

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Título.

El testimonio adjunto y sus implicaciones en el principio de igualdad de armas en el sistema penal colombiano.

The attached witness and the implications for the principle of equality of arms in the Colombian criminal justice system.

William Fernando Rativa Santafé¹.

Resumen.

El régimen probatorio es piedra angular en el proceso penal, toda vez que de ahí deriva que resulten acreditados los hechos que pretende demostrar cada uno de los sujetos procesales. Dentro de este abanico de posibilidades probatorias, la prueba testimonial se establece como un medio de convicción respecto a los hechos que interesan al proceso penal, por cuanto a través de la persona que por algún sentido obtiene información, se puede establecer la ocurrencia o no de sucesos que apoyan la tesis de la parte que lo solicita.

En el curso del artículo se establecerán los principios que gobiernan la actividad probatoria en el proceso penal colombiano. Posteriormente, se describirá la práctica de la prueba testimonial desde las etapas iniciales del proceso penal hasta su incorporación en el juicio oral, para proceder a plantear una aproximación conceptual de la prueba de testimonio adjunto, concretar los requisitos jurisprudencialmente establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia para poder solicitar, practicar y contradecir dicha probanza.

Se abordará la finalidad y alcance de este medio probatorio, así como las consecuencias procesales que genera la retractación o cambio de versión del testigo en sede de audiencia de juicio oral respecto al hecho objeto de prueba.

¹ Abogado, Esp. derecho procesal civil, Est. Especialización derecho penal y procesal penal USTA - Tunja. Cvlac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002467850; Orcid: 0009-0003-1714-6751; Correo electrónico: rativa.scya@gmail.com; Rama Judicial.

Finalmente se examinarán los problemas que trae consigo el controvertir dicha prueba, así como la posible afectación del principio de igualdad de armas que caracteriza el sistema adversarial del proceso acusatorio colombiano.

Abstract.

The evidentiary regime constitutes a cornerstone of criminal proceedings, as it is through evidence that the facts underlying the parties' procedural claims are ultimately established. Within this framework, testimonial evidence plays a central role as a means of conviction, given that it derives from the account of individuals who, through sensory perception, acquire information relevant to the determination of disputed facts in criminal cases.

This article examines the role of testimonial evidence within the Colombian criminal justice system. It first identifies the principles governing evidentiary activity, followed by an analysis of the practice of the testimonial evidence from the initial stages of the criminal process through its admission and development at trial. Particular attention is given to a conceptual approach to testimonial evidence and to the jurisprudential requirements established by the Honorable Supreme Court of Justice for its request, production, and contradiction.

The study further explores the purpose and scope of testimonial evidence, as well as the procedural consequences arising from a witness's reluctance or change of testimony during trial hearings. Finally, it addresses the challenges associated with contesting testimonial evidence and examines its potential impact on the principle of equality of arms, a defining feature of the adversarial system underlying Colombian criminal procedure.

Palabras Clave.

Principio, juicio, prueba, testimonio.

Key words.

Principle of law, Trial, Evidence, Witness.

Sumario

Capítulo I. Principio de igualdad de armas y su relación con otros principios en el proceso penal acusatorio colombiano, pág. 4; Subcapítulo I. Principios de la prueba

desde una perspectiva constitucional, pág. 4 a 8; Subcapítulo II. Subcapítulo II: Principios de la prueba en el proceso penal, pág. 8 a 11; **Capítulo II.** La prueba testimonial en el ordenamiento jurídico colombiano, las declaraciones y el testimonio en el proceso penal; Subcapítulo I. El testimonio como prueba en el ordenamiento jurídico colombiano, pág. 11 a 12; Subcapítulo II. Las declaraciones y el testimonio en el proceso penal colombiano, pág. 13 a 14; Subcapítulo III. El testimonio adjunto en el proceso penal colombiano, pág. 14 a 16; **Capítulo III.** El testimonio adjunto en el proceso penal acusatorio colombiano, análisis de su práctica con los principios constitucionales y legales, así como su valoración en la decisión judicial, pág. 16 a 17; Subcapítulo I. El testimonio adjunto frente al principio de igualdad de armas, el derecho de contradicción y la confrontación, pág. 17 a 20; Subcapítulo II. Criterios de control judicial, control constitucional en la valoración del testimonio adjunto, pág. 20 a 21; Subcapítulo III. El juicio de credibilidad del testigo y el impacto en la valoración del testimonio adjunto, pág. 21 a 22.

Capítulo I. Principio de igualdad de armas y su relación con otros principios en el proceso penal acusatorio colombiano.

A partir de la disposición contenida en el artículo cuarto de la Constitución Política se impone la supremacía normativa de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico; Este principio obliga a que cualquier análisis en cualquier ámbito y área del derecho, lo que incluye por supuesto el derecho penal y como integrante de este el derecho probatorio, se realice bajo con una perspectiva constitucional, reconociendo que los tanto los derechos fundamentales, como las garantías procesales se constituyen en la base y cimientan el sistema penal acusatorio.

En el anterior contexto, resulta necesario iniciar el análisis desde los principios constitucionales que irradian la actividad probatoria, tales como el debido proceso, la presunción de inocencia, la contradicción, la igualdad de armas, entre otros, que constituyen parámetros esenciales para la admisión, práctica y valoración de la prueba para todas las jurisdicciones.

Este marco permitirá descender desde el plano constitucional hacia la principalística propia de la legislación penal, brindando una aproximación sistemática al principio de igualdad de armas en el ámbito probatorio, el cual se encuentra estrechamente ligado a otros principios como lo son la publicidad, la inmediación y la lealtad procesal. Al analizar estas interrelaciones contribuirá a evaluar si la figura del testimonio adjunto se ajusta a estándares constitucionales o si puede generar tensiones que comprometen la equidad procesal.

Subcapítulo I: Principios de la prueba desde una perspectiva constitucional.

La Constitución Política reconoce en la dignidad humana uno de sus pilares fundamentales, por lo mismo se encuentra consagrado en el artículo 1 de norma antes dicha, así mismo es regla rectora del procedimiento penal, puesto que encuentra su consagración en el mismo artículo de la Ley 906 de 2004, lo que da cuenta de la importancia que tiene para el ordenamiento el respeto de tal principio, al respecto la Corte Constitucional, ha señalado que la visión de este precepto se debe hacer según el concreto análisis que se realiza, así como ha dispuesto tres lineamientos para entender la dignidad humana como: a. la capacidad de autodeterminación de la persona, b. ciertas condiciones materiales de existencia del individuo y c. la inmaterialidad de ciertos bienes no patrimoniales como la integridad

física o moral, por lo que en el ámbito penal se puede entender que aun cuando la persona se encuentre inmersa en un proceso penal, las garantías procesales a las que tiene derecho respetan su condición de ser humano, con lo que se busca asegurar el equilibrio de derechos entre el procesado y la víctima protegiendo la condición humana que tienen ambos. (Peláez Reyes Andrés Felipe, Espinosa Acuña David, 2021)

De lo anterior deriva, que la dignidad humana no resulte ilusoria en materia penal, por cuanto es en el escenario judicial en el que la disputa por establecer la autoría o participación de la persona respecto del delito donde se evidencia el poder punitivo del Estado, por lo que se pierde de vista que el procesado lejos de ser un objeto de investigación o acusación, es un ser humano sujeto también de derechos. Por lo que resulta ser un criterio de interpretación y de especial cuidado en la aplicación de las disposiciones penales, sustanciales y procesales, orientando las actuaciones de las partes e intervinientes en torno de un modelo garantista y humanista.

Uno de los principios más importantes en todas las jurisdicciones y con fuerte incidencia en materia penal se trata del principio del Debido Proceso, el cual ha sido definido como aquel conjunto de garantías mínimas previstas por el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca el respeto y protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, encaminada a la salvaguarda de sus derechos con la aplicación correcta de justicia. El debido proceso es aquel conjunto de reglas, procedimientos, requisitos que deben estar presentes para el momento en el que el individuo se enfrente a la jurisdicción, para que con la aplicación de estos pueda defender sus derechos e intereses.

Componen el derecho al debido proceso la garantía de un juez natural, el derecho a presentar y controvertir las pruebas aducidas en contra del implicado, el derecho a la defensa, que envuelve el derecho a la defensa técnica; el derecho a la segunda instancia en el proceso penal, el principio de la preexistencia de los procedimientos o principio de legalidad, así como la publicidad de los procesos y las decisiones judiciales (Corte Constitucional, Sentencia T 1246 de 2008).

Se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, mismo que contiene los elementos que lo integran previamente enunciados así como su estrecha relación con la presunción de inocencia, prerrogativa superior que se consagra en tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad

en razón al artículo 93, ibidem, dentro de los que se encuentran, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el numeral 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta presunción se ha definido como aquel supuesto inicial con el que ingresa cualquier persona al proceso judicial, en el que se considera inocente, por lo que sólo se podrá declarar responsable al implicado cuando al estar rodeado de todas las garantías procesales, de las pruebas legalmente practicadas, se haya demostrado la responsabilidad más allá de toda duda en la acción u omisión que se le adosa a la persona, lo cual crea una carga de la prueba hacia el Estado (Corte Constitucional, Sentencia C 205 de 2003).

Se ha dicho que este principio – derecho, está constituido por tres garantías fundamentales, a saber: i.) nadie puede ser considerado culpable hasta que no se acredite, pruebe o demuestre su responsabilidad, en medio de proceso judicial que respete las garantías constitucionales; ii.) quien acusa lleva a su cuenta la carga de demostrar la responsabilidad que imputa a la persona; iii.) toda persona que sea sometida a un proceso debe ser tratada según los contenidos de este principio, (Corte Constitucional, Sentencia C-342 de 2017.)

Integrando el principio y derecho al debido proceso antes señalado se encuentra el principio de contradicción, el que permite especialmente a la defensa del implicado acceder a cualquier prueba para ser aportada al proceso y alegar con el propósito de persuadir en la decisión del fallador a favor de sus intereses.

Encuentra su consagración en instrumentos internacionales, en razón al bloque de constitucional del artículo 94 de la carta magna, dentro que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3e, así como en los artículos 8.1. y 8.2. literal f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En materia penal la Corte Suprema de Justicia ha expresado que esta prerrogativa está comprendida por el derecho a ofrecer y contradecir pruebas en los momentos procesales que corresponden, así como el poder de controlar la producción de las pruebas que son aportadas por las partes y alegar acerca del mérito que ellas tienen, así como realizar las observaciones que consideren pertinentes respecto de

las pruebas en el transcurso del debate. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP 2144 de 2016).

De la mano de la contradicción, se encuentra el principio de igualdad de armas mismo que se deriva de los artículos 13, 29 y 229 de la Constitución Política, así como del acto legislativo 03 de 2002, el cual considera que las partes tienen que participar y gozar en el proceso penal con los mismos medios procesales, garantizando las mismas posibilidades y cargas de alegatos, aportación, contradicción probatoria, así como la impugnación de las decisiones que les sean contrarias.

El principio de igualdad de armas se instituye como una garantía que se relaciona con el principio al debido proceso del que se hizo mención con antelación, toda vez que estos pretenden evitar los desequilibrios procesales en favor de cualquier parte o interviniente de la actuación penal, con especial y particular énfasis en mantener igualdad de posibilidades probatorias respecto del poder punitivo del Estado. Se encamina a asegurar que el ente acusador y la defensa, tengan las mismas oportunidades para solicitar, acceder, controvertir y discutir sobre las pruebas obrantes en el proceso penal en los momentos procesalmente oportunos para ello.

Ha enfatizado la jurisprudencia constitucional que la igualdad de armas es fundamental dentro del derecho procesal penal de rasgos adversariales, siendo una característica propia de los sistemas penales de tendencia acusatoria, derivado del hecho que defensa y acusador se enfrentan en igualdad de condiciones, ante un fallador que valora las pruebas de forma imparcial con miras a adoptar una decisión de fondo (Corte Constitucional, Sentencia C 473 de 2016.)

Tal como lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP490 de 2016, mediante el acto legislativo 03 de 2002, se adoptó en el país un proceso penal de tendencia acusatoria, con la introducción del principio adversarial que acercó el principio de igualdad de armas, y su estrecho vínculo con el derecho de defensa y debido proceso.

Para la Corte Constitucional en sentencia C 127 de 2011, *“constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal,*

los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”.
(Corte Constitucional, Sentencia C 1194 de 2005)

Del contexto colombiano el principio de igualdad de armas resulta ser un ideal del proceso penal, por cuanto existen diferencias asimétricas propias de la estructura del sistema. Se tiene de un lado el poder punitivo del Estado con la capacidad humana, logística y económica de la Fiscalía General de la Nación y de otro lado una defensa que en muchas ocasiones se materializa a través de defensores públicos con limitado acceso a recursos para la investigación y obtención de elementos probatorios sustenten su teoría del caso.

Lo anterior da lugar a considerar que la igualdad de armas no puede ser vista únicamente desde el punto de vista meramente formal, legal o jurisprudencial, sino que debe procurarse por una materialización en el campo procesal, con la corrección del desequilibrio enunciado por parte incluso del fallador.

Se estableció un marco constitucional de principios que enmarcan la actividad probatoria en el derecho en general como los principios que se aplican con mayor observancia en materia penal, por lo que se puede advertir que el proceso penal no es solo un instrumento de persecución de la conducta delictual, sino que este resulta ser un escenario donde confluyen las garantías fundamentales para todos los que en él intervienen.

Por lo que es en la actuación penal donde se integran, practican y manifiestan las garantías contenidas en los principios estudiados y donde el principio de igualdad de armas resulta ser piedra angular del modelo acusatorio, por cuanto busca asegurar el equilibrio material de las partes que intervienen en la actuación penal, siendo un criterio de control constitucional de las pautas probatorias en cuanto incide en la producción, solitud, práctica y valoración probatoria.

Subcapítulo II: Principios de la prueba en el proceso penal.

Del artículo 3 del Código Penal se extraen los principios que orientan la imposición de pena o sanción penal, dentro de los que se aprecia el principio de proporcionalidad.

En un Estado social de derecho, el derecho penal se orienta a la protección de bienes jurídicos, los cuales por su relevancia social e individual deben ser protegidos y, por consiguiente, sancionados los eventos en que se amenacen, pongan en peligro o se lesionen dichas garantías, por lo que la pena tiene un fin eminentemente preventiva y disuasoria.

Concordante con lo anterior el principio de proporcionalidad entraña el deber al legislador en la fijación de las penas sin que las mismas resulten desproporcionadas a la infracción cometida, como garantía a los administrados de que la sanción a imponer no resulte en proporción con el injusto en un desbalance antinatural, sino que permita recabar en los fines por los cuales se impone la pena y respecto del juez este principio le exige prudencia y medida en su justa tasación al momento de la imposición para que se adecúe la sanción con el agravio cometido, respetando y ajustándose a límites justos y que permitan garantizar al condenado y a la víctima el respeto de su dignidad humana.

Definido someramente por la Corte Suprema de Justicia, como: *“En términos simples, la proporcionalidad implica correlación entre la magnitud de la pena y la gravedad del delito”*. (CSJ, Casación 33.254, 27 de febrero de 2013)

El principio de necesidad de la prueba implica que cualquier hecho alegado dentro del proceso para ser tenido en cuenta en la sentencia que resuelva la controversia planteada, debe estar acreditado o probado por cualquiera de los medios que faculta el ordenamiento jurídico, a través de las pruebas que han sido solicitadas y/o aportadas por las partes en tratándose del proceso penal. (Montoya, Martínez y otros, 2015)

El artículo 232 de la Ley 600 de 2000, consagra este principio y según lo antes dicho, se erige como garantía para acusador y defensa de solicitar, aportar y controvertir pruebas en las oportunidades procesales previamente fijadas. (CSJ, AP 2399 de 2017)

Igualmente impone este principio que la sentencia debe estar sustentada en pruebas oportuna y válidamente aportadas por las partes, no siendo admitido el conocimiento privado del fallador, por cuanto dicho actuar implicaría un desconocimiento de los principios de contradicción y publicidad (Giraldo Montoya Consuelo y Otros, 2015).

A la par se encuentra el principio de unidad de la prueba, mismo que se consagra en el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, según el cual todos los medios de prueba, elementos materiales y evidencia física que han sido recaudados en sede de juicio oral, conforman una unidad probatoria encaminada a acreditar ante el juez la verdad de los hechos expuestos en el proceso.

Con lo que todos los medios de prueba deben ser analizados de manera individual y simultánea a fin de poder encontrar las similitudes y discordancias que resulten de su valoración respecto de los hechos que las partes pretenden demostrar, para de esta manera tener las consideraciones que le permitan resolver de la manera más justa la controversia planteada.

De la mano de lo anterior está el principio de comunidad de la prueba, según el cual, una vez introducida legalmente la prueba, deja de pertenecer a la parte que la aportó y pasa a integrar el acervo probatorio del expediente. Por lo que impone al Juez la carga de valorarla de manera objetiva e imparcial, a fin de convencerse de la ocurrencia o no del hecho a demostrar, sin que se pueda esgrimir que de dicha prueba se beneficia una u otra teoría del caso. Por lo que las pruebas se encaminan a probar hechos jurídicamente relevante al proceso, impidiendo de esta manera hacer una valoración selectiva o parcializada de las pruebas aportadas al proceso exigiendo al fallador valorar individual y conjuntamente todo el material probatorio conforme a las reglas de la sana crítica.

En punto de futuros análisis se debe hacer alusión al principio de inmediación, comprendido en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, el cual se relaciona con una cercanía o proximidad (RAE), ya respecto al ámbito procesal en el contexto probatorio se tiene que la inmediación es entendida como esa presencia del juez en la práctica del medio probatorio, con el cual tiene contacto directo con la fuente de la prueba por lo que condiciona su admisión al acervo probatorio todas aquellas que no fueron practicadas en presencia del fallador. (Ambos Kai, Malarino Ezequiel, 2019)

Este requisito supone la presencia del fallador para la práctica de las pruebas, e igualmente que sea el mismo fallador quien presenció el debate probatorio quien resuelva el asunto puesto a su consideración, por lo mismo la norma procesal prohíbe en la norma antes citada la comisión de la práctica de la prueba, por cuanto

este principio busca que sea quien instruye la causa la persona que pueda obtener información verbal y no verbal de parte de quien está deponiendo para efectos de futuras valoraciones de credibilidad y confiabilidad.

Enseña el profesor Devis Echandía que el contenido del principio de contradicción implica que a la parte contra quien se aduce una prueba se le debe garantizar en los términos que el procedimiento preexistente señale, la oportunidad de conocerla en su totalidad y poder realizar un ejercicio de discusión sobre su contenido, dicha discusión se debe dar de la mano del principio antes mencionado con intermediación de quien esta avocado a tenerla en cuenta para la decisión final de la controversia planteada, es decir que sea practicado el debate de la prueba en la presencia del juez. Este principio implica que el ejercicio de discusión aporte validez y autoridad a la prueba en cuestión.

Capítulo II. La prueba testimonial en el ordenamiento jurídico colombiano, las declaraciones y el testimonio en el proceso penal.

Subcapítulo I. El testimonio como prueba en el ordenamiento jurídico colombiano.

Las pruebas judiciales son aquellos conjuntos de reglas, parámetros y disposiciones que regulan la incorporación, admisión, producción, valoración de los diferentes medios que pueden traerse al proceso para convencer al Juez de los hechos que interesan al proceso (Devis Echandia, 2007), dentro de los convencionales se encuentran el aquí analizado, la prueba testimonial.

La prueba testimonial puede ser definida como aquel medio de prueba mediante el cual un tercero, ajeno a las partes involucradas en el proceso y sin interés directo en el resultado del mismo, aporta ante el Juez instructor un relato sobre los hechos que le constan directa o indirectamente (Cuello Iriarte Gustavo y otra, 2024).

Este medio probatorio puede emplearse en cualquier tipo de proceso judicial, en las diferentes jurisdicciones, entiéndase penal, civil, laboral o contencioso administrativo y tiene como finalidad proporcionar información relevante relacionada con los puntos que son objeto de debate (Parra Quijano, 2004).

De lo anterior, se aprecian elementos relevantes, tales como que el testigo es una persona natural, pues es quien tiene la capacidad de percibir por los sentidos los fenómenos fácticos sobre los cuales versa su dicho, por consiguiente, las personas jurídicas no pueden ser testigos, sin embargo, sus representantes legales, pueden atestiguar a nombre de ellas; igualmente los testigos no pueden tener la calidad de parte en el proceso al que es llamado, por cuanto de presentarse tal situación, lo procedente sería la práctica del interrogatorio de parte, con las reglas propias de cada proceso.

Como excepción a lo antes dicho, en relación con el proceso penal, el sistema acusatorio considera al imputado² y la víctima³, como partes⁴ del proceso por lo que al ser los primeros interesados en exponer las circunstancias de ocurrencia de los hechos que importan al proceso según sea su posición, pueden ser llamados como testigos.

El conocimiento del testigo, en la mayoría de las intervenciones, deriva de una participación directa en los hechos o de una percepción inmediata obtenida por sus propios sentidos. Por ello, al momento de ofrecer este medio de prueba, resulta indispensable concretar bajo criterios de conducencia, pertinencia y utilidad cuáles son los hechos que efectivamente les constan a efectos de evitar la extensión de los juicios.

Dicha concreción debe formularse de manera concreta y detallada, de modo que pueda establecerse por las demás partes y el juzgador, con claridad si el testigo tuvo algún grado de intervención o presencia en el hecho debatido, o si, por el contrario, su conocimiento proviene únicamente de referencias de terceros, configurando así la figura conocida como testigo de oídas.

Como medio de prueba, el testimonio tuvo una amplia recepción en los diferentes ordenamientos jurídicos, especialmente por su capacidad de acercar al juez a la verdad material de los hechos debatidos en el proceso. Sin embargo, esta concepción tradicional del testimonio ha sido objeto de revaluación, por cuanto sea ha transformado la valoración probatoria de manera que integre los demás medios

² Artículo 126, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

³ Artículo 132

⁴ Sentencia C 1291 de 2001, Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de prueba aportados al proceso para de esta manera reducir la ocurrencia de errores en la valoración de los mismos (Amaya Velosa, 2008).

Subcapítulo II. Las declaraciones y el testimonio en el proceso penal colombiano.

Previo a ser valorada como prueba, bajo los lineamientos del artículo 16 de la Ley 906 de 2004, respecto del testimonio, se debe partir de la prueba denominada de referencia, que según el artículo 437, ibidem, es una declaración que acaeció de forma externa al juicio oral, encaminada a probar o excluir uno o varios de los elementos del delito, la intervención, las circunstancias de su ocurrencia, entre otros, sin embargo, se ha recordado (C.S.J, SP 4103 de 2020), que según el artículo 438, ibidem, dicha prueba es admisible de forma excepcional, por lo que salvo las causales contenidas en la norma citada, no procede su incorporación y valoración a efectos de la decisión a adoptar.

Concordante con lo anterior, los documentos que contienen declaraciones deben regirse por las reglas de la prueba testimonial, las cuales pueden obtenerse mediante entrevistas según lo dispone el artículo 206 de la Ley 906 de 2004, acto de investigación que se cimienta en principios de eficiencia, eficacia y racionalidad, tendiente a la obtención de información útil a la causa que se investiga, de manera que pueda ser empleada para reducir la credibilidad del testigo, servir de prueba de referencia bajo las condiciones excepcionales de las que se habló con antelación, en aquellos casos en los que el testigo comparece a audiencia de juicio oral y se contradice o retracta de las declaraciones previamente rendidas (C.S.J. SP 4381 de 2021).

Respecto a la práctica del testimonio, en materia penal encuentra su consagración normativa en el artículo 383 de la Ley 906 de 2004, el cual obliga a la asistencia de la persona citada como testigo a la audiencia de juicio oral, lo cual resulta concordante con el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, obligación de rendir testimonio que cuenta con salvedad, la cual es que el testigo se encuentre en las causales de excepción constitucional (Constitución Política, artículo 33) y legal (Ley 906 de 2004, artículo 385), o como prueba anticipada, para aquellos casos previstos por el artículo 274, ibidem.

En lo que respecta a la práctica del testimonio en materia penal, esta encuentra su consagración normativa en el artículo 383 de la Ley 906 de 2004, disposición que establece la obligación de la persona citada como testigo de comparecer a la audiencia de juicio oral y rendir declaración ante el juez que le convoca. Este deber concuerda con la exigencia que hace el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, que dispone la obligación de los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia, dentro del cual se encuentra el deber de testificar cuando la autoridad judicial así lo requiera.

La obligación de rendir testimonio cuenta igualmente con excepciones constitucionales (Constitución Política, artículo 33) y legales (Ley 906 de 2004, artículo 385), así como también su comparecencia se puede hacer por fuera de sede de juicio oral en el escenario de la prueba anticipada, para aquellos casos advertidos por el artículo 274 de la Ley 906 de 2004.

Subcapítulo III. El testimonio adjunto en el proceso penal colombiano.

La prueba del testimonio adjunto no encuentra consagración expresa ni en la Ley 906 de 2004, ni previamente, en la Ley 600 de 2000, por lo que su configuración resulta de la práctica judicial en un entorno de libertad probatoria que se adecua a los principios constitucionales y legales de los que se hizo mención con antelación.

Dijo la Corte Suprema de Justicia que, resulta viable incorporar en sede de juicio oral las entrevistas que han sido rendidas con anterioridad a este, como prueba de referencia, cuando el testigo no se encuentra disponible bajo el presupuesto del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal; así mismo se pueden incorporar en los eventos en que las declaraciones previas han sido utilizadas por las partes, atendiendo las previsiones del interrogatorio cruzado como instrumento para refrescar memoria o impugnar credibilidad del testigo y en aquellos eventos en los que el testigo comparece a juicio pero cambia su versión anterior o se retracta, caso en el cual dichas declaraciones pueden ingresar al juicio, de manera excepcional como complemento probatorio del testimonio rendido en audiencia. (Corte Suprema de Justicia, SP 2667 de 2019)

La construcción de la definición de la prueba del testimonio adjunto acude a la elaboración jurisprudencial que al respecto ha hecho la Corte Suprema de Justicia, según la cual este medio de prueba *“se ofrece como una alternativa excepcional*

ante una situación sobreviniente e inesperada, derivada de la cambio imprevisto de la declaración del testigo, pues la parte actúa con la confianza que reiterará lo dicho por fuera de la audiencia” (Corte Suprema de Justicia, SP 170 de 2023)

Los requisitos de este medio de prueba según lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia son: i. la presencia o disponibilidad del testigo en juicio, ii. Que en medio de su declaración se retracte o varíe en aspectos sustancialmente relevantes lo dicho en las entrevistas rendidas con antelación al juicio, iii. Que se de lectura a la o las declaraciones previas y iv. se realice expresa solicitud de la parte que pidió el testimonio para la incorporación de dichas declaraciones como prueba autónoma, por lo que reunidos estos requisitos puede ser valorada por el fallador (Corte Suprema de Justicia, SP 105 de 2018).

Para la debida práctica de la prueba resulta indispensable el primero de los requisitos antes enunciados, por cuanto la presencia o disposición del testigo es fundamental para que con ocasión al interrogatorio este se retracte o cambie lo dicho con antelación, esto supone que la parte que solicito la prueba conoce dichas versiones previas y ha podido con base en la teoría del caso tener presente aquellos detalles que le importa demostrar, los cuales ante la renuencia del testigo o su variación en lo dicho implica una dificultad probatoria en perjuicio de la parte que representa, sea esta el ente acusador como la defensa, debe advertirse que en el caso de la inasistencia del declarante la prueba ya no será de testimonio adjunto, sino de referencia.

De la lectura en voz alta de las versiones anteriores del testigo se pretende enrostrar al Juez que el mismo había dicho algo contrario a lo expuesto en Juicio, para el caso del cambio de versión, o lo que había dicho en entrevistas rendidas con antelación que resultan de importancia demostrativa para la tesis que se pretende acreditar en el caso de la retractación en la declaración, con lo que sea uno u otro evento, el Juez tendrá a su disposición la declaración del testigo previa al juicio, bien sea para contrastarla con la expuesta en su interrogatorio y poder advertir las discordancias, como para conocer lo que pudo haber dicho el testigo y aportado a la conformación del juicio respecto de la responsabilidad penal que se estudia.

El ejercicio práctico de esta probanza requiere en virtud de los principios probatorios que gobiernan la materia que la parte contra la que se aduce el testimonio adjunto como prueba autónoma pueda controvertirla y confrontar al testigo, lo cual resulta

ser el punto de controversia aquí planteado en tanto esto es posible en los escenarios en los que estando presente el testigo contesta las preguntas que se planteen en el contrainterrogatorio, sin embargo, para aquellos casos en los que resulte igualmente renuente a contestar las preguntas de quien no lo llamó a juicio es el escenario en donde existe la controversia.

De lo anterior, puede concluirse que el testimonio adjunto es una figura probatoria de creación jurisprudencial, de carácter excepcional y condicionada, que permite en escenarios específicos de retractación, cambio de versión del testigo presente en juicio, la introducción y valoración de las declaraciones previas que tienen cierto hecho específico de prueba, siempre que se garantice el ejercicio de contradicción y confrontación de la parte contra quien se aduce.

Lo hasta aquí expuesto evidencia que el uso del testimonio adjunto, aun cuando ha sido permitido por la jurisprudencia de forma excepcional, deber ser objeto de control riguroso por parte del juez de conocimiento en el preciso caso que se estudie, por cuanto su utilización indiscriminada puede ocasionar lesiones a las garantías de la contraparte. Adicionalmente, un manejo incorrecto de esta probanza puede conducir a la convalidación indebida de declaraciones propias de la prueba de referencia, bajo la apariencia de medio probatorio autónomo.

Capítulo III. El testimonio adjunto en el proceso penal acusatorio colombiano, análisis de su práctica con los principios constitucionales y legales, así como su valoración en la decisión judicial.

El sistema penal acusatorio colombiano, desarrollado por la Ley 906 de 2004, se basa en un modelo adversarial en el cual la producción, controversia y valoración de la prueba se erigen como eje fundamental de la discusión judicial. Por lo que resulta relevante en ese escenario el respeto por las garantías constitucionales y legales relacionadas con el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, así como la igualdad de armas pues de esto deriva la legitimidad y confianza que los ciudadanos tienen del sistema y la actuación penal, convalidando de esta manera las decisiones judiciales, así como el respeto por estas.

Por lo que la incorporación del testimonio adjunto plantea cuestionamientos desde la perspectiva constitucional y garantista de mínimos para las partes del proceso penal, en especial del procesado, pues este quien en últimas se beneficia o

perjudica de la decisión que se adopte con base en las pruebas oportuna y debidamente aportadas en el Juicio, por cuanto son estas las que permiten al juez acceder y valorar las declaraciones rendidas fuera del juicio oral, bajo condiciones de inmediación y contradicción, así como también activando o resaltando el rol protagónico del fallador en el equilibrio probatorio respecto de las posibilidades de acción probatoria de las partes.

Por lo que respecto a este medio de prueba autónomo, el rol del juez de conocimiento emerge como un elemento central, quien actúa no como destinatario de la prueba, si no activamente en el mantenimiento del equilibrio procesal, así como procurando el respeto de las garantías fundamentales, pues es quien decide respecto de la prosperidad de la solicitud con el conocimiento de los requisitos que ha definido la Corte Suprema de Justicia, antes enunciados, para su procedencia, por lo que le asiste la labor de velar porque la excepcionalidad de esta probanza no se convierta en la regla general, debilitando el principio adversarial y las garantías propias del juicio oral.

Subcapítulo I. El testimonio adjunto frente al principio de igualdad de armas, el derecho de contradicción y la confrontación.

Como se dijo en anterior oportunidad, el principio de igualdad de armas, constituye garantía relevante del proceso penal acusatorio, y su materialidad se orienta a asegurar que las partes del proceso cuenten con equivalentes oportunidades probatorias reales en el juicio para intervenir en la actividad probatoria. Este guarda estrecha relación con la contradicción de las pruebas que son practicadas en sede del juicio oral, pues es en este escenario donde las partes están facultadas para conocer, debatir y controvertir las pruebas que se aducen en perjuicio de la tesis que defienden, sea esta de absolución o de condena. De contera que los dos principios antes mencionados se entrelacen con la garantía de confrontación, pues se debe garantizar a la contraparte el examen directo, público y concentrado del testimonio mediante el contrainterrogatorio lo cual no ocurre en otro escenario diferente al del juicio oral, momento en el que todos los que en el intervienen pueden participar activamente para su producción, control y contradicción, respondiendo así con el diseño adversarial del proceso, y evitando así que se dé la incorporación de documentos que contienen las declaraciones previas del testigo.

El descubrimiento probatorio con la provisión, exhibición, traslado y puesta a disposición del proceso de los elementos probatorios y evidencia física que se han recaudado, resulta ser un primer momento en el que se consolida el principio de igualdad de armas (Saray Botero, 2017) puesto que se busca el conocimiento de los elementos que favorecen y desfavorecen cada una de las teorías que se contraponen, pudiendo de esta manera cada uno de los extremos preparar los puntos de controversia sobre hechos relevantes que se susciten en sede del juicio oral y no ser sorprendidos con elementos probatorios y evidencia física que no fue debidamente descubierto.

En razón a la delimitación de los roles de las partes, resulta indispensable según se dijo la preparación de cada uno de los juicios que se van a desarrollar, por lo que se debe estudiar cada uno de los elementos probatorios que fueron descubiertos desde la perspectiva de la pertinencia, conducencia y trascendencia en favor o en contra de la teoría que se pretende sustentar en juicio. Por lo que preparar la audiencia de juicio permite anticipar las fortalezas y debilidades de la futura prueba de los medios de prueba y diseñar estrategias de interrogatorio, así como prever posibles escenarios de contradicción probatoria.

Sin embargo, por la práctica propia del juicio oral en desarrollo del mismo se ocasionan variables que no pueden ser previstas en su totalidad, como sucede en el escenario de la retractación del testigo o su cambio de versión en sede de juicio lo que constituye como una situación particularmente compleja, para quien solicitó la prueba como para quien inicialmente desfavorecía.

Pueden ser muchas las causas que hacen al testigo a retractarse de lo manifestado con anterioridad en las entrevistas, o a cambiar sustancialmente su versión en el juicio oral. Entre ellas pueden ocurrir factores internos o externos, tales como presiones, miedos, amenazas, inclusive el paso del tiempo ligado a condiciones de salud o incluso intereses particulares posteriores a dichas declaraciones. Por lo que en audiencia y ante la ocurrencia de tal evento nace el momento en el que debe replantearse la utilidad del testimonio y su trascendencia en la teoría que se pretende acreditar, toda vez que dicho cambio de versión puede alterar el valor demostrativo que se pretendía. Momento en el que la parte que solicitó la prueba se enfrenta a una situación difícil de sortear, debiendo de forma muy sutil evidenciar por parte de quien interroga o guía la práctica de la prueba, sea el acusador o la defensa, las razones que motivan al testigo a realizar dicha actuación esto con el

propósito de introducir las declaraciones previas como testimonio adjunto. A partir de dicho momento en concordancia con el modelo adversarial se activa para la contraparte la composición de la estrategia para restar credibilidad a una u otra versión con la contradicción y confrontación del testimonio, según resulte a favor de sus intereses se mantenga esta o aquella.

La introducción del testimonio adjunto como prueba autónoma plantea tensiones relevantes, como la que resulta de permitir la incorporación de aquellas declaraciones anteriores al juicio lejos de un escenario de confrontación plena. Si bien la jurisprudencia ha condicionado y restringido su admisión con la construcción de precisos requisitos la contradicción y confrontación se limitan ante la conducta que pueda tomar el testigo.

El testimonio adjunto entendido como las entrevistas rendidas previo a la audiencia de juicio oral, presenta una dificultad para el ejercicio pleno del derecho de contradicción tornándose formal y no material. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el testigo se retracta de las versiones previas y adopta actitud renuente, o evade la respuesta o no aporta detalles sustancialmente relevantes. En eventos como los aquí descritos la parte contra quien se pretende incorporar el testimonio adjunto enfrenta una restricción material del derecho de contradicción y confrontación, pues aun teniendo la posibilidad de contrainterrogar al testigo, realmente con las respuestas no puede controvertir el contenido probatorio de las declaraciones previas.

Este escenario también afecta el principio de igualdad de armas, en tanto quien solicita y logra introducir dichas pruebas contenidas en las declaraciones previas lo hace a sabiendas de las implicaciones o alcance que pretende demostrar con ellas, mientras que ante una conducta del testigo en el contrainterrogatorio de las que se habló con antelación, se menoscaba la posibilidad material de controvertirlas.

Continuando con lo anterior, debe advertirse que el principio de confrontación no se ve garantizado con la lectura o incorporación de las declaraciones anteriores, ni con la posibilidad de formular preguntas al testigo. Sino que su materialización ocurre cuando el testigo está realmente disponible para el debate, es decir que se encuentra presto a ofrecer respuestas que cumplan con el fin del contrainterrogatorio, respecto de la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Por lo que de no contarse con dicha disposición por parte del deponente, se puede correr el

riesgo de convertirse esta probanza en una forma de sustitución de la prueba testimonial, por lo que la admisión indiscriminada puede conducir a una laceración de los principios de igualdad de armas, contradicción y confrontación.

Ahora bien, la valoración del testimonio adjunto por parte del juez de conocimiento, en correlación con los otros medios de prueba obrantes, demanda la revisión detallada de la satisfacción plena y material de los principios de contradicción y confrontación. Toda vez que solo en la medida que se acredite que la parte contra quien se aduce dicha probanza contó con una oportunidad efectiva para controvertir el testimonio, puede ser integrado dicha prueba al acervo.

En consecuencia, únicamente cuando estas garantías se encuentren debidamente satisfechas, el testimonio adjunto debe ser tenido en cuenta como fundamento de la decisión judicial, en particular para efectos de la determinación de la responsabilidad penal del procesado, evitándose que la valoración se convierta en un factor de desequilibrio probatorio.

Subcapítulo II. Criterios de control judicial, control constitucional en la valoración del testimonio adjunto.

En razón a la excepcionalidad que reviste la prueba del testimonio adjunto, el Juez de conocimiento adquiere un rol fundamental como garante del balance procesal y de las garantías fundamentales de las partes. En este escenario el control debe ser material sustancial. Pues debe el juez verificar rigurosamente que la retractación o cambio de versión del testigo sea sustancial y relevante a los hechos que interesan al proceso, así como a la utilidad y conducencia del dicho del testigo, auscultando si resulta relevante su versión, así como la necesidad de la incorporación o aportación a las pruebas de la o las declaraciones previas y que la parte contra quien se aduce hubiese contado con una verdadera contradicción, por cuanto la sola presencia del testigo no es suficiente para garantizar el ejercicio material de la confrontación si este asume una conducta renuente o evasiva.

La valoración probatoria del testimonio adjunto, en atención a su excepcionalidad, exige al juez de conocimiento un ejercicio especialmente riguroso de ponderación de los principios constitucionales que gobiernan la actuación penal y su concreta protección en el régimen probatorio. Este análisis no puede ser superficial ni meramente formal, sino que debe descender al detalle de las condiciones en que la

prueba fue solicitada, practicada y controvertida, verificando que en medio de ello se garantizara el respeto por los principios de contradicción, la real confrontación, la inmediación y la igualdad de armas para las partes, con especial detenimiento respecto de la parte contra quien se aduce.

Solo bajo un control reforzado es que resulta admisible la incorporación de este medio de prueba, para ser integrado válidamente al acervo probatorio y valorado de forma concatenada, contrastada y crítica con los demás medios de prueba que obran en el proceso. De esta manera su utilización como sustento de la decisión adoptada garantiza las prerrogativas superiores de las partes asegurando concreta y efectivamente un respeto por la aplicación concreta de los principios que gobiernan el proceso penal.

Subcapítulo III. El juicio de credibilidad del testigo y el impacto en la valoración del testimonio adjunto.

Uno de los ejes centrales de la prueba testimonial en el proceso penal acusatorio es el juicio de credibilidad del testigo, entendido como el ejercicio racional por el cual el juez de conocimiento evalúa la fiabilidad del declarante, a partir de criterios objetivos, subjetivos y contextuales. El anterior proceso interno de valoración se realiza conforma a la sana crítica, juicio que no se limita al contenido de la declaración, sino que exige ponderar la coherencia del relato, que se compagine con los demás medios de prueba, si hubo una percepción directa de los hechos, la persistencia en la versión ofrecida, el comportamiento del testigo en el juicio al ser interrogado por las partes.

En el proceso penal colombiano, la inmediación adquiere un papel determinante en la construcción de dicho juicio, pues permite al juez observar directamente al testigo, analizar el lenguaje verbal y no verbal, su reacción y actitud ante los cuestionamientos que se le formulan, así como la disposición en someterse a la contradicción en el contrainterrogatorio, la actitud que este adopta al cuestionarse las inexactitudes, contradicciones y demás propias de la práctica de esta prueba. Por lo que la interacción del Juez en la práctica de dicha prueba hace parte esencial del sistema acusatorio, en la medida que el convencimiento judicial debe formarse a partir de pruebas practicadas en sede de audiencia de juicio oral, bajo la contradicción de las partes.

El medio de prueba autónomo del testimonio adjunto, una vez practicado, controvertido e introducido al acervo probatorio plantea un escenario desafiante para el juez que instruye la causa penal, pues obliga al fallador a valorar de manera conjunta dos fuentes de información provenientes de un mismo testigo, entiéndase por un lado la declaración rendida en juicio, con la contradicción que sobre esta recayó, así como la o las declaraciones o entrevistas previas que constituyen prueba de testimonio adjunto, con igualmente las divergencias que se suscitan entre una versión y la otra, adicionalmente con la contradicción a la que fue sometida, debiendo garantizar la legitimidad de la decisión adoptada, integrando una u otra declaración como fundamento con el conjunto de pruebas introducidas al proceso.

En el contexto anterior, superada la admisión y practica de la prueba del testimonio adjunto, se pasa al estadio de la valoración, el cual debe ser crítico, razonado, medido e integrador de los demás medios de prueba, especialmente si se otorga mayor valor a la declaración previa que al testimonio rendido en juicio. Por cuanto se puede transgredir el principio de inmediación, al desplazar el análisis de dicha concreta prueba a manifestaciones que fueron realizadas fuera del escenario judicial natural, entiéndase del juicio oral.

Respecto a la credibilidad del testigo, exige una valoración reforzada, que escudriñe las razones del cambio de versión o de la retractación del testigo en el escenario de la contradicción, sin embargo, en aquellos eventos en que las partes no encausan preguntas al respecto, el Juez está obligado a contrastar el dicho sea del juicio o del testimonio adjunto con el conjunto probatorio, evitando conclusiones simplistas que perjudiquen injustificadamente a alguna de las partes.

En punto de análisis del testimonio adjunto con la igualdad de armas, la valoración de este cobra importancia, pues la valoración aislada o deficiente de esta prueba puede otorgar ventajas probatorias indebidas, en particular de aquellas en las que pueda estar mermada la contradicción y confrontación del dicho del testigo, sea en el escenario del juicio oral, como anterior a este.

En consecuencia, el testimonio adjunto solo resulta compatible con el modelo acusatorio del procedimiento penal cuando su valoración en punto de la decisión de la responsabilidad penal está integrada con la credibilidad del testigo, antecedida por la inmediación, contradicción y sana crítica.

Referencias bibliográficas

- Jurisprudencia y Ley.

1. Asamblea Nacional Constituyente. (1991), Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116.
2. Naciones Unidas, (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos.
3. Congreso de la República de Colombia, (1972), Ley 16 de 1972, Por medio de la cual se aprueba la convención americana sobre derechos humanos. Diario Oficial No. 33.780.
4. Congreso de la República de Colombia, (2000), Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097.
5. Congreso de la República de Colombia, (2000), Ley 600 de 2000, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 44.097.
6. Congreso de la República de Colombia, (2004), Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.657.
7. Corte Constitucional, (2008), Sentencia T 1246 de 2008.
8. Corte Constitucional, (2003), Sentencia C 205 de 2003.
9. Corte Constitucional, (2017), Sentencia C-342 de 2017.
10. Corte Suprema de Justicia, (2016), Sentencia SP 2144 de 2016.
11. Corte Constitucional, Sentencia C 473 de 2016.
12. Corte Suprema de Justicia, (2013), Casación 33.254.
13. Corte Suprema de Justicia, (2017) Auto Penal 2399.
14. Corte Suprema de Justicia, (2017) Casación 44.950.

- Doctrina

1. Espinosa Acuña, D., & Peláez Reyes, A. F. (2021). Lecciones de Derecho Procesal Penal Colombiano.
2. Otero Salas, F., Vargas Morgado, J., Rotondo, F., Rodríguez Rodríguez, L., Alina del Carmen Nettel Barrera, Rodríguez-Arana, J., Contreras Vásquez, P., Brewer-Carías, A. R., Francisca Ruiz López, Ivanega, M. M., Cárdenas, J., Guillén Gaytán, A., Jiménez Tzontecomani, S. N., Huapaya Tapia, R. A., Garza Hernández, T., Villalba Bernié, P. D., Mejía, H. A., Juan Francisco Pérez Gálvez, Gabriel Valentin, ... Rodríguez Lozano, L. G. (2016). El Debido Proceso 4 Volúmenes.

3. Giraldo Montoya, C, Escudero Martínez, C, Camacho Torres, G, Duarte Hernández, M, González Arango, G. (2015) Derecho Probatorio.
4. Cuello Hermida Adriana, Cuello Iriarte Gustavo Adolfo, (2024), Definiciones de derecho probatorio en la jurisprudencia de las altas cortes.
5. Bedoya Sierra Luis Fernando, (2008), La prueba en el proceso penal colombiano.
6. Parra Quijano Jairo, (2006), Manual de Derecho Probatorio.
7. Devis Echandía Hernando, Alvarado Velloso Adolfo, (1984), Compendio de la prueba judicial.
8. Arenas Salazar Jorge, Valdés Moreno Carlos Eduardo, (2008), La prueba testimonial y técnica.
9. Saray Botero Nelson, (2017), Procedimiento Penal Acusatorio.
10. Ambos Kai, Malarino Ezequiel, (2019), Fundamentos de derecho probatorio en materia penal.
11. González Cano María Isabel, (2017), La prueba Tomo II, La prueba en el proceso penal.
12. Alvarado Velloso Adolfo, (2006), La prueba judicial.