1956, pág. 127).

Así las cosas, para el tratadista Couture “las reglas de la sana crítica son, ante todo, reglas del correcto entendimiento humano. En ellas intervienen las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez (1981, pág. 215)”, en el mismo sentido explica Iglesias, que si bien la sana crítica se apoya en la lógica y en las reglas de la experiencia, implica además de ello “la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve para la vida (1995, pág. 20)”, refiriéndose con esto el autor a las máximas de la experiencia, aquellas que, define como: “normas de valor general, independientes del

¹⁸ Es el sistema dentro del cual la “escogencia de la prueba y el valor de ésta depende del libre arbitrio del juez para juzgar, funcionario que en esta forma no tiene que motivar sus fallos” (Zarazo Oviedo, 2010). Dentro de éste sistema, el juez puede valorar las pruebas de forma libre, sin límites o restricciones legales o de otro tipo, su decisión es íntima y no está obligado a revelar sus motivos, lo que restringe sustancialmente la posibilidad de impugnar cualquier decisión. (Cáceres, 2005).

caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie" (1981) y de conformidad con el profesor Zarazo Oviedo:

(...) se originan en la observación corriente del hombre de cultura media en determinado periodo, lugar y ambiente social y que, extraídas mediante la inducción de las fuentes comunes del saber humano, requieren para su utilización en el juicio un razonamiento deductivo que evidencie su generalidad y aplicabilidad al supuesto concreto, como uno de los factores, el racional, de entre los que han de intervenir en el proceso de fijación del hecho a probar (2010, pág. 59).

De acuerdo a lo anterior, las máximas de la experiencia no son llanas manifestaciones sobre hechos o situaciones múltiples, no están conformadas por meros juicios plurales en razón a sucesos determinados basados en el sentir o parecer de las personas; las máximas de la experiencia van mucho más allá de eso, son los predicados de experiencia social, "experiencia experimentada" que se convierte en juicio general (Stein, 1999).

De esta manera, se pueden destacar como elementos comunes en las múltiples y diversas definiciones doctrinales de lo que son las máximas de la experiencia, que:

(...) i) Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; ii) Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; iii) No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; iv) Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; v) Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que

ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia” (González Castillo, 2006).

Ahora, en cuanto a la lógica como componente de la sana crítica, su concepto se ha decantado connaturalmente con el transcurrir del tiempo, no existiendo en la actualidad discusión en los principios que la componen, siendo estos: Identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); y tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes)¹⁹.

Aunado a ello, la Corte Constitucional, desde sus inicios, se ha referido a la lógica, desde su más abstracta acepción como:

La disciplina que estudia las reglas de razonamiento necesarias para la construcción de cualquier otra ciencia. Pese a la multiplicidad de sentidos con que puede utilizarse el vocablo -lógica formal, lógica material, lógica clásica, lógica deóntica, lógica proposicional, lógica paraconsistente, entre otros-, lo cierto es que la lógica ofrece un sistema de reglas que permite distinguir argumentaciones válidas de las no válidas. En este sentido, la lógica se ocupa exclusivamente del aspecto formal del razonamiento. La observancia de las reglas de la lógica no es condición suficiente más si necesaria para la existencia de una ciencia (1993).

¹⁹ Acerca de la uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia, pueden consultarse autores como Luis Zarazo (2010), Joel González (2006), Leonel Cáceres (2005), Gregorio Fingermañ (1997), y las siguientes sentencias Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación penal: Rad. 16.472 del 21/11/2002. MP. Jorge Aníbal Niño Gallego; Rad. 15.234 del 21/02/2002. MP. Jorge Córdoba Poveda; Rad. 18.626 del 06/08/2003. MP. Álvaro Pérez Pinzón; Rad. No. 20266 del 06/10/2004. MP. Álvaro Pérez Pinzón; Rad. 17712 del 21/07/2004. Rad. 31338 del 22/07/2009. Corte Constitucional de Colombia, sentencias: C-504 de 1993; C-741 de 2003; T-902 de 2005; T-723 de 2007.

Por consiguiente, la sana crítica implica un juicio razonado, que se sostiene en la lógica, entendiendo esta como una teoría del conocimiento, ciencia que estudia las leyes del pensamiento, en conjunto con las leyes de la naturaleza y las leyes de la sociedad, construyendo afirmaciones con contenido objetivo (Kopnin, 1976). Las leyes de la lógica al interrelacionarse con otras, se convierten en conceptos, formando categorías que ponen de presente los rasgos representativos de los fenómenos y las cosas, dando a conocer vínculos internos, la unidad, y los lazos esenciales que intervienen en los fenómenos objeto de estudio (Rosental & Schtraks, 1965).

Se hace necesario precisar que la sana crítica al apoyarse en la lógica, y en las reglas de la experiencia, no llega a jerarquizar el proceso de valoración, preponderando alguno de sus dos componentes, simplemente implica el uso del conocimiento racional teniendo en cuenta estos dos presupuestos, sin sobrevalorar alguno de ellos. En consecuencia, las reglas de la sana crítica son desconocidas cuando el juez no observa las reglas de la lógica y la experiencia, la primera como ciencia formal y la segunda como ciencia fáctica (Cáceres, 2005).

En palabras de la Corte Constitucional colombiana sentencia C-202 (2005), las reglas de la sana crítica dentro del proceso penal, se traducen en que la “decisión sea motivada en forma razonada o crítica, de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en todo caso mediante la exposición de los motivos concretos o específicos que la originan”. De acuerdo a ello, en el ejercicio racional del juzgador es indefectible que éste haga una interpretación integral de todo el material probatorio y que su valoración se ajuste a la lógica y la experiencia, para así producir un resultado ajustado a las reglas de la sana crítica.

Así las cosas, el juez que se aparte de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, no aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (Corte Constitucional, 2016).

Afirmando el máximo Tribunal Constitucional que:

(...) la independencia y la autonomía judicial en la valoración probatoria, son principios cardinales en el Estado Social de Derecho que, sin embargo, no tienen carácter absoluto. Es claro que el juez está obligado a motivar sus fallos, lo que implica a su vez que debe exponer las razones que lo llevaron a declarar que un hecho está probado o no. Para poder desarrollar tales razones el juez, en Colombia, tiene la obligación de circunscribirse a las reglas de la sana crítica y a los criterios lógicos derivados de la ciencia y la experiencia²⁰.

La Corte Suprema de Justicia, también se ha referido al asunto, advirtiendo que dentro de la valoración probatoria forjada en la sana crítica, puede el juzgador errar en aspectos fácticos, advirtiendo que esto debería ser impugnado, demostrando la parte interesada que el juez no usó las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia al tomar la decisión,

²⁰ Esta posición la fijó la Corte al analizar, de acuerdo a la doctrina procesal, las diferentes metodologías que puede usar un juez para acercarse al material probatorio. De los cuales destacó: i) la íntima convicción, ii) la tarifa legal y iii) las reglas de la sana crítica. En efecto en la sentencia C-202 (2005) se explicó:

"De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas".

estableciendo la manera en que la valoración adecuada de todo el acervo probatorio hubiera cambiado por completo la decisión del juzgador (1997); ha explicado la Corte, que es una obligación del operador judicial a la hora de decidir dentro del proceso penal, apreciar las pruebas en conjunto e integralmente, para que a través de la sana crítica se obtenga una idea racional sobre los hechos juzgados y el responsable de su acaecimiento (Corte Suprema de Justicia, 1998).

En materia penal, la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha indicado que, si bien el juez tiene autonomía para apreciar todo el material probatorio recaudado, esta apreciación además de fundarse en su recto criterio jurídico por medio de la apreciación racional de los criterios lógicos, el conocimiento específico de cada ciencia y la experiencia; está sometida a la Constitución y la ley (1999).

De ahí que la certeza objetiva, es decir, el deber del juez de fundar su decisión en algo que sea más allá de toda duda razonable, sea el fundamento o requisito necesario para que, dentro del proceso penal colombiano, la producción válida de una prueba se dé entre tanto se cumpla con las formalidades que la ley exige para su recolección, práctica, incorporación y admisión (Bedoya, Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral, 2013).

No obstante, la Corte ha precisado que si bien el respeto a la autonomía judicial hace que se permita que los jueces valoren libremente el acervo probatorio dentro de las normas de la sana crítica, el valor normativo de la Constitución conlleva de manera ineludible a que la valoración probatoria se aparte de las reglas de la sana crítica, cuando la prueba tiene “la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo” (Sentencia T-025, 2001).

Por consiguiente, se resalta la existencia de la prohibición de que el juzgador pueda basarse en su propia experiencia para dictar sentencia, porque la apreciación de pruebas

incorporadas, practicadas y admitidas en desarrollo del proceso penal colombiano debe darse de manera autónoma, por medio de la estimación lógica y razonada.

Ahora, se hace necesario indicar que con la Ley 906 de 2004, el legislador exige y parametriza la manera de valorar las pruebas, resaltado que debe darse una valoración conjunta, integra, de todos los medio de prueba, y que cada uno de ellos está reglado a lo que indique la ley; en este sentido es claro que en el proceso penal colombiano si bien se da aplicación al sistema de libertad probatoria, exigiendo como método de apreciación de la prueba el de la sana crítica, basado en las reglas de la lógica y la experiencia, conformando las mismas una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción; también es cierto que de existir alguna exigencia tarifaria de medio probatorio obrante en la Constitución o en la ley, no puede el juez omitir su aplicación usando como excusa el cumplimiento de las reglas de la sana crítica.

4.2. Tarifa legal negativa como limitante excepcional para la valoración de la prueba de referencia

En nuestro sistema procesal penal sólo en forma excepcional se hace exigible la tarifa legal para valorar las pruebas recaudadas, lo que significa que, en ciertas circunstancias, expresas en la ley, los hechos deben ser probados por medio de pruebas taxativamente señaladas, de ahí que la Corte Constitucional (como se refirió en el acápite anterior), destaque el hecho de que la valoración probatoria realizada por medio de los principios de la sana crítica, en ocasiones limitadas debe restringirse a la tarifa legal, por haber previsto el legislador, medios específicos para probar determinados hechos dentro del proceso penal, ésta tarifa no necesariamente está consagrada como una exigencia de medio probatorio, puesto que para el caso de la prueba de referencia lo que estipuló el legislador fue una

prohibición de condena únicamente fundada en este medio de prueba. Esto es, lo que la doctrina ha catalogado como una tarifa legal negativa.

De esta manera, la tarifa legal negativa que prohíbe al juzgador decidir con fundamento únicamente en pruebas de referencia, está prescrita en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y establece que: "la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia", es una prohibición expresa que el legislador ha escrito como garantía para el acusado, en razón a que la admisión de pruebas de referencia es excepcional, por ser este tipo de medio probatorio en esencia violatorio del derecho de confrontación (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2016A), con esta norma, se busca salvaguardar los derechos del acusado, con el fin de que el juez tenga que hacer uso de otro tipo de pruebas que acompañen dentro de la valoración integral el alcance de la decisión, para así soportar en derecho su fallo de condena.

Esta prohibición, encuentra además asidero en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se analiza la garantía judicial consagrada en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuya semejanza con los artículos 8 y 14 de la CADH y el PIDCP es indudable, normas que destacan el derecho a contrainterrogar como esenciales para la defensa del acusado, lo que concuerda perfectamente con el hecho de que la admisión de declaraciones anteriores al juicio oral debe ser excepcional y la prohibición de que la condena se funde exclusivamente en declaraciones frente a las cuales el acusado no ha podido ejercer este derecho esencial, como contrainterrogar al testigo de cargo.

De esta manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que:

(...) la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en la fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3d y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y

que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski; 15 de junio de 1992, caso Lüdi; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros. Como el Tribunal de Estrasburgo ha declarado (STDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucá), "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6º del Convenio cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario" (2015).

Lo anterior cobra sentido, cuando se tiene claro que el conocimiento de los hechos no es la única finalidad en el desarrollo de la etapa probatoria, puesto que, dentro del Estado social de derecho y a la luz del texto constitucional, el ejercicio de la acción penal implica velar porque en el cumplimiento del propósito de hallar la verdad no vulneren los derechos fundamentales de los procesados, "pues no tendría sentido que el costo del esclarecimiento de un delito fuera la afectación irracional, desproporcionada e ilegítima de los derechos y garantías fundamentales" (Bedoya Sierra, 2008, pág. 38).

Por ende, se determina que con la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal colombiano (Ley 906 de 2004), si bien se admite la prueba de referencia bajo ciertas circunstancias, la talanquera a esta admisión la expone el mismo legislador al consagrar con carácter excepcional una tarifa legal negativa, expuesta en el artículo 381 del C.P.P., la cual consiste en que el juez no puede decidir condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia, porque incurriría en un error de derecho.

Lo anterior se presenta con base en que la prueba de referencia ha sido considerada por la jurisprudencia penal colombiana como un medio de prueba no confiable, lo que

representa que su eficacia probatoria, es precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza y con ello de superar el estándar de la duda razonable; por lo tanto, la limitación en su utilización dentro de la decisión de condena por parte del Juez, tiene razón de ser en que el legislador consideró que esta no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (Couture, 2008).

Se hace necesario precisar que el alcance del artículo 381 del ordenamiento procesal se limita a impedir que la prueba de referencia sea fundamento exclusivo de la condena, y no le quita la posibilidad al juez de fundar otro tipo de decisiones en este medio probatorio, como el hecho de absolver, o la capacidad de usarlo dentro de la valoración que debe realizar para decidir.

De esta manera la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de septiembre de 2011, bajo el radicado No. 35932, manifestó:

Ahora, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 ha dispuesto que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, de donde resulta imperativo concluir que de ese modo, el legislador estableció una tarifa legal negativa (como acierto lo postula la casacionista) para ese tipo de prueba y que, por ende, el juzgador que proceda en sentido contrario esto es, soportando la condena de forma única en medios de conocimiento de este tipo, incurre en error de derecho por falso juicio de convicción. Luego, si el reproche que se propone lo es porque el Tribunal condenó con sustento únicamente en pruebas de esa clase, el vicio cometido no podría ser de hecho -como equivocadamente lo sostiene la demandante- sino de derecho y por consiguiente, el yerro no es de raciocinio (el elegido) puesto que no se trata de que el sentenciador haya ignorado los postulados de la sana crítica, sino de convicción en tanto se les dio a los mismos un valor suasorio que la ley les niega, o lo que es lo mismo, se desconoció la tarifa legal negativa señalada por la ley (2011).

En el mismo sentido, la Corte ha expresado que uno de los fines superiores del régimen de procedimiento penal, “consiste en la búsqueda de la verdad sea compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381” (Sentencia del 30 de marzo. Radicado No. 24468, 2006).

En consecuencia, dentro del proceso penal colombiano “no pueden aceptarse verdades a medias ni imponer una sanción con suposiciones o conjeturas”, como lo explica la Corte Suprema de Justicia (2007), ya que el material probatorio recaudado como prueba de referencia debe ser analizado en conjunto con otros medios de conocimiento y bajo los parámetros de la sana crítica, es decir, en este caso específico el ordenamiento jurídico colombiano exige una valoración que implica tanto la sana crítica como el cumplimiento de la tarifa legal, en razón a que la eficacia probatoria del medio empleado no es suficiente como para soportar completamente un fallo de condena.

4.3. La tarifa legal negativa sobre la valoración de la prueba de referencia no puede convertirse en un formalismo fácilmente burlado.

Existe una gran diferencia en que la prueba de referencia no pueda ser fundamento exclusivo de la sentencia condenatoria y otra que no pueda ser fundamento “único y decisivo” de la misma. El artículo 381 del CPP debe interpretarse, sistemáticamente, a la luz de las garantías procesales, especialmente el derecho de confrontación; y por ello, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia internacional que ha establecido el alcance de la garantía judicial mínima consagrada en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 6) y a la Constitución de los Estados Unidos (sexta

enmienda), máxime si se tiene en cuenta que la admisión excepcional de la prueba de referencia en nuestro país, no tienen las exigencias desarrolladas en el derecho norteamericano -y por derivación en el puertorriqueño- en la labor de equilibrar los intereses en juego: imposibilidad de usar declaraciones testimoniales cuando no ha habido oportunidad real de confrontación, concurrencia de circunstancias de las que pueda inferirse mayor confiabilidad de la declaración rendida por fuera del juicio (Recuérdese las reglas 806 (RE) y 804 (FRE) estudiadas anteriormente), entre otras (Bedoya, 2013).

Una interpretación restrictiva del artículo 381, permite inferir que la prueba de referencia debe estar acompañada de otras evidencias que sirvan de soporte principal al cargo. Desde esta perspectiva, solo podría ser utilizada la prueba de referencia, para corroborar o fortalecer otras pruebas “directas” practicadas con plenas garantías para el acusado, como es la confrontación. Esta interpretación es la que se debe adoptar, porque es compatible con lo establecido en los artículos 379 y 438 del CPP en torno a la esencia excepcional de la prueba de referencia y a la expresa prohibición del artículo 16 (principio rector) de valorar evidencia no practicada en el juicio oral con inmediatez, concentración, contradicción, confrontación y publicidad (Bedoya, 2013).

Lastimosamente, existe otra interpretación del artículo 381 del CPP que podría denominarse “más amplia”, la cual concluye que la prueba de referencia si puede ser soporte principal de la sentencia condenatoria, siempre y cuando concurren otras evidencias que le brinden suficiente respaldo y de esta manera, como existen más pruebas, que no son de referencia, se satisface la tarifa legal negativa consistente en: “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Luis Fernando Bedoya (2013) acierta en afirmar que, aunque el artículo 381 del CPP colombiano no consagra la fórmula “únicamente o en grado decisivo” para referirse a los límites de la prueba de referencia, debe tenerse en cuenta que dicha tarifa legal, está orientada a mantener un equilibrio adecuado entre la protección del derecho a confrontación y la facultad de usar declaraciones de personas cuya comparecencia al juicio no es posible. Desde esta visión, cuando la prueba de referencia es soporte principal de aspectos trascendentes del debate probatorio (materialidad de la conducta, responsabilidad penal, entre otros), debe existir más evidencia directa, que soporte a ese hecho en particular, para que la limitación consagrada en el artículo 381 del CPP, no se convierta en un formalismo carente de sentido y utilidad.

Por ejemplo, sería gravísimo para el acusado que la única prueba que dé cuenta de un aspecto tan relevante como la autoría, se establezca -exclusivamente- a través de una declaración rendida por fuera del juicio oral, donde el acusado no pudo contrainterrogar (prueba de referencia) y como quiera que se practicaron otros medios de prueba directos en el juicio, que por ejemplo probaron la materialidad de la conducta (declaración de perito que realizó la necropsia médico legal del occiso), el juez emitiese una sentencia condenatoria, bajo la interpretación amplia, de que la sentencia no se fundamenta exclusivamente en prueba de referencia, pues se practicaron otras pruebas directas en el juicio oral. Lastimosamente, recientemente, esta interpretación amplia, que enfáticamente debe catalogarse como errada, ha sido empleada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (2017A), donde ratifica una condena de 408 meses de prisión, cuya decisión se fundamentó en prueba de referencia, pero como existían otras pruebas directas “complementarias” se satisfizo la tarifa legal negativa.

Por lo anterior, debe siempre adoptarse una interpretación restrictiva sobre la tarifa legal negativa en materia de valoración de la prueba de referencia en Colombia, pues solo así, podría existir un verdadero equilibrio adecuado entre la protección del derecho a confrontación y la facultad de usar declaraciones de personas cuya comparecencia al juicio no es posible y no en un mero formalismo vulnerable de garantías fundamentales.

5. ¿Qué sucede con un testigo que se rehúsa comparecer al juicio en el proceso penal colombiano?

El ordenamiento jurídico penal colombiano, tiene como regla general, que toda persona tiene el deber de prestar testimonio cuando así lo requiera la administración de justicia. Al respecto, el artículo 383 de la ley 906, expresa que: “[t]oda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales” (2004), y si bien la Constitución Política de Colombia, no contiene previsión expresa sobre deber general de declarar (Corte Constitucional de Colombia, 2014), el artículo 33 de la Carta Magna expresa que “[n]adie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (1991). Es decir que existen unas excepciones constitucionales y legales a la regla general del deber de declarar. Estas excepciones, a la vez, se encuentran taxativamente regladas en el artículo 385 del CPP (Ley 906 de 2004) de la siguiente manera:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

El juez informará sobre estas excepciones a cualquier persona que vaya a rendir testimonio, quien podrá renunciar a ese derecho.

Son casos de excepción al deber de declarar, las relaciones de:

- a) Abogado con su cliente;
- b) Médico con paciente;
- c) Psiquiatra, psicólogo o terapeuta con el paciente;
- d) Trabajador social con el entrevistado;
- e) Clérigo con el feligrés;
- f) Contador público con el cliente;
- g) Periodista con su fuente;
- h) Investigador con el informante (2004).

Si un testimonio es decretado y la persona no está exenta de rendir el testimonio, tiene el deber de comparecer ante la autoridad judicial que lo requiere y bajo la gravedad de juramento (Art. 389 del CPP) -a menos que sea menor de 12 años (Art. 383. CPP)- deberá decir toda la verdad de lo que conoce.

Ahora bien, ¿qué sucede, procesalmente hablando, si el testigo no comparece ante el llamado de la administración de justicia? El Código de Procedimiento Penal colombiano, prevé esta situación, brindándole herramientas al juez para asegurar la comparecencia del testigo. Al respecto el artículo 384 de la ley 906 de 2004, establece lo siguiente:

Medidas especiales para asegurar la comparecencia de testigos. Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará.

Las autoridades indicadas están obligadas a auxiliar oportuna y diligentemente al juez para garantizar la comparecencia obligatoria de los testigos, so pena de falta grave (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Igualmente el numeral 3 del artículo 143 del CPP, “poderes y medidas correccionales” del juez, expresa que: “A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, le impondrá arresto inconmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba” (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Por lo anterior, el juez podrá ordenar la aprehensión y conducción a la audiencia, inclusive, a través de sus funciones correccionales, castigar al desobediente testigo con una medida de arresto. Si definitivamente, el testigo se resiste a comparecer a declarar -pese a aprehenderlo, conducirlo y arrestarlo-, el juez está en el deber de compulsar copias para que se le investigue por una o varias de las conductas delictivas contempladas en el título XV. (Delitos contra la administración pública), capítulo (IX delitos contra medios de prueba y otras infracciones) del código penal (ley 599 de 2000) o cualquier otro tipo penal que se adecue a la conducta que despliegue el testigo en su renuencia en cada caso concreto.

El desarrollo anterior, permite aseverar que en el proceso penal colombiano, existen diversas herramientas para lograr la comparecencia de un testigo a la audiencia de juicio, desde medidas prácticas como su aprehensión y conducencia, hasta castigos como arresto disciplinario o condenas por comisión de delitos contra la administración pública, por lo que podría dilucidarse que, en el proceso penal colombiano, rara vez un testigo obligado a declarar no lo haga, pues existen verdaderos mecanismos correccionales y penales para lograr su testimonio en juicio. Sin embargo, puede suceder que un testigo, a pesar de las medidas correctivas e incluso penales, decida no comparecer al juicio o siendo conducido, decida no declarar, pese a su deber legal, pues, por ejemplo, siga considerando -a pesar de negársele-

que está amparado en una excepción constitucional de no declarar. ¿Qué sucede en estos casos?

Frente al interrogante anterior, pueden presentarse dos situaciones: 1) que el testigo contumaz no haya rendido ninguna declaración anterior de los hechos pertinentes al proceso penal o 2) que el testigo contumaz si haya rendido alguna declaración anterior de los hechos pertinentes al proceso penal.

Recuérdese la definición de “declaración” dada en el capítulo dos literal B, donde se estableció que, no necesariamente la declaración debe ser oral o escrita, también podría tenerse como una declaración, una seña, un gesto o cualquier movimiento corpóreo o conducta que permita negar o afirmar algo. Es decir que, para determinar el primer supuesto que hace mención a la ausencia de alguna declaración, debe verificarse que el testigo con anterioridad no realizó ningún movimiento corpóreo o conducta que permitiera negar o afirmar algún aspecto relevante para el debate penal ante cualquier otra persona que pudiese demostrar la existencia de la misma. Si esto es así, la información definitivamente no podría llegar al juzgador y es más, si no se cuenta con ninguna declaración previa de un testigo, difícilmente la parte que solicita el decreto de su testimonio en la audiencia preparatoria podría fundamentar su pertinencia (Art. 375 CPP), pues se desconoce lo que el testigo percibió directamente sobre el hecho de interés al debate probatorio del proceso penal y cualquier fundamentación sobre su decreto, se realizaría a través de supuestos o especulaciones²¹. Frente al segundo aspecto, se desarrollará a continuación.

²¹ Por ello, no es gratuito que el artículo 206 del CPP, regule el deber legal que tiene la policía judicial –la defensa no tiene este deber- de efectuar la recepción de entrevistas en su función investigativa, así como el de registrar sus resultados o, por lo menos, dejar constancia en el cuaderno de notas. Al respecto puede consultarse el auto del 30 de julio de 2010 dentro del radicado Rad.110016000028200902436, proferido por una sala penal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, donde se le ordena a la fiscalía a realizar entrevistas a testigos solicitados en una audiencia preparatoria, pues no lo había hecho.

5.1. ¿Qué sucede con la declaración de un testigo que se rehúsa comparecer al juicio?

Nos encontramos frente a la pregunta que originó la presente investigación y sólo hasta después de haberse desarrollado los capítulos anteriores, se puede dar una respuesta.

Como se pudo determinar en el capítulo segundo, donde se describió la regulación de la prueba de referencia en EE.UU y PR, este supuesto de “no rendir testimonio pese al requerimiento judicial”, se encuentra catalogado en una de las situaciones de “De no disponibilidad de la persona de testigo” y por ende si se cumplen los requisitos circunstanciales de confiabilidad exigidos, dicha declaración anterior podría incorporarse como prueba de referencia admisible en dichos ordenamientos jurídicos. También se estableció que la regulación de la prueba de referencia en Colombia fue influenciada por las Federa Rules of Evidence de EE.UU y las Reglas de Evidencia de Puerto Rico; pero si ello fue así, ¿por qué no se reguló en igual medida el asunto en Colombia?, ¿por qué no se incluyeron las mismas clasificaciones de la regulación excepcional de la prueba de referencia de las FRE y las RE?

Lo primero que hay que manifestar, con fundamento en los capítulos anteriores, es que la regulación de la admisión de prueba de referencia en EE.UU y PR, a pesar que sirvieron de modelo -según expresa parte de la doctrina y la misma CSJ-, en la actualidad presentan más diferencias que semejanzas con lo regulado en el CPP Colombiano (ley 906 de 2004). Sin embargo, al investigarse por los antecedentes legislativos del CPP (hoy ley 906 de 2004), la regulación de la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, era muy diferente a la actual, pues el primer proyecto de ley presentado, curiosamente, contenía una clasificación semejante a las FRE y a las RE, aunque debe advertirse desde ya, también

concebía unas causales que no eran compatibles y que fácilmente deslumbraba una afectación a garantías fundamentales.

Es útil mencionar que el proyecto de ley originario contempló la posibilidad de que esta lista de excepciones estuviera clasificada en tres grupos: “(i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009), es así como el primer proyecto de ley del CCP -hoy ley 906 de 2004-, expresaba lo siguiente:

Artículo 470. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia en los siguientes casos:

1. No disponibilidad del declarante como testigo: **a) Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el juez;** b) Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; c) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; d) Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; e) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; f) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; g) Ha fallecido; h) Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; i) Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal de su autor.

2. Disponibilidad del declarante como testigo:

a) Las admisiones del acusado cuando son hechas en desarrollo de la actividad delictiva y se presentan en su contra por el coautor o partícipe; b) Las declaraciones efectuadas

por quien realiza un reconocimiento en fila de personas o por medio de fotografías, imágenes digitales o videos; c) Las declaraciones juradas rendidas por testigos fuera de audiencia ante el juez de control de garantías; d) Las declaraciones contenidas en la denuncia o querrela formuladas ante la policía judicial, la Fiscalía General de la Nación o cualquier otra autoridad competente.

3. En virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad, serán admisibles además las declaraciones siguientes: a) Las realizadas en estados de intensa emoción producto de un episodio o acontecimiento extraordinario, siempre y cuando dicha declaración sea contemporánea al evento traumático o generador de la excitación; b) Las declaraciones del acusado que se refieran a su estado emocional o de salud, siempre que hayan sido efectuadas a un psicólogo, médico o terapeuta y que no se hallen cobijadas por un privilegio; c) Las declaraciones que se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; d) Las declaraciones contenidas en documentos que regularmente recogen o registran informaciones confiables tales como archivos públicos, datos de estadística vital, archivos de organizaciones religiosas o sociales, registros o álbumes de familia, asientos contables y demás libros de o papeles mercantiles; e) Las declaraciones contenidas en bases de datos de cualquier índole; f) Las declaraciones contenidas en tratados, manuales, ensayos o trabajos y cualquiera otra que aparezca en una publicación de carácter académico; g) Las declaraciones referidas a la reputación tenida entre los miembros de la familia, o en la comunidad; h) Las declaraciones que aparezcan en los antecedentes penales, disciplinarios o de policía; i) Las declaraciones que hayan sido conocidas por cualquier otro medio lícito, que sean de indiscutible valor sustancial para el asunto en debate y que por la forma como se obtuvo posea suficiente garantía circunstancial de confiabilidad (Secretaría General Cámara de Representantes, 2003) (Negrita fuera de texto original).

Nótese que el texto originalmente pensado, incluía muchas más situaciones excepcionales, dentro de ellas la cuestión de la presente investigación, sin embargo, el legislador dentro del trámite legislativo²² redujo las excepciones a las que hoy conocemos, consagradas en el artículo 438 del CPP, donde fueron conservadas las pertenecientes de la categoría de excepciones instituidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba, solamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos, y todas las concernientes a los casos de no disponibilidad del declarante, literales c), e), f) y g) (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2009)

Al revisarse el trámite legislativo del proyecto original, no se encuentran las razones por las que se realizaron estas modificaciones, lo único certero es que el texto original fue allegado por la Fiscalía General de la Nación y posteriormente fue reducido por la Cámara de representantes antes de surtirse el primer debate²³.

Podría pensarse que, ante la incoherencia sistémica de algunas causales originales de admisibilidad de la prueba de referencia, como por ejemplo: “Las declaraciones juradas rendidas por testigos fuera de audiencia ante el juez de control de garantías”, que se asemejaban al principio reinante en el modelo anterior de permanencia de la prueba y siendo lo pretendido por el legislador dejar en el olvido dicho modelo inquisitorial, se optó por reducir las causales y dejar una excepción residual admisible o una cláusula residual

²² Para ser más exactos, el texto fue reducido por la Cámara de Representantes al presentar su propuesta ante la Comisión Primera del Senado de la República, para que el mismo fuera sometido a primer debate, identificándose como “Proyecto de ley número 229 de 2004 Senado y 001 de 2003 Cámara, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Al respecto se puede consultar: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2002-2006/2003-2004/article/237-por-medio-de-la-cual-se-expide-el-codigo-de-procedimiento-penal>.

²³ Al respecto se puede consultar: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2002-2006/2003-2004/article/237-por-medio-de-la-cual-se-expide-el-codigo-de-procedimiento-penal>.

incluyente de carácter discrecional, como ocurre con el actual numeral B del artículo 438 del CPP.

Igualmente, como ya se ha descrito, para la Corte Suprema, la excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, es de carácter discrecional, ya que se deja al juez la opción de admitir la prueba en el juicio oral, que denota características distintas a las reseñadas específicamente en la ley, pero frente a eventos similares a los que consagra el numeral b).

El término “eventos similares”, revela que deben ser situaciones parecidas a las expuestas, bien sea en razón a su naturaleza o debido a que advierten particularidades comunes, cita la Corte Suprema de Justicia como ejemplo sucesos 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 del 06 de marzo. Radicado No. 27477, 2008) (Negrillas fuera de texto).

Esta interpretación de la Corte, parece descartar la posibilidad de que la declaración anterior de un testigo que se rehúsa comparecer al juicio, pese a orden judicial, pueda ser incorporada como prueba de referencia, pues en dicha situación no mediaría una situación especial de “fuerza mayor”, pues obedece a una decisión consiente del testigo, no a una fuerza externa que se lo impidiese. Tampoco en esta situación, según interpretación de la Corte, el testigo estaría “no disponible”, pues es ubicable e inclusive su presencia física podría tenerse en audiencia. Por lo anterior, puede afirmarse que la jurisprudencia colombiana, no toma como evento similar del numeral b), la declaración del testigo que se rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el juez.

Se cuestiona el precedente de la Corte Suprema de justicia, no solo frente al requisito especial de fuerza mayor, sino también respecto al criterio que adopta para determinar cuando está disponible un testigo y cuando no.

En primer lugar se propone en este trabajo, que el criterio para determinar los “eventos similares” aludidos en el numeral b) del artículo 438, no pueden obedecer a situaciones especiales de fuerza mayor, sino que, en remplazo de esta categoría, constituirá indisponibilidad cuando algo (cualquier cosa, así sea la voluntad del testigo) impida la presencia del testigo a juicio y dicha situación sea ajena a la parte que la solicita. Es decir que, tal como afirma Roger Parker, citado por Vélez (2010), la excepción residual admisible o cláusula residual incluyente del numeral b), debe interpretarse de manera *numerus apertus* al señalar que constituye indisponibilidad “todo lo que no sea culpa del proponente, que como cuestión práctica impida al testigo de comparecer o de testificar”. Señala el autor citado que esta regla está diseñada de manera amplia para “acomodar al proponente sin culpa y es sólo cuando el proponente ha causado la indisponibilidad del testigo, o cuando no ha realizado los esfuerzos para citarlo, que no se le va a permitir aprovecharse de la regla” (2010).

Hacer alusión a la fuerza mayor, implica que el testigo no es presentado a juicio por factores externos, imprevisibles, ajenos a la voluntad. Este concepto, originario del derecho romano ha sido entendido como el imprevisto al que no es posible resistirse (Ley 95 de 1890).

Al respecto, la misma Corte Suprema de Justicia, frente a este término, ha expresado lo siguiente:

Se ha sostenido que la institución del caso fortuito o de fuera mayor es originario del derecho romano, en donde, para explicarla, se hizo referencia a las inundaciones, las incursiones de enemigos, los incendios, el terremoto, el rayo, el huracán, etc. Más concretamente

entendieron los romanos, por caso fortuito, todo suceso “que la mente humana no puede prever, o lo que, previsto, no se puede resistir.

(...)

También, desde tiempos inmemorables se viene controvirtiendo la distinción o, por el contrario, la equivalencia o sinonimia de los conceptos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’. Quienes se han ubicado en primera posición, han acudido, para destacar la diferencia, a varios criterios, así: a) A la causa del acontecimiento, o sea, el caso fortuito concierne a hechos provenientes del hombre; en cambio la fuerza mayor toca con los hechos producidos por la naturaleza; b) A la conducta del Agente, esto es, al paso que el caso fortuito es la impotencia relativa para superar el hecho, la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1989)²⁴.

Por lo anterior, se demuestra que utilizar el término jurídico de “fuerza mayor”, no satisface los supuestos de no disponibilidad del testigo frente a la prueba de referencia en materia procesal penal, y por ende, se debe utilizar el propuesto: “constituirá indisponibilidad cuando algo (cualquier cosa, así sea la voluntad del testigo) impida la presencia del testigo a juicio y dicha situación sea ajena a la parte que la solicita”, por lo que el supuesto de “no rendir testimonio pese al requerimiento judicial” se enmarcaría dentro de la clasificación de la “no disponibilidad del testigo” siempre y cuando dicha circunstancia no sea atribuible a la parte que solicita el testimonio.

Frente al segundo aspecto de determinar que el declarante no se halle disponible como testigo, la Corte ha confundido este requisito. Al respecto la sentencia 32829 de 2010, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, fija un criterio -que es errado- que determina la disponibilidad del testigo. Se trata de un caso donde existen declaraciones inculpativas

²⁴ En igual sentido puede verse: Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de Septiembre de 1961 T. XCVII Pág. 71.

antes del juicio, pero en el escenario de juzgamiento los testigos hicieron uso del derecho a no declarar en contra del acusado, en razón de su parentesco. Al respecto la Corte determinó:

Se insiste, entonces, en que no puede tenerse como uno de los “eventos similares” a que genéricamente alude el citado artículo 438, el ejercicio de una prerrogativa, pues, debe tratarse de una situación equiparable a las contenidas en la norma, es decir, que la indisponibilidad del testigo 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. **Acá, insístase, los testigos sí estuvieron disponibles** y lo que ocurrió es que amparados en un derecho, se abstuvieron de rendir declaración (2010) (Negrillas fuera de texto).

Si bien estamos de acuerdo en que no se hubiese admitido como prueba de referencia las declaraciones anteriores de los testigos, porque prima la garantía de no autoincriminación²⁵, es desacertado expresar que en dicha supuesto fáctico los testigos sí estuvieron disponibles cuando claramente no lo estaban. La Corte considera que si el testigo está presente físicamente o corpóreamente, se encuentra disponible. Obsérvese que el problema jurídico que trata la Corte en la providencia citada, se encuadra en una de las causales de no disponibilidad del testigo de las RE y las FRE: “está exenta de testificar por una determinación del Tribunal por razón de un privilegio reconocido en estas Reglas en relación con el asunto u objeto de su declaración” (1975), en igual situación se encontraría el testigo que se rehúsa a testificar pese a ser conducido a la audiencia por orden de autoridad judicial. En estos dos casos, el declarante está físicamente disponible, pero no así su

²⁵ Aunque para claridad del lector, para las reglas FRE y RE esta es una circunstancia de “no disponibilidad del testigo” y si la declaración anterior, se enmarca en uno de los presupuestos del numeral B de dicha regla, podría ser prueba de referencia admisible. Este es quizás uno de los aspectos en que discrepo de la regulación de la prueba de referencia en EE.UU y PR, pues considero que la garantía de no autoincriminación debe acobijar, inclusive, a las declaraciones anteriores.

testimonio. La conducta del declarante, al rehusar testificar, tiene como consecuencia la “indisponibilidad del testigo” (Vélez, 2010).

Por lo anterior, la tesis propuesta, consiste en afirmar que, la declaración anterior al juicio, del testigo que se rehúsa testificar en la audiencia de juicio oral pese al requerimiento judicial, podrá ser incorporado como prueba de referencia con fundamento en la causal B del artículo 438 del CPP, por no encontrarse en una circunstancia de no disponibilidad, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- 1) Que medie una orden de comparecencia por parte del juez de conocimiento
- 2) Demostrar con fundamento en el principio de libertad probatoria, la existencia de una declaración previa del testigo.
- 3) Que se hubiesen utilizado todas las herramientas para lograr la declaración del testigo en la audiencia de juicio, desde medidas prácticas como su aprehensión y conducencia, hasta sanciones como arresto disciplinario o compulsas de copias por la presunta comisión de delitos contra la administración pública (Art. 384 del CPP)
- 4) Que dicha situación de no declarar, no sea atribuible a la parte que solicita el testimonio

Ahora bien, el fundamento de la tesis, no obedece al hecho que en EE.UU (FRE) -y en consecuencia PR (RE)-, donde surge la regulación de la prueba de referencia y el desarrollo del derecho de confrontación, dicha circunstancia sea tenida como un factor de no disponibilidad del testigo y por ende no le aplique la exclusión de prueba de referencia siendo admisible la declaración; pues como ya se explicó en diferentes capítulos, la regulación en dicho ordenamiento jurídico de la admisión excepcional de la prueba de referencia, difiere sustancialmente de la regulación normativa colombiana actual. El verdadero sustento de la tesis, que puede ser verificado en los diferentes capítulos, obedece a verdaderos fundamentos

de una política criminal enmarcada en un estado social y democrático de derecho, que entiende al proceso penal como un conjunto de garantías de las personas que se ven inmersas en él, materializando de esta manera un verdadero límite del ejercicio del *ius puniendi*, que es la respuesta estatal más violenta que pueda recaer sobre una persona.

Desde mencionada óptica, admitir excepcionalmente la declaración anterior del testigo que se rehúsa comparecer a juicio a declarar, siempre y cuando se cumplan los estrictos requisitos ya enunciados, establece un verdadero equilibrio entre la afectación del derecho de confrontación y el derecho de probar que le asiste a las partes. Aunado a ello, una interpretación restrictiva de la tarifa legal negativa sobre la valoración probatoria de la prueba de referencia en Colombia, garantiza la materialización del mencionado equilibrio, dejando como consecuencia que en nuestro país no se le tema a la prueba de referencia sino que se le entienda, pues el temor nace de lo desconocido.

6. Conclusiones

El jurista Wigmore (1974) se ha referido a la regla de prueba de referencia “como la regla más característica del sistema probatorio anglo-americano, una regla que, después del sistema de juicio por jurado, puede ser considerada la principal contribución a los métodos procesales del mundo de ese eminentemente práctico sistema jurídico”. Colombia ha adoptado –a su manera-, ese eminentemente práctico sistema jurídico en materia penal y sin embargo, la figura de la prueba de referencia pareciese que no tuviese mucha importancia, pues en últimas, esta figura es excepcional y por ello el legislador a las pruebas directas, le dio gran relevancia en regulación y explicación de conceptos, en igual medida la jurisprudencia y la doctrina. La escasa regulación normativa del CPP sobre la prueba de referencia, no solo es confusa, sino que no logra regular acertadamente la figura, dejando la

responsabilidad a la jurisprudencia, que como pudo demostrarse, tampoco ha logrado suplir estos vacíos.

La presente investigación ha demostrado que la prueba de referencia, desde su concepto y causales de admisibilidad, no es un tema que pueda entenderse y aplicarse a la ligera, pues cuenta con elementos técnicos que requieren exhaustivo análisis para aplicarlos en los casos concretos. La admisibilidad excepcional de la prueba de referencia en Colombia, carga con un estigma de ser vulneradora de los principios que cimientan el nuevo modelo procesal penal y esto solo obedece a su desconocimiento, pues en realidad, la regla sobre la admisión de la prueba de referencia, si es entendida y aplicada correctamente –que es allí lo difícil-, representa un verdadero equilibrio entre el derecho de probar cuando el testigo no está disponible y las garantías judiciales, entre las más representativa el derecho de confrontación.

En el primer capítulo, se pudo concluir que el concepto de “prueba de referencia” surge dentro de la tradición del *common law*, bajo los presupuestos de los sistemas procesales penales denominados acusatorios y adversariales con la finalidad de limitarles la información a los jurados legos. Igualmente que las reglas que giran en torno a la prueba de referencia obedecen al resultado histórico de la costumbre judicial del sistema anglo-americano de adjudicación de disputas, donde la norma de exclusión o rechazo de la prueba es una característica fundamental de este sistema.

A la par se estableció que en el sistema continental europeo, se ha declinado o no se ha utilizado la figura de la prueba de referencia; sin embargo, el sistema inquisitivo incorporó medidas probatorias análogas, encaminadas a restringir el uso de lo que la doctrina denominó: “información derivada o de segunda mano” (Vélez, 2010). Al respecto Damaska (1992), explica que el sistema continental europeo, al emplear jueces profesionales,

concedores del derecho, y a la vez estructurar el proceso de forma episódica, no tuvo la necesidad de reglamentar la prueba de referencia; sin embargo, lo anterior – expresa el autor, no significa que el sistema inquisitivo haya quedado huérfano de restricciones contra la prueba de segunda mano. Con relación a este origen de la prueba de referencia, en Colombia se pudo determinar que es a partir de la ley 906 de 2004, donde se implementa esta figura, pues antes existieron figuras análogas o con elementos similares (que no iguales), propias de los procesos con tendencia inquisitiva.

En el segundo capítulo, se definió y se estructuró el concepto de la prueba de referencia y los elementos constitutivos de esta, concluyéndose que prueba de referencia es: (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (iii) presentadas en este escenario como medio de prueba, (iv) de uno o varios aspectos del tema de prueba, (iv) cuando no es posible su práctica en el juicio, en donde se ve afrentado el derecho de confrontación. Igualmente se estableció la regulación normativa en de las excepciones de admisibilidad de la prueba de referencia en Colombia, EE.UU y Puerto Rico, dejando como conclusión que los parámetros de regulación de la prueba de referencia en materia penal entre Colombia y estos dos países, son muy diferentes.

En el tercer capítulo, se abordó el derecho de confrontación, concluyéndose que este, es aquel derecho que le asiste al procesado de carearse con los testigos adversos, conainterrogar a los mismos y excluir ciertas pruebas (controlar las pruebas) y que este no solo es un derecho, sino que también sirve como criterio para reconocer cuando se está frente a una prueba de referencia en Colombia, pues cuando ello ocurre, dicho derecho se ve afectado.

El cuarto capítulo, correspondió a la valoración probatoria en el proceso penal colombiano, concluyéndose que, con la Ley 906 de 2004, el legislador exige y parametriza

la manera de valorar las pruebas, resaltado que debe darse una valoración conjunta, íntegra, de todos los medios de prueba, y que cada uno de ellos está reglado a lo que indique la ley; en este sentido es claro que en el proceso penal colombiano si bien se da aplicación al sistema de libertad probatoria, exigiendo como método de apreciación de la prueba el de la sana crítica, basado en las reglas de la lógica y la experiencia, conformando las mismas una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción; también es cierto que de existir alguna exigencia tarifaria de medio probatorio obrante en la Constitución o en la ley –como sucede con la prohibición de fundamentar la sentencia exclusivamente con prueba de referencia-, no puede el juez omitir su aplicación usando como excusa el cumplimiento de las reglas de la sana crítica.

En este capítulo, igualmente se llega a una valiosa conclusión: la tarifa legal negativa sobre la valoración de la prueba de referencia no puede convertirse en un formalismo fácilmente burlado. Es por ello, que se exige una interpretación restrictiva del artículo 381 del CPP, que permita inferir que la prueba de referencia debe estar acompañada de otras evidencias que sirvan de soporte principal al cargo. Desde esta perspectiva, solo podría ser utilizada la prueba de referencia, para corroborar o fortalecer otras pruebas “directas” practicadas con plenas garantías para el acusado, como es la confrontación. Esta interpretación, que se insiste es la que se debe adoptar, es compatible con lo establecido en los artículos 379 y 438 del CPP en torno a la esencia excepcional de la prueba de referencia y a la expresa prohibición del artículo 16 (principio rector) de valorar evidencia no practicada en el juicio oral con inmediación, concentración, contradicción, confrontación y publicidad.

Por último, en el capítulo quinto, se concluyó que, en el proceso penal colombiano, existen diversas herramientas para lograr la comparecencia de un testigo a la audiencia de

juicio, desde medidas prácticas como su aprehensión y conducencia a la audiencia, hasta castigos como arresto disciplinario o condenas por comisión de delitos contra la administración pública, por lo que podría dilucidarse que, rara vez un testigo obligado a declarar no lo haga, pues existen verdaderos mecanismos correccionales y penales para lograr su testimonio en juicio. Sin embargo, puede suceder que un testigo, a pesar de las medidas correctivas e incluso penales, decida no comparecer al juicio o siendo conducido, decida no declarar, pese a su deber legal. Cuando esto último ocurra, la declaración anterior al juicio, del testigo que se rehúsa testificar en la audiencia de juicio oral pese al requerimiento judicial, podrá ser incorporado como prueba de referencia con fundamento en la causal B del artículo 438 del CPP, por no encontrarse disponible el testigo, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- 1) Que medie una orden de comparecencia por parte del juez de conocimiento
- 2) Que se hubiesen utilizado todas las herramientas para lograr la declaración del testigo en la audiencia de juicio, desde medidas prácticas como su aprehensión y conducencia a la audiencia, hasta sanciones como arresto disciplinario o compulsión de copias por la presunta comisión de delitos contra la administración pública (Art. 384 del CPP)
- 3) Demostrar con fundamento en el principio de libertad probatoria, la existencia de una declaración previa del testigo.
- 4) Que dicha situación de no declarar, no sea atribuible a la parte que solicita el testimonio.

La anterior propuesta, obedece a verdaderos fundamentos de una política criminal enmarcada en un estado social y democrático de derecho, que entiende al proceso penal como un conjunto de garantías de las personas que se ven inmersas en él, materializando de esta

manera un verdadero límite del ejercicio del *ius puniendi*. La presente tesis, debe quedar claro, no propende por ampliar las causales de admisibilidad de la prueba de referencia en Colombia, ni tampoco en contribuir a que la excepción se convierta en regla; la propuesta obedece a un análisis de la esencia misma de las causales de admisibilidad existentes, las cuales se fundamentan en la no disponibilidad del testigo. Tampoco existe una flexibilidad en las garantías del acusado, pues si se aplica correctamente esta figura procesal, incluyendo la interpretación restrictiva de la tarifa legal negativa frente a su valoración, estas garantías estarán salvaguardadas. Además, la admisión de la prueba de referencia no es exclusivamente un medio de prueba del ente acusador, siendo también viable que la defensa acredite alguno de sus aspectos de su teoría del caso a través de la prueba de referencia, lo que materializaría derechos y garantías fundamentales, como el derecho a la defensa, la contradicción, entre otros.

Desde esta perspectiva, admitir excepcionalmente la declaración anterior del testigo que se rehúsa comparecer a juicio a declarar, siempre y cuando se cumplan los estrictos requisitos ya enunciados, establece un verdadero equilibrio entre la afectación del derecho de confrontación y el derecho de probar que le asiste a las partes

7. Bibliografía

Acevedo, C. M. (2011). *Reglas de evidencia: de Norteamérica a Colombia*. Medellín: Universidad de Medellín.

Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de editores.

Armenta, T. (2014). *Estudios sobre el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Temis.

- Asamblea General ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. ONU.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Bogotá D.C.
- Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá D.C.: Fiscalía General de la Nación.
- Bedoya, L. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.
- Bedoya, L. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral. Análisis a la luz del derecho a la confrontación*. Medellín : Librería Jurídica COMLIBROS y Cía. Ltda.
- Beling, E. (1925). "*Die Rechtswissenschaft dé Gegenwart in Selbstdarstellungen*". Hrsg. Hans Planitz, Band 2, Leipzig 1925.
- Beling, E., Ambos, K., & Guerrero, O. (2009). *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá: Temis S.A.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Berman, H. (1996). *La tradición jurídica de Occidente*. México: FCE.
- Bernate, F. (2014). *El sistema penal del common law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. . Bogotá: Ibáñez. .
- Binder, A. (2015). *El entremado inquisitorial. Historia y tradiciones en la configuración de la justicia penal en Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Burns, J. (2009). *The Death of the American Trial*. . Chicago: The University of Chicago Press.
- Cáceres, L. G. (2005). *El falso raciocinio*. Bogotá D.C.: Grupo editorial Ibáñez.
- Carrara, F. (1977). *Programa de derecho criminal. T. II*. Bogotá: Temis.

- Chambers v. Mississippi, 410 US 298 (Suprema Corte de los Estados Unidos 21 de febrero de 1973). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/284/case.html>
- Chiesa Aponte, E. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Bogotá : Forum.
- Chiesa Aponte, E. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio*. San Juan: Publicaciones JTS.
- Chiesa, E. (1993). *Comentarios al código penal modelo para los EE.UU. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana*. Bogotá: Editorial Jurídica Futuro.
- Climent Durán, C. (1999). *La Prueba Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch Valencia.
- Congreso de la República. (2011). *Ley 1448*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1931). *Ley 105*. Bogotá D.C.: Código judicial.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá.
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). *Pacto de San José de Costa Rica*. San José: OEA. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Copi, I., & Cohen, C. (2007). *Introducción a la lógica*. México D.F.: Limusa.
- Cordero, F. (2000). *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis.
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia T-698*. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia C-504*. Bogotá D.C.: M.P. Drs. Eduardo Muñoz Cifuentes y Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia T-025*. Bogotá D.C.: M.P. Dr. Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-202*. Bogota D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-202*. Bogotá D.C.: MP. Dr. Jaime Araujo Rentería.

- Corte Constitucional de Colombia. (2005). *Sentencia C-591*. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia C-144*. Bogotá D.C.: MP. Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia C-177*. Bogotá D.C.: MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia C-848*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia. (1997). *Sentencia Radicado No. 4843 del 24 de junio*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia. (1998). *Sentencia de octubre*. Bogotá D.C.: Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego.
- Corte Suprema de Justicia. (1999). *Sentencia radicado No. 7413 del 26 de mayo*. Bogotá D.C.: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
- Corte Suprema de Justicia. (2013). *Sentencia No. 38773*. Bogotá: Sala de Casación Penal.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1989). *Sentencia (20) de noviembre*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1995). *Sentencia del 18 de octubre*. Bogotá D.C.: MP. Nilson Pinilla.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2006). *Sentencia del 30 de marzo. Radicado No. 24468*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2008). *Sentencia del 06 de marzo. Radicado No. 27477*. Bogotá D.C.: MP. Augusto Ibañez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2009). *Sentencia del 14 de septiembre. Radicado No. 32050*. Bogotá D.C.: MP. Yesid Ramirez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2009). *Sentencia del 4 de marzo. Radicado No. 30645*. Bogotá D.C.: MP. María del Rosario Gonzáles Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2010). *Sentencia con radicado No. 32829*. Bogotá D.C.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2011). *Sentencia del 14 de diciembre. Sala penal. Radicado No. 34703*. Bogotá D.C.: MP. Augusto Ibañez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2011). *Sentencia del 21 de septiembre. Radicado No. 35932*. Bogotá D.C.: MP. Augusto Ibañez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2016). *Sentencia del 25 de mayo. Radicado 45627*. Bogotá D.C.: MP. José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2016A). *Radición No. 43866. Sentencia del 16 de marzo*. Bogotá D.C.: MP. Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). *Sentencia del 25 de enero. Radicado No. 526021*. Bogotá D.C.: MP. Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017A). *Sentencia del 30 de agosto. Radicado No. 44430*. Bogotá D.C.: MP. Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2007). *Sala de casación penal. Proceso 28432*. Bogotá D.C.: MP. María del Rosario González de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2015). *Sentencia del 30 de septiembre. Radicado No. 46153*. Bogotá D.C.: MP. Patricia Salazar Cuellar.
- Couture, E. (1981). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, E. (2008). *Valoración judicial de las pruebas*. Bogotá: Editorial Jurídica de Colombia.
- Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (Corte Suprema de los Estados Unidos 8 de marzo de 2004). Obtenido de http://federalevidence.com/pdf/2007/13-SCt/Crawford_v._Washington.pdf
- Cuenca, H. (1981). *Procedimiento Civil Romano* (4 ed., Vol. 1). Venezuela: Ediciones de la Biblioteca.
- Damaska, M. (1992). *Of Hearsay and its Analogues*, *Minn. L. Rev.* 425. Connecticut: Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 1580.

- Damaska, M. (1999). Aspectos globales de la reforma del proceso penal. En Reformas de la justicia penal en las Américas. Fundación para el Debido Proceso Legal. "*Reformas a la Justicia Penal en las Américas*" (págs. 12 - 21). Washington: cooperación con la Fundación Interamericana de Abogados.
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. . Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Dawson, J. (1960). *A history of law judges*. Cambridge: Cambridge Mass.
- Daza, A. (2015). *Evidencia Ilícita y cláusula de exclusión*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Decastro González, A. (01 de abril de 2008). El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral. *Criterio Jurídico*, 8(1), 131-155.
- Devis Echandía, H. (1993). *Teoría general de la prueba judicial*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- Doctrina Pontificia V. (1960). *Doctrina Pontificia V*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- Douglas vs. Alabama, 380 U.S. 415 (Corte Suprema de Estados Unidos 5 de abril de 1965).
- El Pueblo de Puerto Rico. (1952). *Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*. San Juan.
- Ellero, P. (1968). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Madrid: Editorial Reus, S.A.
- Ellero, P. (1973). *Lógica de las pruebas en materia criminal, Volumen II*. Bogotá: Temis.
- Federal Rules of Evidence. (1975). *Federal Rules of Evidence*.
- Fingermann, G. (1997). *Lógica y teoría del conocimiento*. El ateneo.
- Fiscalía General de la Nación. (2005). *Técnicas del proceso oral en el sistema penal. Manual general para operadores jurídicos*. Bogotá : FGN.
- Foucault, M. (1986). *La verdad y las formas jurídicas*. Buenos Aires: Gedisa.

- García Mora, M. (1960). La prueba en el derecho procesal norteamericano. *Derecho PUCP*, 29-39.
- Gatell vs. MacLeod (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos 1940).
- Gobiernos signatarios miembros del Consejo de Europa. (1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma: Consejo de Europa.
- González Castillo, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 93-107.
- Gorphe, F. (1985). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogota: Temis.
- Guerrero, O. (2011). *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*. . Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. .
- Hendler, E. (2014). *Sistemas penales comparados*. Buenos aires: Ediciones Didot.
- Iglesias, J. I. (1995). *Estudios sobre derecho probatorio*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Kirkpatrick, L., & Christopher Mueller . (2015). *Evidence Under the rules*. United States: Wolters Kluwer. Obtenido de <http://www.wklegaledu.com/File%20Library/Unassigned/Mueller-Look-Inside-Pages-Final-1-29.pdf>
- Kopnin, P. (1976). *Lógica diléctica*. México DF: Siglo XX.
- Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Langbein, J. (1983). *Shaping the eighteenth-century criminal trial: A view from the ryder sources*. . CHICAGO: U. Chi. Law. Rev, 1.
- Markland, P. (1993). The Admission of Hearsay Evidence Where Defendant Misconduct Causes the Unavailability of a Prosecution Witness. *Am. UL Rev*, 995-1023.
- Maryland vs. Craig, 497 U.S. 836 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 1990).

- Mattox v. United States, 156 U.S. 237 (Corte Suprema de los Estados Unidos 10 de diciembre de 1895). Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/237/case.html>
- McCormick. (2006). *On Evidence*, Broun, K. ed 6th Edition. . Thomson West.
- Mejia, M. (2014). *La participación de las víctimas en el Sistema Penal Acusatorio colombiano, una perspectiva desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Monografía*. Obtenido de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/1619/1/Monograf%C3%ADa%20Mateo%20Mejia%20Gallego%20PDF%2019%20de%20marzo%20de%202014.pdf>
- Mejia, M., & Ospina, V. (2015). “*El Sistema Penal Acusatorio en La-tinoamerica con énfasis en México, Panamá, Perú y Ecuador*”. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Especialización E-Learning en “Sistema Penal Acusatorio”.
- Mejía, M., Gómez, A., Bayona, M., & Ospina, V. (2017). *Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia*”. Ciudad de México: Revista Acta Sociológica No. 01. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Obtenido de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/58971>
- Méndez Longoria, M. Á. (2009). La prueba de referencia y el derecho del acusado a repreguntar a testigos adversos en los Estados Unidos de América. *Inter Criminis*, 11-54.
- Moya, F. (2012). *La verdad y el espacio procesal penal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Colección: Administración de Justicia.
- Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos 25 de junio de 1980). Obtenido de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/448/56>
- Ospina, V. (2015). *Análisis de la salida alterna ‘aceptación de cargos’: cuestionamientos y propuestas desde la defensa pública. En: Colección “Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional” No. 3.* . Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Paillas, E. (1982). *La prueba en el proceso penal*. Santafé: Jurídica de Chile.

- Pérez, A. (2005). *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pessina, E. (1936). *Elementos del derecho penal*. Michigan: Reus.
- Poder público - Rama legislativa. (2004). *Código de procedimiento penal*. Bogotá.
- Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (Corte Suprema de los Estados Unidos 05 de abril de 1965).
Obtenido de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/400/case.html>
- Pueblo de los Estados Unidos . (1787). *Constitución de los Estados Unidos de América*.
- Pueblo vs. Chrisantoni Guerrido López, CC-2007-776 (Tribunal Supremo de Puerto Rico 23 de septiembre de 2010). Obtenido de
<http://www.ramajudicial.pr/ts/2010/2010TSPR205.pdf>
- Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia. *II Cuestiones Constitucionales*, 157-175.
- Reyes Alvarado, Y. (1984). *La prueba indiciaria*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional.
- Reyes, Y. (1988). *La prueba testimonial*. Bogotá: Ediciones Reyes Echandia Abogados Ltda.
- Rives Seva, A. P. (1996). *La prueba en el proceso penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Rodríguez, O. (2012). *El testimonio penal y su práctica en el juicio oral y público*. Bogotá: Temis.
- Rosental, M. M., & Schtraks, G. M. (1965). *Categorías del materialismo dialéctico*. (U. d. Michigan, Ed.) Grijalbo.
- Saray, N. (2016). *Procedimiento Penal Acusatorio. Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral*. Bogota: Leyer.
- Sentis, M. (1967). *Estudio de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

- Solorzano, C. (2012). *Sistema acusatorio y técnicas de juicio oral*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del Juez*. Bogotá D.C.: Temis.
- Tocqueville, A. d. (2009). *EL ANTIGUO REGIMEN Y LA REVOLUCION*. Madrid: S.L. FONDO DE CULTURA ECONOMICA DE ESPAÑA.
- Tribunal de España. (2015). *STS 459. 04 de febrero*. Bogotá D.C.
- Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones*. . Puerto Rico: Editorial InterJuris.
- Webb, S. y. (1906). *English local government: The parish and the country*. Londres.
- Wigmore, J. (1974). *Evidence in Trials at Common Law, Volumen 5*. EE UU: Little, Brown.
- Wigmore, J. H. (1940). *Wigmore on evidence*. JSTOR.
- Zarazo Oviedo, L. A. (2010). *La sana Crítica como sistema de valoración probatoria en materia penal*. Bogotá D.C.: Grupo editorial Ibañez.