

Las declaraciones previas en el juicio oral y el Sistema Penal Acusatorio

*Francisco Antonio Pascuales Hernández**

Resumen: Las declaraciones recaudadas en la fase investigativa vienen a adquirir trascendencia probatoria cuando son reafirmadas en el juzgamiento lo cual significa que, en el marco del sistema penal acusatorio vigente en nuestro país, su incorporación tiene carácter restringido frente a los principios de publicidad, contradicción, concentración e inmediación. Este artículo tiene como objetivo ofrecer insumos en punto a determinar cuál es el verdadero contexto en el que deben ser empleadas las declaraciones previas en el juicio oral. Un análisis comparativo entre la normatividad vigente, su desarrollo jurisprudencial y la doctrina, y lo que se aprecia en la práctica judicial, permite advertir un uso inadecuado de las declaraciones previas, que riñe con los mencionados principios dado que es frecuente que ingresen al juicio oral actos de investigación sin que se agoten los presupuestos para su incorporación.

Palabras claves: Declaraciones previas, prueba de referencia, juicio oral, sistema acusatorio.

Abstract: The statements collected in the investigative phase acquire evidentiary significance when they are reaffirmed in the trial, which means that their incorporation is restricted in relation to the principles of publicity, contradiction, concentration and immediacy, within the framework of the accusatory criminal system in force in Colombia. The objective of this article is to offer inputs in order to determine the true context in which prior statements should be used in the oral trial. A comparative analysis between the current regulations, its jurisprudential development and the doctrine, with what is seen in judicial practice, allows us to notice an inadequate use of prior statements,

* Abogado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal de la UNAB, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar. Texto aprobado como trabajo de grado de la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda que contó con la asesoría del Magíster Enrique del Río González. Contacto: franciscopascuales@hotmail.com.

which is at odds with the aforementioned principles, since it is common for acts of investigation to enter the oral trial without exhausting the requirements for their incorporation.

Keywords: Preliminary statements, reference evidence, oral trial, accusatory system.

Introducción

El objeto de estudio del presente trabajo gira en torno al análisis de la naturaleza y alcance de las declaraciones recibidas en los estadios que anteceden al juzgamiento, las cuales ostentan un valor probatorio precario en el entendido de que solo serán reconocidas como pruebas una vez sean presentadas ante el juez de conocimiento directamente por el deponente, tal como lo dispone el Artículo 16 del Código de Procedimiento Penal (CPP) para, de esa manera, facilitar el ejercicio del derecho de contradicción de las partes (Miranda, 1997). En consecuencia, se examina cuál es el tratamiento que le imprimen la ley, la jurisprudencia y la doctrina a las declaraciones anteriores al juicio, sobre la base de que en ese aspecto se presentan no pocas dificultades en la práctica judicial. Sin duda, se trata de un tema de mucha relevancia y de gran importancia que amerita diversas reflexiones.

Como es obvio, este escenario implica que su incorporación tiene un carácter condicionado en clave de asegurar la vigencia de los principios de publicidad, contradicción, concentración e inmediación en el ámbito del sistema penal acusatorio vigente y, por regla general, solo pueden ser empleadas en el juicio para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad del testigo. A manera de excepción se permite su aducción al plenario como medio de conocimiento, por vía del testimonio adjunto o complementario y de la denominada prueba de referencia. Ese tratamiento especial permite que, de manera excepcional, sea valorado un elemento material probatorio o evidencia como prueba, cuando se dan circunstancias especiales que impiden

el análisis de la prueba directa, como sería el caso del testigo fallecido o que ha perdido la memoria, entre otros eventos.

Un caso particular de prueba de referencia lo constituye el tratamiento procesal que se le otorga a las declaraciones presentadas por niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en la etapa de indagación en cuanto se ha decantado la posibilidad de prescindir de su testimonio en el juicio oral en aras de evitar una segunda victimización o revictimización (Sent. SP14844 de 28/10/2015, CSJ), tal como lo consagra la Ley 1652 de 2013. Este es uno de los tópicos que más debate ha suscitado, pues se discute si tal excepción trastoca o no la estructura del proceso penal instaurado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002.

De manera particular, focalizamos nuestra atención en escrutar si a lo largo de la vigencia del nuevo modelo procesal penal se ha interpretado conforme al régimen probatorio adoptado el uso de las declaraciones previas al juicio. La respuesta que la realidad ofrece a tal inquietud infortunadamente no es la más alentadora, pues –a la hora de evaluar en la práctica judicial el desarrollo del instituto que aquí se analiza– el panorama encontrado es desolador. En efecto, pese a la copiosa jurisprudencia emitida por los órganos de cierre y al esfuerzo realizado por la academia de cara a lograr una cabal comprensión del tema, lo cierto es que perviven enquistados en los actores del proceso rezagos del otrora principio de permanencia de la prueba en el que los medios cognoscitivos recaudados en la fase embrionaria del proceso (investigación previa) adquirirían el carácter de medio de prueba y, por tanto, podían servir de fundamento a una sentencia condenatoria.

Queda patente que aún no se ha terminado de asimilar que los actos de investigación han sido concebidos en la nueva sistemática como herramientas que solo sirven para fundamentar las decisiones que han de adoptarse en las audiencias preliminares, pero que una vez superado el umbral del juicio, por regla general, deben ser ratificados en la audiencia de juicio oral, y, por tanto, su utilización tiene un campo de aplicación sumamente restringido, conforme a las reglas establecidas en la normativa vigente y su correspondiente desarrollo

jurisprudencial. De modo que, aparte del uso que excepcionalmente puede dársele a las declaraciones anteriores al juicio como prueba de referencia y como complemento del testimonio del juicio oral, su utilización viene reducida al ejercicio de refrescar la memoria del testigo o de impugnar su declaración al momento del desarrollo del interrogatorio cruzado.

Así las cosas, aquí se muestra ello como una concepción errada de los criterios que rigen el adecuado uso de las declaraciones anteriores al juicio, más que un problema de formas como desafortunadamente los entienden en muchas ocasiones las partes que intervienen en el proceso al igual que un gran número de operadores judiciales. De allí su laxitud a la hora de ejercer los controles, lo cual tiene profundas implicaciones en punto a los principios probatorios que rigen, especialmente los de inmediación y contradicción, con el consecuente impacto negativo en la consecución de la verdad material como objetivo principal del proceso. En ese orden de ideas, se pone especial énfasis en la necesidad de acoplar el uso de las declaraciones previas al régimen probatorio vigente; además, se destaca que si se realizaran los controles que tienen a la mano los jueces para frustrar el mal uso de aquellas se evitaría que el proceso se atiborre de información inútil, que no podrá valorarse so pena de ser transgredidos los principios probatorios (contradicción, inmediación, publicidad, etc).

Se trata, pues, de alentar a los actores del proceso a despojarse de la vieja concepción de arrimar al juicio oral evidencia preconstituida para que, enalteciendo el nuevo enfoque procesal, asuman el *roll* que los obliga a sujetarse a una dinámica probatoria totalmente distinta, en la que la prueba se construye mediante un ejercicio dialéctico entre las partes pero siempre en presencia del juez que debe resolver el litigio. De ahí que, igualmente, se subraye como en el actual modelo procesal penal no es que no puedan usarse en el juicio oral las declaraciones anteriores sino que ese uso debe ajustarse a las reglas y subreglas que facilitan su incorporación en orden a que se garantice lo que se llama el debido proceso probatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta problema a resolver con esta investigación es esta: ¿ha existido una correcta interpretación y aplicación de las declaraciones previas dentro del marco normativo de la Ley 906 de 2004? Desde luego, se parte de la hipótesis de que el uso dado a las declaraciones previas no es el correcto; por eso, la investigación tuvo como objetivo general analizar las vicisitudes de las declaraciones previas en el juicio oral regido por la Ley 906 de 2004. A su turno, como objetivos específicos se persiguen los siguientes: en primer lugar, revisar el alcance e interpretación de la noción de declaraciones previas en la Ley 906 de 2004, para lo cual se hace especial énfasis en su definición y características; en segundo lugar, examinar la aplicación de las declaraciones previas y de las controversias probatorias que se suscitan a partir de su inadecuado uso; y, en tercer lugar indicar la correcta utilización de las declaraciones previas en el contexto de la Ley 906 de 2004. En cada uno de los segmentos que hacen parte de la tabla de contenido de este artículo se desarrollan los objetivos propuestos.

En procura de esas metas nos auxiliamos del método cualitativo con datos descriptivos, en orden a averiguar “las causas persiguiendo el control y explicación de los hechos” (Rodríguez, Gil & García, 1996). De igual modo, se estudia una realidad normativa y su alcance para la aplicación del derecho. Esto significa que se opta por una investigación jurídica con revisión analítica de sus fuentes formales, los referentes internacionales, la jurisprudencia de las altas cortes y la legislación interna, lo cual demanda la revisión y análisis bibliográfico como técnica investigativa. Por ello, el tipo de investigación escogido fue de carácter exploratorio-descriptivo con diseño no experimental de tipo transversal, dado que la recolección de datos sobre el tema de estudio se hizo en único momento. La información se obtuvo en fuentes propias del ordenamiento jurídico interno, de otras legislaciones nacionales y de normativa internacional, amén de algunos tratadistas expertos en la materia objeto de análisis.

Así las cosas, en lo que sigue –en primer lugar– se examinan las declaraciones previas tratando de definir este instituto y caracterizarlo; en segundo lugar, el texto se ocupa de la problemática concerniente al correcto

empleo de las declaraciones previas. En tercer lugar, se examina la situación particular del menor de edad víctima de delitos sexuales; al final, se plasman las conclusiones y se indican las referencias.

Las declaraciones previas: definición y caracterización

En general, la doctrina especializada entiende como declaraciones previas todos aquellos datos recaudados antes del juicio no sujetos a controversia de las partes. O, como afirman Baytelman & Duce (2007), “una declaración previa, en sentido genérico, es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad al juzgamiento y que conste en algún soporte, cualquiera que éste sea” (p. 213). Por supuesto, son múltiples y variados los actos investigativos que reciben el rótulo de declaraciones previas; entre estos tenemos: las entrevistas, las declaraciones juradas, los documentos sin vocación probatoria sustantiva y los informes de policía judicial.

De lo dicho se deduce que los rasgos distintivos de una declaración previa son tres: en primer lugar, que la información se haya obtenido en las fases anteriores al juicio; en segundo lugar, que ello se haga sin la intervención del juez ni de la parte contra la que se pretenda aducir; y, tercero, que ella resulte pertinente, es decir, que se refiera a los hechos jurídicamente relevantes y sea trascendente para el esclarecimiento de estos. A continuación, se abordan los ingredientes teóricos, normativos y jurisprudenciales esenciales que permiten tener una visión contextualizada de la forma en que deben emplearse las declaraciones previas en la sistemática procesal penal actual.

Al respecto debe decirse que el esquema probatorio reglado por la Ley 600 de 2000 se estructura de manera disímil al contemplado en la Ley 906 de 2004. Aquel sistema de carácter escritural se encuentra enmarcado en dos estadios fundamentales: la instrucción y el juicio. Una de las particularidades del marco procesal penal anterior era la referida a la consagración del principio de permanencia de la prueba (Guerrero, 2009), como quiera que todos los elementos recaudados por la fiscalía en la etapa instructiva adquirían la

naturaleza de prueba y, por tanto, no era necesaria su ratificación en la etapa del juicio a menos que la defensa o la parte civil solicitaran que se recibiera el testimonio de ese mismo declarante en la etapa de juzgamiento, para lo cual el peticionario tenía que demostrar la necesidad de convocar de nuevo al testigo (Sent. de 19/4/2013, Rad. 39156, CSJ).

En ese sentido, Parra (2007) explica las diferencias probatorias entre los sistemas inquisitivo y acusatorio, al esbozar que en el primero –el cual era la médula espinal de la Ley 600 de 2000– todos los actos de investigación conservaban su entidad de prueba a lo largo del proceso, por lo que las mismas podían servir de sustento a la sentencia correspondiente. En cambio, en el segundo de los esquemas todo aquello recaudado con anterioridad al juzgamiento, debe ser expuesto directamente al funcionario que resolverá el litigio, por lo cual estos elementos probatorios deben pasar por un filtro en una etapa intermedia, conocida como audiencia preparatoria.

La razón de ser de esta exigencia radica en que la evidencia recogida con anterioridad al plenario, por regla general, es prueba de referencia (Bedoya, 2008). Conferirle, sin más, operatividad en el juicio a un acto de adquisición, como los denomina Carnelutti (1950), recaudado en el marco de una actividad investigativa de la Fiscalía, implicaría enmarañar el genuino carácter y funcionalidad de aquel, al dejar de lado que solo los actos jurisdiccionales tienen la virtud de integrar la apreciación probatoria por el órgano que decide. Acorde con lo anterior, el Acto Legislativo 03 de 2002 y su desarrollo a través de la expedición de la Ley 906 de 2004, conllevó un profundo cambio en el panorama jurídico penal nacional, dado que con esas herramientas legales se instauró un proceso de carácter adversarial que, según opinión ilustrada (Gómez, 2015), garantiza en mayor medida la imparcialidad del juez al no contaminarse con la prueba antes del fallo.

El actual esquema se desenvuelve en tres estadios: indagación, investigación y juzgamiento. En este último, priman los principios de publicidad, oralidad, inmediación y concentración que, por primera vez, después de más de doscientos años de vida republicana, fueron elevados a

rango constitucional, por suerte los problemas probatorios del juicio oral siempre tendrán que encontrar solución en la propia carta. Por ello, solo en el juicio adquieren el carácter de pruebas aquellas que son presentadas o practicadas por las partes en presencia del juez de conocimiento, para el ejercicio del derecho de contradicción (Pérez, 2011, p. 33); ejercicio que es, según Andrés (2015), lo que equilibra y da garantías de funcionamiento al juicio.

De ahí, pues, que según Gorphe (1998) al explicar con claridad la relación existente entre el principio de oralidad y el procedimiento adversarial, los testimonios deban ser presenciados por el juez de suerte que se conviertan así en prueba viva de la actuación, en oposición a las exposiciones escriturales que, por su misma naturaleza, despiertan mucha menor curiosidad en el examinador. En definitiva, la oralidad de los procedimientos no es una práctica caprichosa; por el contrario, hace parte de la esencia del proceso adversarial que propugna por la agilidad de los trámites y la intermediación del juez con los participantes en la audiencia de juicio correspondiente. En sintonía con lo sostenido por Montero, Gómez & Varona (2019) la oralidad marca la pauta en punto a lograr la eficacia de los procedimientos, pues, en armonía con el principio de contradicción, ellos son los llamados a garantizar que las manifestaciones realizadas en presencia del juzgador permanezcan inalteradas en la memoria de éste a la hora de producir su decisión (p. 380). Por ello, solo las pruebas presentadas en la vista pública de conocimiento pueden ser apreciadas para emitir la sentencia, salvo excepciones que más adelante se puntualizan, pues, tal como lo reconocen Baytelman & Duce (2004), en los sistemas estrictamente adversariales los testigos y peritos deben no solo presentarse en el juicio oral sino verbalizar su versión de cara a deducir de allí su trascendencia probatoria.

Teniendo en cuenta lo anterior, Guerrero (2009) resalta que todas aquellas acciones que se ejecuten en las etapas que anteceden al juicio oral no pueden ser consideradas como pruebas (p. 103), en la medida en que es en este último estadio en el cual las mismas adquieren tal condición una vez son practicadas y controvertidas por las partes e intervinientes, con la

única excepción de la prueba anticipada en razón a que esta –por la forma en que está concebida– se encuentra sometida al influjo de los principios de inmediación y contradicción (Guerrero, 2007, p. 91). Lo anterior, por la necesidad de que el juzgador tenga relación con las pruebas a través de las cuales se aspira a acreditar la existencia del hecho delictivo, en especial para recibir toda la información de forma directa, guardando así la fidelidad de lo que pretende demostrarse; ello porque “la actividad judicial es esencialmente actividad probatoria y actividad interpretativa” (Gascón, 2003, p. 52). Esto, además, añade un elemento legitimador a la actuación penal por el control popular que se predica de ese ejercicio (Vásquez, 2000).

Conviene subrayar que ese contacto estrecho entre quien transmite y quien recibe la información, nutre la valoración del testimonio en cuanto hay datos que solo se aprecian con la observación y que jamás podrán ser replicados en la transcripción literal de lo dicho por el deponente por más fidedigna que se pretenda que sea (Döhring, 1978); es más: es así como el tribunal receptor se forma su propia imagen de los datos ofrecidos de modo presencial, no solo por el acusado sino por todos los intervinientes (Roxin, 2000). Téngase en cuenta, además, que en sede de indagación e investigación se recaudan elementos materiales probatorios y de evidencia física por parte de la fiscalía y la defensa, esta última solo en aquellos eventos en los cuales el indiciado tiene conocimiento de una averiguación en su contra. Paradójicamente, siendo, en el papel, mucho más garantista el sistema procesal penal gobernado por la Ley 906 de 2004 que el regido por la Ley 600 de 2000, en la segunda, el indiciado tiene acceso a la actuación y, por tanto, a toda la evidencia en su contra desde la fase de investigación previa, mientras que en la primera, solo adquiere plenamente tal derecho a partir de la audiencia de acusación, lo que constituye una talanquera para una defensa integral, con claro desmedro del derecho de audiencia.

Semejante limitante desconoce que este derecho está orientado a erradicar paradigmas y obstáculos propios de la justicia inquisitorial (Armenta, 2005, p. 8) y que, por tanto, puede ser reivindicado en la etapa de instrucción y en la del juicio, tal como se advierte en el derecho convencional (Sentencia

Barreto Leiva Vs. Venezuela, 2009, CIDH). Así, solo hasta la realización de las audiencias de acusación y preparatoria, se define cual material se presentará en juicio oral. Al cual, según Cano (2013), deben acudir los testigos para ofrecer su versión acerca de lo que les consta sobre de los hechos (testigos presenciales), dar su opinión técnico-científica sobre el asunto que se le ha puesto bajo su escrutinio dado sus conocimientos especializados (perito), o para introducir una prueba material (testigo de acreditación). En ese ejercicio quedan sujetos, como es natural, al contra examen que se realiza de manera oral en presencia del juez, porque como lo postula (Montero, 2015) no hay mejor instrumento para la cabal aplicación del derecho sustancial, en el caso concreto, que el ejercicio del contradictorio.

Al hilo de lo expuesto, todos aquellos elementos que se recaudan de manera incipiente, de cara a dilucidar la existencia del delito e individualizar los potenciales autores o partícipes, no pueden ser considerados como pruebas *per se* porque, como con precisión lo expone Andrés (2015), los hechos jurídicamente relevantes de carácter principal así como de distinto talante, pero acreditativos, deben ser probados en el juicio para que puedan servir de sustento al fallo. En tal virtud, la labor de la fiscalía se despliega a través de la elaboración de un programa metodológico a través del cual se imparten órdenes a la policía judicial a efectos de recabar todas aquellas evidencias que tengan la vocación de adquirir estirpe de prueba, dado que el aparato de investigación reacciona de manera mediata –efecto reactivo de la jurisdicción– a la comisión de una conducta delictiva con arreglo a los procedimientos reglados previamente (Maier, 1999).

Por ese motivo, el defensor con el apoyo de un investigador particular, financiado con los recursos del indiciado, puede optar por hacer lo mismo puesto que su derecho se activa desde el momento en que tiene conocimiento de una actuación penal en su contra (Sent. C-799 de 2005, CConst.) y, a partir de entonces, tanto él como su defensa letrada, pueden recoger empíricamente elementos de convicción en orden a contrarrestar la acusación oficial. Es esta, desde luego, una manifestación nueva del proceso con la que, en buena hora recogida por nuestra legislación interna, se restañaron los defectos

del proceso premoderno-inquisitivo, si es que merecía tal designación. Al respecto, Montero *et al.* (2006) cree que no pasaba de ser una mera actuación no procesal, en la que garantías como estas eran ilusorias y, por tanto, la intervención de la defensa y el imputado en la fase primigenia de la actuación eran impensables. A la postre, esa nueva prerrogativa no representa nada distinto al ejercicio del poder de excepción que constitucionalmente se reconoce en cabeza del imputado (Clariá, 1998).

Así las cosas, es del caso distinguir entre actos de investigación y actos de prueba, precisando enseguida que los de investigación no ostentan la misma categoría y trascendencia que los actos de prueba en el escenario de la Ley 906 de 2004. Los primeros, surgen desde los mismos albores de la actuación tanto para la fiscalía, como órgano de investigación, como para la defensa, mientras que los segundos sí y solo si tienen lugar en sede del juicio oral (Del Villar, 2012). Los actos de investigación, recuérdese, son mecanismos de averiguación con respecto a la ocurrencia de un comportamiento eventualmente delictivo que conducen a la individualización de quienes pudieran ser sus autores o partícipes; mientras que los actos de prueba son la concreción jurisdiccional de esa primigenia actividad. Lo que se pretende es que el juez, en esta última fase, centre su atención en los datos que ofrezcan las pruebas practicadas en su presencia (Parra, 2006).

Como se ha explicado, solo adquieren el carácter de prueba aquellas presentadas y controvertidas en el juicio oral y público. En consecuencia, las declaraciones previas tales como la entrevista, el interrogatorio, el informe de policía judicial o el informe pericial que se hubieren recaudado en la indagación, conservan su naturaleza efímera y solo con la práctica del interrogatorio y el contrainterrogatorio del testigo o del perito ante el operador judicial, ingresan al acervo probatorio para que luego, a la luz de la sana crítica o de la apreciación razonada como la denominan Ramírez & de Ramírez (2003), se adopte una decisión de fondo.

Acorde con lo dicho antes, cabe destacar que las declaraciones previas pueden ser utilizadas en el juicio oral en el marco de una finalidad concreta,

esto es, para facilitar el interrogatorio cruzado de las partes (refrescar la memoria, e impugnar la credibilidad del testigo), de cara a poner en evidencia contradicciones e inconsistencias; sin perjuicio de que, de manera excepcional, se puedan utilizar como medio de prueba (Sent. SP606 de 25/1/2017, Rad. 44950, CSJ; Sent. SP3274 de 24/2/2010, Rad. 32872, CSJ). Así, entonces, la entrevista ante la policía judicial se encuentra regulada en el Artículo 206 de la Ley 906 de 2004; dicha norma señala que la víctima, como principal testigo presencial de la conducta punible o cualquier persona que conozca información esclarecedora para la indagación que se desarrolla, puede deponer sobre los hechos que son de su conocimiento.

La reglamentación del interrogatorio al indiciado está plasmada en el Artículo 282 de la Ley 906 de 2004. En este cánón legal se señala que el funcionario de policía judicial puede recibir declaración de quien se infiera que es autor o partícipe de la conducta que se investiga. Esto, desde luego, con la previa prevención de que tiene derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo ni contra las personas con quien tiene parentesco, especificadas por la normatividad. En el evento en que decida someterse a interrogatorio, deberá estar acompañado por su defensor. Ese interrogatorio, que debería ser una prerrogativa del imputado con fundamento en el derecho de audiencia (Sentencia Barreto Leiva vs Venezuela, 2009, CIDH), desafortunadamente se ha convertido en una herramienta inquisitorial de la fiscalía que a través de ella pretende acopiar información de cargo que debería obtener a través de un verdadero esfuerzo investigativo, por cuya vía termina convirtiendo al imputado en objeto del procedimiento (Guerrero, 2009, p. 105).

También es menester hacer referencia a la declaración jurada o exposición, consagrada en el Artículo 347 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). En este escenario se recibe al eventual testigo descubierto en la entrevista o por cualquier otro medio lícito y su declaración podrá ser tomada por el fiscal si considera que resulta conveniente para la preparación del juicio oral, o por la defensa, que para tal efecto debe acudir a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público (Art. 347,

Código Procedimiento Penal). Es más: En sede de audiencias preliminares, estos gérmenes de prueba pueden ser presentados para la adopción de decisiones provisionales que no dependen directamente de su práctica en el juicio oral como son, a guisa de ejemplo, la solicitud de imposición de medida de aseguramiento o de restablecimiento del derecho provisional, cuya prístina finalidad es evitar la concreción de “el riesgo de frustración procesal” (Pujadas, 2008, p. 113).

En consecuencia, esos enunciados fácticos solo adquieren entidad probatoria, tal como lo puntualiza Gimeno (1997), en la medida en que sean destinados a “ocasionar la evidencia” que necesitan los contendientes, lo cual ocurre cuando son presentadas e incorporadas, con intermediación del juez de conocimiento, en el juicio oral. De acuerdo con la estructura procesal vigente –Ley 906 de 2004– las declaraciones anteriores al juicio carecen de vocación demostrativa, en tanto fueron imaginadas para la preparación del juicio; no obstante, como actos pesquisitorios que son, tampoco pueden ser desdeñados sin más. De ahí que la normatividad doméstica, abrevando del derecho procesal del *common law* se ha encargado de regular su utilización en el juicio oral, con lo cual se busca que la versión que se rinda en esta última sede sea lo más fiable posible teniendo como fundamento que la que se ofrece en sede investigativa –declaración previa– se obtiene regularmente con mucha más proximidad a la ocurrencia del hecho, cuando aún el recuerdo del testigo está mucho más fresco en su memoria.

El correcto empleo de las declaraciones previas

Las declaraciones previas sirven para varios cometidos como se muestra en la exposición siguiente:

Para refrescar la memoria del testigo.

Esta posibilidad se encuentra prevista en el literal del Artículo 392 de la Ley 906 de 2004, en lo que respecta a las declaraciones previas de testigos, aclarándose que el juez puede autorizar que el deponente consulte documentos que le permitan recordar con mayor precisión lo que percibió, caso que sucede –por ejemplo– en el testimonio del policía judicial consagrado en el Artículo 399 de la normatividad en mención y en la declaración del perito (Artículo 417-8 del mismo compendio), como se explicitó anteriormente. Las anteriores normas reconocen que el paso del tiempo dadas las singularidades del testigo en aspectos como la capacidad de observación, salud, nivel cultural, agudeza visual (Alvarado, 2006), genera el deterioro de su memoria, es decir, mientras más remota sea la fecha de la audiencia de juzgamiento, más podrían diluirse detalles de diversa trascendencia.

Lo ideal es que el testimonio que se vierta ante el juez sea lo más ajustado a la realidad, para lo cual debe haber una sincronización de las cuatro etapas de la formación del mismo las cuales, según Tirado (2013), son: percepción, memorización, evocación y declaración, que vistas en su conjunto determinarán la credibilidad o no del deponente. Es claro entonces que, como consecuencia de la oralidad del sistema y de la labilidad de las declaraciones previas, únicamente quienes comparezcan al juicio y puedan ser controvertidos por las partes e intervinientes, ostentarán la calidad de testigos y su dicho hará parte del acervo probatorio que sustentará la decisión de instancia.

En ocasiones sucede que, a pesar de que el testigo recuerda el hecho de interés, algunos datos concretos como fechas, cantidades, horas, pueden estar difusos por el transcurrir de la línea temporal. Similar situación puede predicarse, por ejemplo, de los peritos forenses que deben testificar sobre muestras analizadas, necropsias y otros procedimientos que, por la carga de trabajo, solo pueden describirse teniendo a la mano el informe en el cual se plasmaron los datos concretos. Con ello, lo que se acepta de acuerdo al criterio de Baytelman & Duce (2004), es que la fragilidad de la memoria

humana nos puede pasar cuenta de cobro, sea por el avance inexorable del tiempo o derivado de patologías, lo que avala la consulta de los documentos antedichos.

No obstante, la presentación del documento requiere de la acreditación de la necesidad del mismo, cuando el deponente, ante una pregunta en concreto, requiera evocar algún punto, como lo insta Roxin (2000, p. 395), en razón a que –por regla general– el testigo debe declarar sin ayuda de textos de apoyo. En esa misma línea de análisis Gómez (2015) acota que en el sistema acusatorio norteamericano se contempla la posibilidad de que el testigo pueda revisar notas para refrescar la memoria, proceder que debe ser autorizado por el juez y con el respectivo traslado a los demás intervinientes en el proceso. Los jueces, lógicamente, deben verificar que esto se surta sin la vulneración de derechos fundamentales (p. 236). Entre tanto Chiesa (1995), refiriéndose también al sistema procesal penal estadounidense, reconoce como válida la utilización de un soporte escrito para precisar datos concretos y aclara que este documento debe ser presentado y dado en traslado para que las partes puedan verificar su relación con el testigo objeto de escrutinio. Además, al ser utilizado para rememoración, el adversario podrá recurrir a él para contrainterrogar a este deponente por lo que se debe tener cuidado con este proceder.

En el caso de la prueba pericial, es necesario resaltar que el experto debe comparecer a la audiencia a declarar sobre la información especializada que plasmó en el informe correspondiente, justamente porque la pericia no es otra cosa según Alvarado (2006) que la habilidad y destreza en el conocimiento de una ciencia, técnica o arte en el desarrollo de una actividad que tiene una persona determinada que actúa judicialmente haciendo el informe (que se denominan peritajes o peritaciones) respecto de un determinado tema litigioso para ilustrar al juez en su actividad de emitir la sentencia que debe resolverlo (p. 69). Si este profesional no concurre a la audiencia de juicio oral, este documento no ingresa al acervo probatorio. Lo anterior, por cuanto el medio de conocimiento en comento es completamente autónomo y su

valoración debe ser directa tal como lo dictan los Artículos 405 y 423 de la Ley 906 de 2004.

Obviamente, si el perito comparece a la vista pública, el informe que hubiere rendido puede ser empleado para refrescar la memoria o impugnar credibilidad cuando se detecten inconsistencias con lo declarado en la audiencia de juzgamiento. Como el interrogatorio del perito debe estar orientado a que el experto explique con suficiencia la base técnico-científica de su opinión, exponiendo si en su análisis utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o certeza, es apenas natural que aquel pueda tener acceso a lo largo del interrogatorio cruzado al informe base de la opinión pericial en orden a poder satisfacer tales demandas, lo cual no quiere decir que se permita la lectura textual de lo allí consignado (Sent. SP2709 de 11/7/2018, Rad. 50637, CSJ).

Lo anterior, dado que en todos aquellos episodios en los cuales la declaración previa sea facilitada para refrescar la memoria, se debe evitar que lo plasmado en ésta sustituya el relato espontáneo del testigo, respecto del cual ha de haberse verificado el conocimiento personal y directo que se tiene sobre lo que se declara, tal como lo reclama el Art. 402 de la Ley 906 de 2004. En tal sentido, la lectura que se solicite –que debe ser mental–, debe circunscribirse a un punto en concreto, no puede ser de la totalidad del relato recibido en la etapa de indagación (Baytelman & Duce, 2007). Pretender ingresar el contenido total de la declaración expresada anteriormente por el testigo o perito con la finalidad de que quede en el registro, es un despropósito que trastoca los principios probatorios de la Ley 906 de 2004.

Queda claro, entonces, contrario a lo que ocurre en un gran sector de la práctica judicial, que la declaración anterior no se incorpora como prueba ni a través de la lectura de aquella ni mucho menos físicamente porque, como lo expresa Chiesa (1995), la declaración antecedente no se presenta para probar la verdad de su contenido, puesto que de ese modo estaríamos ante una prueba de referencia inadmisibles por encontrarse presente el testigo en la audiencia, quien debe declarar sobre lo que personal y directamente le consta.

Por ello, es requisito indispensable para poder utilizar la declaración anterior con el propósito ya indicado que la misma sea exhibida a la contraparte, no solo de cara a que pueda ejercer un control sobre el mecanismo de refrescar la memoria, sino para que tenga la posibilidad de utilizarlo durante el contrainterrogatorio (Reglas de evidencia de Puerto Rico 613-a y 611-b) (González & Enmanuelli, 2018, pp. 166-167). De esa suerte, es preciso que la parte sustente las bases probatorias para lo cual resulta necesario relieves que el testigo no recuerda y que sobre esos hechos no recordados rindió una declaración previa. Igualmente, la parte debe exponer que la utilización de esa exposición anterior será útil para recordar, desde luego previa exhibición y lectura mental del testigo. Seguidamente se interroga al testigo luego de que este entregue el texto para evitar la lectura del mismo (Decastro, 2008a, p. 138).

Utilización de las declaraciones previas para impugnar la credibilidad.

De conformidad con los Artículos 347 y 403 de la Ley 906 de 2004 el mecanismo de impugnación de la credibilidad del testigo es la máxima expresión del derecho de contradicción probatoria, y se refiere a diversos tópicos que ponen en entredicho la declaración en juicio de aquel. En concreto, el núm. 4.º habilita la utilización de las manifestaciones anteriores tales como entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios, incluso ante el juez de control de garantías a efectos de ser empleadas con este objetivo. Al respecto, Decastro (2008a) señala que cuando esas manifestaciones anteriores son utilizadas con fines de impugnación de la credibilidad del testigo, a pesar de adquirir el rótulo de “prueba de impugnación”, no pueden ser empleadas “por la parte (en las alegaciones) ni por el juzgador (al dictar sentencia) como prueba sustantiva de los hechos alegados” (p. 172), precisamente porque su finalidad radica exclusivamente en cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio (Art. 403, CPP).

Señala Pérez (2011) que usualmente los testigos que rindieron entrevista son los mismos que son convocados a juicio, por lo que sus declaraciones

anteriores son de especial atención y si llegado el juicio oral alguno de estos ciudadanos niega lo que anteriormente dijo o desvirtúa sus afirmaciones precedentes, deberá el juzgador determinar el grado de credibilidad del compareciente (p. 36). A pesar de que las declaraciones previas no ostentan la calidad de pruebas, pueden potencialmente enervar la credibilidad de un deponente, pues de esta forma se debilita el relato ofrecido, enrostrando lo dicho con anterioridad. Esta premisa se fundamenta en el hecho de que la impugnación de la credibilidad del testigo busca en esencia desacreditar a éste “bien arrojando sombras sobre la credibilidad del testigo, o sobre la confiabilidad de su testimonio” (Chiesa, 1995, p. 324). Por tal razón, una estrategia de defensa válida según Fontanet (2010), es desacreditar al declarante exhibiendo las inconsistencias de su dicho, pues uno de los mecanismos más efectivos para impugnar la credibilidad de los testigos es exponer declaraciones anteriores que se tornen incongruentes con la versión ofrecida en el juicio. Desde esa perspectiva se pretende plantear al juzgador la posibilidad de que el testigo esté faltando a la verdad.

Siguiendo esa misma línea argumentativa, Decastro (2008b) manifiesta que la utilización de declaraciones previas para socavar la credibilidad de un testigo, es la más demoleadora de todas las estrategias para lo cual se puede acudir a cualquier manifestación anterior previa del deponente. En este punto, es necesario señalar si la impugnación de credibilidad es realizada por la parte que ofreció al declarante, en tal evento la finalidad es incorporar la declaración dada por fuera del juicio oral a la versión que se está ofreciendo dentro del mismo. Lo anterior para que ambas declaraciones sean el fundamento de la decisión del juez (Bedoya, 2008, p. 163).

Un ejercicio de esa índole queda subordinado a un riguroso procedimiento que demanda de exigentes técnicas y habilidades. De ese modo, para que las versiones anteriores adquieran valor probatorio deben ser utilizadas: primero, para fines de impugnación; segundo, que la declaración anterior sea conocida en el juicio oral mediante la lectura de la parte pertinente o presentada si es grabación fonóptica o video; y, tercero, que la contraparte tenga la oportunidad de contrainterrogar (Bedoya, 2008, p. 163). Estos pasos

deben estar precedidos de la demostración de la necesidad de utilizar el uso de las declaraciones anteriores para los fines establecidos en los Artículos 391 y 403 de la Ley 906 de 2004, vale decir, sentar las bases para ello.

Ahora bien, solo una adecuada impugnación de credibilidad, fundada en las contradicciones identificadas por la parte que interroga, entre la declaración rendida en juicio y la ofreciera el testigo previamente, que puede ser en fase de investigación o incluso en otra actuación, lo habilita para cuestionar en sede casacional el peso probatorio de ese medio cognoscitivo (Sent. SP934 de 20/5/2020, Rad. 52045, CSJ). Sobre ese aspecto dijo la Corte:

Esto impone afirmar que los motivos de impugnación que requieren base probatoria deben plantearse y debatirse necesariamente en el juicio oral, porque después ya no habrá lugar a la incorporación de pruebas, y al juzgador no le es permitido apoyarse, para fundamentar sus decisiones, en el material probatorio que no ha (sic) sido sometido a los requerimientos de los principios de publicidad, inmediación y contradicción. De ese modo, solo será dable invocar en la alegación final las contradicciones entre una y otra versión (la previa y la del juicio oral) cuando la parte que así pretende que lo declare el juez al momento de adjudicar responsabilidad ha expuesto las razones que sustentan la impugnación y las evidencias en las que se apoya el motivo alegado, con excepción de: (i) la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio y (ii) las contradicciones internas del contenido del testimonio.

Así, en el marco del derecho comparado, la impugnación de la credibilidad del testigo, a través de las declaraciones previas, también ha sido objeto de reglamentación. En Puerto Rico, la regla de evidencia 613 que trata sobre las declaraciones del testigo señala que la admisión de la declaración anterior no depende de que ésta sea inconsistente con el testimonio del juicio oral. Si el declarante niega haber realizado la declaración anterior o señala que lo plasmado en la misma no corresponde a su relato, se puede volver a citar a la persona para que se le interroge sobre lo anteriormente manifestado (González & Enmanuelli, 2018, p. 167). Así mismo, la regla de evidencia (802) (c) señala que si la declaración anterior al juicio es incongruente con lo declarado en sede de juzgamiento, es admisible su incorporación. Según González & Emmanuelli (2018, p. 173), deberá el juez ponderar a la luz de la sana crítica el valor suasorio de los relatos disímiles.

También, en las reglas federales de evidencia de los Estados Unidos –Regla 801 d-1 (2020)–, se establece que en caso de inconsistencia entre lo declarado con anterioridad y lo expresado en juicio, deberán cumplirse tres requisitos esenciales para la admisibilidad de la versión previa, Chiesa (1995): primero, es necesario que se presente una inconformidad entre lo declarado previamente y lo expresado en el juicio; segundo, la versión original debe haber sido ofrecida en audiencia u otro procedimiento; y, tercero, como elemento central, que el testigo se someta al contrainterrogatorio respecto de la declaración previa (326–327). Con respecto al Código Procesal Penal de Chile este admite el uso de declaraciones previas para demostrar inconsistencias, por lo cual éstas no son consideradas como pruebas propiamente dichas sino como elementos que permiten sopesar la credibilidad del testigo; lo anterior, puede ser verificado en el Artículo 332 de la mencionada obra (Código Procesal Penal de Chile, art. 332).

En España, agréguese, de conformidad con el Artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el evento en el cual un testigo modifique o se retracte de las declaraciones anteriores, puede ser impugnada su credibilidad. Con ello se ha logrado decantar una sólida jurisprudencia con respecto a este particular, esgrimiendo las siguientes exigencias para tal proceder: primero, que se lea la declaración previa; segundo, que se deba compeler al testigo a que explique la diferencia o contradicción; tercero, que el testigo deba estar sujeto al contrainterrogatorio de la parte afectada; y, cuarto, que el juez explique razonadamente por qué le otorga mayor credibilidad a una u otra versión. En consecuencia, en caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de lo declarado previamente, la parte respectiva podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su declaración inicial. Si el testigo acepta haberla rendido se le conmina a que explique la inconsistencia correspondiente. A esto último se llega, según Fontanet (2010), una vez el testigo se niegue a aceptar que hizo las afirmaciones pretéritas o manifieste no recordar haberlas dicho.

Así las cosas, a diferencia de lo que ocurre con la utilización de las declaraciones previas para refrescar la memoria del testigo, cuando se echa

mano de ella para impugnar la credibilidad de este, una de las finalidades que se persigue es que la parte se pueda valer del contenido de la declaración anterior. Además de los usos ordinarios a lo que ya se hizo referencia, las declaraciones previas excepcionalmente pueden utilizarse como medio de prueba. En efecto, por regla general, las declaraciones previas no tienen vocación demostrativa y, de ordinario, son utilizadas por las partes para diseñar sus estrategias defensivas conforme a la información que se deriva de ellas. A su turno, los contendientes puedan echar mano de ellas de cara a refrescar la memoria de sus testigos o para impugnar la credibilidad de los de la contraparte.

No obstante, la legislación, siendo consciente de que abundan en la práctica situaciones en las que resulta imposible o en extremo dificultosa la comparecencia del testigo que declaró en fase investigativa, opta por autorizar que –de manera excepcional– esas declaraciones previas ingresen al juicio oral por vía de la denominada prueba de referencia. De igual modo, la jurisprudencia ha creado una subregla en virtud de la cual al testimonio del juicio oral se puede integrar por vía del testimonio adjunto o complementario la versión prestada por el testigo en sede investigativa.

Testimonio adjunto o complementario.

Como quiera que no son pocos los casos de retractación en la práctica judicial, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en aras de mantener “un punto de equilibrio” entre los derechos del acusado y los que asisten a las víctimas y a la sociedad en lo concerniente a lograr una pronta y cumplida justicia, pretende consolidar una línea según la cual la declaración anterior se puede aducir al juicio oral como medio de prueba (Sent. SP606 de 25/1/2017, Rad. 44950, CSJ). Sobre el particular señala ese tribunal:

La declaración anterior debe ser incorporada a través de la lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, este tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario. Tal

ejercicio debe hacerse por solicitud de la respectiva parte, mas no por iniciativa del juez, pues esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

Está claro, entonces, que otro requisito indispensable para ese propósito lo constituye el hecho de que el testigo ofrezca en ese escenario una versión opuesta a la que brindó en la declaración anterior. Es decir, contrario a lo que sucede con la prueba de referencia, el testigo está disponible en el juicio, solo que ha cambiado su declaración con lo narrado en pretérita oportunidad. Con tal mecanismo, pues, se busca que el fallador pueda valorar cuál de los dos relatos merece mayor credibilidad, no necesariamente que le otorgue mayor peso a la versión original, sobre la base de que en nuestra realidad social no son pocos los casos en que las razones de tal mutación subyacen a amenazas, miedos, sobornos, favorecimientos familiares –entre otras hipótesis– con lo cual, si se admitieran sin ningún análisis crítico esos cambios de comportamientos procesales y se le diera prioridad a la declaración en sede judicial, a la postre podrían lograrse decisiones jurídicamente ajustadas a la ley pero materialmente injustas, con lo que se perturbaría el principal fin que ha de perseguir el proceso penal en el Estado social y democrático de derecho, esto es, el logro de la justicia material (Urbano, 2006, p. 174).

Sobre ese particular no hay unanimidad en la doctrina, pues mientras algunos prohíjan el tratamiento adoptado por la jurisprudencia colombiana que abrevia en buena parte en su similar española (Climent, 1999), otro sector encabezado por Moreno *et al.* (2000) sostiene que la única prueba valorable es la que materialmente se produce en el juicio oral, excepto la preconstituida, esto es la denominada prueba anticipada. Lo que se requiere y afirma es que en las distintas declaraciones del testigo pueda verificarse la existencia de una “coherencia lineal”, de donde se depende que las declaraciones previas contradictorias con las ofrecidas en el juicio oral sean susceptibles de ser introducidas al juicio, en cuyo caso solo servirán para que el juez pueda ponderar si la declaración prestada por el testigo en el juicio oral –que es la única que merece el calificativo de prueba–, es digna de ser creíble o no (Moreno *et al.*, 2000, pp. 2187-2188).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia precisa que existe una clara diferencia entre la utilización de una declaración anterior con fines de impugnación y su uso como medio de prueba. En el primer escenario, lo que se busca es poner de manifiesto la existencia de contradicciones en el propósito de desacreditar al testigo; en el segundo, la finalidad apunta a que el juez valore ambas versiones al momento de resolver sobre la culpabilidad del acusado. Lo anterior, es lo que en el derecho puertorriqueño (Regla de evidencia 802), se conoce como uso de declaraciones anteriores como prueba sustantiva (González & Enmanuelli, 2018, p. 173). Con tal postura, el alto tribunal matiza lo que sobre el particular había sostenido (Sent. de 9/11/2006, Rad. 25738, CSJ) cuando sentó la premisa de que por vía de la impugnación de credibilidad, a través de las preguntas y respuestas que se ofrecieran sobre el cambio de versión, ingresaban al juicio los apartes inconsistentes de la versión anterior y que ello sucede en respeto de los principios de publicidad, oralidad y contradicción podían ser valorados por el juez (Sent. SP606 de 25/1/2017, Rad. 44950, CSJ).

En la nueva línea jurisprudencial (Sent. SP606 de 25/1/2017, Rad. 44950, CSJ; Sent. SP105 de 7/2/2018, Rad. 43651, CSJ; Sent. SP377 de 21/2/2018, Rad. 48959, CSJ), el máximo tribunal demanda que, una vez superada la imposibilidad de ejercer el contradictorio, porque el testigo se niega a ofrecer una respuesta razonable sobre el cambio de su versión, quedan habilitadas las partes para ingresar al juicio, como prueba sustantiva, la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral. Esta manera de enfocar el asunto por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no ha estado exenta de disconformidades, pues incluso al interior de la misma se han hecho escuchar voces disidentes para las cuales la forma en que se abordaba la problemática de la retractación del testigo, no se acompasan ni a las reglas ni a los principios informadores del proceso reglado en la Ley 906 de 2004.

Lo anterior es así porque, sin sacrificar los principios de contradicción e intermediación que eventualmente quedan vulnerados con la tesis del “testimonio adjunto o complementario”, el juez cuenta con la posibilidad

de valorar conjuntamente las versiones contrapuestas dadas por el testigo, esto es, la que dio en sede de investigación con la que da en el juicio oral y, de esa manera, se mantiene incólume la regla según la cual solo se considera prueba (Ley 906 de 2004, art. 379) la que es practicada en el juicio oral (Sent. de 9/11/2006, Rad. 25738, CSJ). Este trabajo se afilia a esta última postura porque con ella se dejan a salvo caros principios del sistema adversativo, como los de publicidad, contradicción e inmediación, en tanto por vía del interrogatorio o contrainterrogatorio que, como es obvio, deberán incluir la lectura de los apartes de la declaración anterior inconsistentes con la que ofrece el testigo en la audiencia, el juez obtiene insumos suficientes para justipreciar cuál de los dos relatos merece mayor crédito.

Prueba de referencia.

También conocida como subrogada, mediata o de segunda mano, es ampliamente criticada en la teoría general de la prueba “por constituir una “historia proveniente de la boca de otro, especialmente sospechosa por cuanto su proponente descansaba en la declaración de un tercero” (Martínez, 2017). Su admisión, según Guerrero (2009), acarrea inexactitudes, distorsiones y restringe en su máxima expresión el principio de contradicción al obstaculizarse por esa vía el derecho que tiene el acusado de confrontar a los testigos de cargo (Sent. SP3332 de 16/3/2016, Rad. 43566, CSJ). El criterio anterior es compartido por Vélez (2010, p. 48), quien además de reconocer la gran dificultad ya destacada, afirma que ésta genera problemas de confiabilidad, por lo que su admisión debe estar revestida de controles eficaces con la finalidad de evitar que por esa vía ingrese al juicio información de poca calidad y verificabilidad. Sin embargo, el mismo autor (Vélez, 2010, p. 48) es del criterio de que tales prevenciones pueden ser superadas con lo que él llama “garantías circunstanciales de confiabilidad” en las que se destacan entre otras, las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral “en peligro de muerte y la declaración contra interés” (Reglas de evidencia de Puerto Rico 806B2 y 806 B3) (González & Enmanuelli 2018, p. 180).

Desde luego, pese a que por años el sistema de *Common law* fue refractario a la prueba de referencia Vogler (2008), con el paso del tiempo flexibilizó su posición al entender que un cierre absoluto a esa posibilidad generaba gran impunidad en aquellas conductas delictivas carentes de testigos directos o presenciales, sobre la base de que, en esa sistemática, contrario a lo que sucede en Alemania, al juez le está vedado acudir al principio de máxima instrucción decretando pruebas de oficio (Guerrero, 2007, p. 317). Hoy por hoy, sin embargo, la prueba de referencia ha cobrado creciente protagonismo en sistemas de clara estirpe adversarial como el norteamericano y puertorriqueño. Es así como las reglas de evidencia de Puerto Rico (801 a 809) se han encargado de pautar su uso (González & Enmanuelli, 2018, pp. 173-181).

Lo anterior, no es más que el reconocimiento de que la verdad que ha de lograrse a través del proceso penal es aquella que en mayor medida se aproxime al hecho histórico que pretende reconstruirse, lo cual “no excluye en absoluto que también en el proceso se tienda a establecer la verdad de los hechos por medio de las pruebas, de una forma substancialmente similar cuánto sucede fuera del proceso” (Taruffo, 2009, p. 67), porque ese debe ser el fin último de cualquier sistemática penal, para lo cual incluso propone que el derecho deje de regular la prueba y las decisiones sobre esta (Ferrer, 2017). De ahí que las partes puedan echar mano de los elementos de convicción a los cuales tengan acceso, sin que su búsqueda se convierta en un axioma que deba conseguirse a cualquier costo (Roxin, 2000, p. 191), sino a través de un ejercicio racional con estricto respeto a las garantías de las partes, “puesto que la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal” (Roxin, 2000), en tanto que el proceso penal igualmente es escenario de la realización de otros fines como el de respeto de los derechos fundamentales y la protección de secretos de Estado, de las relaciones cliente-abogado.

Al respecto, conviene recordar con Ferrajoli (1995) que así como un proceso penal sin verdad es una arbitrariedad un proceso penal con absoluta verdad es una utopía. Se trata, por tanto, de alcanzar una verdad relativa

(Taruffo, 2005) o una aproximación razonable a la verdad de la que habla Urbano (2005) en perspectiva de tiempo, lugar y cultura, en los términos expuestos por Haack (2008). Desde luego, no se puede perder de vista que el estándar de conocimiento para una sentencia condenatoria en los procesos de corte adversarial está cifrado en la culpabilidad más allá de duda razonable, lo que no riñe con la utilización de la prueba subrogada cuando ésta tenga potencialidad de servir de apoyo a la prueba directa, puesto que la proscripción del sistema de prueba legal y su antípoda de libre valoración facultan al juez para lograr su convicción acerca del hecho objeto de prueba con cualquier medio de conocimiento, con independencia de la parte que lo hubiera aportado (Nieva 2020, p. 416), dejando claro que, en nuestro medio, por virtud del inciso final del Artículo 381 del Código Procesal Penal (CPP), no se puede dictar sentencia condenatoria fundado en solo prueba de referencia.

Por ello, si bien en la legislación interna la prueba de referencia no tiene una reglamentación del todo clara, la jurisprudencia doméstica se encarga de desarrollar su uso con base en las reglas de evidencia de Estados Unidos y Puerto Rico (Auto AP5785 de 30/9/2015, Rad. 46163, CSJ.; Sent. SP14844 de 28/10/2015, CSJ); en todo caso, conviene decir que esos desarrollos no han perdido de vista que los principios probatorios y principalmente la garantía de contradicción deben permanecer indemnes (Miranda, 1997). Al respecto, Urbano (2012) señala con respecto a esta noción, que, ciertamente, el legislador se preocupó por prever un sistema de admisibilidad excepcional, la proscripción de la posibilidad de emitir un fallo condenatorio cimentado exclusivamente en esta categoría de evidencia, denominado por la doctrina como tarifa legal negativa, y los parámetros que deben acatarse para la impugnación de su credibilidad, pues hay consenso en que resulta contrario a todos los postulados del Estado de derecho que el costo de la averiguación de la verdad encaminada al esclarecimiento de un delito “fuera la irracional y desproporcionada transgresión de los derechos y garantías fundamentales” (Bedoya, 2008, p. 38).

Precisamente, en el Artículo 438 del mismo compendio ritual penal se señalan los casos en los que se admite, de manera excepcional, la prueba de referencia, los cuales están relacionados con circunstancias padecidas por el declarante, entre otras, el manifestar bajo juramento haber perdido la memoria con el respectivo soporte pericial de dicha afirmación, el padecimiento de una enfermedad grave que le impide comparecer o su fallecimiento, ser víctima de los delitos de secuestro, desaparición forzada o similares y ser menor de dieciocho años, o víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (Código Penal, art. 438). A su turno, Bernal & Montealegre (2013) señalan que la prueba de referencia, a pesar de su precariedad, no se limita a los casos descritos en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004 por cuanto la jurisprudencia ha dispuesto que el juez, a su arbitrio, considere otras situaciones para permitir su valoración, en especial porque el referido artículo enumera, de manera enunciativa y no restrictiva.

Es más, no se olvide que la utilización de la prueba de referencia en el juicio oral se justifica en la medida en que el elemento de convicción sea irreproducible en ese ámbito procesal por indisponibilidad del testigo, caso en el cual la versión de éste se incorpora a través de la lectura del relato brindado en el procedimiento preliminar (Climent, 1999, p. 195). Por ello, el legislador es estricto en cuanto a la admisibilidad de la misma y, de cara a ello, estructura los casos especiales en los cuales tiene procedencia tal como reitera Espitia (2010, p. 282). No obstante, la jurisprudencia matiza la taxatividad de los casos en los cuales se acepta la prueba de referencia, siendo que flexibiliza la estructura de las excepciones, abriendo la posibilidad de que el juez, discrecionalmente se pronuncie sobre la admisión de una prueba en situaciones análogas a las especificadas por el legislador (Sent. de 6/3/2018, Rad. 27477, CSJ).

Así las cosas, la parte que pretenda aducir al juicio una evidencia como prueba de referencia, debe: primero, descubrirla en su oportunidad; segundo, solicitar el testimonio de quien expuso su conocimiento sobre los hechos antes del juicio; tercero, solicitar la práctica de dicho testimonio en

la audiencia de juicio oral (Sent. SP606 de 25/1/2017, Rad. 44950, CSJ). Ahora bien, es posible que la necesidad de la utilización de la prueba de referencia surja en sede del juicio oral, como cuando el testigo se niega a responder el interrogatorio que le formula quien ha pedido su declaración, o, simplemente, la persona que ofreció su versión en sede investigativa, no comparece. En tales eventos, el órgano de prueba que hubiera recaudado la declaración anterior quedará habilitado para la incorporación de esta, con tal que la misma hubiere sido descubierta oportunamente.

El caso del declarante menor de edad, víctima de delitos sexuales, requiere un análisis más amplio que se detalla en líneas posteriores. Es menester precisar que la presentación en juicio de la prueba de referencia es excepcional y solo es aplicable para los casos consagrados en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004. Tal restricción tiene como principal fundamento el hecho de que la utilización en sede jurisdiccional de una declaración anterior entraña una profunda limitación al derecho de confrontación en razón a que la parte contra la cual se aduce no puede ejercer el derecho de estar cara a cara con el testigo y mucho menos interrogarlo. Otro motivo de condicionamiento lo constituye la restricción que genera al principio de inmediación, según el cual el juez debe conocer de manera directa el dicho de los testigos, sobre la base de que un sistema racional de prueba, como el que prohija la legislación, el mismo pretende primordialmente que el juez pueda participar íntegramente en el desarrollo de la prueba ordenando su práctica y garantizando el ejercicio de contradicción, más de allá de simplemente presidir la prueba que es una actividad propia del sistema retórico o de persuasión de la prueba.

Sobre la prueba de referencia Guerrero (2009, p. 79) ha dicho que la principal oposición se suscita en la vulneración de los derechos de contradicción, inmediación y oralidad, intrínsecos al sistema penal adversarial que ha sido implementado, lo que supone la ausencia de interrogatorios y contrainterrogatorios en sede de juicio oral. Lo anterior, no es más que la ratificación de lo expuesto por Chiesa (1995) quien estima que la principal causa por la que es denostada la prueba de referencia, es porque la parte contra la que se aduce el medio probatorio carece de ocasión para contrainterrogar

al testigo en lo atinente al contenido de la declaración. Entre tanto Urbano (2012) señala que el rechazo de la admisión de la prueba de referencia nace, precisamente, de su evidente conflicto con los principios rectores del procedimiento penal adversarial de nuestro país, los cuales descansan en un sistema democrático que en temas probatorios se traduce en la idea de que únicamente se puede considerar prueba, la allegada y controvertida en la audiencia de juzgamiento.

A su turno González (2011) resalta que, justo por la afectación que se produce al derecho de confrontación, de conformidad con el inciso segundo Artículo 381 de la Ley 906 de 2000 se ha consagrado una especie de tarifa legal negativa conforme a la cual la sentencia condenatoria no puede estar fundada exclusivamente en pruebas de referencia. Es decir, solo se le reconoce una degradada fuerza suasoria incapaz de derruir por sí sola la presunción de inocencia que cobija al acusado. Sobre la base de que existe una clara afectación a los principios de contradicción y de confrontación, Guerrero (2009) sostiene que ninguna declaración rendida por fuera del juicio oral puede ostentar el carácter de prueba. Añade que le está proscrito al juez realizar cualquier tipo de valoración respecto de ellas, porque de hacerlo se tendría que aceptar que nuestro proceso penal no está informado por el principio de inmediación en su componente formal o se transgrede de manera palmaria cuando se admite la prueba de referencia puesto que el fallador no ha intervenido ni ha estado presente en su práctica.

En ese orden de ideas, la mayor preocupación que despierta la prueba de referencia tiene que ver con las afectaciones que su práctica acarrea, en especial en lo que respecta al derecho de confrontación y contradicción, pues tal como lo consagra la Convención Americana de Derechos Humanos (L. 16/1972), una de las garantías judiciales consiste en el “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” (Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 8, literal f). Esto se puntualiza igualmente en el Artículo 14, literal e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (L. 74/68), cuando

señala que todo acusado tiene derecho “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”. Por ello es que el decreto de una prueba de referencia, dada la gran repercusión que tiene para el derecho de defensa, debe estar precedido de un concienzudo análisis que le permita al operador judicial estar convencido de que en ese caso concreto se justifica su práctica.

La declaración del menor de edad víctima de delitos sexuales

Döhring (1978) afirma que la declaración de los niños tiene otra estructura no solo en cuanto al relato ofrecido sino en cuanto a las habilidades y preparación del funcionario que la recibe. Por tal razón, sugiere que se ella se maneje como una charla informal, equilibrada, sin presiones o prisas, para evitar incomodar al declarante, observando en todo momento los cambios que se presentan en su rostro como miedo, dolor, perturbación u otras reacciones psíquicas. También se reconocen las particularidades de las declaraciones de los menores de edad, enfocándose en su inmadurez. Ello lo hace receptor de muchos estímulos sensoriales que comprende de acuerdo a su grado de escolaridad, edad y elocuencia. La Ley 1652 de 2013, que entró a regular lo atinente a la entrevista y el testimonio realizados a los menores de edad en los procesos penales en los cuales ostenten el rol de víctimas de delitos sexuales, modificó el Artículo 275 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la entrevista rendida por estos sujetos de especial protección hace parte de la categoría de elementos materiales probatorios y de evidencia física.

Del mismo modo, esta normatividad especial incluyó un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, en concreto, el 206A, el cual detalla todos los pasos que deben agotarse para recibir la entrevista de menores de edad, en cuanto al lugar de recepción, la preparación del funcionario que la recibe, el acompañamiento del representante legal y la consideración de la edad del declarante. Incluso, el parágrafo 2.º de la Ley 1652 de 2013 señala que lo

ideal es que los menores de edad sean entrevistados una sola vez y solo, si las circunstancias especiales lo requieren, puedan declarar en una segunda oportunidad, pero, también a título de entrevista.

La mencionada ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, atacándose la admisibilidad extraordinaria de esta entrevista como prueba de referencia, en especial por la presunta vulneración de los derechos de defensa y de contradicción y, por ende, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia de los acusados de delitos sexuales, como quiera que las disposiciones antes mencionadas cercenan la posibilidad de controvertir lo expresado por el menor en la indagación. Los artículos demandados fueron declarados constitucionales (Sent. C-177 de 2004, CConst.), manteniéndose incólume el contenido de la Ley 1652 de 2013 al considerarse que la admisión de la entrevista del menor de edad, víctima de delitos sexuales como prueba de referencia, surge como resultado de la ponderación de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y de los derechos de defensa y contradicción del acusado, siendo que la prelación del interés superior del menor habilita esta excepción.

Con respecto al ejercicio del derecho de contradicción de esta entrevista en la etapa del juicio, la Corte Constitucional consideró que el investigador que dirigió la entrevista respectiva y que, en consecuencia, firmó el correspondiente informe de policía judicial, podrá ser citado a esta vista pública para ser interrogado por las partes e intervinientes, respetándose así los derechos del acusado. En cuanto a este particular, recuérdese, con anterioridad al pronunciamiento de la Corte Constitucional, Guerrero (2009) resaltó la necesidad de ponderar las garantías fundamentales en los eventos de la aceptación de la entrevista del menor de edad víctima de delitos sexuales como prueba de referencia, cuando sostuvo que en esa medida la no admisión de la misma tendría un costo social muy alto para la administración de justicia, por lo que –de cierta manera– se hace necesario “balancear” los derechos de los menores con el que tiene el acusado de confrontar a los testigos de cargo.

La postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, consecuente con la defendida desde los albores de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 –inspirada en el principio *pro infas* que obliga a brindar el mayor nivel de protección posible a los menores víctimas de abuso sexual– propugna por la idea de prescindir de su comparecencia al juicio oral, de cara a evitar la doble victimización.

En concordancia con lo reglado por el numeral 1.º del artículo 3.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y, adoptada mediante la Ley 12 de 1991, hoy se acepta pacíficamente que el testimonio en un escenario judicial e inclusive en otro preparado *ex profeso*, podría someter al niño (sobre todo en el caso de las niñas) víctima de violencia a nuevos episodios de violencia física o moral, configurándose un evento de victimización secundaria, en todo caso incompatible con la Constitución Política Nacional y con los fines constitucionales del proceso penal, puesto que el Artículo 44 superior ordena proteger a los niños, niñas y adolescentes de toda forma de violencia física o moral.

En ese aspecto la ley y la jurisprudencia parten del presupuesto de que, con el ingreso de subrogados probatorios al juicio oral se produce una merma para el debido ejercicio del contradictorio, especialmente en una de sus vertientes más importantes como es el derecho de confrontación. Ello en razón a que, de tal modo, se frustra la posibilidad de que el acusado y su defensor puedan enfrentar al testigo de cargo, contrainterrogarlo y controlar el interrogatorio de su contraparte, del juez y del interviniente especial. Esta insoslayable realidad, sin embargo, impone de un lado, que la limitación o restricción al derecho de confrontación solo encuentre justificación en el hecho de que se esté frente una causa legítima que impida el recaudo de la declaración en el juicio oral y, de otra parte, el desequilibrio que de ello puede derivarse se compensa con el valor menguado que le confiere el Artículo 381 del Código de Procedimiento Penal a la prueba así aportada, lo que de ninguna manera quiere decir que no puedan ser justipreciada.

En todo caso, valga decir, desde el año 2015 (Sent. SP14844 de 28/10/2015, CSJ) la Sala de Casación Penal ha dado pautas sugiriendo mecanismos que minimicen la degradación del ejercicio del contradictorio en el ámbito del proceso penal en el que la víctima de abuso sexual es adolescente o menor. Ello ha sido ratificado en otras decisiones (Sent. SP606 de 25/1/2017, Rad. 44950, CSJ; Sent. SP2709 de 11/7/2018, Rad. 50637, CSJ y Sent. SP5295 de 4/12/2019, Rad. 55651, CSJ) en las cuales se insiste en la necesidad de que la Fiscalía General de la Nación, en cuanto le sea posible, haga uso de la prueba anticipada como mecanismo eficaz para la preservación de la evidencia, instrumento que al tiempo propende por un adecuado equilibrio entre la protección de los menores y las garantías del procesado. El equilibrio radica en que a través de ese mecanismo procesal se obtiene una evidencia oportuna, en la medida en que la declaración se ofrece mucho más cercana a la época de ocurrencia del suceso criminal, amén de que se garantiza el contradictorio en razón a que la parte contra la cual se aduce debe ser convocada a su práctica. Ello hace que se obtenga una prueba de mayor calidad en comparación con la prueba de referencia.

Además de lo anterior, a la luz de las referidas decisiones, el órgano de acusación cuenta con diversas opciones para el manejo de las declaraciones previas de los menores víctimas de abuso sexual. Es así como puede optar por llevar a los menores al juicio oral siempre, como es obvio, que se descarte el riesgo de revictimización. En este caso, si la disponibilidad del testigo víctima es relativa, porque por diversos factores, como el de la edad o el paso del tiempo le impiden recordar adecuadamente el suceso, se puede solicitar la incorporación de la declaración previa a título de prueba de referencia. Ahora bien, si el testigo está presente en el juicio oral, es decir, está disponible para ser interrogado y contrainterrogado, puede la Fiscalía echar mano de la figura del testimonio adjunto en el evento en que el declarante se retracte o cambie su versión, una vez se vea frustrada la posibilidad de que brinde una explicación razonable a tal mutación.

Incluso, recientemente, la Corte sostuvo que para la incorporación de la declaración anterior del menor que ha sido víctima de delitos sexuales, quien

así lo solicite, debe demostrar con argumentos plausibles, que “el testigo, a pesar de su presencia física en la vista pública, no estuvo en realidad disponible para ser interrogado y contrainterrogado”, para lo cual debe ofrecerse a la contraparte la posibilidad de controvertir tal pretensión (Sent. SP1952 de 1/7/2020, Rad. 51914, CSJ). A la luz del pronunciamiento *supra*, la entrevista forense rendida por el adolescente o menor víctima de delitos sexuales, en la fase de instrucción superará el umbral de admisibilidad para ser ingresada al juicio oral como prueba de referencia, solo en la medida en que franquee aquel escollo.

Sin embargo, la práctica judicial enseña que la primera exploración del menor agraviado es realizada por la policía judicial, labor a la que sobrevienen las evaluaciones que le practican médicos y psicólogos forenses. De ese modo, al ser el menor víctima un testigo fundamental en el proceso, esa posición de prevalencia le puede ocasionar problemas que han de ser considerados y tutelados por la autoridad, pues la dificultad reside en que tal declaración tiene que ser ratificada en presencia del juez y de las partes. A este último escenario se presenta el adolescente o menor cuando ya ha hecho un proceso de recuperación o le han quedado secuelas de carácter permanentes. De ahí, que la situación del juicio comporte un alto nivel de estrés, pues, se reitera, que no es un ambiente diseñado para él y, por lo tanto, le es completamente desconocido, en el que ha de evocar hechos dolorosos que incluso pueden involucrar a personas con las que puede tener estrechos vínculos afectivos. Allí, percibe la presencia de su agresor en la sala y entra a responder preguntas en un lenguaje técnico.

Sobre tales circunstancias se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional al recoger el criterio sentado en el plano internacional, según el cual—pese a admitirse que con la incomparecencia al juicio oral del adolescente o menor víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales— de alguna manera se ve diezmado el derecho a la confrontación, por lo cual se autoriza la incorporación de declaraciones previas rendidas por aquellos en tales circunstancias (Sent. C-177 de 2014, CConst.). Esto en aras de la salvaguarda del interés superior de los adolescentes o menores en tanto

que, de otro modo, sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos se afectarían gravemente, en especial su dignidad humana por quedar expuestos a una revictimización (Tribunal Supremo de España, STS 459, 2015).

Pese a ello, en aras de evitar la degradación al extremo de la mencionada garantía procesal y lograr una armonización de derechos, la doctrina propone que frente a tales medidas de protección se adopten mecanismos que faciliten el ejercicio del contradictorio (Guerrero, 2009, p. 81). Para tal menester, se estima que, en los casos de las entrevistas de los menores abusados sexualmente, el derecho de contradicción y confrontación se ejerce frente a los medios de prueba utilizados por la Fiscalía para demostrar la existencia y contenido de la declaración del adolescente o menor, sobre todo en la posibilidad de contrainterrogar al policía y a los funcionarios que participaron de la entrevista. Así, entonces, para que la entrevista forense del adolescente o menor pueda ingresar al juicio oral, será menester que el juez en cada caso concreto establezca que confluyen los requisitos que la jurisprudencia destaca, vale decir:

I. Se trate de una declaración; II. sea realizada por fuera del juicio oral; III. sea utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el Artículo 375 del Código Procesal Penal (CPP). IV. no sea posible practicar en el juicio, con franca limitación al derecho de confrontación (Sent. SP14844 de 28/10/2015, CSJ y Sent. SP934 de 20/5/2020, Rad. 52045, CSJ).

Conclusiones

Llegados a esta altura de la exposición se pueden sentar las siguientes premisas para el debate:

El estudio comparativo realizado es indicador de que las declaraciones previas en el ámbito del proceso penal no están siendo usadas en la forma en que las conciben la ley y la jurisprudencia. Lo anterior porque pese a ser instrumentos idóneos recaudados en la fase averiguativa de la actuación, cuya principal finalidad apunta a ofrecer datos sobre la existencia de la conducta

punible investigada y la individualización de sus autores o partícipes, en no pocos casos se le pretende concebir como prueba en sí misma. Se responde, así, a la pregunta que sirve para plantear el problema de investigación.

Se desatiende así que los elementos de convicción recaudados en las anteriores etapas del proceso, a pesar de poder sustentar decisiones de carácter preliminar, no tienen efecto *per se* en el juzgamiento, puesto que carecen de entidad para sustentar una sentencia, dado que ésta debe estar cimentada en las pruebas presentadas y controvertidas en el juicio oral. Es decir, las declaraciones previas no pueden ser consideradas pruebas autónomas, tal como se ha detallado.

Se deja de lado que la jurisprudencia (Sent. C-591 de 2005, CConst.) despejó cualquier duda en relación con el desuso del principio de permanencia de la prueba que consagraban los sistemas procesales anteriores incluyendo, lógicamente, la Ley 600 de 2000. En esa línea de reflexión recordó que, con ocasión a las modificaciones que incorporó el Acto Legislativo 03 de 2002, el régimen probatorio vigente sufriría una profunda transformación que implicaba que el antiguo poder del ente acusador, en materia de pruebas, se vería diluido por cuanto solo ostenta validez lo practicado en la audiencia de juicio oral, acatando todas las garantías, en especial la de contradicción, concentración e inmediación.

Es claro, entonces, que la indagación tiene por finalidad recabar los elementos materiales probatorios y de evidencia física que permitan estructurar la teoría del caso que el fiscal eventualmente presente en el juicio oral y público. Para ello, la fiscalía diseña un programa metodológico, que ejecuta a través de órdenes de policía judicial recibidas por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía, el Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) o la Seccional de Investigación Criminal de la Policía –SIJIN–. Estas dependencias asignan un investigador para recibir interrogatorios, entrevistas, etc. y realizar pruebas técnicas o científicas de manera directa o con el acompañamiento de otros funcionarios especializados.

Debe entenderse, de una vez por todas, que tanto los actos de investigación llevados a cabo por la policía judicial en ejercicio de sus facultades como los que realiza la defensa tienen como propósito, en el caso del primero, orientar el programa metodológico trazado, y, por el lado de la defensa, hacer los recaudos previsivos frente a la eventual evidencia de cargo que recoja su contraparte.

Además, la jurisprudencia Constitucional precisa que los actos de investigación sirven para sustentar las solicitudes de las partes en sede investigativa, mientras que los actos de prueba son aquellos que adquieren el carácter de medio de conocimiento en el juicio oral una vez son sometidos a la intermediación del juez y a la controversia de las partes (Sent. C-396 de 2007, CConst.).

De similar factura es el criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, órgano que también reconoce que las declaraciones previas pueden ser empleadas para sustentar solicitudes que se desaten en audiencias preliminares; no obstante, solo pueden ser caracterizadas como pruebas las que sean controvertidas ante el juzgador (Sent. de 9/11/ 2006, Rad. 25738, CSJ).

En tal sentido, pues, la lectura de las declaraciones previas tiene un espacio restringido en sede de juicio oral, pudiéndose afirmar que dado el arquetipo del proceso con tendencia acusatoria que rige, ello solo es posible cuando se pretende impugnar la credibilidad, refrescar la memoria o cuando se trate de un evento de la prueba de referencia o de declaraciones inconsistentes con lo declarado en el juicio, según la línea jurisprudencial vigente.

Todos estos acercamientos se catalogan como declaraciones previas, no solo por la etapa en la que se reciben sino por su restringida vocación demostrativa, puesto que solo las pruebas practicadas con plenitud de las garantías de publicidad y presentadas ante el juez de conocimiento, de manera oral, con contradicción de las partes e intervinientes, adquieren tal categoría. A pesar de esta diferenciación, la naturaleza y el alcance de las declaraciones previas generan inquietudes y debates en el panorama jurídico nacional.

En efecto, el contenido de la declaración previa, sea en virtud de impugnación de credibilidad, refrescar la memoria, un testimonio adjunto o complementario o una prueba de referencia, debe cumplir la triple exigencia de publicidad, inmediación y contradicción, teniendo en cuenta que la misma es el pilar del sistema procesal penal adoptado.

Así, entonces, conforme al modelo escogido, cuando la declaración previa se usa para refrescar la memoria del testigo, no es posible su introducción al juicio oral ni físicamente ni de manera oral, en tanto la misma no se está presentando para probar la verdad de su contenido sino para facilitar la respuesta del testigo. Admitir su aducción al juicio oral representaría su uso como prueba de referencia a todas luces inadmisibles por estar presente el testigo en la audiencia.

Si de lo que se trata es de lograr que el testigo recuerde lo que otrora afirmó frente a un aspecto que constituye un aspecto del tema de prueba, entonces es preciso que la parte que pretenda ello sienta lo que se conoce en el argot judicial como “sentar las bases”, previo traslado del documento que contiene la declaración anterior a su contraparte.

Del mismo modo, quedó patente que la adecuada utilización de la declaración anterior con fines de impugnación de la credibilidad del testigo demanda de especial técnica en la medida en que el interrogatorio con ese propósito requiere confrontar la versión anterior con la que está ofreciendo el testigo en sede de juicio. En este ejercicio, el interrogador debe dejar claro que se presenta una evidente inconsistencia entre una y otra versión, pues de esto dependerá que el juez lo habilite para publicitar la declaración previa en punto a que quede incorporada a la versión del juicio.

También quedó nítido que si resulta infructuosa tal confrontación, porque el testigo se enfrasca en negar haber rendido o en dar una explicación razonable sobre el cambio de versión, la parte que interroga queda facultada para hacer leer la declaración anterior y que ésta sea tenida como testimonio adjunto o complementario.

De otra parte, volviendo al procedimiento de refrescamiento de la memoria, cuando el testigo no logre recordar lo relevante para la audiencia, a pesar de la exhibición de la declaración previa respectiva, ésta podría, eventualmente, ingresar al caudal probatorio como prueba de referencia bajo el rótulo de escrito de pasada memoria según el criterio de Chiesa (1995).

En el ámbito nacional la jurisprudencia precisa que las declaraciones previas al juicio no son pruebas autónomas sino que se toman, como elementos que pueden ser empleados en el interrogatorio y contrainterrogatorio, para que el juez advierta las disonancias y variaciones entre los relatos respectivos (Sent. de 17/3/2010, Rad. 32829, CSJ). Así, se cumplen el principio de inmediación y el derecho de contradicción de cara a que el juez pueda forjar su convicción, con base en los elementos presentados.

En ese orden de ideas, son coincidentes el tratamiento que sobre el tópico ofrece la jurisprudencia doméstica con la adoptada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles. A tales efectos, debe recordarse que el Artículo 437 de la Ley 906 de 2004 señala que prueba de referencia es la que, además de haber sido recibida por fuera del juicio, no puede ser practicada ante el operador jurídico por circunstancias extremas y particulares que habilitan dicha excepción.

En general, pues, el uso de la prueba de referencia en el juicio oral encuentra justificación en el hecho de que abundan casos en los que el medio de convicción recaudado en la investigación no puede reproducirse en el juicio oral por alguna circunstancia insuperable, de modo que la única posibilidad de contar con ese dato de prueba (entrevista, informe pericial, etc.) es su incorporación del respectivo acto de investigación.

Si bien diversos eventos relacionados con la prueba de referencia aparecen regulados, la jurisprudencia reconoce eventos especiales, no regulados, en los que se acepta la prueba de referencia, pues existen circunstancias similares a las enlistadas que habilitan su valoración en sede de juicio oral.

De otra parte, la delicada misión de realizar la entrevista del menor de edad, víctima de delitos sexuales como prueba de referencia, surge como resultado de la ponderación de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes y los derechos de defensa y contradicción del acusado, por lo cual la prelación del interés superior del menor habilita esta excepción.

Se llega, entonces, a la conclusión de que la entrevista forense del menor víctima de delitos sexuales sí puede ingresar al juicio oral; no obstante, la labor que corresponde agotar al juez debe centrarse en examinar si en el caso concreto confluyen los demás requisitos que la jurisprudencia reclama para que ese elemento material probatorio adquiera poder suasorio, esto es, que se trate de una declaración, que se ha realizado por fuera del juicio oral, que se utiliza para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otros aspectos referidos en el artículo 375 del Código Procesal Penal (CPP).

Referencias

- Alvarado, A. (2006). *La Prueba Judicial, Reflexiones Críticas sobre la Confirmación Procesal*. Tirant lo Blanch.
- Andrés, P. (2015). *Tercero en discordia* [1ª ed.]. Editorial Trotta.
- Armenta, T. (2005). Nuevo proceso penal: Sistemas y valoración de pesos y contrapesos. En S. García [Ed.], *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados - II Proceso Penal* (pp. 27-49). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A. art. 3.
- Baytelman, A. & Duce, M. (2007). *Litigación penal, juicio oral y prueba* [1ª ed.]. Universidad Diego Portales.
- Bedoya, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano* [1ª ed.]. Fiscalía General de la Nación.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal (Tomo II) Estructura y garantías procesales* [6ª ed.]. Universidad Externado de Colombia.
- Cano, C. (2013). *Procedimiento penal acusatorio. Oralidad, debate y argumentación* [1ª ed.]. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. 3. Ediciones Jurídicas Europa.
- Chiesa, E. L. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* [vol. 3]. Fórum.
- Clariá, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*, t. I. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Climent, C. (2005). *La prueba penal*, t. I [2ª ed.]. Tirant lo Blanch.
- Código Procesal Penal de Chile. Ley 19696 de doce de octubre de 2000 (República de Chile). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 22) [Pacto de San José]. Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- The Committee on the Judiciary House of Representatives (2020). Federal Rules of Evidence. https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_evidence_-_dec_1_2019_0.pdf.
- Decastro, A. (2008a). El uso de documentos y escritos en la audiencia del juicio oral. *Revista Criterio Jurídico*, 8(1), 131-156.
- Decastro, A. (2008b). La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. *Revista Opinión Jurídica*, 7(14), 165-174.
- Del Villar, D. (2012). *Declaraciones previas al juicio oral y sus implicaciones en el descubrimiento probatorio* [1ª ed.]. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Döhring, E. (1978). *La prueba, su práctica y apreciación* [1ª ed.]. Jurídica Biblos.
- Espitia, F. (2010). *Instituciones de derecho procesal penal: Sistema Acusatorio* [7ª ed.]. Legis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón* [1ª ed.]. Trotta S.A.
- Ferrer, J. (2017). La Prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, IX(18), 150-169.
- Fontanet, J. (2010). *Principios y técnicas de la práctica forense* [3ª ed.]. Jurídica Editores.
- Gascón, M. & García, A. (2003). *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Consejo Nacional de la Judicatura.
- Gómez, J. L. (2015). *Los fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal* [1ª ed.]. Ediciones Jurídicas Andrés Morales - Universidad Sergio Arboleda.
- González, A. (2011). *La prueba en el sistema penal acusatorio* [1ª ed.]. Leyer.
- González, L. & Emmanuelli, R. (2018). *Reglas de evidencia en Puerto Rico, un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales* [1ª ed.]. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- Gorphe, F. (1998). *Apreciación judicial de las pruebas* [1ª ed.]. Temis.

- Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* [2.^a ed.]. Ediciones Nueva Jurídica.
- Guerrero, O. J. (2009). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal* [1^a ed.]. Ediciones Nueva Jurídica.
- Haack, S. (2008). *Toda la verdad y nada más que la verdad. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 571-587.
- España. Ley de enjuiciamiento Criminal. Ministerio de Gracia y Justicia. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>
- Ley 74 (1968, diciembre 26). Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966”. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No 32682 de 30 de diciembre de 1968*. Imprenta Nacional.
- Ley 16 (1972, diciembre 30). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No 33780 de 5 de febrero 1973*. Imprenta Nacional.
- Ley 12 (1991, enero 22). Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 39640 de enero 22 de 1991*. Imprenta Nacional.
- Ley 600 (2000, julio 24). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *44.097 de 24 de julio de 2000*. Imprenta Nacional.
- Ley 906 (2004, agosto 31). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 45.657 de 31 de agosto de 2004*. Imprenta Nacional.
- Ley 1652 (2013, julio 12). Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 48.849 de 12 de julio de 2013*. Imprenta Nacional.
- Martínez, N. (2017). La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación. *Revista Cuadernos de Derecho Penal*. (18), 55-93.
- Maier, J. B. J. (1999). *Derecho procesal penal*. Artes gráficas Candil.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor.

- Montero, J. (2006). El significado actual del llamado principio acusatorio. En Gómez, J. L., González, J. L. & Varona, S. *et al.*: *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (pp. 313-337). Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (2015). El principio acusatorio entendido como eslogan político. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre*, 1,
- Montero, J., Gómez, J. L. & Barona, S. (2019). *Derecho jurisdiccional I* [27ª ed.]. Tirant lo Blanch.
- Moreno, V., Coquillat, A., De Diego, L., Juanes, A. y De Llera, E. (2000). *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Tirant lo Blanch.
- Nieva, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Revista para el Análisis del Derecho*, (3),
- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio* [1ª ed.]. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra, M. (2007). *Manejo de los medios de conocimiento en audiencias preliminares. Memorias del XXVIII Congreso Colombiano Derecho Procesal*. Universidad Libre. [1.ª ed.] Formas e Impresos, SA.
- Pérez, E. (2011). *La dicotomía de la prueba en el proceso penal acusatorio* [1ª ed.]. Vadell Hermanos Editores, C.A.
- Pujadas, V. (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales* [1ª ed.]. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales.
- Ramírez, Y. & de Ramírez, R. (2003). *Principialística procesal penal* [1ª ed.]. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Rodríguez, G. Gil, J. y García, E. (1996). *Metodología de la Investigación Cualitativa*. Editorial Aljibe. <https://issuu.com/jesusmarcelino/docs/128205939-metodologia-de-la-investi>
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal* [1ª ed.]. Editores del Puerto.
- Sentencia (2006, noviembre 9). Recurso de Casación [Radicado N.º 25738]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2008, marzo 6). Recurso de Casación [Radicado No. 27477]. Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2010, marzo 17). Recurso de Casación [Radicado No. 32829]. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia (2013, abril 19). Recurso de Casación [Radicado No. 39156]. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia Barreto Leiva vs Venezuela (2009, 17 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia C-177 (2014, 26 de marzo). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-9830 y D 9841]. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-396 (2007, 23 de mayo). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-6482]. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-591 (2005, 9 de junio). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5415]. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia C-799 (2005, agosto 2). Demanda de inconstitucionalidad [Expediente D-5464]. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería. Corte Constitucional [Colombia].
- Sentencia AP5785 (2015, septiembre 30). Admisión de la demanda [Radicado No. 46163]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP3274 (2010, febrero 24). Recurso de Casación [Radicado No. 32872]. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP14844 (2015, octubre 28). Recurso de Casación [Radicado No. 44056]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP3332 (2016, marzo 16). Recurso de Casación [Radicado No. 43566]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP606 (2017, enero 25). Recurso de Casación [Radicado No. 44950]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP105 (2018, febrero 7). Recurso de Casación [Radicado No. 43651]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Viscaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP377 (2018, febrero 21). Recurso de Casación [Radicado No. 48959]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].

- Sentencia SP2709 (2018, julio 11). Recurso de Casación [Radicado No. 50637]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP5295 (2019, diciembre 4). Recurso de Casación [Radicado No. 55651]. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP934 (2020, mayo 20). Recurso de Casación [Radicado No. 52045]. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia SP1952 (2020, julio 1). Recurso de Casación [Radicado No. 51914]. Magistrado Ponente: Gerson Chaverra Castro. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Tribunal Supremo de España. Sentencia STS 459 (2015, febrero 4).
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos* [2ª ed.]. Trotta S.A.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y conferencias* [1ª ed.]. Editorial Metropolitana.
- Tirado, J. (2013). *Curso de pruebas judiciales Tomo II* [1ª ed.]. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Urbano, J. J. (2005). *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Urbano, J. J. (2006). *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales. Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano*. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Urbano, J. J. (2012). *La Nueva estructura probatoria del proceso penal* [2ª ed.]. Edición Nueva Jurídica.
- Vásquez, J. (2000). *Derecho Procesal Penal Tomo I*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones* [1ª ed.]. Interjuris.
- Vogler, R. (2008). Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: En especial las reglas de exclusión. J. L. Gómez (Coord.): *Análisis Especial de la Prueba Prohibida en el Sistema Español y en el Derecho Comparado* (pp. 403-420). Tirant lo Blanch.