

LA PRUEBA DE REFERENCIA Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE CONTRADICCIÓN Y CONFRONTACIÓN

THE HEARSAY EVIDENCE AND ITS AFFECTATION TO THE RIGHTS OF CONTRADICTION AND CONFRONTATION

*Nancy Jeanet del Pilar Martínez Méndez**

Resumen

Este trabajo expone la problemática surgida en Colombia a partir de la consagración legal, el desarrollo jurisprudencial y la puesta en práctica, de la prueba de referencia dentro del proceso penal. Aquí se sostiene que dicho instrumento infringe los derechos de confrontación y contradicción, que amparan a toda persona y, en especial, a la acusada, dado que no está revestido de mecanismos que garanticen esas potestades universalmente reconocidas de interrogar o hacer interrogar a los testigos de la contraparte y de participar en la formación, control y desarrollo, de la prueba bajo idénticas condiciones y prerrogativas a las de su adversario. Ello resulta contrario a la Carta Política y a los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Palabras claves

Juicio oral, contradicción, confrontación, testigo, prueba de referencia.

Abstract

This article exposes the problems arising in Colombia since the legal consecration, the jurisprudential development and the implementation of the 'hearsay evidence' in the criminal process. On this paper is the fact that this instrument infringes the rights of confrontation and contradiction that protect every single person, especially the defendant, given that it is not covered by mechanisms that guarantee those rights universally recognized to interrogate or make interview the witnesses of the counterpart and participate in the training, control and development of the test under identical conditions and prerogatives to those of the adversary. This is contrary to the Political Charter and international treaties on human rights that are part of the constitutionality block.

Keywords

Oral judgment, contradiction, confrontation, witness, hearsay evidence.

* Magíster en Derecho, Especialista en derecho penal y criminología, procesal penal y Justicia penal militar y derecho de los niños; juez penal; este trabajo fue presentado como artículo de reflexión para optar al título de Magister en Derecho.

Introducción

El conainterrogatorio es “la más célebre arma jurídica jamás inventada para el descubrimiento de la verdad” (Wigmore, 1974, como se citó en Vélez, 2010, p. 10). Si se parte del axioma según el cual la Carta Política de 1991 constitucionalizó el derecho penal (Corte Constitucional, Sentencia C-127, 1993) y de que su actual sistema de enjuiciamiento responde a sus exigencias (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005), conviene entonces estudiar si la Ley 906 de 2004 al regular la prueba de referencia, lo hace no sólo bajo el principio general de su prohibición y reglas de admisibilidad restringida sino también, y de manera principal, en acato y respeto a los derechos fundamentales de confrontación y contradicción. No obstante, al lado de ello la realidad jurídica revela que la praxis de este instituto se impone de forma progresiva al interior de la justicia penal a través de reformas legales, reglas de admisibilidad cada vez más crecientes y, en fin, gracias a un desarrollo jurisprudencial de las altas cortes que pareciera no conseguir avenirse con los mandatos de orden constitucional ni al modelo con tendencia acusatoria que rige.

En consecuencia, su uso hasta ahora no reglamentado permite que cualquier medio suasorio (que no puede catalogarse como verdadera prueba y es recopilado en desarrollo de simples actos de investigación, generalmente por parte de policía judicial) sea introducido al juicio oral sin más exigencia de que ello se haga con el testigo de acreditación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicada 36023, 2011), con quien se entiende satisfecho a plenitud el derecho a conainterrogar y, así, se convierte en cimiento fundamental de sentencias, en su mayoría condenatorias, pese a la tarifa legal negativa que le asigna el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. De esta forma, su aplicación así vista puede ser blanco de grandes cuestionamientos pues no debe soslayarse que todo el ordenamiento –incluido, por supuesto, el bloque de constitucionalidad– ampara los derechos de confrontación y contradicción; así mismo, que el juicio oral es la fase que mayor extensión da a los principios y garantías procesales, a la vez que construye públicamente la prueba entendida como la actividad procesal de las partes y del juez por la que se pretende lograr el convencimiento psicológico del juzgador acerca de los datos allegados al proceso (Barona, 2017, p. 380); y, en fin, que en la Ley 906 de 2004 solo es prueba aquella practicada en dicha vista pública –considerada su etapa reina– y que, hasta su excepción, la prueba anticipada demanda exigencias muy claras y precisas para su admisión y práctica.

Como es de suponer, bajo tales axiomas no deja de generar preocupación que elementos de conocimiento, evidencia física e información legalmente obtenida, ingresen al juicio oral con la única exigencia de que los incorpore el testigo de acreditación y se valoren, junto con su dicho, como un todo en la sentencia. Tal proceder, arrasa las garantías judiciales mínimas de contradicción y confrontación, lo que se deriva de la consagración legal de la prueba de referencia en el Código de Procedimiento Penal y de dos de sus reformas –cuales son las Leyes 1453 de 2011, artículo 63, y 1652 de 2013– en concordancia con las decisiones

adoptadas por la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que inspiraron tales modificaciones y que constituyen precedente judicial de obligatorio acato por parte de los jueces (Corte Constitucional, Sentencia T-123, 1995).

Así, pues, no cabe duda de la pertinencia de la presente investigación, pues ella aborda un problema jurídico de notable interés; la prueba de referencia, además de singular y novedosa, acarrea serios problemas incluso de rango constitucional. En la práctica, no está condicionada a la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al deponente de cargo y a que la parte contra la que se opone cuente con la posibilidad de participar en su formación, desarrollo, control y vigilancia, en igualdad de condiciones a las de su oponente. Además, en el plano global está catalogada como uno de los temas probatorios que más dificultad, controversia y confusión, acarrea; su regulación, se afirma, es una de las materias más complejas y técnicas, por ejemplo, en Estados Unidos y Puerto Rico (Chiesa, 2005, p. 565). Por ello, si desde este plano internacional en varias latitudes, pero en especial en Latinoamérica, las últimas reformas defienden un sistema acusatorio entonces es ineludible que ellas tengan que enfrentarse a la prueba de referencia y, si acogen su praxis, ello demanda una regulación que contrarreste las vulneraciones a las garantías judiciales mínimas.

En ese contexto, el problema central que motiva la presente investigación se concreta en la siguiente pregunta: ¿el instituto de la prueba de referencia, conforme a su regulación en la Ley 906 de 2004, su desarrollo jurisprudencial y aplicación, infringe los derechos de confrontación y contradicción? Al buscar dar respuesta al asunto, se pretende poner de manifiesto los efectos dañosos que puedan estar produciendo la Ley 906 de 2004 en materia de regulación de esta especie de prueba, incluidas sus reformas, las decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, y la misma práctica de esta probanza y su incidencia negativa en esas dos garantías fundamentales de la persona que es juzgada. Ello, por posibles deficiencias en su reglamentación, modificaciones normativas que la han fortificado en pro de garantizar mayormente los derechos de las víctimas y, agréguese, por una hermenéutica que no se acompasa con nuestra norma ritual.

Para dar solución al problema jurídico planteado, en este trabajo se manejan básicamente investigaciones de despacho y documentales apoyadas en la legislación nacional y foránea existente, lo mismo que en la jurisprudencia y la doctrina que sobre la materia concurren. Igualmente, dentro de tal investigación documental se acude a la argumentativa exploratoria, dado que se aspira a abordar el tema de manera crítica. Dicho lo anterior, el objetivo general de la presente investigación es demostrar que la prueba de referencia infringe los derechos de confrontación y contradicción, desde su misma regulación en la Ley 906 de 2004, el desarrollo jurisprudencial, y su aplicación.

Ahora bien, para cumplir con ese propósito se abordan los siguientes asuntos: en primer lugar, se define el instituto de la prueba de referencia y se explica qué la caracteriza; en segundo lugar, se precisan las ideas básicas sobre los derechos de contradicción y confrontación para lo cual, de manera previa, se abordan las problemáticas atinentes

a la constitucionalización del derecho procesal penal nacional y las características esenciales del sistema penal acusatorio, con especial énfasis en el probatorio y el debido proceso. Así mismo, en tercer lugar, se estudian las posiciones a favor y en contra de la prueba de referencia; y, para culminar, se adopta una postura sobre el asunto y su repercusión en los derechos de contradicción y confrontación. Al final se consignan las conclusiones y las referencias que sirvieron para confeccionar el texto.

La prueba de referencia

Origen y concepto.

Este instituto surge al interior del sistema jurídico del *common law* y en Colombia solo aparece por primera vez en el Proyecto que se presentó a consideración de la Comisión Permanente Constitucional que sirvió de base para sus trabajos y, con postelación, luego para la expedición de la Ley 906 de 2004, todo ello con base en la normativa prevista en el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico que es de tendencia anglosajona (Avella, 2007, pp. 38 y ss.). Es más, literalmente la expresión equivale al dicho de lo oído o evidencia de rumor u oídas, según la traducción literal de la expresión *hearsay evidence*; de hecho, el canon 801 de la *Federal Rules of Evidence* (1975) en los Estados Unidos la entiende como “[...] manifestación realizada por vía distinta a la prueba testifical por el declarante en juicio oral o en audiencia judicial, para probar la verdad de la cuestión de hecho afirmada”, mientras la Regla 801(c) la define para señalar que «[e]s una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado» (Vélez, 2010, p. 17). A su turno, ello se asemeja al tenor literal del artículo 60 de la Regla de Evidencia de Puerto Rico (Chiesa, 2005, p. 567).

Así las cosas, al interior de ese procedimiento anglosajón se le define o bien por su estructura básica (una afirmación y la finalidad especial para disponer de esta evidencia dentro del juicio, es decir, una declaración diversa a la que hace el deponente en tal vista y que se ofrece para ratificar lo afirmado), o como una evidencia más, cuyo valor no depende solo de estar ligada al testigo mismo, sino que cumple la labor de reafirmar una prueba directa, desde su veracidad y competencia y a partir de informaciones que el deponente recibe de un tercero. Se le explica también como la declaración de un testigo quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación proveniente de un tercero quien, de verdad, ha percibido de manera personal lo relatado (Velayos, 1998, p. 24; Bujosa, 2008, p. 57; y Guerrero, 2015, pp. 74 y ss.).

Desde su concepto primigenio y sustancial es, pues, una declaración obtenida por fuera del juicio oral que contiene una afirmación y busca demostrar la verdad de lo aseverado y de allí que se pretenda incorporar como evidencia; compartiéndose ese primer elemento, su empleo en el proceso penal hace alusión a los hechos que son objeto del mismo (Regla 60, Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia, 1979; Chiesa, 2005, p. 565; Vélez, 2010, p. 18; y, Parra, 2011, p. 777). También, se le identifica con el testimonio de oídas por cuanto el deponente no ha percibido ni experimentado el hecho por sí mismo, sino indirectamente y a través de los involucrados o terceros, es

decir, que ha escuchado lo que depone en juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 24468, 2006; y, Consejo de Estado, radicado 17629, 2009).

La regulación nacional.

El asunto está previsto en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

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

Esta definición guarda grandes similitudes con el ya citado canon 60 de las Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia, 1979 y/o el tenor literal de la 801 de las Reglas de evidencia de los Estados Unidos. Empero, igual se advierte que la Ley 906 de 2004 no especifica ni la declaración ni el declarante, como tampoco el requisito según el cual la declaración se debe presentar con el propósito de probar la verdad de lo dicho. No obstante, se resalta que la Corte Suprema de Justicia sí incorpora tal exigencia, tanto que redefine la prueba de referencia como la evidencia con la que se busca acreditar la conformidad con la verdad de una declaración vertida por fuera del proceso, por una persona determinada, indisponible para testificar en juicio, a fin de dar a conocer hechos que percibió directamente y que son importantes para afirmar o negar cualquier aspecto sustancial del debate (Corte Suprema de Justicia, radicado 27477, 2008); de hecho, destaca como una de sus peculiaridades más notorias (lo que marca la diferencia con la directa) la de probar la verdad de una declaración vertida por fuera de la vista principal, por parte de alguien que conoció directamente aspectos que competen a la justicia, pero que no concurre al proceso (Bedoya, 2008, pp. 125 y ss.).

A su turno, el órgano encargado del control de constitucionalidad la entiende como la declaración recibida por fuera del debate oral y que se usa para los fines enunciados en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 incluido otro asunto propio del juicio, siempre que no sea posible su recaudo en condiciones de normalidad, esto es, ante el juez y en tal vista principal (Corte Constitucional, Sentencia C-144, 2010). Desde otra arista y en contraste con la definición contenida en ese artículo 437 de la Ley 906 de 2004, la prueba de referencia se entiende aplicable a cualquier medio probatorio siempre que se den dos requisitos: el primero, que se utilice el proceso para transmitir a los adversarios lo que una persona declaró fuera de este; y el segundo, que el autor de estas afirmaciones se halle imposibilitado de acudir al mismo a transferir su conocimiento directo de los hechos investigados, a dichos oponentes (Reyes, 2008, p. 380).

Todas esas visiones de lo que es la prueba de referencia inciden de manera importante para su aplicación, desde dos enfoques. El primero, se centra no en la verificación de un hecho o sus circunstancias, sino en que lo declarado por fuera del juicio sea la verdad; y, el segundo, desde un criterio funcional, considera como componente importante la constatación de la verdad sobre la existencia de un suceso, a partir de cualquier

evidencia obtenida de manera indirecta. Por consiguiente, la identificación normal que se ha tenido de esta probanza como testimonio indirecto, ha cedido y se extiende a documentos o a cualquier otro elemento suasorio (experticias, actas de reconocimiento fotográfico, vestigios, armas, etc.) que lleven a la demostración del evento.

El ordenamiento jurídico patrio se inclina por el criterio funcional, por cuanto asigna a la prueba de referencia la tarea de excluir o probar elementos del delito, entre otros aspectos, a través de cualquier evidencia física o elemento material de prueba (Guerro, 2015, pp. 96 y ss.). Tan clara resulta dicha postura, que el máximo tribunal de justicia en materia penal la defiende y confirma en varias providencias (Corte Suprema de Justicia, radicados 26411, 2007; 27477, 2008; Auto 33021, 2010; Auto 34991, 2011; y 36011, 2011). De hecho, en el primer proceso aludido (Radicado 26411, 2007) expone que las pruebas de referencia introducidas a la vista principal, a través del testigo de acreditación y que se emplean, entre otros aspectos, para probar o excluir uno o varios elementos del delito, deben apreciarse a la luz de los artículos 438 al 441 de la Ley 906 de 2004. Ello, porque al ser legítimamente incorporadas son prueba del juicio y además óptimas para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido, es decir, condenando, exonerando de cargos o absolviendo por estado de duda. Y, en el segundo (Corte Suprema de Justicia, radicado 27477, 2008) presenta esta prueba para corroborar si la conducta es típica, si hubo participación del agente y en qué grado, las circunstancias de atenuación o agravación, si existió o no daño, en fin, otros aspectos estructurales del delito, como la antijuridicidad o culpabilidad. Es más, en postura reciente (Corte Suprema de Justicia, Sentencia, radicado 44056, 2015), ya no se exige la incorporación de prueba de referencia a través de la persona que la recaudó antes del juicio, sino que, por el principio de libertad probatoria, las partes pueden usar cualquier probanza para corroborar existencia y contenido de esa declaración previa a la vista principal. En fin, desde otra perspectiva, deben destacarse las esenciales caracterizaciones de la prueba de referencia: su rechazo o exclusión y su admisibilidad restringida y excepcional.

La exclusión de la prueba de referencia.

En sus orígenes y al interior del derecho inglés, la prueba de referencia fue rechazada (principio general de su prohibición) por constituir una “historia proveniente de la boca de otro”; era, especialmente, sospechosa por cuanto su proponente descansaba en la declaración de un tercero por lo cual ello fue el desencadenante de su adopción como regla de exclusión. Pero ese no fue el único punto de acometida; doctrinalmente fue cuestionada por la desconfianza que generaba ante la ausencia de confrontación lo que desveló el quebranto a este derecho constitucional, en particular desde el contrainterrogatorio como uno de los pilares del sistema adversarial y por su función esencial entre los antagonistas (Vélez, 2010, pp. 5 y ss.).

Ahora, muy aparte de las causas que se quieran invocar como raíz de esa regla excluyente de prueba de referencia (por ejemplo, desde lo teleológico, por la ausencia del juramento y como garantía de no invocación de Dios en vano; o por la limitación de las funciones del jurado, ante el obstáculo de contrastar la fuente originaria de la prueba), lo importante es que su prohibición surge en el contexto de un depurado proceso acu-

satorio, influido por ese principio contradictor entre adversarios, en el que la oratoria asienta el cauce del conainterrogatorio sobre el testigo de cargo. Empero, tal probanza justamente lo que hace es impedir el interrogar o hacer interrogar al deponente del antagonista (Velayos, 1998, pp. 147 y ss.; Vélez, 2010, pp. 5 y ss.; Gómez, 2010, p. 391).

De hecho, el ordenamiento jurídico estadounidense consagra esa norma de exclusión de la prueba de referencia. Lo hace, en el canon 802, Federal Rules of Evidence (1975), al exponer que la regla contra el oído (*hearsay*) no es admisible, a menos que un estatuto federal, estas mismas reglas u otras prescritas por el Tribunal Supremo, así lo permitan. Puerto Rico también la contempla, Canon 61, Reglas de evidencia, 2009, y en las adoptadas para el Tribunal General de Justicia, 1979, Canon 804. Ambos tienen un contenido prácticamente idéntico, cuando se señala: “salvo que por ley se disponga otra cosa, no será admisible prueba de referencia sino de conformidad con lo dispuesto en esta Regla. Esta regla se denominará ‘regla de prueba de referencia’”.

Colombia no escapa a esa caracterización propia de la prueba de referencia. La regla general de exclusión se encuentra en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004; dicha disposición define como prueba solo la practicada en juicio, en forma pública, oral, concentrada, sujeta a confrontación y contradicción, y ante el juez de conocimiento. Además, el artículo 347 niega el valor probatorio de las exposiciones, por cuanto no se practican bajo la columna del conainterrogatorio. Por último, el artículo 402 *ibidem* ordena que los testigos solo pueden declarar sobre hechos que de manera directa y personal hayan percibido u observado.

Ahora, la jurisprudencia nacional es del criterio de que dicha norma de enjuiciamiento penal mantuvo, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia, habida cuenta del mandato expreso para el juez de considerar solo como prueba la practicada y controvertida en su presencia, postulado que se ajusta a los sistemas de corte acusatorio que así la conciben (Corte Suprema de Justicia, Sentencias, radicado 27477, 2008; radicado 29609, 2008; y Auto, radicado 32050, 2009).

La doctrina nacional, junto con la extranjera, además de justificar la regla de exclusión propia de la prueba de referencia en pro de evitar el riesgo de admitirse datos equívocos o falsos, o que distorsionen el objeto del testimonio, coincide en que el razonamiento esencial para su rechazo es esa carencia de oportunidad para conainterrogar, dado que aparte de las dificultades que se crean desde la intermediación y la práctica de prueba dentro del juicio oral, se genera un riesgo en la estructura adversarial misma, pues esta decae y deja la función de acusar en un segundo plano al impedir que la prueba se forme dentro de ese campo dialéctico que le es propio. Es más, se estima, desde lo que arroja el simple sentido común, que la desconfianza generada por este medio probatorio, estriba en el quebrantamiento del derecho que le asiste a toda persona de confrontar al testigo que lo acuse, como garantía judicial que se impone en Colombia a través del bloque de constitucionalidad (Chiesa, 2008b, p. 342; Guerrero, 2015, p. 110; Parra, 2011, p. 780).

A título de síntesis, las razones principales que fundan la regla general de exclusión de la prueba de referencia y que atienden a factores intrínsecos del derecho probatorio

se centran en que esta no es practicada ante juez ni con la solemnidad y seriedad propia de los procesos jurisdiccionales; precisamente, esa falta de presencia del fallador hace que se le prive de la posibilidad de observar el comportamiento del deponente. Tampoco se desarrolla bajo la formalidad del juramento; menos frente a la parte perjudicada, es decir, el cara a cara como uno de los elementos que conforman el derecho de confrontación, pues la experiencia enseña que es más fácil mentir en ausencia y a espaldas de la persona afectada; y, por último, muy ligado a lo anterior, es que no permite el desarrollo del conainterrogatorio. Todo ello, sin dejar de lado la indisponibilidad del testigo, en algunos eventos (Chiesa, 2005, pp. 565 y ss.; Vélez, 2010, p. 5; Velayos, 1998, pp. 155 y ss.).

Admisibilidad restringida y excepcional.

Pasando ahora a la otra particularidad propia de la prueba de referencia, es decir, su aplicación excepcional, se tiene que su inicial rechazo y prohibición debieron ceder ante la necesidad de protección de valores similares. Así, la integridad del declarante (desde su parte física y emocional), el interés del Estado en el bienestar físico y psicológico de las víctimas de abuso infantil, la obligación de la administración de justicia de valerse de declaraciones anteriores al juicio (cuando ha sido imposible la comparecencia del testigo a juicio), el evitar que el deponente calle la verdad o la modifique (al hallarse enfrentado al acusado), todo ello ha llevado a acompasar esta prueba con los derechos constitucionales del acusado, en especial el de confrontación (Maryland *vs.* Craig, 1990; Bedoya, 2013, p. 107; Guerrero, 2015, p. 81).

Colombia no es ajena a esa consagración inusual, dado que el artículo 379 de la Ley 906 de 2004 textualmente expresa: “La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”; además, contempla cláusulas residuales y discrecionales de aplicación tal como se infiere del contenido de su artículo 438, que es del siguiente tenor:

Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada, memoria o archivos históricos.

Ahora bien, desde la jurisprudencia se corrobora su carácter excepcional y su praxis limitada a la ocurrencia de determinados eventos. Además, la Corte Suprema de Justicia transmite la idea según la cual la prueba de referencia, en términos generales, “tiende a acompasar sus propósitos con los parámetros internacionales de justicia” (Sentencia radicado, 24468, 2006). A su turno la Corte Constitucional (Sentencia C-144, 2010) declaró exequible la expresión “evento similar” que consagra el numeral b) del artículo 438 de la norma de enjuiciamiento penal; y la sentencia C-177 (2014) también halló conforme a la carta política su literal e) que permite la admisión como prueba de

referencia de la entrevista rendida por un niño víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, entre otros, pero ya con efectos *erga omnes* y de obligatorio acato. Esa admisión excepcional también se centra en los límites que contrae a garantías judiciales mínimas y a los efectos de confiabilidad de las declaraciones que se rinden en sede distinta a la del juicio (Bedoya, 2008, p. 182).

Respecto a las restricciones frente a su valor probatorio para condenar, la jurisprudencia señala que para el legislador la prueba de referencia es una evidencia frágil y vana para derruir por sí misma la presunción de inocencia a favor del acusado, por lo cual demanda la complementación probatoria de cualquier tipo pero de naturaleza diversa (Corte Suprema de Justicia, Sentencias, radicado 25920, 2007; radicado 27477, 2008), lo que de suyo guarda total armonía con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 porque le impone a esta prueba una tarifa legal negativa cuando prohíbe que la sentencia condenatoria se fundamente sobre su sola existencia.

Finalmente, han de rememorarse los debates que se dieron al interior de la Cámara de Representantes acerca de la regulación de la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004; entonces, la colegiatura estimó, desde las reglas probatorias en un sistema acusatorio, que su abuso representaba gran obstáculo en especial para la contradicción. De allí la justificada reducción de esa extensa casuística para su práctica que en ese instante acompañaba al proyecto, precisamente por el peligro que se corría de que su excepcionalidad se convirtiera en regla general (Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01 de 2003).

En síntesis: el principio general de prohibición de prueba de referencia ha tenido que acceder a su práctica extraordinaria y restringida, no por otra razón que la salvaguarda de valores constitucionales, tales como la protección de víctimas y testigos; pero, eso sí, bajo cláusulas excepcionales de admisibilidad debidamente limitadas y un valor probatorio menguado al momento de fallar, en el entendido de que su existencia única no puede cimentar una condena.

Los derechos de contradicción y confrontación

Llegados a esta fase y para la adecuada comprensión de tales estándares internacionales, resulta imperioso precisar el contenido y alcance de la constitucionalización del derecho procesal penal colombiano, enumerar las características esenciales de su sistema penal con especial énfasis en lo probatorio, y, como es obvio, definir el debido proceso. Esto, por cuanto el Estado social y democrático de Derecho debe garantizar la efectividad de los principios y las potestades fundamentales de que se ocupa el orden constitucional (Suárez, 1998, p. 27) y, sin duda, el principal responsable de dicha protección es el poder público, según lo postula el artículo 2° de la Carta Política. Dentro de esta actividad intervencionista, el papel del juez adquiere gran impacto por su deber de inmersión en el orden constitucional y por su misión de garante de los derechos fundamentales de las personas, en el marco de las situaciones que ventila, lo que a su vez le implica adaptar la ley para el logro del valor de la justicia (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992).

En el desarrollo de dicha labor jurisdiccional, se destaca el juez penal que como uno de los responsables de la función punitiva del Estado no puede hacer de la sanción su tarea primaria. Al contrario, debe acondicionar el proceso y sus decisiones no solo a los tratados internacionales de derechos humanos (que aplican directa y de forma preferente por mandato expreso de la Carta Política, pues ella los integró al orden constitucional y bajo su misma jerarquía (Constitución Nacional, 1991, artículo 93), sino al marco de las potestades individuales y principios constitucionales en especial los del sujeto pasivo de la acción penal (Bernal & Montealegre, 2013, p. 61). Dentro de esas prerrogativas a favor del acusado, sobresalen las contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, junto con el artículo 29 Constitucional, obligan al respeto irrestricto del debido proceso como derecho universal y que, a su vez, está comprendido por las garantías judiciales mínimas dentro de las que predominan para efectos de esta investigación la confrontación y contradicción. Estos dos estándares, con el acertado reconocimiento que les imparten los dos instrumentos internacionales acabados de citar, adquieren notable importancia dentro del sistema de corte adversarial que rige aquí, sobre todo dentro de su fase reina que es el juicio oral.

Lo anterior no obsta para que de forma restringida y excepcional estas dos garantías apliquen en etapas anteriores, pero, eso sí, con absoluto respeto para el inculcado de contrainterrogar al declarante de cargo y participar de la formación y desarrollo de la prueba, directamente o a través de su defensa técnica, y bajo las mismas prerrogativas que las del acusador. De allí la importancia de asimilar la constitucionalización del derecho penal, de identificar los rasgos característicos del Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, y de definir el debido proceso, pues ellos constituyen la estructura esencial para la exigencia de los derechos de confrontación y contradicción dentro del marco del sistema con tendencia adversarial que rige.

La constitucionalización del derecho procesal penal.

Como se ha dicho, el juicio “expresa del modo más exquisito los fines sociales relativos a la justicia penal” (González, 2011, p. 14); por ello, se entiende un ordenamiento jurídico constitucionalizado cuando al término de su proceso “resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”; se le identifica por una Carta Política enormemente invasora, entremetida “y capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (Guastini, 2003, pp. 153 y ss.).

Los anteriores rasgos tienen cabal aplicación en nuestro país. La Constitución, en el artículo 4º, se autoproclama como “norma de normas”, lo cual significa que impone su supremacía sobre cualquier disposición legal a la vez que ordena un rango superior a los valores y principios que consagra (Younes, 1993, pp. 118 y ss.); así, se difunde sobre toda ley que a su vez ha de tener siempre un fundamento constitucional, al que no puede resultar incompatible o contraria. A su vez, se explica dicho fenómeno en el derecho penal bajo el entendido de que tanto sustantiva como procedimentalmente, la Constitución integra preceptos y enuncia valores que inciden de manera sustancial en

tal rama, al tiempo que orienta y determina su alcance, sobre todo si de los derechos fundamentales se trata. Ello denota que el Legislador carece de facultades ilimitadas para definir los delitos y los procedimientos penales, pues tiene el deber de respetar tales potestades constitucionales de las personas y el fundamento y límite del poder punitivo del Estado; el fundamento, porque el *ius puniendi* ha de encaminarse a efectivizar esos derechos y valores constitucionales; y el límite, porque la política criminal del Estado no puede excluir los derechos y la dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia C-038, 1995).

En torno a la constitucionalización del actual sistema procesal penal puede considerarse que se está frente a la misma si la Carta Política reconoce a toda persona, entre otros derechos, que su causa sea pública, que sea asistida por un defensor y que “pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra” (Bernal & Montealegre, 2013, p. 50); sobre idéntico tópico, la reforma introducida por el Acto Legislativo 03 de 2002, según su exposición de motivos, buscó implantar un sistema con tendencia acusatoria y, dentro de este, proclamó el juicio oral como eje del proceso. Lo hizo, al ser la vía más idónea para el cabal respeto de los derechos de las personas durante la investigación y el juzgamiento; también, por constituir el escenario apropiado para desarrollar el único debate probatorio entre la fiscalía y la parte acusada, mediante la práctica de pruebas realizadas bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad y con la eficacia suficiente para destruir la presunción de inocencia (Proyecto de Acto Legislativo 237/2002C). Así, el procedimiento penal en su tarea interpretativa debe atender, además de las normas contenidas en su código, a las de ese Acto legislativo y a las disposiciones pertinentes de la Carta Política que envuelven aquellas que se integran al bloque de constitucionalidad por mandato del artículo 93 Superior, en especial lo normado en los artículos 8, 9 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Las características del sistema penal acusatorio colombiano; tópicos probatorios.

La singularidad más importante de nuestro proceso penal está dada por la separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar, lo cual acarrea las siguientes consecuencias: quien acusa no juzga, pues ambas atribuciones están en cabeza de órganos diferentes; la decisión de condena debe establecerse a instancias de la Fiscalía; la investigación es una actividad que prepara al juicio oral y suministra el material necesario para que opere la contradicción, con lo que adquiere eficacia la inmediación; el proceso penal se mantiene como una actividad del Estado; y prevalecen la oralidad y la publicidad (Bernal & Montealegre, 2013, p. 196). Igual, tal sistemática mantiene la figura del ministerio público (figura muy distinta a la del derecho comparado) y otorga reconocimiento especial a las víctimas (Arciniégas, 2005, p. 43), al tiempo que concibe al juez de conocimiento como el director de la vista principal, quien recibe de las partes las pruebas con las que se funda la sentencia, y el juicio oral es entendido como sinónimo de proceso penal (Urbano, 2012, pp. 183 y ss.).

Tal sistema posee características propias y especiales que propenden por el fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba y el establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado. Enfatiza la labor del juez de control de garantías y de conocimiento que va más allá de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales porque debe buscar la aplicación de una justicia material, y, sobre todo, ser “el guardián del respeto de los derechos fundamentales del imputado o acusado y las víctimas” (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005). En cuanto a la defensa tiene atribuidas tareas tales como controvertir las pruebas e interrogar y contrainterrogar testigos y peritos en audiencia pública. Así mismo, le reconoce al imputado el derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005).

Por su parte, las particularidades del derecho probatorio dentro de dicho sistema penal pueden extraerse de las ponencias surtidas al interior de la Cámara de Representantes en el primer debate para la expedición del Código de Procedimiento Penal del año 2004. Allí se lee que la novedad más trascendente radica en que durante la investigación pueden recaudarse al máximo elementos materiales probatorios, pero estos solo se convierten en prueba cuando se practican y someten a la contradicción de las partes en la audiencia de juicio oral (Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01/2003S).

A su turno, el Acto Legislativo 03 de 2002 igual permeó ese tema probatorio con el abandono del principio de permanencia de la prueba, es decir el cambio para su escenario al no construirse ya durante todo el camino procesal y con la validez suficiente para fallar, sino solo en curso de la vista principal y con todas las garantías judiciales mínimas. Entonces, los medios suasorios recopilados durante la investigación “no pueden ser el fundamento de una sentencia condenatoria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral” (Sentencia C-591, 2005); así, la prueba ya no está desperdigada en los diversos estadios rituales y menos se muestra secreta y escrita, para luego ser valorada por un juez que no participó en su recaudo, sino que pasa a practicarse en juicio y en su presencia (Sentencia C-591, 2005).

El debido proceso.

Se trata, sin duda, de una garantía universal que alcanzó la categoría de norma *ius cogens* al incorporarse en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Carmargo, 2005, p. 19). Igual, constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado en la medida en que solo legitima y legaliza su ejercicio si lo adecúa y racionaliza en términos constitucionales (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 41712, 2016). Se le explica como ese conjunto de requisitos que han de acatarse en todas las instancias del proceso, de tal manera que las personas involucradas puedan defender sus derechos adecuadamente frente a los actos del Estado que los afecten; ya en materia penal, incluye no solo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana sino las consagradas en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pero se puede hablar realmente de la existencia de un debido proceso, aparte de su legalidad, cuando hace propios los contenidos axiológicos que imponen o se derivan de las normas constitucionales e internacionales y que se relacionan, entre otros muchos derechos, con la defensa, igualdad, contradicción de la prueba, juicio oral, público y contradictorio y un fallo justo (Fernández, 1998, p. 404). Por lo tanto, el debido proceso se asemeja al juicio público y justo, conceptos ambos del derecho procesal que se entrelazan entre sí y que no solo constituyen la base y límite para la función jurisdiccional del Estado, en especial en el ámbito penal, sino que a la par consolidan el fundamento para el ejercicio de todas las garantías judiciales con asiento constitucional (Camargo, 2005, p. 26).

Ahora, en lo atinente al debido proceso probatorio debe decirse que corresponde al acopio de formalidades y exigencias que demanda el ordenamiento jurídico para la elaboración, validez y eficacia de la prueba; remite, pues, al entendimiento del rol y la actuación que a cada cual le compete en la construcción de esa propuesta probatoria, para que así dicho derecho sea una realidad. De forma concreta, en la Ley 906 de 2004 está integrado por principios tan esenciales como los de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, al punto de que su inobservancia lleva a pregonar un abierto desacato a las garantías esenciales de algunas de las partes. Es más, bajo su amparo y de conformidad con el artículo 29 Constitucional, el sujeto pasivo de la acción penal tiene el derecho en curso de toda la actuación procesal a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 34131, 2014). En conclusión y desde cualquiera de sus concepciones, el debido proceso es ese principio madre del que emanan todos y cada uno de los restantes propios de un investigativo penal (Velásquez, 1987, p. 7).

El derecho de contradicción.

También el llamado de controversia adquiere todo su esplendor en el sistema penal acusatorio, sobre la base del principio latino *audiatur et altera pars* (dejar a la otra parte), es decir que debe darse audiencia a ambos adversarios en igualdad de condiciones, además de ser oídos antes de resolver cualquier cuestión (Morales, 2014, p. 282). Al tiempo, deriva su existencia del juramento de los jueces en Atenas: “Prometo escuchar al demandante y al demandado, a ambos de igual manera” y de un refranero jurídico Germano: “El discurso de uno solo no es ningún discurso; es equitativo escuchar a ambos”, lo que le permite concluir que no existirá prueba oculta y que a través de su descubrimiento viene el ejercicio de contradecir, es decir, de contraprobar. Rechaza la prueba secreta que es la practicada a espaldas de una de las partes, a tal punto que debe negársele valor, pues al no llevarse al proceso con conocimiento y audiencia de todas aquellas, impide ejercitar el derecho a controvertirla. De hecho, aquella practicada antes del proceso o extrajudicialmente debe ser ratificada en su curso, para que así se satisfaga el principio de contradicción. Es más, tal como ocurre en Estados Unidos, conviene exigirse que para la praxis probatoria antes del proceso se cite a quien luego será su oponente, de tal manera que así pueda intervenir en su ejercicio (Devis, 2006, p. 115).

La contradicción, además de ser una característica intrínseca al enjuiciamiento, exige que los litigantes puedan disponer de idénticas posibilidades a las de su adversario en cuanto a cada prueba, alegato y, en general, a toda la actividad procesal que desenvuelva una parte, pues la contraria ha de contar con la oportunidad de desarrollar una similar (Carocca, 1997, p. 308; Gimeno, 1993, p. 48). También se le entiende como la garantía para que la producción de las pruebas se surta bajo la vigilancia de todos los sujetos procesales y así cuenten con la facultad de intervenir en su formación, conocerlas, controvertirlas y, en general, realizar todas las observaciones que sean pertinentes en curso del debate, potestad que aplica para las incorporadas en juicio oral y las practicadas anticipadamente, lo que impone el deber de agotar los actos indispensables a la comparecencia de las partes y que ya en su praxis no se obstaculice ni tácita ni expresamente tal intervención, sin obviar el debate ideológico de la prueba (González, 2011, p. 107; Villamil, 1999, p. 90; Martínez, 2006, p. 23; Fierro, 2006, p. 311). Este axioma, pues, guarda íntimo vínculo con los principios de unidad y comunidad de la prueba porque si las partes –en especial el acusado– tienen la potestad de usar en beneficio propio los medios que emplea su adversario, es apenas lógico que gocen de oportunidad de intervenir en su praxis (Aristizábal, 2002, p. 108).

Recapitulando, se puede decir que esta garantía judicial exige que las partes se hallen en pie de igualdad contradictoria por cuanto el acusador público no tiene poder ni privilegio alguno sobre el inculpado; así, es deber del juzgador escucharlos sin conceder ningún tipo de ventajas. Por lo tanto, habla de ese encuentro relacional de adversarios que, precedido por la idea de controversia o contienda, permite luchar por la preponderancia de lo que estiman es la verdad procesal; en otras palabras, “todos los actos en que se expresa el *principio de contradicción* equivalen a momentos de un conflicto entre verdades judiciales contrapuestas”, esto es “entre aserciones que enuncian o sostienen hipótesis acusatorias y aserciones que las *contradicen*, confutando con ello no sólo su verdad, sino también la validez de los preceptos en que se apoyan”. (Ferrajoli, 2004, p. 543).

El derecho de confrontación.

El careo en silencio con los testigos de cargo sería un gesto simbólico y el Derecho no se nutre con ritos (*Pueblo v. Ruiz Lebrón*, 111 D.P.R. 435,442, 1981, como se citó en Chiesa, 2008a, p. 391); por ello, abordar el estudio de ese derecho dentro del derecho procesal penal colombiano es tarea reciente, porque antes de la implantación del sistema con tendencia acusatoria en el país tenía preponderancia la contradicción y hasta se le entendía integrada a esta garantía, bajo el trípode de su concepción: acusación-defensa, hecho-norma y derecho a confrontarse con los testigos de cargo (Aristizábal, 2002, p. 22; Granados, 1996, p. 22). Empero, al entrar en vigencia el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004, la confrontación adquiere vida propia como derecho fundamental y a la vez principio rector dentro del proceso penal patrio (Bedoya, 2013, p. 24). Como derecho fundamental, porque al concordarse forzosamente los artículos 29 y 93 de la Constitución Nacional y la norma procesal penal con los tratados internacionales sobre derechos humanos que obligan a nuestro país (Constitución Política, 1991, art. 93), se lee en el Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8 que “2 [...] Durante el proceso,

toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal [...]”; al igual, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, se expresa que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas” y, en el literal e), se indica: “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”. Como principio rector, al estar contenido expresamente en los artículos 8 y 16 de la Ley 906 de 2004, que justo están ubicados en su “Título Preliminar de los Principios Rectores y Garantías Procesales”, bajo el siguiente contenido: Para el primero y como derecho de la persona inculpada a “interrogar en audiencia a los testigos de cargo” directamente o por medio de su abogado; y, para el segundo, bajo el entendido de que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”. Nótese así que el legislador patrio con estas normas procesales diferenció absoluta y expresamente la confrontación de la contradicción, por lo que hoy ya no se les puede dar la misma definición y menos teniéndoles como sinónimas, ni tampoco incorporada la primera de estas garantías en la segunda.

A lo anterior se añade que, como aquí se incorporaron componentes procesales propios del sistema anglosajón, obligado rumbo es el estudio de este derecho de cara al sistema de enjuiciamiento de Estados Unidos y Puerto Rico (Guerrero, 2006, p. 1048). Esa garantía está consagrada en la Sexta Enmienda a la Constitución del primer país, en el entendido de que “en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho [...] de que se le caree con los testigos que depongan en su contra [...]”; a su turno, la legislación Puertorriqueña la recoge en su Regla 40 de las Evidencias, así: “Un testigo podrá testificar únicamente en presencia de todas las partes involucradas en la acción y estará sujeto a ser interrogado por todas ellas, si estas optan por asistir a la vista y por interrogar al testigo”. La Constitución del Estado Libre Asociado la concreta en su artículo II, Sección 11, al establecer que “En todos los procesos criminales, el acusado disfrutará del derecho a [...] carearse con los testigos de cargo”; igual, en una de las decisiones de su Tribunal Supremo se señala que “el interés protegido por este derecho es el de evitar que una persona pueda ser viciosamente sometida a los rigores de un proceso criminal mediante deposiciones o declaraciones ex parte de testigos”, es decir, la concedida a instancia y a beneficio de uno solo de los adversarios (Vélez, 2010, p. 63; Caso Pueblo *vs.* Ríos Noguera, 1983, como se citó en caso El Pueblo de Puerto Rico *vs.* González Vega, 1999). Desde el ámbito constitucional puertorriqueño, es un derecho indisputable y se considera, además, que tiene tres aspectos esenciales, el careo con los testigos adversos, el contrainterrogatorio y la exclusión de cierta prueba de referencia que pretenda utilizar el acusador como inculpatoria; empero se acepta, en últimas, que se respeta esa garantía si se cuenta con la oportunidad de contrainterrogar (Chiesa, 2008a, pp. 389 y ss.).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la garantía a interrogar a los testigos, en el caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, expresó muy breve pero sustancialmente que “154. Dentro de las

prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa". Más aún, el esencial propósito de la confrontación es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar; el adversario, según Wigmore (1974), "exige confrontación, no con el vano propósito de mirar el testigo o que este lo mire a él, sino con el propósito de contrainterrogarlo que solo se logra mediante la directa formulación de preguntas y la obtención de respuestas inmediatas" (como se citó en Chiesa, 2008a, p. 391).

Sin embargo, se ha estimado que lo importante es el requisito en cuya virtud la parte contra quien se ofrece el anterior testimonio cuenta con una razonable oportunidad de contrainterrogar, por lo cual el acusado o su abogado deben haber estado presentes en esa vista anterior o haber tenido adecuado aviso y oportunidad para comparecer; entonces, el contrainterrogatorio en sí, naturalmente, no es esencial, en cambio sí la oportunidad ofrecida para llevarlo a cabo y a la que se renuncia (McCormick, 1954, p. 482).

Si se desciende a nuestra jurisprudencia y en lo que toca a las decisiones de la Corte Constitucional, la verdad es que no se encuentra un análisis concreto y definido del derecho de confrontación, sino que esa garantía de contrainterrogar a los testigos de cargo la entiende integrada, primordialmente, a la contradicción. En efecto, se sostiene que la controversia es la agraviada con la prueba de referencia, pero soslaya la confrontación (Corte Constitucional, sentencia C-144, 2010); la misma postura se mantiene en otras oportunidades (Corte Constitucional, radicados T-117, 2013 y la C-177, 2014), en las cuales se discute esa potestad de contrainterrogar a testigos versus la prueba de referencia pero, aun así, la Corporación no apunta a la confrontación y mucho menos dice de su carácter como estándar constitucional.

No obstante, el panorama es distinto en otro de nuestros más altos tribunales que sí se ocupan del derecho de confrontación (Corte Suprema de Justicia, radicados 32872, 2010 y 36518, 2013); es más, en decisión reciente le dedica un importante análisis que se puede resumir, así: infiere que se desprende del propio contenido del artículo 29 de la Carta Política así como del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos; lo diferencia de la contradicción, en la medida en que esta se puede garantizar aun cuando el testigo no comparezca a juicio, por ejemplo cuando la defensa presenta pruebas, para rebatir la teoría de la Fiscalía o aporta evidencia encaminada a cuestionar la credibilidad de algún deponente; en cambio, la confrontación dice de la prerrogativa de interrogar o hacer interrogar los testigos de la otra parte. Así, concluye que la confrontación, con todo ese engranaje normativo, adquiere estatus de derecho autónomo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 43866, 2016); finalmente, se lee que la confrontación es más que una garantía de confiabilidad, pues incorpora un elemento de justicia, de proveer al acusado una oportunidad para examinar la prueba en su contra sin importar cuán crédula esta pueda parecer (Ramírez, 2006, pp. 40-42).

Posiciones frente a la prueba de referencia

Argumentos a favor de la prueba de referencia.

Aun cuando no puede soslayarse su origen como prueba prohibida, con el paso del tiempo la doctrina del *common law* tuvo que flexibilizar esa regla por varios factores entre los que se destaca el tener que dejar impunes conductas que se sabían delictivas, únicamente por la carencia de testigos directos, o la necesidad de ponderar intereses entre los derechos del acusado y los de los niños víctimas de delitos violentos, por esa proscripción de prueba de referencia con el correlativo costo social para la administración de justicia. A ello se suma la búsqueda de la verdad como fin último del derecho probatorio; así, ese canon categórico de exclusión se apreció como verdadera injusticia y de allí el surgimiento de las cláusulas excepcionales para su admisibilidad (Vélez, 2010, pp. 48 y ss.; Guerrero, 2015, pp. 78 y ss.) que en Estados Unidos están contenidas de la regla 803 a la 807 de ese catálogo del Federal Rules of Evidence (1975). Puerto Rico, a su vez, las consagra en el Capítulo VIII de sus Reglas de Evidencia, año 2009, y 62 a 65 de las mismas Reglas para el Tribunal General de Justicia, del año 1979. Por lo demás, es una forma de resolver la dicotomía existente entre esta prueba que no es la mejor versus la ausencia de prueba (Vélez, 2010, p. 51).

Tales cláusulas de admisión excepcional de la prueba de referencia están reguladas en Estados Unidos y en Puerto Rico, a partir de situaciones diversas como, por ejemplo, la diferencia entre declaraciones testimoniales y no testimoniales, la disponibilidad o no del declarante como testigo, el testimonio anterior o las declaraciones anteriores de testigos e incluso las categorías residuales o abiertas, entre otras muchas más, temática que escapa al objetivo de esta investigación. Pero lo que sí debe resaltarse es que en casi la totalidad de aquellos eventos en que se concluye que tiene aplicación el estándar constitucional de confrontación, por ejemplo las declaraciones testimoniales, debe garantizársele a la parte contra la que se ofrece dicha prueba, la posibilidad de contra-interrogar, porque es el mecanismo que logra armonizar de la mejor manera posible ese derecho, versus, tal probanza peculiar (Chiesa, 2008b, pp. 341 y ss.; Vélez, 2010, pp. 10 y ss.; Bedoya, 2013, pp. 108 y ss.).

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho continental europeo también tiene admisibilidad la prueba de referencia, por ejemplo, en los casos de niños víctimas de delitos sexuales o, en general, en declaraciones anteriores al juicio, siempre que el acusado haya tenido la oportunidad adecuada y suficiente de interrogar a los testigos de cargo. Sobre el tópico, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español expresa que desde su sentencia 80 del 17 de junio de 1986, se admite la valoración probatoria de las diligencias sumariales de investigación, si, entre otros requisitos, el inculpado ha contado con la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción. Lo anterior, en consonancia con jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que autoriza la incorporación de ese tipo de declaraciones, en todo caso y en la medida que no lesione los derechos reconocidos en los párrafos 3 d y 1 del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Es decir, que concurra un motivo razonable que imposibilite la declaración en la vista principal y “siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando

se prestan, bien con posterioridad”. De lo contrario, se cercenan los derechos compatibles con ese artículo 6 de la Convención si una “condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (STC 75, 2013).

En Colombia sí que hay argumentos a favor de la prueba de referencia, no solo a partir de la ley sino de la jurisprudencia. Desde lo legal y a partir de su propia definición, pues el artículo 437 del Código Procesal Penal permite su uso, como cualquier otra prueba, para demostrar los elementos esenciales de la conducta punible y demás aspectos sustanciales del debate. También, por la cláusula discrecional y abierta que consagra el numeral b) de su artículo 438, al permitir que sea el juez de conocimiento quien en últimas defina lo que se debe entender por la expresión “evento similar”. Igual se deduce de las reformas introducidas a esa Codificación, a través de las Leyes 1453 de 2011 y 1652 de 2013. La primera, le adicionó un inciso al original artículo 429, alusivo a la presentación de documentos en el juicio oral, del siguiente tenor: “El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”. La segunda, sumó un evento más para admisibilidad de prueba de referencia sobre la base que el declarante cuente con menos de 18 años y sea víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, al igual que de punibles consagrados en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, de la norma sustantiva.

En el plano jurisprudencial, por la incidencia que guarda con principios y derechos constitucionales como la búsqueda de la verdad, la justicia material y el acceso a la administración de justicia, esto es “para impedir la impunidad cuando por circunstancias especiales no puedan asistir los testigos a rendir su declaración en la audiencia pública” (Auto radicado 26089, 2006; Sentencias radicado 34703, 2011 y radicado 38773, 2013). Para comprobar tal suceso basta solo con repasar decisiones emanadas de la Sala de Casación Penal que prioriza el uso de la prueba de referencia en procesos donde son víctimas personas menores de 18 años; en efecto, en un importante fallo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 41109, 2013; en concordancia con las sentencias radicado 31950, 2009 y radicado 24468, 2006) argumentó que la prueba tomada a partir del dicho de víctimas menores de 18 años exige cuidado. Justamente, por los derechos en juego, es decir su no revictimización y las restricciones propias de su edad; entonces, en acato a patrones constitucionales y legales, resulta ineludible valorar con plenos efectos sus entrevistas o versiones rendidas previamente, en razón del daño que le pueda sobrevenir a un niño si es obligado a acudir a juicio y deba recordar el hecho traumático, especialmente si de delitos sexuales o de otra clase degradante de violencia se trata. Así, el juez, entre otras alternativas, ha de ordenar hasta prescindir de su testimonio, en pro de la supremacía de sus derechos fundamentales y dar paso a la prueba de referencia u otra de índole similar. Por su parte, la Corte Constitucional (Sentencias C-144, 2010 y C-177, 2014) también avala la prueba de referencia ¿Los motivos? La salvaguarda de la infancia y la adolescencia para efectivizar el mandato constitucional consistente en que sus derechos priman sobre los de las otras personas, asegurarle la garantía a la tutela

judicial efectiva, entre otras dispensas que les asiste, verbigracia, su interés superior y el contrarrestar efectos tan dañinos como la revictimización.

Por último, debe hacerse mención al proyecto de reforma que propone la Fiscalía General de la Nación que aboga (i) por una flexibilización en la exclusión de prueba de referencia, adicionando una cláusula residual más al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, so pretexto de limitar la impunidad de delitos, “por la no existencia de testigos directos que puedan comparecer al juicio” (p. 160) a lo que adiciona el costo social para la administración de justicia si se dictan absoluciones en hechos que afectan gravemente bienes jurídicos relevantes; y (ii) por “eliminar del estatuto procesal, el apartado final del art. 381, que consagra una tarifa legal negativa, conforme a la cual la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (p. 177), para en su lugar, “deferirse en el juez la potestad de determinar qué valor probatorio ofrece a este medio probatorio y si el mismo ostenta el poder suasorio suficiente para sustentar una condena” (p. 184).

Argumentos en contra de la prueba de referencia.

La injusticia de la conducta delictiva que se atribuye al imputado o procesado, no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad (Gössel, 2001, como se citó en Herrera & Cortés, 2011, p. 17); por ello, se estima indispensable comenzar el estudio de este apartado sobre la base de tal locución que es considerada como un principio del proceso penal moderno. Se le interpreta como que, si a la judicatura le interesa castigar el delito, sus actuaciones no pueden hacerse a cualquier precio ya que ese fin no justifica el uso de medios que nieguen el Estado de Derecho mismo (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 33621, 2010). Así, esta es la razón de ser de los derechos constitucionales los cuales le aseguran a la persona que sólo se le condenará con prueba que ha estado rodeada de todas las garantías judiciales (Autos radicado 36433, 2011 y radicado 43926, 2015).

Precisamente, bajo el hilo de ese axioma y por la importancia que revisten esas garantías judiciales dentro de un sistema acusatorio, la prueba de referencia proyecta problemas de constitucionalidad, al comprometer estándares como la confrontación y contradicción reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos (artículos 8 del Pacto de San José de Costa Rica y 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Además, en Estados Unidos (se recuerda, debe estudiársele por ese influjo del derecho anglosajón en la legislación procesal penal), la confrontación se erige en componente básico de la Sexta Enmienda a la Constitución Norteamericana a lo que se suma que esta Carta escogió un derecho de contradicción abierto en el juicio oral; así, el fundamento esencial para el rechazo de la prueba de referencia estriba en la carencia de oportunidad para interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, lo que también corroe la estructura básica de dicho sistema de enjuiciamiento por cuanto se está frente a una probanza que, además de indirecta, es desarrollada por fuera de esa fase sin intermediación y sin la formación dialéctica que le es propia a dicho entramado adversarial. Visto ello así, su exclusión se encamina a proteger más a la parte contra la que se propone que en sí a un jurado (Van Kessel, 1998, p. 544; y Guerrero, 2015, pp. 77 y ss.).

Ahora bien y desde su jurisprudencia, inevitablemente debe rememorarse la decisión *Douglas vs. Alabama* (1965); en esa sentencia, la Corte Suprema dejó claramente sentadas las bases del principio general de rechazo y prohibición de la prueba de referencia por ser violatoria de la Cláusula de Confrontación a la Sexta Enmienda Constitucional. Primero, desde su interés primordial el derecho a interrogar al testigo de cargo aun en ausencia de careo físico; y, segundo, el cara a cara con el jurado, para que este pueda mirar al deponente, juzgar su comportamiento y determinar si su dicho es digno de fe.

Al tiempo y desde distintas latitudes, se expone el criterio de otras Altas Cortes. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España señala que la prueba de referencia no es recomendable, al obstaculizar el debate sobre los hechos y la realidad misma, pues implica dar valor al dicho de alguien que no ha depuesto en el juicio; de allí su recelo y que se prefiera a los testigos directos. Es más, ante la razonada sospecha de que un potencial deponente pueda irse al extranjero, ha de trasladársele de inmediato ante la autoridad judicial para que, bajo la necesaria contradicción exigida por la ley procesal penal, sea interrogado a través de la figura de prueba sumaria anticipada (STC 217, 1989).

En épocas más recientes, explica tal corporación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado como principio general del proceso penal que las pruebas han de ser obtenidas ante el acusado, en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio; y que, en concreto y en lo que atañe a la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, esa praxis es violatoria del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre todo al transgredir lo dispuesto en su artículo 6.1 y 6.3. d., que consagran el derecho a interrogar a los testigos de cargo, de cuyo término resulta “la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor” (STS 187, 2003).

De igual forma, la doctrina extranjera casi que de manera unánime se allana a esa caracterización de rechazo y exclusión que le es inmanente a la prueba de referencia. Primero, porque impide al perjudicado (quien generalmente es el acusado) interrogar o hacer interrogar al deponente de cargo, bien en el instante en que rinde su declaración (al no desarrollarse en su presencia) o, con posterioridad, al momento de ser presentada como prueba ante el juzgador (Gómez, 2010, p. 391; Chiesa, 2008a, p. 409; Miranda, 1997, p. 197). Segundo, por la ruptura que ocasiona con el principio de contradicción que junto con el de inmediación constituyen pilares básicos del proceso penal (Velayos, 1998, p. 21). Y, tercero: igual, su admisión generalizada e indiscriminada que sustituye al testigo principal mutila el derecho de defensa al impedir que el acusado y su abogado puedan conainterrogar al deponente de cargo, lo cual va en contravía del artículo 6.3. d de la Convención Europea de Derechos Humanos (Miranda, 1997, p. 197).

Ahora bien, el enfoque que se le ha dado a la confrontación como derecho no absoluto y que debe adaptarse a la necesidad de protección de valores similares, lo que de suyo descarta una cláusula de exclusión de la prueba de referencia, trae consecuencias adversas, pues permite a la parte acusadora “la búsqueda más cómoda de las pruebas de cargo excusándola de llevar los testigos directos al juicio oral e introduciendo

pruebas de referencia que estén comprendidas en algunas de sus excepciones” (Guerrero, 2015, p. 80), como si acaso esto no comprometiera también el derecho de defensa. Por ello, descendiendo al orden jurídico colombiano, la prueba de referencia pasa por alto los principios constitucionales del proceso penal, pues el numeral 4 del artículo 250 de la Carta Política impone la práctica de un juicio público, concentrado, oral, contradictorio y con intermediación de las pruebas, principio este último que debe explicarse desde sus dos acepciones: la formal, que permite al juzgador un contacto directo con el medio de prueba; y la material o sustantiva (Roxin, 2000, pp. 394 y ss.), sin duda la más importante para el propósito de esta investigación por cuanto ha de evitarse que la decisión de responsabilidad del acusado se tome a partir de subrogados probatorios, como por ejemplo actos propios de la investigación que llevan a prescindir de la prueba directa, con grave detrimento a los derechos de defensa y controversia (Guerrero, 2015, p. 88).

Igual, se tiene el claro criterio según el cual solo la prueba practicada y debatida en juicio oral, puede ser el fundamento legítimo de un fallo (Jaén, 2000, p. 13). Sin embargo y desde la misma definición de prueba de referencia, una de sus médulas es que se desarrolla por fuera de tal vista principal. Pero aún hay más reproches de fondo para la prueba de referencia, cuando del estudio del principio de intermediación se trata, porque:

Impide al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos al juicio propiamente dicho. Ese imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto, materiales de la instrucción. Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como prueba, que se dice efectivamente obtenido en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre la fuente producción de los datos, semejante expediente, reservado por la ley para situaciones realmente excepcionales -por razón de la imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquellas al juicio- ha sido administrado con extraordinaria generosidad [...] (Ibáñez, 2003, p. 58).

De manera similar a la anterior, puede advertirse otro riesgo más que envuelve tal prueba. Se ha constatado en el diario discurrir una propensión en los sujetos procesales a resguardarse en deponentes de referencia, pues de antemano ya conocen que estos comunicarán hechos que han conocido de terceras personas que sí los percibieron directamente, es decir, que son los reales testigos de lo acontecido, pero no comparecerán al juicio oral. Sin embargo, lo más peligroso de tal práctica es que se apela a tal testigo indirecto con el objeto de demostrar la verdad de unas afirmaciones fácticas que desvirtúan la presunción de inocencia; es decir, que con tal prueba mediata se busca una condena (Velayos, 1998, p. 21). Por ello, de tiempo atrás un sector de la doctrina (Mueller, 1992, p. 384; y Park, 1992, p. 365), defiende el fortalecimiento de la regla contra la prueba de referencia, pues la desmedida actividad Estatal requiere límites para no castigar a

inocentes a través de tácticas investigativas cuyos informes son introducidos al juicio a buen seguro de testigos de oídas.

Además, y paradójicamente, uno de los argumentos acabados de exponer en pro de la prueba de referencia, es decir la búsqueda de la verdad como fin último del derecho probatorio, encuentra postura totalmente opuesta en el sentido que para la consecución de ese propósito tal probanza no es confiable, porque implica acoger como evidencia una declaración obtenida por fuera del rigor de los mandatos normativos (Chiesa, 2008b, pp. 341 y ss.).

Ya para agotar este tema, debe hacerse notar la ausencia de evocación de decisiones de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia Colombianas, para soportar argumentos en contra de la prueba de referencia. Esto, sencillamente, porque no se han encontrado. Tan solo la sentencia C-144 (2010) enuncia que tal prueba dificulta intensamente la contradicción; y, en la casación con radicado 24468 (2006), se anota que hace “imposible el interrogatorio al autor directo del relato que hace quien lo oyó”. Pero lo que sí se destaca es que, en un auto de inadmisión de demanda de casación, adoptado dentro del proceso radicado 26727 (2007), aclararon voto cuatro magistrados al considerar equivocada la decisión de la mayoría, que avaló como prueba del proceso las entrevistas recogidas en etapas anteriores al juicio oral.

Toma de postura

Luego del estudio que precede, se puede concluir que nada resulta más expedito para arrasar con los derechos de confrontación y contradicción dentro del sistema penal acusatorio, que la prueba de referencia. Ello, a partir de su regulación normativa y el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes que han llevado a su praxis desmesurada y creciente, que no se acompasa con el orden constitucional. Muy en contravía a los postulados del Acto Legislativo 03 de 2002 que buscó una total reestructuración del proceso penal lo cierto es que, a hoy, sus finalidades esenciales, sin duda, han quedado relegadas, con la permisividad dispensada a esa práctica probatoria. Verbigracia, no permite su articulación con instrumentos internacionales, en especial con los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al impedir interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, en plenas condiciones de igualdad a las del adversario. También, devasta el juicio oral (como la fase reina del proceso penal y el *summum* de la única actividad probatoria capaz de enervar la presunción de inocencia del acusado) dado que, por la esencia misma de su definición, se realiza por fuera de este, con lo que a su paso confina la intermediación de las pruebas y otras garantías, como la publicidad y la concentración. Además, aniquila el principio de abandono de permanencia de la prueba, pues es la figura jurídica que por excelencia se resiste al de su total producción e incorporación durante tal vista principal; también, hace resurgir la prueba secreta y escrita que luego es llevada al juzgador que no participó en su recaudo para que falle. En fin, infringe la prohibición expresa que las exposiciones sean prueba ante la falta de contradicción; y, contraviene el mandato literal del carácter excepcional de su práctica.

Esa excluida y extraordinariamente admisible prueba de referencia, como de verdad la concibe un sistema penal acusatorio, en Colombia, además de resultar imprecisa, adquiere irregular e insólita aplicación, como se pasa a demostrar. En efecto, a partir de su propia definición, según el ya transcrito artículo 437 de la Ley 906 de 2004, se postulan serias críticas, dada la ambigüedad y confusión que genera (Reyes, 2008, p. 380; Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 24468, 2006). Por eso se concluye: “lo que el Código considera como prueba de referencia no es lo que cualquier ordenamiento procesal entiende conceptualmente como tal” (Guerrero, 2015, p. 94); de allí la opción de inclinarse por su interpretación alejada de la propia literalidad de su acepción y entenderla como lo que corresponde, es decir, el contenido de un acto de prueba o un acto procesal, practicado por fuera del juicio pero con el reparo sí que logre tener la capacidad, como prueba indirecta, de probar inmediatamente los elementos del delito, el grado de intervención, etc., tal como lo busca la parte final de ese precepto (Marín, 2005, pp. 61 y ss.).

Pero lo más grave frente a la ambigüedad de esa definición fue el vacío que trajo consigo porque predispuso reformas legales y pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes, que la han privilegiado aun en contravía de los pilares fundamentales del sistema punitivo de tendencia adversativa como la inmediación, la concentración y, con mayor relevancia, la confrontación y la controversia, como de hecho se pasa a sustentar.

Crítica a los desarrollos jurisprudenciales.

Cabe indicar desde ya que primero se hace referencia al desarrollo dado a la prueba de referencia pues de allí, principalmente, emanan las reformas legales que acrecientan su uso irregular que, más adelante, son objeto de crítica.

La Corte Suprema de Justicia.

Para comenzar, dicho organismo (Corte Suprema de Justicia, radicado 26411, 2007) le da un alcance inusitado al instituto al permitir, con su uso, que todos los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenidas, se conviertan en prueba si se le presentan al juez de conocimiento al interior del juicio oral y a través del testigo de acreditación, con quien se entienden garantizadas la confrontación y la controversia (crítica acertada de Guerrero, 2015, p. 110). Igual de peligroso fue que implantó el término “prueba integral del proceso”, bajo el entendido de que esos medios suasorios propios de las etapas de indagación o investigación, junto con el testimonio que se reciba, forman un todo que debe ser apreciado por el fallador al haber entrado a esa vista por el marco de la legalidad. Como señala Guerrero (2015, p. 110), el Tribunal imprimió a esos elementos el alcance de prueba pese a que solo constituyen actos de investigación, cuya finalidad es establecer los presupuestos que sustenten una imputación o acusación o que justifiquen decisiones en cabeza del juez de control de garantías que lleven a la limitación de derechos fundamentales. De allí que haya perfecta adherencia a lo que aquél pregona: “esta es la vía más fácil para hacer fallar todo el entramado acusatorio, pues es nada más ni nada menos que negar el fundamento de que únicamente es prueba la aportada y controvertida en el juicio” (Guerrero, 2015, p. 112).

Desde otra arista, para esa Corporación lo importante no es si la prueba de referencia respeta los derechos de confrontación y contradicción, sino temas de simple legalidad. Tanto que en la decisión adoptada en la casación 36023 (2011), dispuso la inexistencia jurídica de unas entrevistas introducidas al juicio como prueba de referencia, ante su ilegalidad, al no incorporarlas el investigador que las recaudara lo que en su criterio afectó el tema de autenticidad de esa prueba. Igualmente, en su fallo 34703 (2011) favoreció al máximo la denuncia de la víctima que introdujera el funcionario que la tomó (al haberse marchado dicho afectado al exterior y no saber de su paradero), prueba que tuvo vital trascendencia para revocar una absolucón y, en su lugar, condenar. Pero en ninguno de los dos casos se examinó si la bancada defensiva contó con el derecho en cualquier momento de la actuación a interrogar al autor de esa declaración anterior al juicio y, además, a participar en su formación y práctica con las mismas prerrogativas de la Fiscalía. Ello es así porque, lamentablemente, para el Tribunal la dificultad no es de admisibilidad ni de validez sino “que la problemática real frente a este tipo de prueba, gira esencialmente en torno de su credibilidad, antes que en su pertinencia o legalidad” (Corte Suprema de Justicia, Auto radicado 26089, 2006; Sentencia, radicado 25920, 2007; Auto radicado 34827, 2011).

Es más, se citan las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Corte Suprema de Justicia, radicado 43866, 2016) y se afirma que las declaraciones obtenidas por fuera de la vista principal no violan derechos constitucionales, sí y solo sí existe causa legítima para que la persona no pueda comparecer como testigo al juicio y el inculpado haya contado con ese momento propicio e idóneo de interrogar a su autor, bien en el instante de prestarlo o posteriormente y además pueda responderla como prueba de cargo. No obstante, tan meritorio análisis jurisprudencial, que está atado al bloque de constitucionalidad (por cuanto se halla envuelto en el concepto del “*corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos” y ayuda a la correcta comprensión y alcance de un derecho), pese a ser evocado por el alto tribunal no es tenido en cuenta en su decisión de fondo para mantenerse, de forma implacable, en la afirmación de la validez y la significación de la prueba de referencia. Lo hizo, sin brindar la más mínima razón del por qué no es necesario ni verificar la causa justificable para que la persona no testifique en la vista principal, ni constatar que al inculpado se le haya respetado la garantía judicial de interrogar o hacer interrogar al testigo opuesto en cualquier etapa del proceso.

Al mismo tiempo y en sentir de esa Corte, la aceptación de prueba de referencia está más que justificada por la incidencia que guarda con principios y derechos constitucionales, como la búsqueda de la verdad, justicia material y el acceso a la administración de justicia, para así “impedir la impunidad cuando por circunstancias especiales no puedan asistir los testigos a rendir su declaración en la audiencia pública” (Sentencia radicado 38773, 2013). Ello implica una mayor protección a los derechos de las víctimas, muy por encima de los constitucionalmente reconocidos al inculpado. Amparo que se potencializa aún más, si de niños se trata, pues sus entrevistas (antes de entrar en vigencia la Ley 1652 de 2013) ingresaban como prueba de referencia al torrente probatorio del juicio oral por autorización judicial y sin mayores dificultades, sin el tamiz de la con-

frontación y contradicción, lo que se reafirma en algunas providencias citadas (Corte Suprema de Justicia, radicados 41109, 2013; 31950, 2009 y 24468, 2006).

Es más, ratificó tal posición al expresar que “con la expedición de la Ley 1652 de 2013 se consolidó lo que jurisprudencialmente se había planteado en torno a la necesidad de evitar que los niños sean doblemente victimizados, lo que puede suceder con su comparecencia al juicio oral” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 43866, 2016), tema que otrora tenía decantado dentro de otras decisiones (Sentencias radicados 33651, 2011 y 32868, 2010) y que hoy mantiene, tal como lo refleja una de sus casaciones más recientes (Sentencia radicado 47124, 2016) en la que una vez más resaltó el gran valor probatorio de las entrevistas al momento de dictar sentencia.

Corte Constitucional.

Ahora bien y desde la posición jurídica de esta Corporación, sus decisiones han sido decisivas para que cada día la prueba de referencia adquiriera mayor fuerza y aplicación, incluso a través de fallos de obligatorio acatamiento y con efectos *erga omnes*, no obstante los serios reparos que acarrea frente a las garantías judiciales mínimas objeto de estudio. Al igual que su homóloga la Suprema de Justicia, la antepone aún por encima de aquellos dos derechos. Verbigracia, del estudio de su fallo de tutela T-117 del 7 de marzo de 2013, se infiere que se privilegió la entrevista de una niña presunta víctima de un delito sexual y se le ordenó al juzgador que, a efectos de estudiar su admisibilidad como prueba de referencia, tuviese en cuenta los argumentos esbozados en su sentencia y los estándares constitucionales de imparcialidad, racionalidad y sana crítica. Pero para nada vio ese organismo la necesidad de ordenarle que también reparara en los de contradicción y confrontación. En sus consideraciones, tal Tribunal estimó que la entrevista rendida por un niño víctima de ciertos hechos punibles, arroja datos muy significativos para el proceso, al convertirse en un elemento nuclear al inicio de la actividad investigativa, pues a partir de lo informado por esa fuente primaria, la judicatura puede formarse una visión de los hechos, sus partícipes, posibles motivaciones, entre otros muchos aspectos, que sirven de fundamento para las tareas de indagación e instrucción. Pues bien, se debe objetar que si esa versión inicial es tan importante para el proceso no se entiende la razón por la cual su sujeto principal, es decir el inculpado, deba quedar por completo marginado de su formación, vigilancia, control, práctica y debate, por lo menos a través de su defensor y en igualdad de las condiciones y prerrogativas que le asisten a la agencia fiscal.

Es más, si se analiza la sentencia de constitucionalidad C-177 (Corte Constitucional, 2014), se percibe como la corporación declaró la exequibilidad del literal e) del artículo 438 del C. de P. P., que permite la admisión como prueba de referencia de la entrevista rendida por un niño víctima de delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, entre otros, pero ya con efectos *erga omnes* y de obligatorio acato ¿Las razones? Prácticamente idénticos al fallo contenido en la sentencia T-117 (Corte Constitucional, 2013). De hecho, lo tomó como uno de sus referentes, junto con otros de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, que privilegió esa prueba en salvaguarda de la infancia y la adolescencia para tornar efectivo el mandato constitucional consistente en que sus

derechos priman sobre los de las otras personas y, así, asegurarle la garantía a la tutela judicial efectiva, entre otras dispensas que les asiste, verbigracia, su interés superior y el contrarrestar efectos tan dañinos como la revictimización.

En este momento se hace necesario recalcar que este trabajo no pretende ir en contra de los mandatos constitucionales y de los instrumentos internacionales que ordenan dar prioridad a los derechos fundamentales de la niñez. No obstante, sí procura que tan atendibles prerrogativas no sigan materializándose a costa del sacrificio de la persona inculpada de un delito, tal como lo prohíbe expresamente el numeral 6° del artículo 8° del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, al ordenar que “nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos”. Muy a pesar de este mandato que está integrado al bloque de constitucionalidad, lo cierto es que, de forma ilógica e incoherente, se sigue ensalzando la prueba de referencia, no obstante invocarse tratados supranacionales y muy valiosas jurisprudencia y doctrina que debieron llevar a la inevitable conclusión de que para mantener la vigencia de este instituto en el ordenamiento nacional, forzosamente tenían que respetarse los estándares constitucionales de confrontación y contradicción y, a la vez, someterse a rigurosas condiciones de admisión sobre todo en casos en los cuales esa entrevista sea la única exposición que se conozca del niño víctima de ciertos delitos, para evitar que sin más argumentos que la voluntad legal y jurisprudencial ese tipo de instrumentos ingrese al juicio como prueba de referencia y sin el reparo constitucional merecido, es decir, el derecho a confrontarla y contradecirla que le asiste al implicado.

Crítica al marco normativo.

Ahora se deben exponer las razones que llevan a cuestionar el marco legal existente en relación con la prueba de referencia. El primer reparo se capta desde el contenido mismo del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, pues él no es ni taxativo ni de aplicación restringida; tampoco, contiene un mínimo de requisitos a cumplir por parte de quien postula y pretende llevar a juicio oral una prueba de referencia. Paradójicamente, casi desde las primeras casaciones sobre prueba de referencia y con el propósito de defender su aplicación, se buscó apoyo en la doctrina puertorriqueña, y sí, en efecto, uno de sus exponentes explica cómo al paso del tiempo su rigurosa cláusula de exclusión ha cedido gradualmente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, al punto de generar condiciones excepcionales de admisión para su ingreso a juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 25920, 2007). Pero lo que se resalta y que omitió nuestro Tribunal en tal fallo fue que el autor consultado, Chiesa, en dicho estudio, no se quedó solo en esa afirmación, sino que mostró con claridad como en su país se exigen tres requisitos para que el postulante de tal probanza los cumpla y así pueda ser llevada esa forma de prueba a esa vista principal. En efecto, el primero impone el deber de notificar previamente a la parte adversa y con razonable anterioridad, el propósito de ofrecer la prueba de referencia con indicación de sus particularidades y los datos del declarante, como su nombre y localización, ello, a fin de permitirle investigar la declaración, para efectos de refutación de admisibilidad y de impugnación. El segundo, se centra en la demostración de que ella es la evidencia más

consistente frente a cualquier otra, para probar determinado hecho o circunstancia, es decir, que alude a un factor de necesidad. El tercero, expone las garantías circunstanciales de confiabilidad, como elemento esencial, es decir, que la declaración ha de poseer componentes de confianza comparables a los de las declaraciones que expresamente se admiten como prueba de referencia. A esos tres requisitos se adiciona que, según el caso, se tendrá que acreditar o no la no disponibilidad del testigo (Chiesa, 2008a, p. 354).

No obstante, Colombia sufre el vacío de no condicionar la admisibilidad y validez de la prueba de referencia a determinados requisitos y, lo peor, es que ni normativa ni jurisprudencialmente, se avizora la más mínima intención de llenarlo, verbigracia, acogiendo esa legislación puertorriqueña. Al contrario, con el transcurrir de los días, se ha hecho manifiesto el abandono paulatino de su cláusula de exclusión y de las excepcionales y taxativas para su admisibilidad. Porque han primado criterios tales como que su obstáculo obedece a temas de simple valoración y credibilidad o por privilegiar a las víctimas. No obstante, su verdadero cuestionamiento desde lo constitucional, el quebranto a los derechos de confrontación y contradicción (que sí se ha estudiado y resuelto en otras latitudes), entre nosotros se halla totalmente relegado.

Ese artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ya se vio, consagra las cláusulas excepcionales para su admisibilidad; pues bien, y de manera particular, una de las mayores objeciones gravita en el contenido de su numeral b) que la autoriza, “cuando el declarante [...] es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o *evento similar*”. Sí, se subraya esta última expresión, porque el ideal jurídico de un sistema con tendencia acusatoria es que esta prueba tenga restringida su aplicación al máximo, por los postulados que la rigen, es decir, el principio general de su prohibición y las reglas restringidas que la autorizan. Por consiguiente, causales discrecionales y abiertas conllevan su uso habitual y desmedido, que pueden hacer de la excepción una regla general, en especial cuando se postulan de manera tan irresoluta como la que contiene este numeral.

Por otra parte, no se comparte el criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, cuando, al unísono, justifican la existencia de tal locución, bajo el entendido que el evento similar se equipara a casos de indisponibilidad del testigo, por desaparición voluntaria o ante la dificultad de su localización (Corte Suprema de Justicia, sentencias radicados 27477, 2008 y 34703, 2011; Corte Constitucional, sentencia C-144, 2010). No se participa de tal pensamiento, porque el acusado no es quien tiene que soportar y asumir, bajo ningún evento y menos de manera exclusiva, la carga de prueba de referencia, ante la obstinación o el temor por parte del testigo directo de presentarse al juicio (Urbano, 2012, p. 213), cuando la Fiscalía General de la Nación está en el deber de velar por la protección de sus deponentes, tal como se lo exigen los artículos 250 de la Carta Política y el 114 de la Ley 906 de 2004.

Al original artículo 429 de la Ley 906 de 2004, alusivo a la presentación de documentos en el juicio oral, la Ley 1453 de 2011, en su canon 63, le adicionó un inciso del siguiente tenor: “El documento podrá ser ingresado por uno de los investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física”. En la exposición de motivos respectiva se dijo que la

reforma era necesaria porque “por último, se da agilidad en el acceso a la información de las entidades públicas y privadas que sean objeto de requerimientos por parte de policía judicial” (Proyecto de Ley 164/2010S). Es más, en el primer debate que se le dio al proyecto en el Senado se indicó –en relación con el artículo 42 y siete artículos más que lo contemplaban– que ellos “tienden a facilitar la investigación y el recaudo de elementos materiales probatorios y evidencia física, ampliando las causales para su empleo y eliminando restricciones de orden formal” (Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 164/2010S).

Pues bien, bajo esos raceros eficientistas (acelerar el acceso a la información y suprimir limitaciones formales) y, además, sin un mínimo de reparo en las graves afectaciones a los derechos de confrontación y contradicción, tal reforma del año 2011 no fue solo que liberara y engrandeciera la prueba de referencia, sino que también elevó a ley lo que ya ocurría por vía jurisprudencial (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 26411, 2007). Es decir, se dio carta blanca para que cualquier medio de conocimiento que se recopile en los actos de investigación se convierta en prueba, con tal de que lo incorpore el investigador que participó en el caso o el que lo haya recolectado o recibido. De allí, la exaltación del testimonio de esta clase de servidores que por lo general están adscritos a la Fiscalía General de la Nación, pues cuenta con esa potestad legal de incorporar al juicio cualquier medio suasorio.

Así las cosas, ese termina por ser uno de los eventos más evidentes de aplicación de la prueba de referencia, aun cuando no lo contemple el artículo 438 *ibidem*. Con tamaña modificación al artículo 429, el Congreso de la República olvidó (según el citado Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01/2003S) su inicial postura al interior de los debates surgidos para la reglamentación de esta probanza en la Ley 906 de 2004, con marcada tendencia a evitar una extensa casuística para su admisión y, así, contrarrestar su uso abusivo por la afectación que implica al derecho de contradicción. No obstante, con esta reforma se permite que cualquier medio de conocimiento que se recopile en los actos de investigación, se convierta en prueba de referencia a través de su incorporación con ese testigo de acreditación y, lo más reprochable, es que la persona contra la que se aduce jamás podrá interrogar al verdadero autor, productor o creador de esos elementos o información obtenida; en cambio tiene que conformarse con contrainterrogar y ejercer la controversia con aquel servidor, dado que por su conducto esos medios suasorios ingresan ‘legalmente’ al juicio (Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 26411, 2007).

En perfecta anuencia con los acertados reparos de parte de la doctrina (Guerrero, 2015, p. 112), sobre ese pronunciamiento judicial cuyos razonamientos decisivos finalmente se tornaron derecho positivo a través de ese nuevo inciso que se incorporara al artículo 429 de la Ley 906 de 2004, cabe hacerse su misma pregunta: “¿es esto lo que la Constitución considera en su artículo 29 cómo contradecir la prueba de cargo que es parte del debido proceso?”. Ni qué decir tiene de la confrontación, pues bajo tales mandatos jurisprudenciales y ahora legales no se avizora la más mínima posibilidad para el acusado de interrogar o hacer interrogar al real autor de esa declaración recibida por fuera del juicio.

La última reforma a cuestionar es la contenida en la prenombrada Ley 1652 de 2013, artículo 3, que, a criterio personal, consagró justamente una presunción de derecho, consistente en que siempre concurre causa legítima para que niños víctimas de determinados delitos no testifiquen en el juicio oral y sus entrevistas rendidas fuera de este escenario, ingresen a su fase probatoria, sin más razón que su edad y la naturaleza del hecho punible. Pues bien, en puridad de verdad y desde el bloque de constitucionalidad (incluida normatividad supranacional, la jurisprudencia extranjera y la doctrina autorizada), obligado norte para la judicatura colombiana sería que se estudiara y justificara la inevitable ausencia del niño en cada situación en concreto, su verdadera indisponibilidad y la real afectación de sus derechos, por ejemplo, daño psicológico o revictimización, de llegar a comparecer a esa vista. Tal salvaguarda, no por otra razón distinta a ese principio general de prohibición de la prueba de referencia y por las excluyentes cláusulas para admisibilidad; pero, sin duda, lo más importante, por el respeto que le asiste al condenado de confrontar y contradecir esa prueba como ha dicho la jurisprudencia hispana (STS 332, 2006).

Crítica al proyecto de la Fiscalía General de la Nación

Ahora bien y aun cuando por fortuna todavía no es ley, no se puede eludir el reparo a la propuesta de reforma a la prueba de referencia emanada de la Fiscalía General de la Nación, ya concretada dentro de este trabajo, cuando se expusieron los argumentos a favor de tal figura jurídica. Ella, debe decirse, es claramente regresiva pues si con las transformaciones legales hasta ahora introducidas y la jurisprudencia vigente se demuestra esa peligrosa exaltación a la prueba de referencia, por el grave daño que provoca sobre la esencia acusatoria (es decir, la praxis probatoria solo en el juicio oral y los derechos a la confrontación y contradicción), tal cambio augura una involución ante posibles inclusiones de nuevas cláusulas de admisibilidad totalmente flexibles, en las voces de la propuesta Fiscal, “por indisponibilidad insuperable del testigo” (p. 178) y, por si no bastara, se eliminaría su única cortapisa hoy respetada, es decir, esa tarifa legal negativa que prohíbe edificar con su sola existencia una condena. Errónea y lastimosamente dicho ente identifica la correcta administración de justicia bajo el criterio eficiente de la condena, como si acaso la absolución no lo desarrollara también en debida forma. Menos aún, puede permitirse que tal prueba tenga la virtud, por sí sola, de enervar la presunción de inocencia que ampara a todo acusado. Además, argumentaciones para ampliar el espectro de aplicación de la prueba de referencia tales como “la no existencia de testigos directos que puedan comparecer al juicio” (p. 160), lo que denotan es el incumplimiento del deber constitucional y legal por parte de la Fiscalía de velar por la protección de dichos deponentes que pretende presentar ante el juzgador (artículos 250 de la Carta Política y 114 de la Ley 906 de 2004).

En oposición a ese proyecto de la Fiscalía General de la Nación, merecería poner en marcha la propuesta sugerida por el maestro Gómez (2015, p. 380); no obstante, su valiosa crítica a esa recurrente invocación del quebranto al debido proceso en Colombia, al confundírsele con garantías judiciales, estima que sí procede su llamado frente al derecho de confrontación, más aún cuando nuestra Carta Política no lo contempla de forma expresa. Así y a partir de toda la protección constitucional que merece, ha de

reconocersele como lo que realmente es, un derecho fundamental con vida autónoma e independiente, para que ya empoderado, se le reivindique y se exija su íntegro respeto al interior de las leyes procesales penales y la jurisprudencia. Es más, ha de estudiársele combinado con la contradicción, para así poder descubrir el grave daño que le causa a la prueba de referencia, tal y como está concebida desde el actual Código de Procedimiento Penal y en virtud de las decisiones adoptadas por las cortes.

Para concluir, deben recordarse las palabras de Andrés (2003, p. 58) cuando recuerda que, a pesar de la teleología del juicio oral como la audiencia reina dentro de nuestro sistema con tendencia acusatoria, lo cierto es que de manera paulatina se suprime su vigencia como único escenario dentro del cual el juez recibe a los adversarios con sus pruebas a practicarse únicamente allí. A cambio y a manos llenas, se introducen y proponen reformas que de forma implícita lo derogan y dan paso a la prueba de referencia, que incluso es de mucho más de usanza que la misma anticipada.

También y de forma lamentable, el otro peligro advertido por la doctrina (Mueller, 1992, p. 384; Park 1992, p. 365; Velayos, 1998, p. 21), se hace realidad en Colombia pues en especial el ente acusador se vale de testigos de referencia y no son pocas las sentencias condenatorias que tienen como soporte importante dicha prueba. Resulta así inconcebible desde la óptica de la constitucionalización del derecho penal, que sea la persona inculpada quien tenga que soportar la carga de no asistencia de los deponentes de cargo; es que el impedir la impunidad, el lograr la justicia material y el buscar la verdad procesal, no pueden conseguirse a costa de sacrificar garantías judiciales mínimas de la persona más débil en la relación Estado punitivo versus inculcado. Además, porque el proceso penal debe sí permitir la participación de la víctima, pero no tener como finalidad su protección (Molina, 2010, p. 28).

De manera que el retroceso es manifiesto, porque ni siquiera en vigencia del sistema mixto adoptado por la Ley 600 de 2000, que aún hoy coexiste de forma simultánea con la Ley 906 de 2004, una probanza puede ser el fundamento de un fallo, sin haber pasado por el tamiz del contrainterrogatorio, pues su artículo 401 respeta el derecho a los sujetos procesales para que en curso de la audiencia preparatoria reclamen la repetición de aquellas pruebas que no tuvieron la posibilidad jurídica de controvertir, pese al principio de permanencia de la prueba que en esa primera codificación sí aplica. Es más, en su artículo 314 les suprime todo valor probatorio a las exposiciones y entrevistas que tome policía judicial.

Inaudito, entonces, que nuestro sistema con tendencia acusatoria sí autorice por vía legal y jurisprudencial, la introducción de cualquier medio suasorio obtenido en etapas de indagación e investigación, sin que exija el más mínimo respeto a la confrontación y controversia y, en cambio, la norma procesal que lo antecede, de corte mixto, ordene hasta la repetición de la prueba, con lo cual se salvaguarda el contradictorio. Con otra agravante más, pues en la Ley 600 de 2000 esa prueba la recibe un fiscal con todas las formalidades legales incluido el juramento; en cambio, en la Ley 906 de 2004, las entrevistas son tomadas por investigadores, no por un fiscal y menos por el juez y, ni siquiera, se rinden bajo esa gravedad del juramento.

Esa posición tan dadivosa que le dan la ley y la jurisprudencia a la prueba de referencia estila mucho a sistema inquisitivo, pues el hallazgo de la verdad debe obtenerse cueste lo que cueste, no importan los derechos y garantías judiciales mínimas del acusado en el tema probatorio. De allí que haya que unirse al sentir del maestro Devis (2006, p. 115), respecto al rechazo total a la prueba secreta, es decir, la practicada a espaldas de una de las partes, pues como se le practica sin conocimiento ni audiencia de uno de los adversarios, se ha hecho nugatorio su derecho a controvertirla y confrontarla.

Reflexión final

Pese a todo ese panorama sombrío, la Ley 906 de 2004 contempla las herramientas proactivas suficientes para llevar a buen término la solución de los diversos conflictos constitucionales que genera la prueba de referencia. La más importante es la prueba anticipada que, no obstante el desuso al cual se le tiene prostrada, por lo menos respeta de los derechos de confrontación y contradicción. De hecho, el artículo 284 de esa normativa impone una serie de exigencias que se avienen más a un sistema de tendencia acusatoria: la subordina a que se practique ante otro juez penal constitucional, el de garantías, durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral; además, se puede practicar a petición de cualquier sujeto procesal o interviniente; debe demostrarse que se solicita por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Asimismo, ello se desarrolla en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio; la decisión que resuelve sobre su admisión permite la reconsideración; o, en fin, si el motivo que la justificó no se ha cumplido al momento de inicio de la vista principal o ya desapareció, el juez de conocimiento debe ordenar que se repita su práctica en desarrollo de éste.

La verdad es que la prueba anticipada puede recoger casi que la totalidad de los casos que se manejan por la línea de la de referencia. Verbigracia, eventos como los regulados en el parágrafo del artículo 37 de la Ley 1474 de 2011 pero no solo para los delitos que allí consagra sino, en general, respecto de quienes tengan que testificar en cualquier proceso penal y hayan recibido amenazas contra su vida o la de sus familiares por razón de los hechos que conocen; en torno a los hechos punibles contemplados en la ya estudiada Ley 1652 de 2013, debiera ser imperativo legal que a los niños y niñas víctimas se les escuchara su testimonio anticipado, a través de Cámara de Gessell (que les evitara el encuentro visual directo con quien se acusa de ser su agresor) y, desde luego, en acato irrestricto a las órdenes que imparte el Código de la Infancia y la Adolescencia en esta materia, lo que –por lo menos– aseguraría la presencia de la defensa técnica para, de esta forma, garantizar los derechos de contradicción y confrontación; si de personas extranjeras se tratare o de cualquiera que se sospeche fundadamente que abandonará el país, tal como ocurre en España (STC 217, 1989), esa situación puede perfectamente acomodarse a uno de los eventos que describe el numeral 3º de ese artículo 284, con la correspondiente fundamentación.

Ahora bien, en situaciones en las cuales desde el punto de vista material no sea aplicable el instituto de la prueba anticipada se debe acudir a la de referencia, pero con obligado norte a un irrestricto respeto a su principio general de prohibición y con cláusulas

de admisibilidad taxativas y cerradas, además de un desarrollo legal y jurisprudencial que se acompañe con el orden constitucional. A ello, se deben incorporar exigencias claras para su proponente como las estudiadas en el derecho penal de Puerto Rico u otras similares, de tal manera que se ausculte su verdadera necesidad, la real indisponibilidad del testigo, el análisis de cada caso en concreto, así se tratare de niños víctimas de delitos, para que –de esta manera– se logre evitar que se sorprenda a la parte adversa, casi siempre la acusada, con una probanza que se incorpora al juicio con serios visos de inconstitucionalidad, no obstante lo expresado por la jurisprudencia.

En suma, debe retomarse el respeto por los derechos fundamentales de las partes e intervinientes dentro de un proceso penal en consonancia con el bloque de constitucionalidad, en particular por parte del legislador y la judicatura, pues una de sus funciones cardinales es garantizarlos a plenitud en el marco propio de un Estado Social y Democrático de Derecho que se precia de tener constitucionalizado su ordenamiento normativo y, en especial, el penal (Uprimny, 2006 p. 110). Ello es todavía más relevante cuando se piensa en el papel del juez en dicho modelo de Estado quien, en las sentidas palabras del maestro Ferrajoli (2006, p. 26), es el garante por excelencia de los derechos fundamentales de las personas y a partir del cumplimiento de su tarea es como se legitima a la jurisdicción y se garantiza su independencia de las otras ramas del poder público. Por lo tanto, el juzgador penal no puede seguir haciendo de las condenas su tarea vital y menos pretender la búsqueda de la verdad y la aplicación de una supuesta justicia material a costa del sacrificio de los principios rectores y de los derechos constitucionales que, especialmente, amparan al sujeto pasivo de la acción penal.

Referencias

- Acto legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. *Diario Oficial* No. 45.040, Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002.
- Andrés, P. (2003). Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica). *Jueces para la democracia*, No. 46, 57-66. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/409555.pdf>
- Arciniégas, G. A. (2005). *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Aristizábal, L. I. (2002). *Contradicción o controversia de la prueba en materia penal*. Bogotá: Leyer.
- Auto 36011 (2001, julio 6). Casación. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 26089 (2006, noviembre 2). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 26727 (2007, febrero 7). Casación. M.P. Marina Pulido De Barón y Jorge Luis Quintero Milanés. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

- Auto 32050 (2009, septiembre 14). Casación. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 33021 (2010, abril 21). Casación M.P. María del Rosario González de Lemos. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 34827 (2011, mayo 19). Casación. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 34991 (2011, octubre 26). Casación. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 36433 (2011, agosto 9). Casación. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 41109 (2013, octubre 9). Casación. M.P. Eugenio Fernández Carlier. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Auto 43926 (2015, mayo 25). Casación. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.
- Avella, P. O. (2007). *Estructura del proceso penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Bedoya, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Forenses.
- Bedoya, L. F. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral*. Medellín: COMLIBROS.
- Bernal, J. & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal, fundamentos constitucionales y teoría general* (vol. I, 6 ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bujosa, L. M. (2008). La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio. *Revista Electrónica Pensamiento Jurídico de la Universidad Nacional*, 21, 53-82. Recuperado de http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38186/pdf_204
- Camargo, P. P. (2005). *El debido proceso*. Bogotá: Leyer.
- Carocca, A. (1997). *Garantía constitucional de la defensa procesal* (1 ed.). Barcelona: J. M. Bosch.
- Caso Douglas vs. Alabama (1965), 380 U.S. 415. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/415/>
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999, mayo 30). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- Caso Maryland vs. Craig (1990), 497 U.S. 836. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supct/html/89-478.ZS.html>

- Caso Jesse Elliott Douglas *vs.* State of Alabama, 347 U.S. 415 (1965). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/380/415>
- Caso El Pueblo de Puerto Rico *vs.* Víctor González Vega (1999). Número del Caso: CC-97-126. Certiorari: 99 TSPR21. Juez Ponente: Brau Ramírez. Tribunal Supremo de Puerto Rico. Recuperado de <http://www.ramajudicial.pr/opiniones/1999/99tspr21.pdf>
- Congreso de la República (2002). Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara. Por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política. *Gaceta de Congreso* No. 134, 26 de abril de 2002.
- Congreso de la República (2003). Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 01 de 2003 Senado. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Congreso de la República de Colombia, *Gaceta del Congreso* No. 564, 31 de octubre de 2003.
- Congreso de la República (2010). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado. Por medio de la cual se reforman el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Gaceta del Congreso* No. 850, 03 de noviembre de 2010.
- Congreso de la República (2010). Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Gaceta de Congreso* No. 737, octubre de 2010.
- Congreso de la República (2015). Proyecto de reforma que propone la Fiscalía General de la Nación. Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República de Colombia. Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/VERSI%C3%93N-DE-REFORMA-PARA-RADICAR-15-de-abril-de-2015.pdf>
- Council of Europe (2010). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Strasbourg: European Court of Human Rights. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Constitución política (1991). Congreso de la República de Colombia. Colombia.
- Chiesa, E. L. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio* (T. II, 1 ed.). USA: FTS.
- Chiesa, E. L. (2008a). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y de Estados Unidos* (Vol. 1.). Bogotá: Forum.
- Chiesa, E. L. (2008b). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y de Estados Unidos* (Vol. 3.). Puerto Rico: Forum.
- Devis, H. (2006). *Teoría general de la prueba judicial* (T. I, 5 ed.). Bogotá: Temis.

- Estados Americanos (1969). Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
- Estados Unidos de América. Constitución de los Estados Unidos de América (1787). Convención de Filadelfia, septiembre de 1787.
- Federal Rules of Evidence. Pub. L. 93-595, §1 (1975). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>
- Fernández, J. (1998). *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. Bogotá: Leyer.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al.). Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (5 ed.). Madrid: Trotta.
- Fierro, H. (2006). *La prueba en el derecho penal. Sistema acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Gimeno, V. (1993). *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gobierno de Puerto Rico. (1952). Constitución del Estado libre asociado de Puerto Rico, julio de 1952.
- Gómez, J. L. (2010). *Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso del siglo XXI*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Gómez, J. L. (2015). *Fundamentos del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- González, A. (2011). *El juicio en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- Granados, J. (1996) *El sistema penal acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Guastini, R. (2001). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En R. Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional* (pp. 153-183). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guerrero, O. J. (2006). El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 1047-1069. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30343/27389>
- Guerrero, O. J. (2015). *Institutos probatorios del nuevo proceso penal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Herrera, E. & Cortés J. (2011). *Prueba ilícita y prueba ilegal: criterios de diferenciación* (tesis de maestría). Universidad Libre, Bogotá D.C. Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6072/HerreraAldanaElizabeth2011.pdf?sequence=1>

- Jaén, M. (2000). *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ley 1453 de 2011. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Diario Oficial* No. 48.110. Congreso de la República de Colombia, junio de 2011.
- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. *Diario Oficial* No.48.128. Congreso de la República, julio de 2011.
- Ley 1652 de 2013. 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. *Diario Oficial* No. 48.849, Congreso de la República, julio de 2013.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* No.44.097. Congreso de la República, julio de 2000.
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* No.45.658. Congreso de la República, septiembre de 2004.
- Marín, R. (2005). *Sistema acusatorio y prueba*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano. Sistema acusatorio*. Bogotá: Temis.
- McCormick, Ch. (1954). *Handbook of the Law of Evidence*. St. Paul: West Publishing Co.
- Miranda, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch.
- Molina, R. (2010). El debido proceso penal en Colombia y España. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, núm. 112, enero-junio, 2010, pp. 15-42. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=151416945002>
- Montero, J., Gómez, J. L., Barona, S. Esparza, I. & Etxeberría, J. F. (2017). *Derecho jurisdiccional* (T. III, Proceso Penal, 25 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morales, G. (2014). *Ciencia de las pruebas penales. Sistema acusatorio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Mueller, Ch. B. (1992). *Post-modern hearsay reform: the importance of the complexity*. *Minnesota Law Review*, 76, 367-423.
- Naciones Unidas (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

- Naciones Unidas (2002). Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Recuperado de http://prote2.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DER_NINO-PROSTITUCION.pdf
- Park, R. C. (1992). *Foreword: the hearsay reform conference. The new wave of hearsay reform scholarship. Minnesota Law Review*, 76, 363-366.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio* (10 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Ramírez, F. (2006). Postulados del sistema penal de Estados Unidos y prueba pericial comparada. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, 16, 75-96.
- Reglas de evidencia de Puerto Rico (2009). Recuperado de http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26-09/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf
- Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico (1979). Recuperado de <http://www.lexjuris.com/lexlex/lexevide.htm>
- Reyes, Y. (2008). La prueba de referencia y el testimonio de oídas. En: R. Posada Maya (Coord.): *Temas de Derecho Penal* (pp. 371-388). Bogotá: Universidad de los Andes-Editorial Temis.
- Roxin, Claus. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sentencia STC 80 (1986, junio 17). BOE núm. 159, de 04 de julio de 1986. Recurso de amparo núm. 679/1985. P. Eugenio Díaz Eimil. Sala Primera. Tribunal Constitucional.
- Sentencia STC 217 (1989, diciembre 21). BOE núm. 10, de 11 de enero de 1990. Recurso de amparo núm. 1.036/1987. P. Vicente Gimeno Sendra. Sala Primera. Tribunal Constitucional.
- Sentencia 75 STC (2013, abril 8). BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013. Recurso de amparo núm. 1771-2011. P. Adela Asúa Batarrita. Sala Primera. Tribunal Constitucional.
- Sentencia STC No. 187 (2003, octubre 27). BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003. Recurso de amparo núm. 1069/99. P. Pablo García Manzano. Tribunal Constitucional. Sala Primera.
- Sentencia STS No. 332 (2006, marzo 14). Recurso de casación. P. Francisco Monterde Ferrer. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sala Segunda. Recuperado de <http://supremo.vlex.es/vid/abuso-sexual-testigo-refetencia-as-20549661>
- Sentencia T-406 (1992, junio 5). Acción de tutela. M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional.
- Sentencia C-127 (1993, marzo 30). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.

- Sentencia C-038 (1995, febrero 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional.
- Sentencia T-123 (1995, marzo 21). Acción de tutela. M.P. Eduardo C. Muñoz. Corte Constitucional.
- Sentencia C-591 (2005, junio 9). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional.
- Sentencia C-144 (2010, marzo 3). Demanda de Inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.
- Sentencia 17629 (2009, octubre 07). M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sección Tercera. Consejo de Estado.
- Sentencia 24468 (2006, marzo 30). Casación. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 25920 (2007, febrero 21). Casación. M.P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 26411 (2007, noviembre 8). Casación. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 27477 (2008, marzo 6). Casación. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 29609 (2008, septiembre 17). Casación. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 31950 (2009, agosto 19). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 32868 (2010, marzo 10). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 32872 (2010, febrero 24). Fallo de segunda instancia. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33621 (2010, marzo 10). Casación. M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 33651 (2011, mayo 18). Casación. M.P. Javier Zapata Ortiz. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 36023 (2011, septiembre 21). Casación. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 34703 (2011, diciembre 14). Casación. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.

- Sentencia T-117 (2013, marzo 07). Acción de tutela. M.P. Alexei Julio Estrada. Corte Constitucional.
- Sentencia 38773 (2013, febrero 27). Casación. M.P. María del Rosario González Muñoz. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 36518 (2013, octubre 9). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 34131 (2014, julio 2). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 44056 (28 de octubre, 2015). Casación. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.
- Sentencia 41712 (2016, febrero 24). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 43866 (2016, marzo 16). Casación. M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 47124 (2016, julio 13). Casación. M.P. Eyder Patiño Cabrera. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia.
- Suárez, A. (1998). *Los principios rectores y su relación con la prueba en el nuevo Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Universidad el Externado de Colombia.
- Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad. Derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.
- Urbano, J. J. (2012). *La nueva estructura probatoria del derecho procesal* (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Van Kessel, G. (1998). Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach, *Hastings Law Journal*, 49, 447-544.
- Velásquez, F. (1987). *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*. Bogotá: Temis.
- Velayos, M. I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal*. Valencia: Universidad de Alicante- Tirant Monografías.
- Vélez, E. (2010). *La prueba de referencia y sus excepciones*. San Juan de Puerto Rico: Inter Juris.
- Villamil, E. (1999). *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Wigmore, J. H. (1904). *A treatise on the system of evidence in trials at common law: including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*. Boston: Little, Brown, cuatro Vols.
- Younes, D. (1993). *Derecho constitucional colombiano* (3 ed.). Bogotá: Legis.