

**VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS PROBATORIOS PENALES AL ADMITIRSE COMO
PRUEBA DE REFERENCIA LOS TESTIMONIOS DE MENORES DE EDAD EN
DELITOS SEXUALES**

JAIME ALBERTO DUQUE MOLINA – 71.877.286

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
Y UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN
2012

**VIOLACIÓN DE PRINCIPIOS PROBATORIOS PENALES AL ADMITIRSE COMO
PRUEBA DE REFERENCIA LOS TESTIMONIOS DE MENORES DE EDAD EN
DELITOS SEXUALES**

JAIME ALBERTO DUQUE MOLINA – 71.877.286

Monografía presentada como requisito para optar al título de
Especialista en Derecho Probatorio Penal

Director
CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE
Abogado

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA CATÓLICA DEL NORTE
Y UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN
2012

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	8
1. PRINCIPIOS RECTORES	12
1.1 PERSPECTIVA FORMAL	13
1.2 PERSPECTIVA MATERIAL	14
1.3 CARÁCTER PREVALENTE DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	15
1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN	16
1.4.1 Principios rectores de humanidad.	19
1.4.2 Principios rectores de garantía o de legalidad del proceso.	20
1.4.2.1 Principio de juez natural.	21
1.4.2.2 Principios rectores de defensa.	22
1.4.3 Principios rectores de funcionalidad.	22
1.4.4 Principios rectores relacionados con la prueba.	22
1.5 PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN	22
1.5.1 Orígenes históricos.	23
1.5.2 Desarrollo Normativo.	24
1.5.3 Controversias de las pruebas.	24
1.5.4 Extensión a los sujetos procesales.	31
1.6 PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN	32
1.6.1 Desarrollo normativo.	33
1.7 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN	44
1.7.1 Contenido y alcance.	47
1.8 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	50
1.8.1 Fundamentos históricos.	52
1.8.2 Consagración positiva.	53

1.8.3 Desarrollo en las etapas del proceso.	54
1.8.4 Excepciones.	58
2. LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO	60
2.1 PRUEBA TESTIMONIAL	60
2.1.1 Testimonio de Adultos.	62
2.1.2 Testimonio de menores.	63
2.2 PRUEBA PERICIAL	71
2.3 PRUEBA DOCUMENTAL	78
2.4 PRUEBA DE REFERENCIA	81
2.4.1 Concepto.	83
2.4.2 Desarrollo normativo.	84
2.4.3 Desarrollo jurisprudencial.	86
3. INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	101
3.1 ORIGEN NORMATIVO Y DESARROLLO LEGAL	105
3.2 CONCEPTO DE REVICTIMIZACIÓN	111
3.3 PROTOCOLOS PARA REALIZAR ENTREVISTAS A MENORES DE EDAD	118
3.3.1 Entrevista en cámara Gessell.	120
4. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES AL ADMITIRSE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN MENORES DE EDAD	125
4.1 PONDERACIÓN DE INTERESES ACUSADO VR INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS	127
5. CONCLUSIONES	129
BIBLIOGRAFÍA	131
CIBERGRAFIA	133

RESUMEN

Al estar en vigencia el sistema penal oral acusatorio en todo el territorio nacional, el cual de manera gradual se implementó desde el año 2005 por regiones, lo cierto es que en la práctica y en la medida que avanza, se han sentado posturas en la interpretación de normas que lo regulan, entre ellas los derechos y garantías procesales que asisten a los acusados y a las víctimas.

El esfuerzo consiste en radicar que en lo que tiene que ver con las pruebas, hay principios y garantías que no se pueden desconocer, como los de contradicción, concentración, inmediación y publicidad.

El principio de contradicción ha de entenderse como la capacidad que tienen un sujeto procesal de controvertir tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios presentados por las partes en el desarrollo del juicio oral; en lo que se refiere al principio de concentración tiene que ver que todo ese desarrollo probatorio se realice en una sola audiencia de manera que el juez no pierda interés en el asunto, o la desatienda por poner su atención en otros casos; de ahí que vaya de la mano con el principio de inmediación en el sentido que el juez solo dará valor a las pruebas que se hayan desarrollado ante él en el juicio y se hayan controvertido, además en presencia de las partes intervinientes y con presencia del público, cumpliéndose el principio de la publicidad.

Ahora nuestro sistema procesal penal vigente con tendencia acusatoria implementó varios medios de prueba, así se enlistan en el artículo 382 al indicar que son medios de conocimiento la prueba documental, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico, y en lo que toca con los testigos, estos solo podrán declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión

de observar o percibir, de ahí que en el desarrollo del interrogatorio, una de las causales de objetar una pregunta es que responda por hechos que no conozca, sea decir el testimonio de oídas o prueba de referencia. Pero toda norma tiene su excepción y a partir del artículo 437 al 441 de la misma obra procedimental se regla en que eventos se puede admitir en el juicio los testimonios de oídas, y se funda cuando el testigo ha perdido la memoria, padece una enfermedad grave que le impida declarar, ha fallecido, o ha sido víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada, o evento similar, y por evento similar por vía jurisprudencial ha interpretado la Corte Suprema de Justicia, la no disponibilidad del testigo para acudir al juicio oral, bien porque se desconoce su paradero, lo han ocultado, resistencia a acudir al juicio por sentir temor por su vida, al estar amenazado o los hechos que pueden afectarlo emocionalmente al recordar episodios del pasado.

Existe una situación que merece toda la atención por parte de los jueces, fiscales, abogados defensores, ministerio público, representantes de las víctimas, y es lo que toca con los testimonios de menores de edad en los juicios orales y que estos sean víctimas de delitos sexuales. Exponerlos a un interrogatorio directo o un contrainterrogatorio, va en contravía de sus derechos, se les revictimizaría por parte del aparato judicial, fuera de las secuelas dejadas por la ocurrencia del hecho delictivo que en forma desagradable vivieron, esas experiencias los marca emocionalmente, de ahí que la comunidad internacional y el Estado Colombiano consagren derechos que tienen mayor prevalencia en cabeza de los niños, niñas y adolescentes, en proteger su dignidad humana, su intimidad, su integridad psíquica y se han buscado alternativas para evitarlo, son ellas: no enfrentarlos directamente con sus victimarios, que sus testimonios se realicen a puerta cerrada, en la medida de lo posible utilizado medios tecnológicos como circuitos cerrados de televisión, que los interrogatorios se hagan por intermedio de un profesional de la Defensoría de Familia, o un psicólogo, las cuales no deben menoscabar su personalidad, igualmente ante la renuencia de no acudir al juicio para no recordar hechos, o los adultos los escondan, o se desconozca su

paradero. Es una de las razones para que las declaraciones vertidas por fuera del juicio oral ingresen como prueba de referencia, y de los análisis sobre él realizados, como opiniones periciales, reconocimientos médicos o cambios en su comportamiento que observen sus padres, profesores, ingresarían al juicio como prueba directa, por que han percibido directamente un comportamiento relacionado con el hecho a investigar.

Los testimonios entonces rendidos por los menores por fuera del juicio oral y cuando ingresan al juicio como prueba de referencia por intermedio de testigos de acreditación que hayan recolectado las entrevistas, claro que si vulneran los principios procesales de contradicción, no hay forma de ejercer el derecho de defensa en forma plena, por demás la inmediación también se afecta, el juez entraría a valorar una prueba que no se realizó ante él, se hizo por fuera del juicio oral; el principio de concentración se afecta, no se vertió dicho testimonio dentro de la audiencia, y por demás la versión del menor, al no darse dentro del juicio y en presencia de la comunidad, resquebraja el principio de la publicidad. Pero como los intereses de los menores prevalecen, deben estos ceder en aras de garantizarlos, el interés superior de niños, niñas y adolescentes no solo por disposición constitucional y legal, sino también en cumplimiento de los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado Colombiano en defensa de los menores y de las formas y procedimientos que se deben adoptar en los procesos impulsados por causas criminales donde sean víctimas directas de agresiones sexuales, maltrato infantil, entre otros.

INTRODUCCIÓN

Con la implementación del sistema acusatorio en Colombia y al entrar en vigencia en todo el territorio nacional la Ley 906 del 2004, sistema que goza de múltiples garantías procesales, en especial en lo que tiene que ver con la prueba, se aseguran para el investigado, así como a la comunidad misma los principios procesales de dignidad humana, prelación de los tratados internacionales, imparcialidad, oralidad, contradicción, inmediación, concentración y publicidad, los cuales en el desarrollo de toda la actuación deben ser acatados, significa entonces que desde la indagación hasta el juicio con su respectiva sentencia bien sea condenatoria o absolutoria son de absoluta observación y protección.

También ha de destacarse que al implementarse el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, sin varias las disposiciones en materia procesal penal que allí se introdujeron y que de manera muy directa influyen dentro de las reglas procesales en la Ley 906 del 2004, en especial en todas aquellas actuaciones donde intervengan menores de edad, bien como investigados, bien como víctimas o testigos dentro de las causas penales.

La ley 1098 del 2006 (Sistema de Responsabilidad Penal Para Adolescentes) en lo que toca con procedimientos especiales cuando los niños, niñas o adolescentes son víctimas de delitos, consagra para ellos unos derechos fundamentales que tienen mayor prelación sobre los procesos seguidos donde sean víctimas personas adultas, uno de ellos es la no revictimización, todo ello se desarrolla a partir del artículo 139 al 200 de dicha ley.

Entre esas garantías hay normatividad con prohibición legal de exponer a los menores de edad ante sus victimarios en los desarrollos de los juicios orales, al igual que las partes ya sea acusadora, defensa, o el mismo juez a interrogarlos directamente e insta a todos los funcionarios judiciales en no revictimizar a los

menores en la practicas de diligencias, como son las entrevistas, reconocimiento médicos, valoraciones psicológicas, entre otras, medios que necesariamente se deben evacuar al interior de cada una de las fases del proceso (indagación e investigación), pero en la práctica del juicio oral donde se requiere el testimonio del niño, niña o adolescente éste se revictimizaría al indagarle por aspectos objeto de investigación, como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, es llevar la mente del menor a recordar esos episodios desagradables en aras de brindarle al juez ese conocimiento directo para apreciar su testimonio. Ante ésta situación de recordación desagradable es que el legislador entró a proteger los intereses del menor, es donde se acude a la admisión de la prueba de referencia para incorporar su versión por intermedio del funcionario que haya realizado la entrevista en el desarrollo del juicio, o en los casos cuando el menor no se encuentre disponible para asistir al juicio, por que los padres lo oculten, se desconozca su paradero, no haya superado el episodio objeto de juzgamiento y de declarar se menoscabaría su integridad personal tanto síquica como fisiológica.

Se cuestiona entonces, bajo el principio de no revictimización a un menor de edad al requerir su testimonio en juicio, se sacrifican otros principios procesales que tienen que ver con la prueba misma, son los de contradicción, inmediatez, concentración y publicidad que también son de peso y asistencia a los procesados en aras de no vulnerar el debido proceso que asiste a cualquier ciudadano del común.

La Corte Suprema de Justicia por vía jurisprudencial viene a salvar los derechos y garantías de los menores en establecer que en ciertas circunstancias las manifestaciones hechas por menores de edad ante peritos, padres, o testigos en ciertos eventos se toma como prueba directa, ni siquiera como prueba de referencia, situación que debe ser analizada muy minuciosamente por el fallador, ya que al menor en ocasiones no se le puede interrogar directamente en el juicio y

el interés superior del niño debe de prevalecer ante muchas actuaciones judiciales.

Por lo general en este tipo de delitos (agresiones sexuales) no hay testigos directos, solo lo presencian víctima y victimario, de ahí que los valores de verdad, justicia y reparación son de mayor peso en niños, niñas y adolescentes, y en cuestiones probatorias deben ceder ciertos derechos y garantías del acusado, y una forma es admitir las versiones rendidas por fuera del juicio oral como prueba de referencia, y opiniones periciales como prueba directa, situación que así ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias de casación y que serán objeto de desarrollo en la monografía.

Se quiere dejar claridad, que al admitirse como prueba de referencia las deponencias de los menores de edad en los juicios orales para no revictimizarlos, la única consecuencia perjudicial que se presentaría si ello no fuere por este medio, es la vulneración de los derechos y garantías de los niños, al desconocer el interés superior de ellos en sus derechos, y acudir en oportunidades a la admisión de la prueba de referencia que se desarrolla a partir del artículo 437 al 441 el C. P .Penal, así se afectan los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad, deben ceder estos en parte en aras de salvaguardar los intereses de los menores tal como se consagra en el artículo 44 de la C. Política, inciso final. Tampoco el acusado queda desvalido de sus garantías, el juez debe ser muy cauto en analizar y valorar todos los medios de prueba arrimados en audiencia, y en la medida de lo posible no restringirlos de manera abrupta y ello es así, que el legislador dispuso que una sentencia condenatoria no debe basarse solo en prueba de referencia, de ahí que el ente acusador debe ser muy diligente en arrimar fuera de la prueba de referencia, también prueba directa para lograr su cometido constitucional.

Si bien la Corte Suprema de Justicia mediante sentencias de casación ha incorporado por vía jurisprudencial que las versiones suministradas por los menores de edad a médicos legistas, psicólogos y psiquiatras forenses no se les tomaría como prueba de referencia, sino como prueba directa, al igual que versiones aportadas a padres, profesores, hay eventos, como las entrevistas en cámara Gesell o entrevistas clínicas implementadas mediante protocolos para víctimas menores de edad de abuso sexual, entrarían estos testimonios como prueba de referencia.

Se tendrá una mediana claridad en esta monografía de los principios de contradicción, inmediación, concentración y publicidad relacionados con la prueba bajo el sistema de la Ley 906 del 2004; así como la normatividad desarrollada en la Ley 1098 del 2006 donde se entra a proteger el interés superior de los menores de edad en las actuaciones penales; se desarrollará todo lo relacionado con la normatividad que regla la prueba de referencia dentro de Ley 906 del 2004 y sus requisitos para admitirla y su desarrollo por vía jurisprudencial donde la Corte Suprema de Justicia ha adoptado cuando se trate de víctimas menores de edad en delitos sexuales la prueba de referencia cuando no hay disponibilidad de acudir con el niño víctima al juicio o de los análisis realizados por profesionales en sus dictámenes, se valorará su testimonio como prueba directa.

1. PRINCIPIOS RECTORES

La corriente positivista de los principios, históricamente han inspirado u orientado determinadas legislaciones; en la corriente iusnaturalista, los principios son postulados universales y eternos de justicia y en los desarrollos normativos han alcanzado una posición donde son superiores a los ordenes positivos internos, teniendo un valor sobre y dentro de las normas bien de carácter constitucional cuando se debe hacer ponderaciones. Al final son la razón suprema y el espíritu de su creación, ellos deben desencadenar en todo el ordenamiento jurídico y deben fundarse en la naturaleza del hombre con tendencia a perfeccionar su individualidad en todos los aspectos de la vida, tienen los principios validez universal y han surgido en diversos momentos históricos acorde a la realidad social del período en que actúa el ser humano.

Los principios son antecesores de la norma jurídica, se empezaron a decantar como juicios de valor que rodeaban la conducta humana en especial en las relaciones intersubjetivas y es ahí donde se positivaron sirviendo de fundamento para su creación, pero además los jueces se deben inspirar en ellos para resolver problemas jurídicos.

Según LEGAZ Y LAGAMBRA¹, “el derecho brota, mana de los principios generales, porque viene de ellos, está poseído por ellos. Pero evidentemente, estos principios no son tampoco radicalmente lo último... Los principios generales del derecho constituyen la capa más profunda de la dimensión normativa del derecho: pero la realidad última del derecho no es normatividad. La normatividad – lo mismo si es positiva como iusnaturalista - es la formulación intelectual en lo que se lee en la “naturaleza de las cosas”; no es olvidando que las “cosas” de que se trata son también situaciones humanas históricas en reciproca interferencia”.

¹ LUIS LEGAZ Y LAGAMBRA, Filosofía del Derecho. Edit. Bosch, 1953, pág. 400.

Los Estados bien por constituyentes primarios, o por delegación legislativa han adoptado en sus cartas magnas principios inspiradores en su desarrollo, mismos que harán parte de determinadas ramas del derecho, como la laboral, penal, administrativa, civil, tanto en el orden sustantivo o procedimental, pero direccionando el tema, hemos de abarcar el procedimiento penal y debemos mirarlos desde dos ópticas, una formal y otra material.

1.1 PERSPECTIVA FORMAL

Carlos Mario Molina Arrubla en su texto *Fundamentos del Derecho Procesal Penal*², indicó: “Desarrollando las ideas y /o explicaciones ofrecidas desde el punto de vista puramente idiomático, podríamos predicar que los “Principios”, en el mundo del derecho, son las inferencias generalizantes que practica la doctrina y /o jurisprudencia, en torno a los temas fundamentales del derecho. Son aquellos enunciados que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado ámbito del saber y que, desde un punto de vista lógico, equivalen a las verdades fundamentales de un sistema de conocimientos admitidos como tales por ser evidentes o por haber sido comprobados.”

Por otra parte Fernández Carrasquilla³ se podría decir que los principios rectores son, en términos generales, decantaciones que elabora la doctrina a partir del examen inductivo de las distintas instituciones penales, ampliados y consolidados a veces por el derecho comparado: son pautas superiores y abstractas, generales e inductivas, en que descansan las diversas normas e instituciones del derecho penal positivo y que los doctrinantes proponen como guías para la interpretación

² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Leyer, Bogotá 2002. Pág. 12.

³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Editorial Temis, Bogotá, 1982. 1ª ed. Págs. 339-340.

de las mismas. Ello facilita la tarea interpretativa y la dotan de mayor inteligibilidad y armonía sistemática.

1.2 PERSPECTIVA MATERIAL

Una diferenciación de importancia para marcar es tener claridad sobre el concepto de norma jurídica y principio rector, la primera siempre será de creación legal, su cumplimiento será de carácter forzoso y el juez siempre la deberá acoger; los principios son ideales de un conglomerado social y doctrinal, serán vinculantes acorde al nivel de aceptación que tenga al interior de la norma con capacidad de convicción al momento de interpretarlo.

Volviendo con CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA⁴ sobre dicha diferenciación indica, mientras la norma jurídica vincula al intérprete, acoja o no al contenido, sentido y/o alcance de la misma ley porque es ley; el principio no opera así, pues puede o no puede ser acogido. Y si es acogimiento o no dependerá de que el respectivo intérprete se sienta vinculado por el mismo. Mientras la existencia y vigencia de la norma jurídica reporta (debiera reportar) seguridad y certeza jurídica, el principio es una mera herramienta de interpretación de la ley vigente, que puede o no puede ser utilizado por el interprete, dependiendo de lo que acoja o no, de lo que le parezca valido o no...

...Bajo esta forma de razonar, lo que si se podría predicar es que son (o pueden ser) múltiples los principios que rigen una determinada ciencia o disciplina. Y que, en el caso de derecho, y concretamente del derecho penal, todavía más específicamente, en el terreno del derecho procesal penal, pueden (como de hecho lo son) ser numerosos los principios elaborados, construidos o decantados por los pensadores, los filósofos, los doctrinantes, no solo en orden a fundamentar un sistema de ideas coherente en lo que aplicación de la ley (procesal) penal se

⁴ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. ob. y ed. Cits., pág. 13.

refieren sino a orientar la implementación de sus instituciones, procedimientos o mecanismos, en el mundo fenoménico. No obstante, de que ello sea así, no se sigue que todos esos principios hayan sido acogidos por el legislador, elevándolos a categorías de normas jurídicas rectoras de este específico campo del saber⁵”.

La mayoría de los pensadores si han concebido que primero fueron los principios y posteriormente existieron las normas, ellos como reguladores y orientadores de la conducta humana y si bien nuestro código procesal penal vigente (Ley 906 del 2004), así como el código penal (ley 599 del 2000), en sí, enlistan una serie de principios, lo cierto es que no están en su totalidad todos los que deberían estar, es criterio del legislador incluirlos, y si éste no los mencionó, existen normas de carácter internacional que harían parte del bloque de constitucionalidad de imperativo cumplimiento de donde se agotaría su inclusión en caso de ser necesario.

1.3 CARÁCTER PREVALENTE DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Las normas contenidas en el título preliminar de la Ley 906 del 2004, como dignidad humana, libertad, prelación de los tratados internaciones, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia, defensa, oralidad, actuación procesal, derechos de las víctimas, lealtad, gratuidad, intimidad, contradicción, intermediación, concentración, publicidad, juez natural, doble instancia, cosa juzgada, restablecimiento del derecho, clausula de exclusión, ámbito de la jurisdicción penal, integración, prevalencia y moduladores de la actividad procesal,

⁵ De hecho, y por situar tan solo un ejemplo, cuando Beling se ocupa de relacionar los “principios generales del proceso penal”, si bien es cierto que enuncia algunos harto conocidos y acogidos en nuestro medio, como los de igualdad, la publicidad y la independencia judicial, no es menos cierto que incluye otros no tan manidos como los del principio acusatorio, el principio de oportunidad, el principio de la investigación de la verdad material, el principio de intermediación obligatoria en la práctica de las pruebas, etc. Ello, por tanto, para demostrar que no se agota en el listado que trae el Título Preliminar de los principios rectores y garantías procesales, la totalidad de los principios rectores que pueden iluminar esta materia.

son instrumentos que rigen y gobiernan el procedimiento penal, si en determinado momento histórico fueron ideales por alcanzar del individuo, ahora positivados son de obligatorio cumplimiento dado que prevalecen sobre cualquier otra disposición del código y servirán de fundamento para su interpretación.

Se han convertido en verdaderas normas jurídicas de carácter vinculante, de obligatorio cumplimiento por parte de todos los operadores judiciales, así como de las partes, se garantiza así la legalidad en todo el procedimiento. Por demás en caso de presentarse un conflicto entre disposiciones del mismo código o principios, se debe dar preferencial aplicación a los principios rectores, para concluir con todo ello que los principios sirven de fundamento para interpretar las disposiciones del código procesal penal en especial en su operatividad.

1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Basta con leer el artículo 26 de la Ley 906 del 2004, donde indica que las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de dicho código, además que serán utilizadas como fundamento de interpretación.

Significativo es transcribir lo consignado en el referido art. 26 por parte de Mario Arboleda Vallejo⁶: *“Valga precisar que la preponderancia de los principios normativos sobre las restantes normas del sistema responde por lo tanto a la prevalencia de lo principal, o sea de lo que es primero y superior. Y dado que lo que propiamente instauran los principios son ciertos valores, el gobierno de los principios es entonces el dominio de los valores superiores. De esta manera, podría incluso llegar a decirse que la expresión “principios rectores” es cuando se habla de normas, algo reiterativa, pues la “principalía” es ya un predominio y éste se halla igualmente mencionado por la “rectoría” del principio.*

⁶ ARBOLEDA VALLEJO; Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal. Editorial Leyer. Bogotá, 2008. Pág. 223.

Colombia, un Estado social y democrático de derecho ha adoptado en el Código de Procedimiento Penal un listado de principios y garantías procesales , uniéndose también a otros Estados no solo del continente americano, sino también de naciones europeas, donde se erigen las reglas del juego dentro del proceso penal donde se delimitan los poderes punitivos estatales en aras de no ser avasalladores, sino por el contrario garantes y protectores de los derechos del individuo inmerso en una investigación penal, no solo como investigado, sino también cuando interviene como víctima”.

De nuevo con CARLOS MARIO MOLINA ARRUBA⁷ expresa en su libro Fundamentos del Derecho Procesal Penal lo que hacen los códigos procesales penales: “reglamentar la forma, términos y condiciones, al amparo y con sujeción a los cuales habrá de adelantarse el o un proceso penal, fijando competencias y atribuciones; etapas, estadios o eventos al interior del proceso; y, muy especialmente, facultades, derechos, prerrogativas, tanto del Estado como del individuo-procesado. El proceso penal, por ende, es un juego de contradicciones (entre la acusación y la defensa) que debe enmarcarse dentro de claras, precisas y, obviamente, preestablecidas reglas, al amparo y con estricta sujeción a las cuales debe desplegarse la actuación de cada uno de los intervinientes, siempre en búsqueda de un proyecto común de verdad (que es, finalmente, lo que interesa, o le debe interesar, al derecho penal: la búsqueda de la verdad real o material, y no una meramente formal, como acontece en otros ordenamientos jurídicos)”.

El constituyente colombiano consideró consagrar varios derechos y garantías fundamentales en nuestra carta fundamental, luego el legislador al expedir los códigos procesales igual entró a considerar una serie de principios rectores tanto en el campo sustancial como en el procedimental, principios que han sido también

⁷ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. ob. y ed. Cits., Pág. 21

concebidos en instrumentos internacionales bien de primera, segunda o tercera generación.

La ley 906 del 2004, en su título preliminar organizó de manera sistemática los principios rectores y garantías procesales descritos desde el artículo 1º al 27, dando mayor valor axiológico al principio de dignidad humana, significando ello que el ser humano durante toda actuación debe ser tratado con todo respeto dada su condición humana, e igual el hombre no debe ser un instrumento para los objetivos del procedimiento penal sino un fin en sí mismo para el respecto de su dignidad. Luego contempla el principio de la libertad planteando que su restricción solo obedecerá en situaciones excepcionales con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

El principio de prelación de los tratados internacionales conlleva a integrar la legislación nacional con los tratados y convenios ratificados por Colombia, ello en procura a que toda actuación procesal se inspire en la eficiencia de acceder a una administración de justicia con respeto y sujeción a las normas procedimentales no solo de los operadores jurídicos sino de los demás intervinientes en el proceso penal, prevaleciendo lo sustancial sobre lo formal y adjetivo.

El debido proceso contemplado en el artículo 29 de nuestra Carta Política debe inspirar toda actuación judicial y administrativa, además de concordarse con el artículo 228 donde priman las garantías fundamentales en materia procesal, tales como lealtad, legalidad, defensa, contradicción, publicidad, concentración, inmediación, oralidad, entre otros.

Los principios rectores enunciados en el título preliminar se clasifican en tres grupos: de fundamentación o justificación, de garantías y funcionales. Los primeros como función primordial son servir de fundamento o razón de ser del

proceso y procedimiento penal de ahí que el principio de humanidad debe acatarse durante toda la actividad procesal, así como el de libertad.

Dentro de los principios de garantía o legalidad del proceso, son los incluidos en el art. 29 de la Constitución Política, son varios los postulados allí contenidos y sobre los principios funcionales son axiomas que fundamentan y justifican el proceso penal.

1.4.1 Principios rectores de humanidad. No es extraño que en el desarrollo del proceso penal exista un choque de intereses entre el Estado y el individuo que afronta un proceso penal. Es el Estado quien tiene el monopolio de la persecución penal, le corresponde a él perseguir a los infractores de la ley penal y lograr una sentencia condenatoria, desvirtuando así la presunción de inocencia. Ahora, el investigado al enfrentarse a un gigante que posee todos los medios para privarlo de ciertos derechos y garantías, es donde el principio de humanidad ha alcanzado una serie de ideales con miras a limitar los poderes desmedrados del Estado, respetando al individuo en su personalidad, como ser humano que es, poseedor de derechos y garantías.

Dentro de los principios de humanidad que se consagran en la Ley 906 del 2004, tenemos el de Dignidad Humana, art. 1º, donde se indica que todos los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a su dignidad humana; también se consagra como principio de humanidad el de la libertad, artículo 2º postulado no solo definido en norma constitucional, sino también en tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, se prevé que toda persona tiene derecho a su libertad y no puede ser molestado en su persona ni privado de ella sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

El derecho de igualdad también hace parte de este grupo y se obliga a todos los servidores judiciales a hacerla efectiva de manera que todos los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal se les debe proteger, no debe mirarse la condición económica, física, mental o situaciones de debilidad manifiesta. Tampoco discriminación alguna por sexo, edad, condición social, profesión, origen nacional o familiar, lengua, credo o profesión religiosa, opinión política o filosófica.

Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad, no puede ser molestada en su vida privada. Garantía enunciada en el artículo 14 de la Ley 906 del 2004, de ahí que al Estado se le ponga límites en el momento de ordenar registros, allanamientos, búsqueda selectiva en base de datos, entre otros.

Novedoso es otro principio que se describe en el artículo 22 del C. P. Penal, no es en garantía del investigado, sino de las víctimas dentro del proceso penal, los perjudicados, el restablecimiento del derecho, es deber de la Fiscalía General de la Nación y de los jueces en adoptar todas aquellas medidas para hacer cesar los efectos dañinos causados por el delito, y que las cosas vuelvan a su estado anterior.

1.4.2 Principios rectores de garantía o de legalidad del proceso. El debido proceso en esta área, tiene toda su aplicación y desarrollo, en especial a la preexistencia de las normas al acto que se investiga y el procedimiento a aplicar, ante un juez o tribunal competente donde se tenga plena observancia de las formas que deben preceder el juicio, llamado legalidad, referido en el artículo 6º del C.P.P.

Al debido proceso le subyacen varios subprincipios, como son los de doble instancia⁸, y *reformatio in pejus*, cosa juzgada⁹ y clausula de exclusión¹⁰.

1.4.2.1 Principio de juez natural. Aparece en el escenario la preexistencia del juez, su competencia, el cual debe ser autónomo e independiente, sin intereses personales ni particulares en el caso, de ahí la figura de los impedimentos y las recusaciones, por ello cuando el artículo 6º del C.P. Penal expresa sobre la imparcialidad que en las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento todos los jueces se orientaran por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y justicia.

Pero a este principio también le subyacen otros, como los de **publicidad**, significa que la actuación procesal será pública, fuera de los intervinientes, acceden a ella los medios de comunicación y la comunidad en general; **principio de inmediatez** es la relación del juez con la prueba, y es que el juez únicamente estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante su conocimiento; en el artículo 24 de la Ley 906 del 2004, se consagra otro nuevo principio **del ámbito de la jurisdicción penal** y en él se expresa que en las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamientos por las conductas punibles previstas en la ley penal como delitos, serán adelantadas por los

⁸ Art. 20 del C. P. Penal. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecte la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código, serán susceptibles del recurso de apelación. El superior no podrá agravar la situación del apelante único.

⁹ Art. 21 del C. P. Penal. La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones de los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado Colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

¹⁰ Art. 23 del C. P. Penal. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia.

órganos y mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias.

1.4.2.2 Principios rectores de defensa. Principio de principios, desde los orígenes de la humanidad ha venido desarrollándose con mayor peso con el pasar de los tiempos, con suprema vigilancia, observación en la práctica, en la cátedra y jurisprudencia, se garantiza desde el inicio mismo de la investigación y en todas las etapas del proceso. De ahí que subprincipios como el de inocencia, contradicción, acceso a la justicia, gratuidad deben prevalecer al investigado, acusado o enjuiciado.

1.4.3 Principios rectores de funcionalidad. El principio de lealtad e integración normativa tienen su cuerpo en este grupo, así como la oralidad, actuación procesal, prevalencia de las normas rectoras y los moduladores de la actividad procesal.

1.4.4 Principios rectores relacionados con la prueba. Son todos aquellos que de una u otra forma fueron anteriormente mencionados, como los de contradicción, intermediación, concentración, publicidad, cláusula de exclusión y que serán abordados en el siguiente ítem.

1.5 PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Va de la mano con el derecho de defensa, significa que el indiciado, imputado o acusado bien por sí mismo o por intermedio de su abogado defensor puede entrar a controvertir las pruebas y las providencias, es necesario conocer el contenido de las pruebas y de las decisiones para hacer uso de esta garantía procesal, bien teniendo un perfil del testigo de cargo, el conocimiento sobre los hechos, y de las decisiones conocer el fundamento de las mismas para poder recurrirlas.

1.5.1 Orígenes históricos. Fue en la Declaración de Derechos del Primer Congreso de los Estados Unidos de América, donde efectuaron las primeras enmiendas a la Constitución Política de dicho Estado, en el artículo 6º se reglamentó que en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho "... de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le careé con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer los testigos que le favorezcan,...". Ello es inicio de un derecho de contradicción en el campo probatorio.

En diciembre 16 de 1966 la Asamblea General de la Naciones Unidas se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante resolución Nro. 2200 y de la cual Colombia la incorporó a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 74 de 1968 dando sobre este principio un campo más amplio no solo referente a las pruebas, sino también a las providencias judiciales, es así como en el literal e) ordinal 3º del artículo 14 donde se indica que toda persona durante el proceso tiene la facultad de "...interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargos y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada e incorporada en Colombia a través de la Ley 16 de 1972 en el ordinal 2º del artículo 8º sobre las garantías judiciales expresa que toda persona durante el proceso tiene derecho: "...f) *Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;...*"

El Derecho de contradicción ha hecho camino al ser incluido como una garantía fundamental en Constituciones Políticas, así como también varios Estados han suscrito convenios donde se obligan a incluirlo y que éste no versa sobre las pruebas, sino también sobre las providencias judiciales.

1.5.2 Desarrollo Normativo. El artículo 29 de nuestra Carta Fundamental lo consagra en su texto cuando indica: "...a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria...", pero tiene aun más desarrollo normativo en el artículo 15 de la Ley 906 del 2004 donde se consagra el derecho de contradicción en los siguientes términos: *"Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada...Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, debe suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado"*.

Este postulado solo se refiere al tema probatorio, no toca con las providencias judiciales, para ello sería de aplicación el principio de la doble instancia. Quiso el legislador que dicho principio se consagre y desarrolle no solo al interior del juicio oral, sino también cuando se presente la figura de las pruebas anticipadas y por demás obliga a la Fiscalía General de la Nación que en la audiencia de formulación de acusación se dé traslado de todos los elementos materiales probatorios que tenga en su poder a la defensa, de ahí parte ya el debido ejercicio de él para entrar a contradecir las pruebas.

1.5.3 Controversias de las pruebas. Son varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal donde se reglamentan situaciones atinentes al derecho de contradicción, veamos:

En el artículo 8º cuando refiere el derecho de defensa, y al adquirirse la calidad de imputado, son varias disposiciones que ratifican este derecho:

“... h) conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de tiempo modo y lugar.

i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;

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

A su vez el artículo 111 de la misma obra procedimental penal, en su literal f, donde se asigna funciones al Ministerio Público, durante la investigación, investigación y juzgamiento, debe procurar por el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa y en el literal g) lo faculta para participar en las audiencias cuando lo considere necesario acorde a las previsiones del código. Mírese que no solo es función del abogado defensor representar los intereses del investigado, sino también del Ministerio Público, facultado por ley también para controvertir pruebas y providencias en aquellos eventos que se afecten los derechos humanos y derechos fundamentales del procesado.

Por su parte la defensa le fueron asignados unos deberes y atribuciones especiales, mírese detenidamente el artículo 125 del C.P. Penal, modificado por la Ley 1142 del 2007 en su artículo 47:

“...2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.

3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.

5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.

6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral”.

Dentro de las audiencias preliminares, como el control de legalidad posterior, la defensa puede ejercer su derecho de contradicción en el evento que se haya formulado imputación, léase el párrafo del art. 237 del C.P. Penal: “... Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar”.

Cuando la Fiscalía solicita al Juez de control de garantías la imposición de una medida de aseguramiento, el abogado defensor del imputado en ésta etapa procesal bien puede controvertir los elementos del ente acusador que presenta al juez para decretarla.

Mírese el art. 306 de la obra procedimental penal, modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 de 2011: “El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente (subraya mía)”.

En la etapa que corresponde al juicio oral, desde la presentación del escrito de acusación, es donde verdaderamente se comienza a ejercer el derecho de contradicción, por cuanto el artículo 337 muestra las pautas para presentar el escrito de acusación se inicia el descubrimiento de las pruebas mediante un anexo al escrito donde se debe indicar los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación, la indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía; las declaraciones o deposiciones.

Luego en la audiencia de formulación de acusación a partir del artículo 344 al 346 se reglamenta todo lo atinente al inicio del descubrimiento probatorio, restricciones

al descubrimiento y las sanciones por el incumplimiento al deber de descubrimiento.¹¹

En la audiencia preparatoria debe el juez de conocimiento en el desarrollo de esta velar que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios por fuera de la audiencia de formulación de acusación haya quedado completo (art. 356 C. P. Penal, numeral 1º).

¹¹ **Artículo 344. inicio del descubrimiento.** Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.

Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba.

Artículo 345. Restricciones al descubrimiento de prueba. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.
4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

Parágrafo. En los casos contemplados en los numerales 4 y 5 del presente artículo, se procederá como se indica en el inciso 2o. del artículo 383 pero a las partes se les impondrá reserva sobre lo escuchado y discutido.

Artículo 346. Sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada.

Dentro del desarrollo del juicio oral, el artículo 378 del C.P. Penal refiere que las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.

En lo relacionado con el interrogatorio de los testigos y el ejercicio de contradicción, ello se reglamenta en los artículos 390, 391, 392, 393 y 395 del C.P. Penal.¹²

¹² **Artículo 390. Examen de los testigos.** Los testigos serán interrogados uno después del otro, en el orden establecido por la parte que los haya solicitado. Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa. Antes de iniciar el interrogatorio a un testigo, el juez le informará de los derechos previstos en la Constitución y la ley, y le exigirá el juramento en la forma señalada en el artículo anterior. Después pedirá que se identifique con sus nombres y apellidos y demás generales de ley.

Artículo 391. Interrogatorio cruzado del testigo. Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas.

En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de conainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo.

Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el conainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el redirecto y sujeto a las pautas del conainterrogatorio.

Artículo 392. Reglas sobre el interrogatorio. El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

- a) Toda pregunta versará sobre hechos específicos;
- b) El juez prohibirá toda pregunta sugestiva, capciosa o confusa;
- c) El juez prohibirá toda pregunta que tienda a ofender al testigo;
- d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos;
- e) El juez excluirá toda pregunta que no sea pertinente.

El juez intervendrá con el fin de que el interrogatorio sea leal y que las respuestas sean claras y precisas.

Artículo 393. Reglas sobre el conainterrogatorio. El conainterrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones:

- a) La finalidad del conainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado;

En lo que tiene que ver con la prueba pericial, el derecho de contradicción se ejerce en esta materia con el interrogatorio igual que con los testigos, lo novedoso lo contempla el art. 415 donde se ordena a la Fiscalía dar traslado del informe pericial a la contraparte con 5 días de antelación a la práctica del juicio oral: “Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”.

Con la prueba documental el derecho de contradicción también tiene plena vigencia basta con detenernos en el artículo 431 donde se lee: “Los documentos escritos serán leídos y exhibidos de modo que todos los intervinientes en la audiencia del juicio oral y público puedan conocer su forma y contenido. Los demás documentos serán exhibidos y proyectados por cualquier medio, para que sean conocidos por los intervinientes mencionados. Cuando se requiera, el experto respectivo lo explicará. Este podrá ser interrogado y conainterrogado como un perito”.

b) Para conainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral.

El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que éste determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores.

Artículo 395. Oposiciones durante el interrogatorio. La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.

Para concluir, en los alegatos de conclusión también se ejerce el derecho de contradicción, es un análisis de controversia de las pruebas presentadas por la fiscalía, el art. 443 regla esta etapa procedimental: “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado. Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriera la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados”.

1.5.4 Extensión a los sujetos procesales. Todos pensaríamos que el derecho de contradicción es único y exclusivo de la Defensa, pero este también es absoluto a todos y cada uno de los demás sujetos procesales acorde a la posición que cada cual asuma en el juicio, ello en aras de obtener la verdad material.

El representante del Ministerio Público no es un convalidado de piedra, bien puede solicitar pruebas, interrogar y ejercer también el derecho de contradicción. Lo mismo sucede con el abogado que represente a las víctimas, puede aportar pruebas y por intermedio de la Fiscalía ejercer su derecho de contradicción para el logro de su pretensión cual es que se declare responsable al acusado para luego iniciar el incidente de reparación integral. La misma Fiscalía en la etapa del juicio oral puede ejercer su derecho de contradicción a los medios probatorios que pretenda introducir la defensa. En el sistema acusatorio es la igualdad de armas la que debe velar durante todo el debate probatorio.

1.6 PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

El en sistema penal oral acusatorio el principio de la inmediación tiene una intensidad súper importante en el juicio oral, el cual debe ser público, concentrado, no es válida la comisión y es ante el juez que se debe desarrollar todo el debate probatorio, el sistema inquisitivo no tiene ninguna validez, donde se dirigía el proceso bajo pautas escritas y secretas.

Los romanos desde sus inicios dieron los primeros pasos para que los juicios se desarrollaran en forma oral, delante del público, se escuchaba a los testigos en público y delante del acusado y un magistrado era a quien se le entregaba toda la prueba para tomar una decisión en derecho.

La publicidad para Bentham “el alma de la justicia¹³”, se representa como fundamental instrumento de garantía para prevenir atrocidades como las perpetradas con los justiciables al amparo del secreto, propio del proceso escrito. La transparencia que conlleva la realización de las actuaciones procesales en presencia de las partes y de terceros, es para este autor de “un freno en el ejercicio de un poder tal que es tan fácil de abusar”. Y se considera también el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, sobre todo, por el contacto directo del Tribunal con las fuentes de ésta, en particular las de carácter personal.¹⁴

La garantía implícita de la inmediación tiene que ver, pues, con el carácter de in – mediato, es decir, no mediado, libre de interferencias, de la relación de todos los

¹³ J. Bentham, Tratado de las Pruebas Judiciales, trad. .de M. Osorio Florit. EJEJA, Buenos Aires, 1959. 1, pág. 140

¹⁴ XXIX CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA. Teoría Práctica de la Jurisdicción sobre el valor de la Inmediación (una aproximación crítica) por Perfecto Andrés Ibáñez.

sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento¹⁵

Para Calamandrei, poniendo el énfasis en la dimensión de la interactividad “inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”¹⁶.

Lo importante en el juicio oral es la directa relación que debe de existir entre el juez con las fuentes personales de prueba, con dichos elementos el juzgado tendrá un criterio con los medios de prueba que obtuvo de primera mano y de manera personal, sea decir lo visto y lo oído, siendo su fuente de información. Dicha intermediación tiene incidencia de la forma como se produzca la prueba, sus fuentes de información, no puede permitir el juez que la información sea obtenida por otros sujetos y momentos distintos al juicio.

1.6.1 Desarrollo normativo. El estatuto Procesal Penal Vigente en su artículo 16 comienza a desarrollar el principio de la intermediación, se predica: *“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. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías”.*

¹⁵ Se habla también de intermediación en sentido temporal, para referirse a la necesidad de que concurra una relación de proximidad cronológica entre los distintos momentos de adquisición de la prueba y entre ésta y la emisión de la sentencia (cfr. D.R. Pastor. El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 53). En este sentido la intermediación sería una de las dimensiones –la temporal- del principio de concentración. La otra es la espacial, en la que, con palabras de Foschini, se realiza el “principio de localización” (en Sistema del Diritto Processuale penale, Giuffré, Milano, 2ª ed. 1968, 11, pág. 376)

¹⁶ P. Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, t rad.de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973, pág. 30.

Más adelante dentro del mismo código, en el desarrollo del juicio oral, el legislador recalcó de nuevo el principio de la inmediación donde se advierte que el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas controvertidas en su presencia, y se comienza por excepcionar la admisibilidad de la prueba de referencia (artículo 379 del C. P. Penal).

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación proferida el 17 de septiembre del 2007 dentro del radicado 27336, con ponencia del Magistrado Augusto José Ibáñez Guzmán y Jorge Luis Quintero Milanés sobre el principio de inmediación sentó una postura académica y jurisprudencial que bien vale la pena traer:

“Para abundar en razones, en punto del ***principio de inmediación***, dígame:

Independientemente de las consideraciones que puedan hacerse acerca del principio de inmediación y su directa vinculación con un proceso de corte acusatorio, lo cierto es que desde la misma consagración constitucional - véase el artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002, que modifica el artículo 250 de la Constitución Política Colombiana-, se ha determinado éste como uno de los pilares fundamentales en los cuales descansa la actuación procesal y, particularmente, el desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento.

Reza el numeral 4° del artículo 250 en cita, cuando describe las actuaciones que debe realizar la Fiscalía General de la Nación: “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.”

En seguimiento de ello, el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, insertó en el título preliminar, referido a los “PRINCIPIOS RECTORES Y GARANTÍAS PROCESALES”, regula el principio de inmediación, en íntima conexión con el de concentración, estipulado en el artículo 17 ibídem.

En sentido general, la primera de las normas advierte necesario, con la excepción referida a la prueba anticipada, que todas las pruebas se practiquen ante el juez de conocimiento, vedando la posibilidad de que se comisione para el efecto.

A su vez, el artículo 17 señala que tanto la práctica de la prueba, como el debate oral, han de producirse de manera continua, con preferencia en un mismo día o en días consecutivos.

Ya dentro de las normas que reglan el adelantamiento de la audiencia de juicio oral, el artículo 379 de la Ley 906 en comento, reitera que el juez sólo puede tomar en cuenta como pruebas, las practicadas y controvertidas en su presencia.

Así mismo, para lo que se examina, pertinente resulta remitir a lo consagrado en los artículos 445 y 446 de la normatividad en cita. La primera de las normas, establece que una vez presentados los alegatos de cierre de las partes e intervinientes, referidos a las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, el juez podrá decretar un receso de hasta dos horas, máximo, para anunciar el sentido del fallo.

Y la segunda, significa que: “La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente.” (Las subrayas no pertenecen al original).

El resumen normativo efectuado en precedencia busca relevar la condición total que para el sistema acusatorio en vigencia tiene el principio de inmediación, así como la condición particular que sobre éste ha diseñado el legislador,...

...Al efecto, entonces, es necesario destacar cómo el principio de inmediación no se agota en el sólo hecho de que todas las pruebas e incluso los alegatos, se presenten ante el juez encargado de emitir el fallo de primera instancia, dado que el examen sistemático de la normatividad establecida para el efecto permite advertir una profunda relación con el principio de concentración y con el tópico de la inmediatez.

No es sólo, cabe anotar, que esas pruebas se practiquen ante el funcionario encargado de decidir, sino que ello ocurra en el menor tiempo posible, sin solución de continuidad, y que el fallo obedezca a la impresión inmediata que los elementos de juicio y argumentos de las partes e intervinientes, produjeron en el juez.

No es gratuito, así, que el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal establezca un término máximo de 30 días, que facultan suspender la audiencia de juicio oral.

O que, en seguimiento de ello, el artículo 454 ibídem, advierta necesaria la continuidad de la diligencia, con la única excepción de que se trate de *“situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad y sin existir otra alternativa viable”*, estableciendo, a renglón seguido, que los recesos, en caso de no concurrencia de un testigo, no pueden superar las dos horas, hasta finalizar destacando: *“Si el término de la suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez.”*

Ni mucho menos es una ligereza del legislador, obligar, conforme lo dispuesto por los artículos 445 y 446, a que el sentido del fallo se anuncie una vez presentadas las pruebas y alegatos o, a más tardar, dentro de las dos horas siguientes.

Todo ello, debería resultar evidente, busca determinar como fundamento esencial del fallo, que éste devenga como consecuencia exclusivamente de la impresión que en el funcionario produjeron, inmediatamente, dichas pruebas y argumentos, pretendiendo evitar, por contraposición, que con el paso del tiempo se pierda en la memoria, o cuando menos se desdibuje, lo que ante su presencia se practicó, o que la decisión venga mediada por factores diferentes a los elementos de juicio en cuestión...

...Apenas para abundar en razones, resulta pertinente traer a colación lo referido sobre el punto por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 2005:

“En efecto, el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad “que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”¹⁷. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin¹⁸, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales¹⁹. (las subrayas no corresponden al original).

¹⁷ Gerd Pfeiffer, *Libro homenaje a Bemann*, Munich, 1997, citado por O.J. Guerrero, *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005.

¹⁸ Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, p. 395.

¹⁹ En palabras de Lorenzo Bojosa Vadell “Las exigencias del principio de contradicción y el de inmediación exigen distinguir entre actos sumariales y actos de prueba y conlleva la necesidad de dar valor probatorio únicamente a la prueba practicada en la fase de juicio oral, con la estricta excepción de las **pruebas anticipadas** y pre constituidas, siempre que se hayan llevado a cabo las debidas garantías, principalmente el cumplimiento del deber de información e ilustración de sus derechos al imputado con el fin de que pueda ejercitar con plenitud su derecho de defensa y esta sea obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales”, en “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, dic. 2004, p. 58.

Impresiones que, decimos por última vez, se registran de inmediato en la mente del juez y deben conducir, también en ese momento a tomar la decisión pertinente, pero que, como lo entiende el legislador, incluso con el paso de unas pocas horas puede desaparecer, desdibujarse o contaminarse.

Ahora, no sobra anotar que en la práctica sucederá que el sentido del fallo a anunciar por el juez de conocimiento cuando el asunto regrese a su despacho no puede ser otro distinto al de la absolución, dado que de manera razonada – más no en atención a las pruebas y la impresión que ellas le produjeron- el funcionario ya tiene comprometido su criterio con esa postura.

De ello se sigue, en primer lugar, por muchas abstracciones jurídicas que pretendan hacerse respecto de esa especie de ficción a la cual conduce la decisión de la mayoría, que no es a partir de lo probado y discutido en el juicio oral que se proferirá la sentencia.

Y, en segundo término, que la decisión del funcionario se halla contaminada por prejuicios posteriores de variado tenor, al punto tal que su imparcialidad e independencia se encuentran en tela de juicio, razón que debería ser suficiente en el cometido de apartarlo del conocimiento del asunto.”

También la Corte Suprema de Justicia en Casación del 30 de enero del 2008, radicado 27192 con ponencia del Magistrado Augusto J. Ibáñez Guzmán. Sobre el principio de inmediación decantó jurisprudencia en los siguientes términos:

“... 4.1. La Sala, con fundamento en las finalidades de la casación, estimó oportuno examinar *si desde la naturaleza y alcance de los principios de concentración, inmediación e inmutabilidad judicial*²⁰, y la *previsión legislativa del inciso 3º del artículo 454 de la ley 906 de 2004, es posible que se reanude un juicio oral presidido por un juez distinto del que instaló la vista pública.*

²⁰ La expresión ***inmutabilidad judicial***, entiéndase referida a la **permanencia** del juez en la etapa del juicio oral.

La norma en comento es del siguiente tenor: Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar el juez.

Ab initio, se hace necesario recordar las características del procedimiento consagrado por el nuevo sistema para la celebración de la audiencia pública en el juicio oral, como punto de partida fundamentado en las finalidades de la casación.

Como bien se sabe, la etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del nuevo proceso penal, donde los principios de inmediación y concentración de la prueba se manifiestan en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas y con la participación directa del imputado. El principio de concentración se materializa con esa evaluación en un espacio de tiempo que le permita al juez fundamentar su decisión en la totalidad del acervo probatorio que se ha recaudado en su presencia.

En concreto, atendiendo a los principios de *inmediación y concentración*, en donde se centra el aspecto fundamental de este pronunciamiento, es deber del juez tener contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente. Por ello y para que la inmediación sea efectiva, se hace necesario que el debate sea concentrado y que no se prolongue para que la memoria no se pierda en el tiempo. El debate puede agotar todas las sesiones consecutivas que sean necesarias, pero no se debe suspender por un periodo muy largo, pues de otra manera, parámetros de valoración como los propuestos en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 404 y 420²¹, no se verían cumplidos, si se tiene en cuenta que la polémica, tanto

²¹ **Artículo 404. Apreciación del testimonio.** Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo

jurídica como probatoria del juicio, se debe desarrollar ante el juez de conocimiento, en un lapso breve.

Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la *inmediación* comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la *concentración* implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro.

Por tanto, los principios de *inmediación* y *concentración*, inspiradores de un sistema con una estructura y finalidades claramente determinadas, solo cobran sentido a través de la participación activa, ineludible y permanente del funcionario de conocimiento, cuyo rol ha sido definido por la Corte Constitucional al momento examinar la constitucionalidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004²², así:

16. Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:...

...iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público...

la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Artículo 420. Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

²² Cfr Sentencia C-396 de 2007.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el juez de conocimiento es quien dirige el debate probatorio entre las partes y define la responsabilidad penal del acusado, con total garantía del debido proceso penal. Su *permanencia* hasta finalizar el debate y dictar el fallo correspondiente, es consecuencia lógica del respeto a los principios que se vienen examinando. Tanto así, que el inciso 3º del artículo 454 insiste en la permanencia física del funcionario que controla el debate al punto que, en caso de suspensión de la audiencia de juicio oral, la misma se debe repetir cuando dicho término incida en la memoria de lo sucedido, en los resultados de las pruebas practicadas, así se trate del mismo juez que ha tenido contacto directo con los medios de prueba, pues lo esencial es que mantenga invariable el conocimiento pleno del juicio, indispensable en la formación de su concepto acerca de lo ocurrido en esa fase del proceso. De otra manera se afectaría la estructura del nuevo modelo procesal penal y se distorsionaría el rol que debe cumplir el juez y, de contera, se desconocerían garantías fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa.

Sobre el tema, así se expresó la Corte Constitucional, en sentencia C-591 de 2005:

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

En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita, secreta y valorada por un funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada de forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.

Además es preciso tener en cuenta, que el nuevo modelo acusatorio es un *sistema de partes*, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado...

... 4.3. No obstante lo anterior, la Corte considera necesario hacer las siguientes precisiones:

La estrecha vinculación de los principios señalados con la fase del juicio oral garantizan que la filosofía del sistema penal acusatorio pueda producir los resultados pretendidos por el legislador, que introdujo cambios importantes, como la oralidad, norma rectora de referencia de la actividad probatoria, consagrada en el artículo 9o, según el cual *“La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación”*.

En esas condiciones, la intermediación que se exige del juez va de la mano del uso de la tecnología, porque en desarrollo de ese principio, el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal determina que para el registro de la actuación *“se dispondrá del empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado”*, de acuerdo con las reglas que allí se establecen. Así, el legislador habilita la posibilidad de que la intermediación del

juez no se limite únicamente a la práctica de pruebas en su presencia, sino que es posible acudir a medios técnicos de registro y reproducción idóneos y garantes del principio, cuando circunstancias excepcionales así lo requieran.

Véase cómo el numeral 4º de la norma en comento ordena que *“el juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio-video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad. El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación”*. De esa manera, el nuevo sistema faculta a los funcionarios de segunda instancia y a la Sala de Casación Penal, a obtener el conocimiento del juicio a través de los medios técnicos, en aras de dirimir los aspectos que sean materia de impugnación, sin que la valoración probatoria que les corresponda se afecte por no haber presenciado la práctica de las pruebas de manera directa.

Así, la oralidad convertida en principio, la inmediación y la concentración, no presentan ruptura. Y no existe ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, sin asomo de lesión, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

De igual manera, inexistente es la ruptura, cuando de manera excepcional se acepta la prueba anticipada. Y, con todo, de imposible consideración es la lesión, cuando de una parte se observan los principios mencionados –oralidad, inmediación y concentración- y, de otra, el ejercicio del derecho de defensa tanto del sujeto pasivo de la acción penal, como de la víctima, sin que ellas sientan asomo de vulneración alguna; en este caso, se ha de realizar un delicado juicio de ponderación, sacando adelante el derecho de defensa, pues nos encontramos con el deber de protección de los derechos fundamentales, que no de las formas por las formas mismas.

En las condiciones señaladas, es evidente que en el desarrollo del juicio oral es posible el surgimiento de excepcionales circunstancias, vicisitudes, bien

sea de orden personal, laboral, etc., que ocasionan el cambio del juez que instaló la audiencia y que le impiden cumplir con la *permanencia* requerida por el nuevo sistema a lo largo del debate y el cabal cumplimiento de los principios de *inmediación y concentración* que regulan esa fase del proceso.

En estas condiciones, la Sala estima necesario precisar que en el deber de buscar la verdad en el actual esquema, el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debe examinar en cada caso concreto si una incorrección, en punto de cambios en la persona del juzgador, alcanza a trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales...”

Todo lo anterior para decantar que necesariamente toda prueba para considerarla como tal debe ser practicada, desarrolla en presencia del juez, y necesariamente en ese debate deben estar también la parte acusadora y la defensa, y si el acusado está privado de su libertad, también deberá estarlo, excepto si renuncia a la no comparecencia. El principio de inmediación va muy de la mano con el principio de concentración, puede decirse que no se pueden desligar.

1.7 PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

La audiencia tiene carácter unitario, si bien puede realizarse en diferentes sesiones, estas son partes de una misma unidad. Esto debido a la necesidad de continuidad y concentración de la misma. La audiencia debe realizarse en el tiempo estrictamente necesario, una sección que termina es una suspensión, no una interrupción del juicio. La razón de este principio es que el juzgador oyendo y viendo todo lo que ocurre en la audiencia va reteniendo en su memoria, pero

cuanto más larga sea la audiencia se va diluyendo dicho recuerdo y podría expedir un fallo no justo.

El principio de concentración está referido, primero, a que en la etapa del juicio oral serán materia de juzgamiento solo los delitos objeto de acusación fiscal. Todos los debates están orientados a establecer si el acusado es culpable de esos hechos. Si en el curso del debate resultasen los indicios de la comisión de otro delito, este no podrá ser juzgado en dicha audiencia. En segundo lugar, el principio de concentración requiere que entre la recepción de la prueba, el debate y la sentencia exista la mayor aproximación posible. El principio de concentración está destinado a evitar que en la realización de la sesiones de audiencia de un determinado proceso se distraiga en acciones del juez o tribunal con los debates de otro, la suspensión de la audiencia exige que cuando los jueces retomen sus actividades continúen con el conocimiento del mismo proceso a fin de evitar un desconcentramiento de los hechos que se exponen.²³

Reafirmando conceptos vía internet del principio de concentración²⁴, se tiene que la celeridad, junto a la oralidad y la inmediación no se puede predicar y esperar sino en un proceso en que la audiencia, como su esencia, se adelante sin suspensiones, sin la simultaneidad con otras audiencias, sin interrupciones y en que el interés del juez se concentre exclusivamente y hasta el final en la causa que está juzgando para evitar confusiones al momento de la valoración probatoria o en el análisis de la teoría del caso o los alegatos finales, lo cual pueden redundar en perjuicio de alguna de las partes.

“Implica el desarrollo de este principio, que el fallo deba pronunciarse inmediatamente concluya la presentación de las pruebas y de las alegaciones, por cuanto es el momento cumbre de la obtención de las conclusiones; esto es que la

²³ <http://blog.pucp.edu.pe/item/23860/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal?>

²⁴ www.jurimprudencias.com/index.php?option=com_content...

llamada “máxima de concentración” exige que el proceso se adelante sin interrupciones desde su inicio hasta la sentencia, porque una sentencia que se produce con demasiada demora estaría viciada por el olvido, ya que la idea que el juez se tomó del proceso, sus impresiones han quedado en el pasado y por tanto, tiende a confundirse con otras percepciones. Existe pues la obligación de producir el juicio de responsabilidad con prontitud, pero tampoco sacrificando la objetividad, en todo caso el juez debe tardarse lo que sea razonablemente necesario”.

Por ello, con el ánimo de ponerle fin a la práctica cotidiana de un juez o, en la mayoría de los casos un secretario, atendiendo simultáneamente dos o más audiencias interminables, continuamente suspendidas y aplazadas, discontinuas, sin solución de continuidad, con un fallo distante de la audiencia, sin ninguna garantía de fidelidad, es que el legislador de 2004 consagró en el artículo 17 el principio de Concentración, por medio del cual dispuso que “Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta días, si se presentare circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”.

No son los analizados, como se dijo, los únicos, ni siquiera los más importantes principios del nuevo proceso, pero sí son, junto con el acusatorio, el de oportunidad y el de igualdad de armas, los que permiten perfilarlo hacia el sistema acusatorio, alejándolo, espero que definitivamente, del inquisitivo o mixto de nefastas consecuencias para los derechos fundamentales y las libertades públicas de los procesados, siempre y cuando nuestros jueces tomen conciencia de que el proceso no es un simple conjunto de ritualidades, sino que es el mecanismo por excelencia para garantizar un derecho penal democrático y signado por el respeto a la Dignidad Humana.

1.7.1 Contenido y alcance. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación dentro del radicado 30645, siendo magistrada ponente María del Rosario González de Lemos, de fecha 4 de marzo del 2009, sobre el principio de concentración indicó lo siguiente:

“...2. Alcances del *principio de concentración*.

El mencionado principio tiene, por lo menos, los siguientes alcances. El primero, referido a que las pruebas fundamento de las decisiones de mérito no sean recaudadas a lo largo de todo el diligenciamiento, ni siquiera en cualquier momento del ciclo de juzgamiento, sino únicamente, por regla general, salvo excepciones regladas sobre el particular (v.g. prueba anticipada), de manera concentrada en la oportunidad dispuesta para ello por el legislador dentro del debate oral.

El segundo, íntimamente relacionado con el *principio de inmediación*, se orienta a evitar que los medios de convicción arriben al conocimiento del juez a quien corresponde resolver el asunto, luego de haber sido recaudados por otros funcionarios, pues ello crea un escollo en el conocimiento directo y objetivo, sin intermediarios, que debe asistir al fallador sobre el asunto cuya reconstrucción intenta a través de las pruebas.

Es por ello, que en el sistema penal acusatorio no opera el *principio de permanencia de la prueba*, pues sólo tienen la condición de medios probatorios aquellos practicados válidamente en la oportunidad dispuesta para ello en el juicio oral, no así los demás elementos materiales demostrativos y evidencias cuyo recaudo haya tenido lugar en la fase preprocesal o en la procesal previa al juzgamiento (artículo 16 de la Ley 906 de 2004).

Con dicha preceptiva se pretende evitar la desconcentración en el recaudo probatorio, como ocurría en estatutos procesales anteriores, en los cuales era posible que un funcionario inicialmente practicara pruebas y recaudara evidencias en la escena del delito dentro de la indagación preliminar y otro

adelantara la instrucción y también practicara diligencias, de manera que la fase probatoria del juicio quedaba relegada de manera residual a la aducción o práctica de aquellos medios de convicción que no era posible allegar anteriormente o, las más de las veces, a escuchar los alegatos de los sujetos procesales, proceder que distanciaba al juez del momento de recaudo, práctica o aducción de las pruebas con todas sus vicisitudes, capaces de brindarle mayores elementos de juicio en su apreciación y en la conformación de su criterio decisorio.

El tercero, en conexión con el *principio de contradicción*, propugna por conseguir que el debate librado por los sujetos procesales e intervinientes dentro del momento establecido para ello en el juicio respecto de la validez y aporte demostrativo de cada una de las pruebas en las cuales apoyan sus diferentes pretensiones e intereses, se surta delante del juez al que corresponde discernir, como tercero imparcial, de lado de quién y en qué medida se encuentra la razón.

Este alcance también brinda a los sujetos procesales e intervinientes la seguridad de que los elementos de juicio de sus contendientes serán conocidos en un momento específico definido para ello, y será allí cuando tendrán la oportunidad de adelantar sus estrategias conforme a sus intereses.

El cuarto, relacionado con el *principio de oralidad*, patrocina que el debate probatorio propio del juicio, así como las alegaciones que en él presenten los sujetos procesales e intervinientes, se realicen de manera oral, en procura de asegurar la agilidad y fidelidad a la actuación, “*sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido*” (artículo 9º de la Ley 906 de 2004).

El quinto, congruente con el *principio de continuidad*, apunta a que “*la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día; si ello no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se*

presentan circunstancias especiales que lo justifiquen” (artículo 17 de la Ley 906 de 2004).

Específicamente el artículo 189 de la Ley de Infancia y Adolescencia establece que la “*audiencia de juicio oral debe ser continua y privada, so pena de nulidad. Si la audiencia de juicio no puede realizarse en una sola jornada, continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión. Se podrá suspender por un plazo máximo de 10 días hábiles y la interrupción por más tiempo conlleva a la nueva realización del debate desde su inicio*”.

Desde luego, tal alcance del *principio de concentración* no precisa necesariamente de la realización del juicio oral en una sola audiencia y en un solo día, pues al utilizar el término “*no puede realizarse en una sola jornada*”, el legislador condicionó tal acontecer a que estén dadas las circunstancias para ello, esto es, siempre que sea posible en el contexto real donde se desarrolle dicha diligencia, por ejemplo, ponderando la complejidad del asunto, la cantidad de pruebas admitidas que deban practicarse, la necesidad de conducir a testigos renuentes, la inasistencia de los sujetos sin cuya presencia no resulta viable surtir el juicio, amén de las obligaciones del funcionario respecto de otros trámites cursantes en su despacho.

También fue voluntad del legislador evitar que mediara en la realización de cada una de las sesiones del juicio oral un tiempo capaz de configurar una dilación injustificada, motivo por el cual dispuso que la suspensión fuera en “*un plazo máximo de 10 días hábiles*”, siempre que ello obedezca a circunstancias especiales que lo justifiquen”...

“...Y de otra, porque no basta para desestimar la prueba aducir que entre la fecha en la cual se escuchó al testigo y cuando culminó el juicio transcurrieron cuarenta y cinco (45) días, pues menester resulta en cada caso particular ponderar las vicisitudes que acaecidas en dicho lapso, permitan verificar la dilación injustificada del diligenciamiento, de lo contrario, como ocurre en este

caso, no se puede argumentar que resultó quebrantado el principio de concentración de la prueba.

Adicional a lo expuesto se tiene que el Tribunal no expresa por qué razón o de qué manera puede constatarse de forma efectiva que la duración del juicio oral tuvo injerencia de manera cierta y efectiva en el juez, acerca de la memoria de lo sucedido en la audiencia, específicamente en cuanto se refiere a la declaración de *Luis Enrique Romero Libreros*, como que no basta argüir que durante dicho término “*el juez era vulnerable a influencias externas, cuya sola posibilidad enturbian (sic) conclusiones*”...

“...Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias”...

1.8 PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

“La publicidad es el alma de la justicia” declaró, en fin, Benthan, al que se deben las páginas tal vez más penetrantes contra el secreto: No solo porque “ es la más eficaz salvaguarda del testimonio”, del que asegura, gracias al control del público, la “veracidad”, sino sobre todo porque favorece la probidad de los jueces al actuar “como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar”, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una opinión pública, de otro modo muda e impotente sobre los abusos de los jueces, funda “la confianza del público” y refuerza la independencia de los magistrados acrecentando su responsabilidad social y neutralizando los vínculos jerárquicos y el espíritu de cuerpo”²⁵.

²⁵ www.jurimprudencias.com/index.php?option=com_content...

Una de las especialidades propias de todo sistema acusatorio es su carácter de público, se asegura todo control externo como interno, de la actividad judicial con todos sus intervinientes, fiscalía, defensa, jueces, ministerio público, las opiniones periciales, testimonios rendidos, todo ello en miras a determinar la responsabilidad penal o no del acusado, responsabilidad que no puede basarse en tinieblas, decisiones secretas, sino que la transparencia y publicidad a ella sean bajo un control por decirlo así de la opinión pública.

La sociedad nuestra tiene todo el derecho de conocer de primera mano como los aplicadores de justicia es que la administran, así ellos conciben que las reglas del juicio se realizan bajo la más estricta legalidad, que todos los involucrados en el proceso penal se les trate por igual, siguiendo entonces los lineamientos de todo Estado Social y Democrático de Derecho. Todo ello conlleva a que se respeten los derechos y garantías fundamentales no solo del acusado, sino de los demás intervinientes, en especial las víctimas y la sociedad misma que claman justicia, así puede asegurarse la convivencia pacífica entre los asociados y la confianza en depositar en los jueces el poder jurisdiccional para solucionar sus conflictos, ya que la administración de Justicia es pública y no es de recibo el trámite de un proceso a espaldas de la sociedad donde ignoraría la forma como se administra justicia, en especial en el campo penal, rama del derecho donde más invasiones hay al ser humano en sus derechos personalísimos, como la libertad, intimidad, buen nombre, dignidad, entre otros. La Publicidad al interior del proceso penal contempla excepciones, pero la regla general es que la actuación debe estar al alcance de la comunidad, porque ellos ejercen un control sobre la actuación de las partes y evitar que la impunidad sea de altos índices alarmantes, ya que la comunidad al conocer los contenidos del proceso penal ejerce control sobre y respecto de las decisiones, es una especie de tutela y control para evitar arbitrariedades, conllevando a que se imparta una recta, cabal y cumplida administración de justicia.

La Corte Constitucional ha señalado que son varias las finalidades constitucionales del principio de inmediación: “i) Es una herramienta de control a la actividad judicial, ya que sirve de medio para el ejercicio de los derechos de contradicción e impugnación destinados a corregir las falencias en que incurre el juzgador. ii) Otorga a la sociedad en si misma considerada, un medio para preservar la transparencia y razonabilidad de las decisiones judiciales...iii) ...conduce al logro de la obediencia jurídica en un Estado democrático de derecho, ya que solo en la medida en que las personas tienen conocimiento de las actuaciones judiciales, esto es, del principio, regla o razón jurídica que constituye la base de una decisión judicial, las partes o los interesados podrán apelar a dicho fundamento para ajustar su conducta a las decisiones de los jueces...También la imperatividad y obligatoriedad de las sentencias judiciales suponen su publicidad, pues lógicamente aquello que es desconocido por las partes o terceros no puede ser objeto de imposición, so pena de alterar y desconocer los valores, reglas y principios de un Estado Social de Derecho y iv) finalmente se da certeza sobre el contenido y alcance de los derechos y obligaciones de las personas. Por consiguiente puede concluirse que el papel que cumple el principio de publicidad en un sistema democrático, es trascendental ya que gracias a él, es posible averiguar la imparcialidad, la moralidad y la veracidad de los procesos”.²⁶

1.8.1 Fundamentos históricos. La revolución Americana de 1791 en su artículo VI, predicó en su momento que el procesado tenía derecho, entre otros, a ser juzgado rápidamente y en re público. También en la Declaración de los Derechos Humanos promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidad en el artículo 10 se expresa que toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

²⁶ C. Const. Sentencia C-641 de Agosto 13 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL

En 1966 la Onu en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos igualmente reconoció que el proceso penal debe ser público, pero con ciertas excepciones en determinadas fases del proceso podrían adelantarse de manera reservada (art. 14²⁷).

1.8.2 Consagración positiva. El principio de Publicidad encuentra fundamento constitucional en el artículo 228 de la Carta Política, cuando expresa que las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley.

Ya el artículo 18 de la Ley 906 del 2004 expresa que La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.

Se debe concordar con el Artículo 377, en lo respecta a la prueba, se dice que toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.

²⁷ Artículo 14. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores

Se tiene, entonces, que de conformidad con el artículo 18 y el capítulo II del Título VI de la ley 906 de 2004, desarrollo del artículo 228 de la Constitución Nacional, la “actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general”, lo que garantizará su transparencia y será, como se anotó, un examen permanente del pueblo no solo para los administradores de justicia, sino para el Ministerio Público y para los abogados, testigos, peritos y en fin para todos los que intervienen en la prestación del servicio, que contribuirá, sin lugar a dudas, a su cualificación y con ello a su mejoramiento y depuración.

En otras palabras, nuestros funcionarios judiciales y especialmente sus asistentes, no han asimilado que el proceso penal es una actividad judicial que interesa al público y que por ello, por las razones anotadas, deben darse todas las facilidades para que la sociedad y no solo la prensa pueda acceder a él, así solo sea para cumplir con la finalidad de la prevención general negativa que se reclama de la pena.

1.8.3 Desarrollo en las etapas del proceso. En el capítulo IV del Código de Procedimiento Penal, en la finalidad y procedencia para que se de el cambio de radicación, sea decir cambiar de juez para seguir conociendo del juicio, entre los motivos es que se vean afectados el orden público, y principios como los de imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad o integridad personal de los interviniente, en especial de las víctimas, o de los servidores públicos (subrayas nuestras). Quiere decir ello que si en momento alguno la comunidad estaría destinataria final de la decisión a tomar no pueda acceder a lo que ocurre al interior del juicio por desarrollarse este ante el juez competente, es razón válida para que el caso le sea asignado a otro juez de localidad diferente para garantizar la publicidad del mismo.

Ahora siendo la comunidad misma un control sobre las actuaciones del juez, fiscal, ministerio público, abogado defensor, con respecto al principio de la publicidad, tiene incidencia en lo que toca con el artículo 56 del C. de P. Penal, y es sobre los impedimentos y recusaciones, causales como las allí establecidas, sino se ventilan, enunciar, pueden afectar el principio de la publicidad, tomado de la mano con los de imparcialidad, lealtad. Si las actuaciones fueran secretas no tendrían control ciertos desmanes como que un funcionario que haya conocido de la imputación, le corresponda dirigir el juicio oral, o que la amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes si no se anuncian podrían generar una decisión amañada, motivada por intereses personales.

Cuando el Código Procedimental Penal indica en su artículo 133 que la Fiscalía General de la Nación adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de seguridad personal y familiar y la protección frente a toda publicidad que implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad, significa que si con el desarrollo de la actuación se puede menoscabar la dignidad humana y la seguridad de ésta, si deben tomarse correctivos necesarios, ponderando eso sí que la medida tomada no afecte los derechos del imputado como los de defensa, contradicción, a un juicio justo e imparcial.

Es garante la legislación procedimental penal en el capítulo II, de la publicidad de los procedimientos. El artículo 149 expresa: "*Principio de publicidad.* Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, de conformidad con los artículos siguientes y sin limitar el principio de contradicción.

Estas medidas deberán sujetarse al principio de necesidad y si desaparecieren las causas que dieron origen a esa restricción, el juez la levantará de oficio o a petición de parte.

No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

PARÁGRAFO (adicionado por el artículo 33 de la Ley 1257 de 2008) En las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual y de violencia sexual, el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público. La negación de esta solicitud se hará mediante providencia motivada. Cuando cualquiera de los intervinientes en el proceso lo solicite, la autoridad competente podrá determinar la reserva de identidad respecto de sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

A su vez el artículo 150 sobre las restricciones a la publicidad por motivos de orden público, seguridad nacional o moral pública. Indica que cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas:

- Limitación total o parcial del acceso al público o a la prensa.
- Imposición a los presentes del deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben.

Artículo 152. Restricciones a la publicidad por motivos de interés de la justicia. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

Artículo 152 A. Adicionado por el artículo 67 de la Ley 1453 de 2011: En aras de garantizar la vida e integridad personal de los testigos, el juez o tribunal podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

Artículo 155. Publicidad. Las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Serán de carácter reservado las audiencias de control de legalidad sobre allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas. También las relacionadas con autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Igualmente aquella en la que decrete una medida cautelar.

Artículo 348. Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Artículo 377. Publicidad. Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.

1.8.4 Excepciones. Se deduce que la regla general es que no puede haber limitaciones a la publicidad al interior del proceso penal, no solo para las partes intervinientes, sino para la comunidad en general representada por los medios de prensa, ongs y comunidad también internacional.

Pero organismos de carácter internacional, la constitución misma y nuestro código procedimental penal plantean unas excepciones, y es concerniente en la etapa del juicio oral solo para el público en general y los medios de prensa, no se puede restringir o limitarla a la Fiscalía, Defensa, Ministerio Público, Víctimas y su representante. Esto ocurre en juicios donde se pueda ver afectada la seguridad nacional, y en juicios donde sean víctimas menores de edad por delitos sexuales, y a su vez personas adultas, ello por cuanto hay intereses que en el momento de hacer una ponderación tienen mayor peso y prevalencia que los del acusado mismo.

Hay etapas dentro del proceso penal, especialmente en la indagación, donde se actúa bajo reserva, y es lo que tiene que ver con la solicitud de ordenes de capturas ante los jueces de control de garantías, u otras audiencias donde se pide autorización a la judicatura para entrar a restringir derechos y garantías de las personas, que de hacerse públicas dichas audiencias, al conocerse la finalidad de ellas se entorpecería la investigación, porque quien es indiciado si tiene conocimiento que su morada será objeto de registro y allanamiento, en su derecho

está de deshacerse de los elementos que lo inculparían. Mírese como esas actuaciones requieren de un control posterior de legalidad, ya con la intervención del investigado y su defensor y deben autorizarse y realizarse siempre que sea adecuada, necesaria, proporcional y razonable.

2. LA PRUEBA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO

Por prueba y en especial la relacionada con el sistema procesal penal colombiano de corte acusatorio se tiene por toda actividad que han de desarrollar el ente acusador, defensa, ministerio público, representante de la víctima ante un juez o tribunal con el fin de desvirtuar o no la presunción de inocencia, correspondiendo al juez declarar la culpabilidad o inocencia del acusado, por ello su trascendental importancia por cuanto de su resultado se afectarían derechos de índole personal.

Al interior del sistema penal acusatorio la prueba se caracteriza por que la carga material le corresponde a la Fiscalía General de la Nación; como se ha indicado en capítulos anteriores, solo tiene el carácter de prueba la practicada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad, siempre y cuando sean obtenidas bajo medios lícitos y si bien nuestro ordenamiento acepta la libertad en los medios de prueba, deberá ser valorada por el juez, desde su obtención y práctica para obtener la plena certeza luego de un proceso investigativo.

2.1 PRUEBA TESTIMONIAL

El artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, menciona que: *“Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales, igualmente indica que al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del artículo 146 del este*

Código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público”.

Cuando al testigo se le juramenta es porque su actuación tiene una dimensión de gran importancia, adquiere un compromiso ético y moral ya que con su versión se busca esclarecer la verdad de unos hechos y que de ser ciertos las consecuencias para el enjuiciado son de seriedad y gravedad, al igual que para las víctimas, de ahí que se le exhorte a decir la verdad y de faltar al juramento puede verse inmerso en conductas penales.

Los menores de doce años tienen un tratamiento especial, no se les juramenta, estos menores por considerarse que ellos la trascendencia, o las consecuencias de una sentencia errónea o de la impunidad y al momento de deponer presenta limitaciones en los aspectos cognitivo, volitivo, ético y moral.

El artículo 402 del C. P. Penal establece que: *“El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.*

Con este precepto ya se está descartando al testigo de oídas, solo es aceptado y sujeto a valoración el que haya presenciado los hechos, bien de manera visual, auditiva, o por otros sentidos, percepción que manifestará al juez de lo que le consta, no porque lo sabe de otros.

No sobra advertir que el testigo que se hace comparecer al juicio se le debe tratar con dignidad, en forma respetuosa de su condición humana y si el deber de rendir testimonio tiene arraigo constitucional así lo indica el artículo 95, inciso 3º que

señala como deberes de la persona y el ciudadano *“colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.”*

Hay situaciones donde el testigo si se muestra renuente en comparecer, el juez está investido de poderes coercitivos para lograrlo²⁸ y si bien todo el sistema procesal penal abanderar la libertad de manera amplia y para restringirla se debe acudir a factores previamente determinados, en lo que toca con la recepción del testimonio, dada su importancia puede en momento alguno restringirse este derecho absoluto.

2.1.1 Testimonio de Adultos. Hay una rama nueva, la psicología del testimonio que tiene por objeto el estudio de los factores que determinan la calidad del testimonio, entendido éste como “la información aportada por una persona acerca de un suceso que ha presenciado directamente”.

Lo que se busca dentro del proceso penal es que la mentira no haga eco, se busca el testimonio de personas sinceras, es decir, aquellas que acuden a colaborar voluntariamente desprovistos de cualquier interés en el juicio.

Testigo es cualquier persona que ha observado directamente un hecho, incluida también la víctima o perjudicados, el aspecto de la credibilidad que muestren estos es tema de evaluación de los jueces, de ahí que el testimonio requiera de exactitud, pues la memoria puede sufrir alteraciones de lo percibido, como iluminación, duración del insuceso, el grado de violencia, fuera de otras situaciones que afectan al testigo en su relato, como situaciones de ansiedad y estrés.

²⁸ 4 Artículo 384 CPP.: Si el testigo debidamente citado se negare a comparecer, el juez expedirá a la Policía Nacional o cualquier otra autoridad, orden para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Su renuencia a declarar se castigará con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, al cabo de las cuales, si persiste su negativa, se le procesará

La credibilidad del testimonio, referente a la percepción que tiene el propio testigo el juez la puede observar por la seguridad que muestre en la audiencia, su posición social y académica le dan prestigio, el contacto visual que muestra con la persona que lo interroga.

2.1.2 Testimonio de menores. Gabriel M. A. Vitale²⁹, reporta que la Convención Internacional de los Derechos del Niño y donde muchos Estados la han adoptado, ha desvirtuado una creencia generalizada de la poca credibilidad que se le daba a los menores en los juicios al rendir testimonios, ahora ha ganado terreno en el campo penal sobre las capacidades de los niños para brindar un testimonio veraz.

Los legisladores han entendido que esa capacidad que otorga responsabilidad no siempre se adquiere a la misma edad, ni es válida en cualquier situación o circunstancia. Esto llevó a la práctica normativa, en dejar muchas veces amplios intervalos, en lo que a la capacidad de un menor se refiera a criterio del Juez.

Dejando de lado la falta de rigor científico que supone, que tal estimación no sea realizada por un profesional de la psicología del desarrollo humano, este planteamiento, en el fondo también entra en conflicto con el propio derecho", dado que un código busca una precisión, una conducta típica a la cual aplicar el derecho, con respecto a la capacidad, al discernimiento, al raciocinio, a la madurez psíquica, a la capacidad de juicio, a la capacidad moral.

En algunos países, si bien el legislador intenta no dejar fuera algún testimonio, no reconociendo incapacidades para ser testigo, es absurdo también que comparezcan a declarar niños de muy escasa edad. Por esto se considera, que existe un primer momento que viene a tratar la capacidad para ser testigo,

²⁹ 1 Datos del autor: Secretario Adscripto al Tribunal Criminal nº 1 Departamento Judicial de La Plata. Docente en las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales y Escuela Superior de Trabajo Social ambas de la Universidad Nacional de La Plata. Integrante de la Asociación Anahí y de la Fundación Bernardo Manziño

capacidad que se entiende por la posibilidad de percibir lo que acontece en el respectivo entorno, a la retención de percepciones y a la reproducción en un momento posterior del conocimiento percibido. Pero, alcanzada esta capacidad testifical, se hace necesaria, la capacidad de discernimiento que se puede obtener antes de la pubertad, dado que los menores son personas en desarrollo desde su concepción.

Al promulgarse la Convención sobre Derechos del Niño, se produce una transformación decisiva en las diferentes legislaciones internas de cada país, dado que este estatuto de garantías jurídicas de la niñez repercute no solo sobre los elementos e instituciones clásicas, sino también sobre los derechos y deberes de todos los que lo rodean.

Esta transición, entre el antes y el después, requerirá necesariamente, de una ardua labor doctrinaria, que se refleja de alguna manera en todas nuestras labores, como ciudadanos integrantes de esta sociedad y más aun en los diferentes organismos que tienen a su cargo la aplicación directa de las normas jurídicas.

El derecho a ser oído, tiene su recepción en el Art. 12 de la Convención al establecer que " los estados partes garantizarán al niño...el derecho de expresar su opinión libremente...en función de la edad y la madurez... y se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo...".

En las legislaciones Europeas, particularmente en las promulgadas después de la Convención, se pueden observar cambios que pueden llegar a contribuir en alguna medida, en la mayor participación de la niñez y la adolescencia en nuestra sociedad.

Las modificaciones introducidas en el Código Civil Español por la Ley 21/87 en el sentido de que todo menor debe ser oído por el juez, antes de ser adoptado o acogido, si tuviere suficiente juicio, y en todo caso debe consentir si es mayor de 12 años, es tal vez un avance en este sentido.

Se puede consultar las edades en que los distintos niños adquieren los diferentes derechos en cada Estado. El Consejo de Europa ha publicado un documento en el cual establece un resumen de edades que contempla el ordenamiento jurídico español. Es necesario superar ciertas incongruencias existentes en los sistemas legales para lograr un valioso testimonio infantil. Algunos informes presentados ante el Comité de las Naciones Unidas para el Seguimiento de la Convención, por países que la han ratificado, han estructurado la escala de edades reconocidas para ejercer estos derechos en las diferentes legislaciones nacionales.

Si los niños y niñas pueden ser una valiosa fuente de información para la justicia, hoy en día, parece estar en la transición del propio cuestionamiento. El problema que se han planteado los juristas desde tiempos remotos, posiblemente muchos antes que otros profesionales relacionados con la infancia, no es estrictamente el del interés de la información infantil, sino el de su capacidad para expresarla adecuadamente.

Diferentes posturas en relación a los testimonios infantiles. El punto más discutido es el que se relaciona directamente con fiabilidad a los testimonios vertidos por niños y niñas. Sus principales objeciones pueden ser consideradas en 6 categorías:

- La memoria de los niños y niñas no es fiable.
- Los niños y niñas son egocéntricos.
- Los niños y niñas son altamente sugestionables.
- Los niños y niñas tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.

- Los niños y niñas hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- Los niños y niñas no comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

En base a estas objeciones, la postura opuesta ensaya algunas respuestas a sus fundamentos como estos:

- La fiabilidad de los testimonios infantiles con relación a su memoria, depende de cómo se formulan las preguntas. La supuesta falta de fiabilidad no es razón suficiente como para utilizar el testimonio con cautela.
- El egocentrismo infantil, se ha asociado a la debilidad mental. No obstante, el egocentrismo, según numerosas investigaciones, es algo natural en todas las personas, dejando de lado la edad en que se encuentren.
- La investigación psicológica ha demostrado que niños y niñas, como así también los adultos, pueden ser ciertamente sugestionados, pero este riesgo puede minimizarse en la entrevista con el especialista.
- Hay pocos estudios en cuanto a establecer las condiciones de los niños y niñas en relación con la distinción entre realidad y fantasía, sin embargo, algunas de ellas establecen que no tienden a confundir lo que han imaginado o hecho con lo percibido. La única diferencia radica en que los niños son inferiores a los adultos discriminando acciones realizadas por ellos mismos, de las acciones que han imaginado que ellos realizaban.
- El tema de las alegaciones falsas de los niños y niñas es bastante complejo. Seguramente, un niño o niña inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo es más fácil descubrir una mentira infantil que una realizada por un adulto.
- Los estadios del desarrollo moral infantil son actualmente mucho mejor comprendidos que hace algunas décadas atrás. Entre los tres y cuatro años, la inmensa mayoría de niños y niñas, ya tienen una idea clara sobre lo que es

verdadero y lo que es falso. Incluso, son capaces de comprender las implicaciones de mentir ante un tribunal. Algunos autores se sorprenden dado que existen tribunales donde antes de aceptar testimonios infantiles les exigen pruebas para evaluar su competencia y honestidad, cuando dichas pruebas no se las utiliza para los adultos.

Más allá del mayor o menor peso de cada una de las objeciones citadas para los testimonios infantiles, está más que comprobado que determinadas actuaciones complementarias en el proceso testimonial pueden avanzar en el territorio, en muchos países inexplorados, de los niños y niñas como testigos.

Existen tres cuestiones que participan de amplios debates en la actualidad:

- El apoyo de expertos,
- La utilización de videos y
- El testimonio por medio de representante legal.

En relación al apoyo de expertos para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez más reconocido en las legislaciones de muchos países, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre es congruente con las intenciones de los textos legales. Muchos expertos sólo asumen la función de ser evaluadores neutrales que informan al juez de la realidad del niño, niña o su familia. Esta persona especialista, tiene que asumir la responsabilidad del bienestar general de niño o niña y de protegerle cuando interactúa con el sistema legal. A su vez, esta persona puede llegar a ser algún pariente o persona de afecto si está capacitado para ejercer tal función en el medio legal, y si no está implicado en el proceso.

En este sentido, son variadas las obras en las que establecen que el apoyo de expertos supone la necesidad de que todos los juristas y profesionales que

participan en procesos infantiles tengan una formación especializada adecuada, para poder situarse en la perspectiva infantil.

La legislación de algunos países permite en la actualidad que los testimonios infantiles sean grabados en videos, en presencia del Juez o de otros testigos por él autorizados, con lo cual se eliminaría la presencia del niño o de la niña en la sala. Sin embargo, esta utilización de videos ha sido objeto de variados debates en países como Estados Unidos, acusando que sólo sirven para mostrar versiones parciales o distorsionadas de la realidad. Tras estas afirmaciones, algunos autores sugieren la utilización de sistemas de televisión de circuito cerrado, que permiten repreguntar al niño, sin necesidad de que permanezca en la sala.

Otra propuesta relacionada es la realizada por el denominado Comité Pigot de Inglaterra, el cual propone utilizar no un video de una sola declaración, sino una serie de ellos que permite comparar la evolución de las declaraciones infantiles.

En cuanto al daño que pueda resultar a un niño o niña por su participación como testigo en un Tribunal, esto dependerá de:

- La edad,
- el grado de desarrollo,
- la presencia de psicopatologías,
- el estado emocional,
- la calidad de la ayuda de los adultos,
- las peticiones de la sala del Tribunal,
- la oportunidad de las preguntas,
- el nivel de preparación y motivación del Juez,
- el entendimiento del niño o niña sobre los procesos.

Cabe agregar que no sólo es importante que un niño no salga traumatizado de su intervención en un proceso judicial, sino también demostrar que su participación en un proceso legal, reafirma su sensación de valía personal como ciudadano que es. Desde la perspectiva del niño o la niña en procedimientos legales, cabe diferenciar como mínimo cuatro situaciones:

- el niño o niña víctima.
- el niño o niña presunto infractor,
- el niño o niña testigo de delitos,
- el niño o niña parte de un conflicto,

Es muy difícil, debido a la poca investigación existente, volcarnos a desmembrar cada uno de estos puntos; si bien hay que reconocer que varias veces se conjugan entre sí, sin poder delimitarlos puramente.

El punto de referencia del niño o niña víctima, hoy en día, se incrementa enormemente en relación directa con el abuso sexual hacia ellos, durante años se han planteado la pregunta hasta qué punto y en qué condiciones el testimonio de un niño que alega haber sufrido abusos sexuales es válido. Las dudas sobre esta validez provienen básicamente de:

- La constatación de una elevada frecuencia de casos en los que el niño, tras afirmar en un primer momento, haber sido objeto de un abuso sexual, posteriormente se retracta;
- El escaso desarrollo de las capacidades y habilidades cognitivas en niños de corta edad.

La revelación del abuso sexual por parte del niño, no es un hecho que surge repentinamente en un momento determinado, sino que es fruto de un proceso. En este proceso existen cuatro etapas:

- Negación del abuso.
- Relato del abuso.
- Retracción.
- Reafirmación.

La negación por parte del niño del abuso sexual se produce en dos momentos, uno de los cuales tiene lugar en la fase inicial de la investigación, cuando el profesional está en contacto con el niño. Este efecto de retractación se encuentra definido como parte del denominado "síndrome de acomodación del abuso sexual infantil". Este síndrome contempla que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia.

Un menor abusado sufre una lesión o trauma psíquico de importancia, y al ser sometido a la operación de testimoniar, se le "abre simbólicamente" la cabeza para que sus contenidos psíquicos sean extraídos, conocidos y así investigados por los adultos que llevan a cabo el procedimiento judicial. Si tal operación o proceso judicial, es realizado en lugar, tiempo y forma inadecuados, sin tener en cuenta las características psicológicas y el período evolutivo, y la situación en la que se encuentra el menor-familia, sucede el hecho institucional conocido como revictimización. Una vez finalizado el testimonio, es necesario "cerrar la cabeza" del menor y de su familia y por supuesto, no puede eludirse el tratamiento posterior.

Hoy en día existe un amplio consenso, siempre y cuando sean entrevistados por personal competente y en lugares adaptados, que los niños son capaces de recordar, resisten a la sugestión y pueden proporcionar un testimonio creíble en relación al abuso.

2.2 PRUEBA PERICIAL³⁰

Las mismas reglas que se aplican en general al testimonio de oídas se aplican también a la prueba pericial, en el sentido de que el dictamen escrito no será incorporado en el juicio sin el testimonio del perito, quien tiene que comparecer y someterse al interrogatorio y conainterrogatorio. El informe, sin la presencia del autor, es testimonio de oídas.

En el nuevo sistema penal colombiano desaparece el dictamen pericial como tal. Los informes de los peritos se tienen que admitir en la audiencia preparatoria. Se requiere el informe solamente para que las partes conozcan las bases de las opiniones vertidas por el perito, informe que no será incorporado en juicio como prueba, si no comparece el perito a declarar.

El juez, en caso de acuerdo entre las partes, puede aceptar acuerdos de estipulación respecto a la prueba pericial, ya sea en parte o en su totalidad (eje. La idoneidad). La tendencia en Colombia es limitar la potestad del juez en cuanto al número de peritos y los que son impertinentes, irrelevantes o superfluos. Las partes “nombran” los peritos en el sentido de que mandan efectuar los peritajes según sus necesidades.

El Juez valora la idoneidad del perito, en primer lugar, cuando admite o no su informe a la altura de la audiencia preparatoria, con base en los certificados que tienen que acompañar al mismo informe. ¿El informe está avalando al perito? No, porque se requiere que la parte proponente lo examine en el juicio sobre sus antecedentes (calificaciones), dejándole al juez una segunda oportunidad para el rechazo de la prueba. Una interpretación alterna de esta previsión es que ya el

³⁰ Eje. Regla Federal de Evidencia USA 704(b). GUSTAVO ADOLFO VILLANUEVA GARRIDO Ibagué, Tolima, Colombia Abogado de la Universidad Nacional, con maestría en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, con postgrados en Italia y España, autor de varios ensayos en revistas especializadas y docente universitario.

presupuesto de idoneidad esta resultado por vía de las certificaciones entregadas en la audiencia preparatoria y este requisito (u oportunidad) es simplemente para asegurar que el juez tenga el más completo panorama posible bajo el cual pueda valorar la prueba.

Una vez admitido el informe, sujeto siempre a la comparecencia del testigo en el juicio, la prueba está efectivamente en camino a la incorporación (lo único que puede frustrar este escenario es la no comparecencia).

De todas maneras, sea en la audiencia preliminar o en el juicio, el juez tiene la responsabilidad de avalar la idoneidad del perito para efectos de admisión de la prueba. Si no se convence al juez acerca de la idoneidad por los medios contemplados y en las etapas especificadas, no se admite la prueba. Si se logra, de todas maneras el juez siempre tiene la responsabilidad adicional de valorar el peso de la prueba tomando en cuenta, entre otros factores, la idoneidad del perito. Se establece la idoneidad del perito con las siguientes medidas:

- El perito posee títulos legalmente reconocidos en su campo (ej. médicos, ingenieros, abogados, contadores públicos, agrimensores, etc.).
- El perito posee reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica o arte, aunque no tenga título. Factores a considerar son los siguientes:
 - El perito tiene formación profesional especializada en su campo (eje. Balísticos, grafólogos).
 - El perito está certificado por algún organismo oficial o profesional en su campo.
 - El perito ha ejercido como tal durante un tiempo considerable.
 - El perito ha sido docente en su campo.
 - El perito ha publicado artículos, textos o tratados en su campo.
 - El Perito es integrante de asociaciones profesionales que tienen que ver con su campo.

- El perito ha declarado en otros juicios y ha sido reconocido como perito para tales efectos.

Interrogatorio del perito. Un aspecto importante de la prueba pericial, muchas veces ignorado en los regímenes procesales latinoamericanos, es que el dictamen del perito es, en todo caso, una opinión de una persona con conocimientos especializados que le permiten rendirlo. Por tanto, es sujeto a valoración con base en análisis crítico (sana crítica), al cual se debe someter cualquier prueba. El hecho de que el testigo pericial está revestido de criterios científicos, muchas veces impresionantes, le da un impacto sumamente fuerte y hasta abrumador a su testimonio, lo cual puede conducir a su peligrosa aceptación absoluta, pues los peritos y su ciencia son falibles y sujetos a la alteración.

La ciencia forense no es exacta y las pruebas periciales están sujetas a muchos presupuestos que pueden afectar su validez o confiabilidad. El juzgador se enfrenta al dilema de a qué testimonio debe darle credibilidad y qué inferencias debe sacar de la prueba. Esto puede ser especialmente difícil cuando se trata de la prueba pericial, en muchos casos porque tiene que saber cuáles son los hechos presumidos sobre los que el perito hace sus conclusiones y cuáles conclusiones o inferencias del perito se deberían aceptar como válidas.

La base fáctica para la opinión de perito. El interrogatorio del proponente del

La base técnica de la opinión del perito. Para el mayor entendimiento del juez, es siempre indicado que el perito le explique las técnicas y ciencias utilizadas. Si ninguna de las partes indaga satisfactoriamente acerca de estos factores y hay duda o confusión, el juez debe interrogar. Tal es la tendencia en Colombia.

Contrainterrogatorio del perito. Aquí se aplican algunas reglas especiales dirigidas a que el contrainterrogatorio sea efectivo, como medida de sacar a la luz posibles

defectos o errores en las conclusiones del perito. Como bien se entiende en Colombia, la finalidad del contrainterrogatorio del perito es refutar, en todo o en parte, lo que ha informado. Por tanto es conveniente que el juez permita la utilización de una amplia gama de preguntas y técnicas. Algunas de estas son:

- Preguntar dirigidas a la base fáctica sobre la cual la conclusión está basada, en caso de no haberse hecho a satisfacción del juez.
- Plasmar variantes hipotéticas a la base fáctica que posiblemente cambiarían la opinión o conclusión del perito (por ejemplo, “asumiendo que hubiera examinado la camisa que vestía el occiso y encontrado residuos de pólvora, tendría que cambiar su conclusión, ¿no es cierto?”).
- El perito está sujeto a las mismas pruebas de credibilidad que otros testigos. Demostrar prejuicio puede ser un factor importante. Este es el caso del perito que está recibiendo honorarios substanciales para su testimonio o el que trabaja a diario con el fiscal del caso y tiene amistad con éste. De igual manera, si hay otros casos en donde el perito haya mentido o se haya equivocado, esto puede ser factor en la valoración de su testimonio.
- La utilización de tratados científicos que contradicen al testigo o demuestren que no aplicó bien la técnica científica, son útiles para revelar trabajo flojo y negligente.
- Demostrarle al juez que la prueba ofrecida no es aceptable científicamente. Esto se hace en el contrainterrogatorio enseñando al perito artículos, tratados y críticas de la prueba y preguntándole acerca de los mismos o bien llamando a otro a declarar acerca de dichos factores posteriormente.

El alcance de la prueba pericial. Siendo tan impactante y convincente la prueba pericial como hemos anotado arriba, es común proscribir que afecte directamente la finalidad de la controversia, es decir que opine directamente de la imputabilidad del acusado, si tuvo o no el requisito del dolo que es elemento de algunos delitos. En Colombia se tiende a prohibir este tipo de opinión, proscribiendo que el perito

declare acerca de la imputabilidad o inimputabilidad. En este caso no es especulación o conjetura. El perito, por su pericia especial puede y debe sacar inferencias que otros testigos no pueden hacer. Se puede decir que el perito siempre puede “opinar”.

Por último basta significar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 17 de septiembre de 2007 (Radicado 26.609), en la cual consideró:

“6.1. La prueba pericial en el contexto de Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) goza de una reglamentación especial en orden a su producción y valoración.

En la reconstrucción de los hechos que constituyen el objeto del proceso, es frecuente que alguna de esas circunstancias, ya sean principales o accesorias, se refieran a cuestiones en las que el juez, como destinatario de la prueba, no tenga los conocimientos suficientes para apreciarlas y construir eficaz y acertadamente su valoración, es por ello por lo que del perito se espera que mediante sus opiniones o conclusiones pueda ayudar al fallador a adjudicar la controversia, cuando en ella está presente una materia especializada, técnica o científica que, de ordinario, rebasa los conocimientos del juzgador promedio.

Según el artículo 405 de la citada legislación, es procedente la prueba pericial cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, disponiendo el precepto en cuestión que “Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio”.

De acuerdo con los artículos 412 a 415 de la Ley 906 de 2004, las partes, cuando sea menester y atendido el principio de libertad probatoria (artículo 373 ídem), pueden solicitar al juez en la oportunidad pertinente, valga decir, al

inicio del descubrimiento probatorio luego de la formulación de la acusación, o en la subsiguiente audiencia preparatoria, que se tengan en cuenta informes presentados por peritos oficiales o particulares cuya idoneidad esté debidamente certificada, y solicitar que estos sean citados al juicio oral y público para ser interrogados en relación con esos dictámenes o para que los rindan en audiencia.

El artículo 415 ídem consagra perentoriamente que toda declaración de perito debe estar precedida de un informe resumido en el que se exprese la base de la opinión experta pedida por la parte que propuso la prueba, y que dicho informe necesariamente ha de ser puesto en conocimiento de los demás sujetos con no menos de cinco (5) días de anticipación a la práctica de la sesión de audiencia pública en la que se recepcionará la peritación, esto, sin perjuicio de lo normado en el respectivo código procesal acerca del descubrimiento de los medios de prueba, y que en ningún caso el referido informe será admisible como evidencia si el perito no declara oralmente en el juicio.

Sintetizando, en el modelo acusatorio actual, la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de igualdad de armas; y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral —o mediante video conferencia (artículo 419 ídem)—, exigencia que atiende a la necesidad de salvaguardar los principios de contradicción e inmediatez sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento y que, como ya se anotó, está sujeta a las reglas del testimonio, pues las partes, según lo disciplinan los artículos 417 y 418 de la Ley 906 de 2004, interrogan y contrainterrogan al perito acerca de los temas previamente consignados en el informe, con el fin de que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez.

Entre las labores de los peritos oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa. Para tal efecto los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente, o analizan la información por él suministrada, u otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional y rendir el informe que será la base de su dictamen.

6.2. *Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia.*

Tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analizan la información suministrada por los mismos.

Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra- interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras”.

Para precisar todo perito si bien no es testigo directo de los hechos de investigación, si es un testigo indirecto, que con el apoyo de elementos materiales probatorios, evidencias físicas recolectados en la escena del hecho, con sus conocimientos técnicos y científicos aporta su opinión que lo hacen un testigo directo, al indicar sus conclusiones que llevan al juez a tener claridad sobre la existencia del delito y probable responsabilidad de un enjuiciado.

2.3 PRUEBA DOCUMENTAL

Por documento se puede predicar como la forma en que se objetiva la expresión de una persona conocida o conocible, bien mediante un escrito, un plano, un dibujo, un cuadro, una fotografía, una radiografía, una cinta cinematográfica, una cinta fonóptica, una grabación magnetofónica, una forma electromagnética; también puede ser obtenido por un medio mecánico o por cualquier otro medio técnico. El escrito puede ser manuscrito, en máquina de escribir, hecho mediante un computador, etc. El artículo 294 del C. Penal³¹ define también el concepto de documento.

Todo documento expresa un contenido, sea decir la expresión de persona conocida o conocible, como una declaración de voluntad, una atestación de verdad, la afirmación sobre la existencia de un hecho y en lo respecta a la autenticidad del documento, se plantea cuando la persona que lo elaboró lo

³¹ El artículo 294 del Código Penal define el documento como “toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria. La evidencia documental está constituida por todo tipo de escritos, grabaciones de audio o video, grabaciones de diversos sistemas de información, fotografías, reportes de exámenes médicos o cualquier objeto similar o análogo a estos”.

reconozca como suyo, que es de su autoría, de ahí que el art. Artículo 425 del C. P. Penal así lo exprese³².

Todo documento que se pretenda presentar en el juicio, debe revestir de conducencia, debe tener su contenido relación con el hecho que se investiga. Si el contenido no se refiere en nada a lo que se investiga o juzga, el documento es inconducente.”³³

Para los documentos que no tienen la entidad de presunción legal de auténticos acorde a lo referido en el art. 425 del C. de P. Penal, el artículo 426 se refiere a los métodos de autenticación e identificación, la norma indica cuatro maneras de demostrar la autenticidad o para lograr la identificación de determinado documento, partiendo del reconocimiento por parte de la persona autora del mismo o de la contraparte; en esta última eventualidad cabría preguntar si ese reconocimiento deberá ser expreso o si también es dable el reconocimiento tácito (por ejemplo, cuando la parte contra quien se aduce un documento no hace ningún reparo en relación con el mismo). Otra forma de autenticarlos es acudiendo ante funcionarios encargados de guardar la fe pública, como son los notarios encargados de certificar la certeza del contenido así como la firma o firmas impresas en él.

³² Artículo 425 del C. P. Penal. *Documento auténtico*. Salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento. También lo serán la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notarial o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, aquellos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad”.

³³ Ortiz Rodríguez, Alfonso. “Lecciones de Derecho Probatorio Penal”, 1ª. Edic., 1987, págs. 199 y 200

Los documentos así como los demás medios de prueba, deben ser sometidos en su valoración a las reglas de la sana crítica, vale decir, a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicos.

El artículo 434 del C. P. Penal introduce excepciones a la regla general de la “mejor evidencia”, admitiendo entonces que los documentos públicos o los duplicados que tengan la calidad de auténticos no será menester aportarlos en original; tampoco en aquellos casos en que el original se hubiese perdido o esté en poder de uno de los intervinientes en el proceso penal; cuando se trate de documentos de gran volumen aparece razonable el que sea suficiente con aportar la parte o fracción del mismo que tenga relación con el asunto que se debate. Por último, se expresa que tampoco se presentará el original cuando ello resulte innecesario, lo cual parece innecesario indicarlo. Sin embargo, en el párrafo se exige que para fines de efectuar estudios de grafología y documentología sí será obligatoria la presentación del original del documento; igualmente, cuando él es pieza de la cadena de custodia. En todos los casos lo aconsejable es presentar el original como mejor evidencia de su contenido.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 432 sobre la apreciación de la prueba documental indica: El juez apreciará el documento teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1. Que no haya sido alterado en su forma ni en su contenido; 2. Que permita obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o atestación de verdad, que constituye su contenido; 3. Que dicho contenido sea conforme con lo que ordinariamente ocurre.

Por documento público se tiene que es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario e instrumento público. El documento público se presume auténtico mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. Por documento privado, significa que no reúne los

requisitos para ser documento público. Puede consistir en instrumentos cuando se trata de escritos firmados o no, y en simples documentos no declarativos, como mapas, cuadros o planos, auténticos y no auténticos.

2.4 PRUEBA DE REFERENCIA

Se ha hablado sobre la importancia que para un sistema garantista de enjuiciamiento tienen los principios de inmediación y contradicción de la prueba. Se trata de la columna vertebral del sistema penal acusatorio, ya que en ellos confluyen todos los demás valores, principios, derechos y garantías constitucionales relacionados con el proceso penal. La centralidad de la prueba y su real contradicción en sede de juicio oral, es el mayor logro de los estados modernos, en busca de mejores sistemas democráticos garantistas³⁴.

El reto de las reformas procesales penales latinoamericanas es avanzar en la materialización y consolidación de tales postulados universales, frenando los procesos de involución caracterizados por el desconocimiento de tan importantes conquistas democráticas a través de prácticas y decisiones judiciales fundadas en criterios no aplicables a las nuevas realidades procesales. De allí que no resulten afortunadas posturas de acuerdo con las cuales los perfiles esenciales del sistema acusatorio de un estado en particular, como el colombiano, estén determinados por su régimen interno de derecho positivo, pues el sistema acusatorio es un legado cultural de la humanidad que en el momento actual de la cultura jurídica encuentra su más acabada expresión en unos estándares normativos por ella adoptados a través de distintos instrumentos internacionales.³⁵

³⁴ JIMENEZ, Fernando. Módulo capacitación de defensores públicos en el sistema penal acusatorio. 2008

³⁵ 2 URBANO MARTINEZ, José Joaquín, la nueva estructura probatoria del proceso penal, ediciones jurídicas Andrés morales, Bogotá D.C., 2008, pg. 17

En concreto, la prueba de referencia constituye un supuesto de manifiesto desconocimiento de los principios constitucionales de las pruebas penales y por lo mismo resulta inadmisibile³⁶. Se puede aceptar que existan determinados medios de prueba que, siendo la negación de los principios de inmediación y contradicción, de manera excepcional sean admisibles, como la prueba anticipada y la prueba de referencia. Lo que no debe hacer carrera, es que estos medios ostenten una entidad tal, que pueda decirse de ellos que operan autónoma e independientemente de los controles judiciales de legalidad, pertinencia y conducencia.

Dentro del proceso penal se llega al problema de la prueba de referencia, por cuenta de las determinaciones de admisibilidad de la prueba que tiene que hacer el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, donde se pronuncia sobre la legalidad del medio ofrecido, su pertinencia, su conducencia, si se trata de un testimonio, la capacidad del testigo y su conocimiento personal y directo de los hechos. Esta última exigencia está reglada en la forma del artículo 402 del CPP³⁷.

Para ir precisando conceptos, la controversia sobre el fundamento del conocimiento personal de un testigo tiene su escenario natural en el juicio oral, cuando éste declara sobre hechos que no le constan personalmente. Pero eso es una cosa, otra es que antes de sentarse a una persona en el banquillo de los testigos, tenga que haberse surtido el control judicial de pertinencia y legalidad sobre ese conocimiento personal.

³⁶ 3 Ídem. Supra. Pg. 54

³⁷ Conocimiento Personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

Sobre el concepto de la prueba de referencia la doctrina³⁸ a dicho lo siguiente: “Uno de los conceptos fundamentales del nuevo sistema es que si alguien quiere decir algo relacionado con los hechos materia de debate, debe estar en el juicio contando al juzgador de viva voz su dicho. De ésta forma se cumple con dos propósitos claves del sistema acusatorio: que el juez tenga oportunidad de evaluar en persona su dicho para determinar qué tan creíble es, y que la parte contra la cual se ofrece el testimonio tenga la oportunidad de conainterrogar al testigo, demostrando posiblemente que sus aseveraciones no son confiables, que está mintiendo o está equivocado.

2.4.1 Concepto. De acuerdo con el artículo 437 del CPP: *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.*

Se trata de una definición bastante incompleta o, como dice la Corte Suprema de Justicia³⁹, un tanto “abstrusa”, ya que no consulta los elementos sustanciales estructurantes de este instituto procesal, incorporado a nuestro sistema jurídico desde su fuente que es el derecho angloamericano. De acuerdo con el derecho comparado, los elementos del concepto prueba de referencia son:

- Una declaración hecha por fuera del juicio oral.
- Un declarante o persona que hacer la declaración, que no está presente en el juicio.
- El propósito de probar la verdad de la declaración.

³⁸ Manual “Rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio. Elaborado por USAID-CHECCHI, septiembre de 2005, paginas 56-58.

³⁹ Corte suprema de Justicia, Sentencia de Casación No. 27.477 del 6 de marzo de 2008, M.P: Augusto Ibáñez.

- Un medio de prueba a través del cual se pretende llevar a juicio la declaración.⁴⁰

El CPP colombiano incluye como elemento de la noción incompleta que da en el artículo 437, uno relacionado con el fin o utilidad procesal de la prueba de referencia: “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. Sobre este elemento de la noción, la Corte Suprema opina que es innecesario, ya que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional.⁴¹

La declaración hecha fuera del juicio debe ser tal, que pueda tomarse como una aseveración, es decir, que resista un juicio o examen de existencia y de verdad. Debe haber sido hecha fuera del juicio (en la etapa de la investigación o en la fase de transición de la etapa de juzgamiento), porque de lo contrario, si se hace en el juicio, no se estaría hablando de prueba de referencia, sino de prueba de características normales.

2.4.2 Desarrollo normativo. La utilización de esta figura procesal dentro de los juicios se ha convertido en una herramienta muy frecuente , dado la existencia de testigos que por el tipo de delincuencia que opera en nuestro medio muchas veces se han presentado atentados y amenazas contra ellos y sus familias, abandonar su residencias y hasta se las ha propinado su muerte

⁴⁰ Regla 60, código de Evidencias de Puerto Rico.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación no. 27.477 del 6 de marzo de 2008, M.P: Augusto Ibáñez

Bastan estas razones por lo que las declaraciones anteriores de los testigos (bien mediante entrevistas, declaraciones juradas) deban ser aducidas al proceso como prueba de referencia, y si este medio de prueba limita principios procesales como la inmediación, la publicidad, la contradicción e ir en contravía del principio de permanencia de la prueba.

Para proceder a su admisión debe haber una solicitud por parte de la Fiscalía o la defensa, se inicia un incidente en el desarrollo del juicio oral, una vez autorizado el incidente deben las partes dejar en claro que la versión que se pretende aducir fue un testigo directo de los hechos, enunciado desde el escrito de acusación donde se pretende incluirlo al juicio con su testimonio el cual debe ser pertinente y útil y así se hizo saber en la audiencia preparatoria y fue decretado su testimonio; luego se debe informar que el testigo no está disponible por las razones indicadas, que falleció, fue secuestrado, presenta pérdida de memoria, entre otros y que ese testigo había rendido declaraciones anteriores y ante determinados funcionarios, son esas declaraciones que en su momento fueron recepcionadas bajo la legalidad requerida, el soporte para utilizarlas como prueba de referencia y que fueron recepcionadas por personas con funciones de policía judicial, dentro del desarrollo de su actividad investigativa cumpliendo lo estipulado en artículos 205 y 206 lo que las hace legales, además fueron descubiertas en la audiencia de formulación de acusación. Debe indicarse al juez por parte de la Fiscalía todas las actividades desplegadas sobre la ubicación del testigo en caso que se haya desplazado por amenazas.

Para promover el incidente se requiere de testigos de acreditación para poder ingresar la declaración anterior por lo que se debe solicitar al juez ordenar admitir la prueba de referencia y se haría con el testimonio del investigador judicial que recibió la entrevista o declaración, en caso de ser rechazada proceden los recursos de ley.

2.4.3 Desarrollo jurisprudencial. Las declaraciones anteriores por el principio de no permanencia de la prueba, están prohibidas que ingresen al juicio, porque solo es prueba la que sea sometido a los principios de oralidad, contradicción, concentración, inmediación, y publicidad, **pero toda norma tiene su excepción de ahí lo reglado en el artículo 437 del C. P. Penal, sea decir la prueba de referencia**, y por la que se entiende es toda declaración anterior, rendida por fuera del juicio oral, que es llevada al juicio oral, resultando pertinente, cuando se quiere probar la verdad de lo aseverado por el testigo (sentencia 27477 de 2007 y C - 144 de 2010).

Las excepciones para la admisibilidad de la prueba de referencia están contenidas en el artículo 438 del CPP, pero esta lista, según lo ha entendido la jurisprudencia no se agota allí y por tanto existen otros eventos que han sido reconocidos por el alto tribunal, en su sala penal.

Es así como la CSJ en varias sentencias ha indicado que la expresión eventos similares que consagra el literal b del artículo 438 es una clausula residual incluyente de carácter discrecional que permite eventos como, entre otros, la desaparición voluntaria del testigo, por situaciones como la amenaza, esto además fue retomado por la Corte Constitucional en la sentencia C-144 de 2010 en la cual se revisó la exequibilidad de la expresión “eventos similares”.

Sobre el testigo amenazado como una posibilidad excepcional admisible de prueba de referencia tenemos las sentencias 26411 de 2007, 30598 y 31614 de 2009, en las cuales la Corte ha indicado que:

En la sentencia 26411 de 2007

“En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes

periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física Art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, ora a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó en la FASE DE INDAGACION E INVESTIGACION y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (Art. 392), será un referente válido – **prueba**- en el JUICIO, óptimo para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (Arts. 7 y 381 del C. de P.P.).

1. 3. En materia de apreciación de medios del conocimiento: **entrevistas** (artículos 205 y 206 del C. de P.P.9 y **testimonios** (artículos 383 – 404 ib.) suele suceder –y es lo que advierte la Sala en este caso- que se presenten fallas en los procesos de rememoración, fallas en el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, fallas en la forma de sus respuestas y fallas en la personalidad del testigo como **fuentes directas del conocimiento de los hechos**, porque es razonable que la persona que otrora declaró, reconoció, fue entrevistado, dictaminó, ante el órgano de indagación e investigación, a la hora de la audiencia de juicio oral y público no rememora por las más diversas razones (entre las que no se descartan la voluntad renuente –*nada se, no recuerdo, nada digo, mi versión ya no revive al muerto, etc.*-, el miedo, el terror, la amenaza, la amnesia, problemas fisiológicos o psicológicos que alteren el

raciocinio, etc.⁴²), sencillamente porque no es tarea fácil señalar en audiencia de juicio oral y público a uno dos o más procesados: “*Tu mataste a mi hijo... a mi hermano, a mi tío, etc.*”. ¡Ello es humanamente entendible!

En cuanto a la sentencia 31614 de 2009:

“Sin embargo, la ley sí alude a los mencionados “*eventos similares*”, referidos a situaciones parecidas a las previstas en la norma, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, según se ejemplificó, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”.

En la sentencia 30598 de 2009:

“...Del anterior recuento puntual de las circunstancias que rodearon tanto las entrevistas iniciales rendidas por quien efectivamente vio el desarrollo de los hechos investigados, así como la imposibilidad de conseguir su concurrencia al debate oral en cuanto fue amenazado junto con su familia, concluye la Sala que tal como lo señaló el *a quo*, se está en una de las situaciones a las que se refiere el legislador en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, como “*evento similar...*”

“...En efecto, se trata de una situación de fuerza moral a la que se vio sometido el testigo, de manera que al concurrir al juicio ponía en peligro fundado no sólo su vida e integridad, sino además, la de su hermana y su progenitora, todo lo cual fue demostrado con las constancias de la Fiscalía, la imposibilidad de lograr su conducción por parte de la policía, amén de lo que expresó a la asistente de la Fiscalía al rendir su segunda entrevista.

⁴²Cfr. Sentencia del 09/11/2006, rad. núm. 25738.

Concluye entonces la Sala, que asiste razón a la Fiscalía al deplorar que el Tribunal no tuviera las entrevistas de *Jhon Jairo Giraldo* como prueba de referencia”.

En conclusión la amenaza de un testigo, de tal entidad que impida su comparecencia al juicio, lo hace incurso en una excepción admisible de prueba de referencia.

“...El testimonio del agente investigador Jorge Alberto Aluma Moreno tiene contenidos que deben ser valorados como prueba directa y otros como prueba de referencia admisible..... en primer término, se comprobó la imposibilidad de hacer comparecer a la víctima en el juicio para recibir su testimonio, y fue por ello que justamente el a-quo aceptó la incorporación, a través del mismo, la declaración rendida por la menor en la génesis de esta investigación...”

“...El Tribunal no tuvo en cuenta esa doble condición del testimonio de Aluma Moreno, pues únicamente advirtió su cariz de prueba de referencia, y no el de prueba directa del comportamiento asumido por la progenitora de la víctima ante el agente investigador, al manifestarle que no permitiría que la joven declarara en el juicio debido a las presiones ejercidas por los miembros de su familia, pues el procesado era esposo de una hermana de ella y su captura había ocasionado graves desavenencias entre los miembros de ese clan, incurriendo de esa forma en un falso juicio de identidad el fallador de segundo grado...”

“...Cabe advertir que la no comparecencia al juicio de la víctima de las conductas punibles, por las circunstancias atrás precisadas y debidamente acreditadas, se acomoda sin lugar a dudas a los eventos de admisibilidad de la prueba de referencia, señalados en el artículo 438, literal b), afirmación que se nutre de precisiones hechas por la jurisprudencia de esta Sala en relación con ese tema:

“1.6 Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.”⁴³...

En fecha más reciente, en punto de la admisibilidad de la prueba de referencia, hizo la Corte el siguiente estudio:

”Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de inmediatez objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria.

”Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de la mejor prueba disponible, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

⁴³ Cfr. Sentencias de 30 de marzo y 2 de noviembre de 2006, Rad. N° 24468 y 26089, respectivamente.

”Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia.

”Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas.

”El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.⁴⁴

”Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: a) Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; b) Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; c) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; d) Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; e) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; f) Padece una grave

⁴⁴ Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

enfermedad que le impide declarar; g) Ha fallecido; h) Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; i) Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

”El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible. La norma aprobada, dice:

”“Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. 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.

”“También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.

”Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia⁴⁵, alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las

⁴⁵ Esta cláusula aparece reafirmada en el artículo 379 ejusdem: “Inmediación. El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisión de la prueba de referencia es excepcional.

previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

”Paralelamente a ello, la norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares.

”La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

”La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

”La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

(...)

”En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, tienen un factor de justificación distinto: la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

”Si se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma (registro de pasada memoria y archivos históricos) es adicionalmente necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere.

”Por escrito de pasada memoria la doctrina entiende “toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria”⁴⁶. Y por archivo histórico, aquel donde reposan documentos que por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente.

”Adviértase, finalmente, que la admisibilidad a práctica de la prueba de referencia no opera por la mera circunstancia de concurrir los presupuestos señalados en el artículo 438 del Código. Paralelamente a ello, el juzgador debe examinar si la prueba satisface las exigencias de legalidad, oportunidad, pertinencia objetiva, pertinencia funcional, conducencia y conveniencia exigidos por el Código para la admisión de las distintas categorías probatorias (artículos 360, 374, 375 y 376 ejusdem), conclusión que se obtiene de interrelacionar no solo las disposiciones generales que regulan la admisibilidad de las pruebas, sino del claro texto del artículo 441, inciso segundo, ejusdem:

⁴⁶ CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edt. Forum, 1995, Volumen III, página 350.

“Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su admisibilidad y apreciación, por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental.”⁴⁷...

“...La prueba pericial en el contexto de Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) goza de una reglamentación especial en orden a su producción y valoración.

“...Entre las labores de los peritos oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa. Para tal efecto los médicos forenses estudian la historia clínica del paciente, o analizan la información por él suministrada, u otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional y rendir el informe que será la base de su dictamen...”

“...6.2. Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitularlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia...”

“...Tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analizan la información suministrada por los mismos...”

“...Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen,

⁴⁷ Cfr. Sentencia de 6 de marzo de 2008, Radicación N° 27477.

puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras...”

Ahora bien, en cuanto al interrogante planteado inicialmente, ya la jurisprudencia de la Sala ha sentado las bases de la solución al puntualizar:

“En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de prueba de referencia, frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

”La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión.

”Así lo explica CHIESA⁴⁸, en su Tratado de Derecho Probatorio mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico:

”“En Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia”. Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la Regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibile para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermissible.”

”El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información

⁴⁸ CHIESA, Op. cit. Tomo I, pág. 522.

obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

”El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.

(...)

”Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley⁴⁹...”

“...6.3. Con sustento en lo anterior, la afirmación del ad-quem en el sentido de que la prueba de referencia mediante la cual se acreditó la ocurrencia de los hechos constitutivos de las conductas punibles y la autoría de ésta en cabeza del procesado, no cuenta con otros elementos de conocimiento que la respalden carece de fundamento legal, pues en el caso concreto la declaración obtenida en el juicio oral del perito psiquiatra constituye prueba técnica pericial, a la que el artículo 405 de la Ley 906 de 2004 ordena aplicar en lo que corresponda las reglas del testimonio, y como tal se debe apreciar⁵⁰.”

⁴⁹ Cfr. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación N° 25920.

⁵⁰ Artículo 404, Ley 906 de 2004. “Apreciación del Testimonio: “Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se

“...Aun cuando es cierto que el aludido profesional no presenció los hechos, la menor fue valorada por el galeno, quien hizo una narración de eventos, circunstancias y conclusiones que fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportó su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal...”

“...En consecuencia, el conocimiento indirecto que se obtiene a través de la prueba de referencia incorporada con el testimonio del agente Jorge Alberto Aluma Moreno, y el que por vía directa se consigue con el dictamen del perito psiquiatra, reforzado con las explicaciones suministradas en su testimonio, permite superar cualquier duda acerca de la existencia de las conductas punibles y la responsabilidad...”

Dentro de otro pronunciamiento en sentencia de casación penal de la Corte Suprema de Justicia , radicado 31473, con ponencia del Magistrado JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, en diciembre 3 del 2009 al abordar la prueba de referencia, indico:

“...El actor denuncia entonces el desconocimiento de las normas que tasan el valor o la eficacia probatoria de las pruebas de referencia, las cuales según la estructura normativa del sistema procesal acusatorio colombiano, son incapaces por sí solas, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado; razón por la cual, de cara a una decisión de condena, requieren necesariamente de complementación probatoria a través de otros elementos de convicción, que pueden surgir de cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de categoría distinta y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda, sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado...”

percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

“...En relación con este tema la jurisprudencia de la Sala tiene dicho que,

“Si la prueba de referencia (única o múltiple), complementada con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, en los términos ya vistos, es decir, que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia.”⁵¹...

Continuando con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, al tema que nos compete indicó en uno de sus apartes dentro de la sentencia Nro. 32868 con ponencia del Magistrado SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ:

“...Hecha la precisión, debe la Sala significar que lo expresado por los padres de la menor, de ninguna manera puede entenderse prueba de referencia, pues, como lo señala la casacionista, no se trata de reemplazar con sus dichos lo que no pudo conseguirse ante la imposibilidad de que el testigo directo, diríase la víctima, concurriese a la audiencia de juicio oral, o no fuese factible recibir su atestación...”

“...sucede, sin embargo, que los padres de la menor, precisamente por su condición de infante, pueden contextualizar esa declaración suya y, además, refieren lo que les fue dado percibir directamente acerca del comportamiento de su hija respecto del procesado, para no hablar de los datos referidos a fechas y lugares. Bajo esa especial condición, los padres de la afectada entregan elementos de juicio valiosos, en tanto, si ya la menor directamente señaló, desde luego, con las limitaciones de su edad y acorde con lo que es posible interpretar gracias a lo contextualizado por las sicólogas encargadas de entrevistarla, que fue objeto de mancillamiento sexual a manos del acusado, lo referido por los padres acerca de los lugares y momentos en que

⁵¹ Sentencia del 06-03-08 Rad. 27477.

tal sucedió, permite conocer esos aspectos imposibilitados de relatar por la víctima, operando no de referencia, sino complementario...”

3. INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Basta con traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia de Tutela de marzo 24 del 2011, donde se consignó lo siguiente:

“...El artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, apotegma desarrollado por esta corporación en abundante jurisprudencia⁵² y consagrado en los artículos 6, 8, 9, 18 y 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), manifestaciones nacionales de la extensa doctrina del “*interés superior del niño*”⁵³, ampliamente consolidada en el derecho internacional⁵⁴.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-510 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa reseñó:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos revalcientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las

⁵² Cfr. T-514 de septiembre 21 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-794 de septiembre 27 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; y C-804 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa, entre otras.

⁵³ L. 1098 de 2006, art. 6°. **Reglas de interpretación y aplicación.** Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

Art. 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Art. 9°. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

⁵⁴ La Convención sobre Derechos del Niño establece en el artículo 3-2 que “*los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley...*”.

circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, ... sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

Por lo tanto, para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados –, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil –.

De esa manera, los menores de edad son titulares del reconocido respeto a su caracterización jurídica como sujetos de especial protección. Su interés superior tiene un contenido de naturaleza “real y relacional”⁵⁵, de donde dimana el deber de efectuar la trascendental constatación y atención sobre los

⁵⁵ T-408 de septiembre 21 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

elementos concretos que los distinguen, en lo cognoscitivo, familiar, emocional y cultural.

Se ha constituido así el interés superior del menor de edad en instrumento protector de niños, niñas y adolescentes, frente a todo tipo de conductas que amenacen su ser, como (C-804 de noviembre 11 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa):

“... la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12); la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (C.P., art. 17), cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), toda forma de abandono, violencia física o moral, abuso sexual, explotación económica (C.P., art. 44); y cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte,⁵⁶ ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños... implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.”

Al respecto en fallo T-408 de septiembre 12 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se precisó que el interés del menor de edad *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”*. Allí mismo se aclaró que *“ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El*

⁵⁶ *“Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.”*

sentido mismo del verbo ‘prevalecer’⁵⁷ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor.”

De tal manera, el principio de prevalencia del interés superior del menor de edad impone a las autoridades y a los particulares el deber de abstenerse de adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro los derechos del niño...”.

“...Con su determinación, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, al confirmar en junio 21 de 2010 (fs. 54 a 69 cd. inicial) la censurada providencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de dicha ciudad, se limitó a anular la actuación, a partir del inicio del debate probatorio, creyendo *“vulnerado el debido proceso, habida cuenta de los principios de inmediación y concentración, como consecuencia del cambio del titular del juzgado”* (f. 56 ib.), por lo cual erróneamente ordenó *“repetir el juicio para que sea reconstruido en presencia de la nueva funcionaria, no obstante lo traumático que puede resultar, sobre todo para las menores ofendidas”* (f. 68 ib.).

Así, trató de aplicar el *ad quem* el estatuto procesal acusatorio penal, pero arrolló los derechos inherentes a las víctimas, máxime siendo ellas menores de edad, cuando se ha podido acudir al registro técnico de lo que ya se había efectuado válidamente en el juicio oral, tal cual se haría al resolver una apelación, un recurso extraordinario de casación o una acción de revisión.

Se concluye, entonces, que con la declaratoria de nulidad de la etapa probatoria en el proceso penal, sin respeto a los derechos de las victimizadas

⁵⁷ “De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ‘prevalecer’ significa, en su primera acepción, ‘sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras’.”

menores de edad, se transgredió el artículo 44 superior, entre otros preceptos, al no valorarse debidamente el interés superior del niño.

El asunto debió haberse resuelto con acatamiento del principio *pro infans*, previendo que en eventos donde resulten contrapuestas dos prerrogativas, deberá optarse por la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad.⁵⁸ Recuérdese que, en apropiado desarrollo de la preceptiva constitucional e internacional, el artículo 193.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), consagra que en los procesos por conductas punibles donde las víctimas hayan sido menores de edad, las autoridades judiciales no les deben generar adicionales daños”.

3.1 ORIGEN NORMATIVO Y DESARROLLO LEGAL

También la Corte Constitucional mediante sentencia C-804/09 Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, hizo un recorrido de normas internacionales y nuestras donde se recalca el interés superior de los niños:

“...La Corte ha reconocido de manera reiterada que los niños,⁵⁹ tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que tiene, entre otros efectos, el de otorgar el carácter *superior y prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les atañe.

La Corte ha resaltado que el constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia de los tratados

⁵⁸ T-1227 de diciembre 5 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁹ Sobre este asunto ver también las sentencias C-653 de 2003, C-997 de 2004, y T-543 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño, C-738 de 2008, C-716 de 2006, (con salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería) y C-814 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-796 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil (con salvamentos individuales de voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, y Clara Inés Vargas Hernández); C-273 de 2003 y T-746 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández y T-510 de 2003, T-397 de 2004 y T-090 de 2007, MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-690 de 2008, MP: Nilson Pinilla Pinilla; T-554 y T-1051 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

internacionales ratificados por Colombia, y en esa medida, de conformidad con lo que establece el artículo 93 Superior, ha interpretado el alcance de este principio a la luz de diversos instrumentos internacionales.

Tan solo para citar algunos ejemplos, destaca la Corte, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; y en el artículo 3-2, establece que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que *“todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse

física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que *“la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”*, y que *“todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*.

Como desarrollo de ese principio, la Corte ha reconocido el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un desarrollo integral, según el cual, la familia, la sociedad y el Estado deben propender por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, y teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad.⁶⁰

En el artículo 44 de la Carta se enumeran expresamente algunos de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños: a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y al amor, a la educación, a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión. Sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en ésta enumeración; el artículo 44 Superior establece, que los niños *“gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”*. Dentro del conjunto de derechos fundamentales y prevalecientes de los niños, surgidos de los tratados internacionales ratificados por Colombia, se destacan los derechos a la igualdad real y efectiva, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo

⁶⁰ Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

de su personalidad, a la paz, a no ser molestados en su persona o su familia por las autoridades, al debido proceso; a que las autoridades y los particulares, en todas las medidas que les conciernan, atiendan a su interés superior; a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos *“en la medida de lo posible”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1), a *“preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”* (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1), y a recibir *“la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”* en los casos en que hayan sido privados ilegalmente de alguno o todos los elementos de la misma ((Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1.), a *“no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”* y recibir protección legal contra tales injerencias (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16); y a que se adopten todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono o de trato cruel, inhumano o degradante, en un ambiente que fomente su salud, su dignidad y el respeto de sí mismos (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39).

El interés superior del menor también juega un papel fundamental para proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a riesgos prohibidos. “En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría *“riesgos prohibidos”* se encuentran, entre otros, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12); la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas (C.P., art. 17), cualquier forma de violencia intrafamiliar (CP., art. 42), toda forma de abandono, violencia física o moral, abuso sexual, explotación económica (C.P., art. 44); y cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). Ahora

bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte,⁶¹ ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

El principio del interés superior del menor es relevante para determinar la forma de equilibrar los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor. Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte,⁶² afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son *prevalcientes* no significa que sean *excluyentes* o *absolutos*. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal niño, niña o adolescente, en especial los de sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza.⁶³ Aquí resulta pertinente resaltar que siempre que se presente un conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del niño, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor...”.⁶⁴

La Ley 906 del 2004 en su artículo 18 al referirse al principio procesal de la publicidad indica que toda la actuación será pública, donde todos los intervinientes, medios de comunicación y comunidad en general tiene acceso a las diligencias, pero se tienen excepciones cuando esa publicidad puede causar daños o pone en peligro a las víctimas, testigos, en especial cuando se menoscaba un daño psicológico a los menores de edad o que deban intervenir. Consecuente con ello el artículo 133 de la misma obra procedimental brinda una

⁶¹ Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

⁶² Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶³ Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁴ Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

atención y protección especial a las víctimas en especial cuando la publicidad del procedimiento implique un ataque indebido a su vida privada o dignidad.

En el capítulo II donde se regula la publicidad de los procedimientos en el Estatuto Procesal Penal vigente en el artículo 151 de manera especial faculta al juez para limitar total o parcialmente el acceso al público o de la prensa cuando el que declara en el juicio es un menor de edad, pero de mayor interés fue el párrafo adicionado al artículo 149 mediante la ley 1257 del 2007 cuando refiere que en las actuaciones procesales relativas a los delitos contra la libertad y formación sexual y de violencia sexual, el juez podrá a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público. La negación de esta solicitud se hará mediante providencia motivada. Cuando cualquiera de los intervinientes en el proceso lo solicite, la autoridad competente podrá determinar la reserva de identidad respecto de sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

Pero en buena hora en la Ley 1098 del 2006, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, en varias disposiciones se entra a proteger el interés superior del niño, niña o adolescente en lo que tiene que ver con su participación en las actuaciones penales y su artículo 147 se ordena que todas las audiencias serán cerradas al público en caso de que dicha publicidad pueda causar un daño psicológico al menor, en el artículo 194 proscribiremos que en ningún momento en audiencias será expuesta la víctima menor de edad ante su agresor, debiendo acudir a otros medios tecnológicos para la práctica de la diligencia como video conferencias.

3.2 CONCEPTO DE REVICTIMIZACIÓN

Se entiende por revictimización o victimización secundaria⁶⁵ como el *'fenómeno' como aquellos 'sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito, les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etc.'*⁶⁶

En este sentido debemos tener claro que existen dos fases bien identificadas, en las cuales la persona víctima de un delito sufre las consecuencias del mismo; la primera de ellas se da precisamente cuando es sometida por el victimario a padecer la comisión de un delito en su contra, sea directa o indirectamente, y la segunda a partir del momento que la víctima pone en conocimiento de las autoridades el hecho delictivo en su perjuicio debido a la inoperancia del sistema penal. Es esta segunda fase la que nos interesa, en la cual intervienen la Policía Judicial, El Ministerio Público, y los Jueces como órganos relacionados directamente con la víctima, pero también el Poder Judicial como institución.

Sobre la revictimización durante el proceso penal “en efecto, los victimólogos, desde que empezaron a estudiar en profundidad los perjuicios de todo tipo que la acción criminal reporta para la víctima, consideran que los padecimientos aflictivos de esta no se agotan con su vivencia de la acción criminal como sujeto pasivo, sino que se prologan en incrementan incluso a lo largo de su participación en los mecanismos dispuestos para la averiguación de los hechos y la sanción de su autor.”⁶⁷

⁶⁵ Revista Medicina Legal de Costa Rica / Vol 24, N° 1, marzo de 2007.
http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152007000100004&lng=es&nrm=iso

⁶⁶ **Maza Martín, José Manuel.** Artículo “Algunas consideraciones Criminológicas de interés judicial sobre la víctima del delito”, en Antología “Víctima y Proceso Penal Costarricense”, Issa El Khoury Henry. Escuela Judicial, Poder Judicial. San José, Costa Rica. 2000. p.271.

⁶⁷ Maza Martín, José Manuel Opo Cit. p. 271

El aumento o disminución del estado de ansiedad o angustia disminuye o aumenta según el sexo, edad, condición social o estado civil de la víctima. Este estado postraumático de la víctima es lo que se puede definir la dimensión psicológica de la victimización ; y sobre este terreno ha de actuar, tanto la primera victimización como la segunda, la ayuda del profesional para rebajar el nerviosismo, ansiedad, angustia y depresión de aquélla, según su estado emocional que puede ser transitorio (terrores nocturnos, inseguridad, estados de excitación), o más duraderos (fobias, evitación de determinados lugares relacionados con el delito, o procurar no salir de la casa o de noche).”⁶⁸

Por otra parte en caso de menores de edad abusados sexualmente; como es harto conocido, sufren un grave problema de victimización secundaria que se inicia en etapas pre procesales (escuela, familia, Clínicas, vecindad, etc.) y se agrava durante las diversas etapas de la investigación y juicio, sobre lo cual se ha escrito mucho y se han propuesto una serie de soluciones sin que la institución haya podido solventarlo del todo.

Sobre las formas para evitar la revictimización fuera del avance que ha tenido las ciencias en general (medicina, psicología y psiquiatría forense), y de las ciencias forenses (criminalística en particular) es indudable, que la prueba testimonial, constituida por el dicho del ofendido o sus testigos, sigue siendo en la actualidad; junto con aquellos, el instrumento más enriquecedor de los que se encuentran a disposición del juez o tribunal y las partes para saber, conocer y poder reconstruir lo acontecido en el hecho delictivo.

Dada la importancia que el testimonio reviste dentro del proceso, debemos darle contenido material en la práctica a los derechos que la víctima tiene, para consolidar y fortalecer su posición dentro del proceso no solo como tal, sino como fuente fundamental de prueba.

⁶⁸ Albarrán Oliveira, Antonio J. Opo. Cit, p.p. 247-248

Revictimización del Menor de Edad, un problema sobre la segunda victimización, muchos de ellos víctimas de delitos en su mayoría sexuales, agresiones físicas, tráfico de menores, explotación sexual, y otros. Por lo que se hace necesario plasmar los últimos lineamientos emitidos por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia reducir la victimización de los menores de edad.⁶⁹

⁶⁹ 104Directrices para Reducir la Revictimización de las Personas Menores de Edad en Procesos Penales ,CONAMAJ:
“DIRECTRICES

- I. Prontitud del proceso e Interés Superior del Niño. Los procesos en los que figure como víctima un niño, niña o adolescente deben ser atendidos sin postergación alguna, implementando los recursos que se requieren para su realización. A su vez se debe tener como prioridad evitar daños en la víctima, en atención al principio del Interés Superior del Niño.*
- II. Privacidad de la diligencia judicial y auxilio pericial. En cualquier diligencia judicial en la que se requiera la presencia de una persona menor de edad víctima, independientemente de la etapa en la que se encuentre el proceso, esta deberá llevarse a cabo en forma privada y con el auxilio de peritos especializados, en los casos en que sea necesario. Deberán estar el padre y la madre o una persona de confianza durante la declaración, salvo cuando ello constituya un elemento negativo que pueda entorpecer el desarrollo de la diligencia. El niño, niña o adolescente víctima deberá indicar “quién es la persona de confianza”. Su criterio prevalecerá.*
- III. Derecho de información. Con su lenguaje sencillo y coloquial, el niño, niña o adolescente, deberá ser debidamente informado desde el inicio del proceso y por parte de todas las autoridades correspondientes, de la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sea requerido, también deberán explicarle, de manera clara y sencilla, la función del juzgador, del defensor, del imputado y de los derechos que este posee, así como el objetivo y el resultado de la intervención de cada uno. Durante el debate el Juez deberá hacer efectivo este derecho.*
- IV. Consentimiento de la víctima. Deberá contarse siempre con el consentimiento de la víctima para cualquier examen. Se deberá respetar a las víctimas en su integridad, entendiendo que el proceso no es un fin en sí mismo.*
- V. Forma del interrogatorio. Durante las entrevistas al niño, niña / o adolescente víctima, las prevenciones y preguntas que se le realicen deben ser claras, con una estructura simple. Por ello deberá tomarse en consideración su edad, nivel educativo, grado de madurez, capacidad de discernimiento, así como sus condiciones personales y socioculturales, otorgándosele el tiempo necesario para contestar y asegurándose que ha comprendido la naturaleza de la prevención o pregunta.*
- VI. Procedencia de preguntas y entrevistas. Se debe evitar la reiteración innecesaria o no procedente, tanto de las preguntas como de los entrevistados, promoviendo la labor interdisciplinaria cuando las circunstancias así lo permitan.*
- VII. Condiciones de la entrevista. La entrevista deberá efectuarse en un lugar que resulte cómodo, seguro y privado para el niño, niña y adolescente víctima. Es recomendable que, cuando se trate de niños o niñas, el espacio físico esté decorado con motivos infantiles y cuente con algunos juguetes, debiendo hacerse uso de todos los recursos de apoyo disponibles. El o la fiscal que instruye la causa brindará la atención requerida a las condiciones en que desempeñe la entrevista inicial, que deberá ser realizada por el o la fiscal y el investigador o investigadora a cargo, dentro de lo posible.*

-
- VIII. *Asistencia profesional especializada. En todos aquellos momentos en que se requiera, la autoridad correspondiente deberá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de un profesional en trabajo Social y/o Psicología del Poder Judicial o, en su defecto, de otras instituciones. Se deberá poner especial atención en la familiarización del niño, niño o adolescente para enfrentar el proceso, en especial en etapa de debate o cualquier otra audiencia oral.*
- IX. *Acondicionamiento del espacio físico. El funcionario o funcionaria judicial encargada deberá evitar el contacto directo de la víctima con el acusado o acusada, demandado a demandada. Para tal efecto, deberá destinarse los recursos necesarios para crear o acondicionar los espacios físicos que se requieran, así como recurrir a los medios disponibles como el uso de los biombos, especialmente en la etapa de Juicio, para impedir el contacto directo de la víctima con el ofensor, garantizándose en todo momento el derecho de defensa. Se evitará señalar citas a la misma hora y lugar para el niño, niña o adolescente ofendido' y su ofensor u ofensora, con el fin de evitar su careo. Igualmente, se debe prever su ingreso y egreso de los edificios judiciales a diferente hora; o por distintos lugares. Los funcionarios y funcionarias judiciales podrán utilizar una vestimenta más informal, tanto en la sala de juicio como en otros despachos.*
- X. *Declaración Del niño, niña o adolescente. Se recomienda que durante el juicio u otras audiencias orales, la declaración del niño, niña o adolescente víctima sea la primera declaración testimonial que se reciba.*
- XI. *Derecho a la imagen. La autoridad judicial encargada deberá controlar que la dignidad del niño, niña o adolescente testigo o víctima, no sea lesionada o través de publicaciones o cualquier exposición o reproducción de su imagen, o de cualquier otro dato personal que permita su identificación. Si se lesiona este derecho es obligación del funcionario o funcionaria denunciarlo de conformidad con lo; artículos 27, 188y 190 del Código de la Niñez y la Adolescencia.*
- XII. *Derecho a la confidencialidad. La autoridad judicial encargada deberá velar porque en las carátulas de los legajos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes víctimas, se registren únicamente sus iniciales y nunca su nombre y apellidos completos, ni el sobrenombre con que se le conoce. Igualmente, los auxiliares judiciales, a la hora de llamarlos a declarar o a cumplir con cualquier diligencia judicial evitarán hacer referencia a lo causa o al delito que se investiga.*
- XIII. *Anticipo jurisdiccional de prueba. En forma excepcional, en las causas en que se cuente con personas menores de edad víctimas, y en que exista la recomendación expreso de la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense, y/o del Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, se recomienda que quién esté a cargo de la causa, proceda con arreglo del debido proceso, a la utilización del anticipo jurisdiccional de prueba en todos los casos en que conforme a derecho corresponda. Lo anterior en aras de evitar la revictimización del niño, niña o adolescente derivada de su declaración en el debate. Debe hacerse un uso prudente del anticipo jurisdiccional de prueba, en tanto puede generarse un mayor grado de victimización si el niño, niña o adolescente ofendido es llamado nuevamente a declarar en el juicio.*
- XIV. *Capacitación del personal. Las autoridades judiciales y personal de apoyo a cargo del proceso, deberán recibir la debida capacitación por parte de la Escuela Judicial, a fin de que en dichas causas se minimice le revictimización del niño, niña o adolescente, para ello deberán diseñarse y programarse los cursos necesarios.*
- XV. *Tiempo de espera. Los y las operadores del sistema judicial deberán tomar las previsiones necesarias, para que la persona menor de edad víctima, espere el menor tiempo posible para la realización de cualquier diligencia.*
- XVI. *Referencia técnico en casos de abuso sexual En los casos de abuso sexual el niño, niño o adolescente ofendido, el juez o la autoridad judicial que corresponda deberá remitirlo, con la mayor brevedad posible al programa de Atención a la Violencia Sexual Infanto-Juvenil del*

Importante el artículo publicado en internet bajo el título, tras el abuso, revictimización de autoría de Oswaldo Marcón⁷⁰, se extrae que no cabe que los compromisos internacionales en amparar los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes involucrados en procesos penales ha venido superando una serie de inconformismos que en nada los beneficiaba, los sometían a los procesos

Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial o, en su defecto, considerar la posibilidad que la persona menor de edad sea atendida por profesionales del Patronato Nacional de la Infancia y/o de la Caja Costarricense de Seguro Social. En todos aquellas casos donde el o la perito forense recomiende tratamiento psicológico para la víctima de abuso sexual niños, niñas o adolescentes, el o la Fiscal al rendir sus conclusiones en la etapa de juicio, deberá solicitar al tribunal que en sentencia se ordene el Patronato Nacional de la Infancia brindar ese tratamiento. El juez podrá también dictarlo de oficio. Para tales efectos, el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial hará un estudio y se levantará un listado de las oficinas del PANI y CCSS del país, así como de organizaciones no gubernamentales, para tener alternativas de atención a los niños, niñas o adolescentes.

- XVII. *Personas menores de edad testigos en delitos. En delitos en los que se cuente con testigos niños, niñas o adolescentes, estos contarán con todas las garantías establecidas para el caso de personas víctimas menores de edad.*
- XVIII. *Valoraciones corporales en delitos sexuales. Las Autoridades Judiciales que envíen solicitudes de valoración corporal de niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual, deberán asegurarse que las mismas sean necesarias para la averiguación de la verdad real de los hechos, de tal manera que bajo ninguna circunstancia se les exponga a un examen genital, cuando los hechos denunciados no lo ameriten.*
- XIX. *Acompañamiento en pericias corporales. Tratándose de valoraciones corporales deberá contarse con la presencia de un familiar o de su acompañante, en la medida que la persona menor de edad víctima lo acepte. En ausencia de éstos, se podrá solicitar un acompañante de confianza, que deberá ir acorde al género de la víctima.*
- XX. *Preguntas y transcripción de la valoración pericial. En el caso de las valoraciones periciales, deberán hacerse y transcribirse únicamente las preguntas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos.*
- XXI. *Participación en el peritaje. Durante el peritaje, el fiscal, el querellante y el defensor del encartado podrán disponer de esta diligencia para realizar las preguntas que consideren oportunas, en el momento en que se le indique. Estas preguntas se realizarán a través de los peritos respectivos, evitándose en todo caso la revictimización del niño, niña o adolescente.*
- XXII. *Condiciones del debate. En los debates y/o audiencias, la autoridad judicial a cargo deberá tramitarla con el menor ritualismo posible, intentando crear un ambiente tranquilo y acogedor para el niño, niña o adolescente. Es recomendable que las partes, salvo el demandado, se apersonen de previo al juicio con el objetivo de presentarse ante el niño, niña o adolescente.*
- XXIII. *Identificación de Expedientes. Identificar en la carátula del expediente con una boleta, que se refiera a un caso de niño, niña o adolescente ofendido, para darle la prioridad correspondiente en cada despacho. Se indicará en letras grandes: "NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE OFENDIDO".*

Aplicación de directrices en los procedimientos policiales. La policía judicial procurará que la atención de los casos se ajuste o lo dispuesto en los puntos comprendidos en este documento. Además, debe proveerse de la capacitación necesaria y suficiente al personal policial, para que se aborden los casos de manera adecuada y profesional en aras de cumplir con los objetivos propuestos para minimizar la revictimización."

⁷⁰ <http://www.elsantafesino.com/opinion/2005/03/18/3420>

penales como si fueren un adulto más, de ahí que la Asamblea General de la Naciones Unidas dictó la Declaración sobre los Principios Fundamentales (en 1985) definiendo a la víctima las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Por ello dentro de este contexto general la problemática específica de la niñez victimizada por vía del abuso sexual tomó progresivamente cuerpo en la agenda pública. Ya desde la Victimología -se conoce como victimización primaria (consecuencias que sufre la víctima directa de un crimen) como también de la victimización secundaria en cuanto "... sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etcétera".⁷¹ La estigmatización que la sociedad realiza luego sobre la víctima se conoce como victimización terciaria. De las tres, nos ocupa la segunda.

Ante casos de niños que han sido sexualmente abusados (o violados) no es extraño encontrar que la intervención desde el Estado tenga efectos nocivos, o sea que, lo que debiera restaurar dañe. Tales males suelen resultar de la aplicación de procedimientos (ejemplo: la mera constatación) propios de otros campos que, al ser trasladados mecánicamente al trabajo con niños, contradice la búsqueda de su Bien Superior. La yuxtaposición de objetivos jurídicos, sociales, psicológicos, pedagógicos o médicos sin una matriz que les dé coherencia dentro y fuera abona el terreno para la victimización secundaria. Basta la cantidad de profesionales que intervienen (médico forense, psicólogos, trabajadores sociales,

⁷¹ Referencias: Marchiori, Hilda. *Victimología*. Córdoba, 1999, pp. 74 y 183.

defensores de familia, comisarios de familia, jueces, fiscales), sí la superposición de revisiones médicas o de entrevistas que saturan por su cantidad, dejando entrever la calidad de las misma, no una respuesta ideal para el fin perseguido, como es restablecer los derechos vulnerados y una pronta, oportuna y eficaz justicia, donde se debe proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.

La Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) sostiene que "los medios probatorios tradicionalmente empleados a nivel judicial resultan poco apropiados e insuficientes para constatar la realidad del afectado, produciéndose, muchas veces, una nueva situación de maltrato, conocida como victimización secundaria. Es necesario desarrollar otros métodos de acreditación de los hechos para enfrentar el ocultamiento y la distorsión que generalmente hace el adulto".⁷²

Si bien se propende de medidas eficaces por el respeto de los Derechos Humanos del Niño porque la victimización secundaria produce un nuevo daño psicológico sobre el cual luego es común que muy poco se pueda hacer e, inclusive, se trata de un daño por el que nadie responde, para comprenderlo mejor: el concepto de victimización secundaria no encierra solamente la preocupación por evitar, por ejemplo, que el niño "se sienta mal" durante su pasaje por los dispositivos estatales. No se trata de un bienestar o malestar momentáneo. Por el contrario, son efectos nocivos del orden de la salud y del sistema de representaciones sociales que regulan las conductas cotidianas del niño. Para comprender lo que significa una experiencia traumática, ella debe ser confrontada con marcos teóricos complejos que incluyen diversas categorías, por ejemplo, el Post Traumatic Stress Disorder (categoría psiquiátrica) o la Neurosis Traumática (categoría psicoanalítica). Por este camino puede intentarse una cabal

⁷² www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm

comprensión de la categoría transdisciplinar que nos ocupa -la victimización secundaria-.

La victimización secundaria promueve la actualización de lo sucedido a tal punto que configura una nueva experiencia traumática difícil de explicar o justificar desde toda perspectiva y, menos aún, desde la jurídica, teniendo en cuenta lo expresado más arriba. Estas experiencias están estrechamente asociadas con lo aterrador, espanto que luego se revive en juegos, pesadillas, disturbios en el rendimiento escolar, en las relaciones con sus pares, etcétera.

La falta de adecuación en los dispositivos institucionales daña. A las instituciones las gobiernan adultos, pre-ocupados y ocupados según valorizaciones adultas, miradas que operan según supuestos "de mayores", usualmente desde impecables lógicas lineales que no incorporan la no tan lineal -y por ende más real- lógica del Sujeto-Niño.

Para el niño lo relevante no necesariamente es lo que es relevante para el adulto. Y, en definitiva, la búsqueda del "bien superior del niño" nunca es tal, si no considera la situación problemática desde la perspectiva del propio niño.

3.3 PROTOCOLOS PARA REALIZAR ENTREVISTAS A MENORES DE EDAD

El objetivo de una entrevista forense es obtener una declaración de un menor de tal forma que desarrolle la sensibilidad, sea imparcial, y que nos lleve a la verdad, de manera que aporte una justa y correcta toma de decisiones en los sistemas de justicia criminal y de bienestar del niño. Aunque la información obtenida por medio de esta entrevista puede ser útil para tomar decisiones acerca del tratamiento, esta entrevista no es parte de un proceso de tratamiento. Las entrevistas forenses no deben realizarse por profesionales que estén llevando a cabo o tengan planeada una relación terapéutica con el menor.

Alison R. Perona, Bette L. Bottoms y Erin Sorenson⁷³ presentaron un documento donde indican Directrices basadas en investigaciones para realizar entrevistas forenses a menores, donde exhiben importantes elementos que se deben tomar en cuenta al realizar entrevistas forenses en menores que han presenciado o supuestamente han sido víctimas de algún delito, indicando los principios básicos de la entrevista forense y analizando algunos de los protocolos forenses mejor estructurados que existan en la actualidad; así como un modelo detallado y práctico para llevar a cabo una entrevista forense estructurada

Si es preocupante y alarmante por todos los sectores sociales del maltrato y abuso sexual de los menores de edad y necesario es conocer la versión de ellos sobre los hechos, pero es un tema sutil que se debe abordar muy diligentemente, de ahí que los entrevistadores sean personas idóneas y capacitadas para ello para obtener de los menores su versión, se deben redactar las preguntas a la edad cronológica del menor y para ello diseñar o utilizar los protocolos establecidos

El éxito de una investigación si depende de la forma como se obtiene la entrevista forense, el conocimiento de lo que sucedió proviene exclusivamente de la información que entregue el menor durante la entrevista. Entrevistar a niños es una labor que requiere una perspectiva abierta, pero al mismo tiempo analítica y crítica. Se debe minimizar la angustia de los menores al recordar hechos pasados de total desagrado por ello en la medida de lo posible en una sola entrevista lograr obtener toda la información.

Las formas de cómo formular y redactar preguntas son muy propias de cada entrevistador, pero lo ideal es seguir unos protocolos durante el proceso de la entrevista de manera que sea bien estructurada acorde a la edad del niño donde se le debe de orientar y llevarla por etapas, todo protocolo empieza con la

⁷³ (Encontrará copias de este artículo pagando una tarifa en The Haworth Document Delivery Service: 1-800-HAWORTH. Email: docdelivery@haworthpress.com. Sitio web: www.HaworthPress.com © 2006 por Haworth Press, Inc. Todos los derechos reservados)

presentación que el entrevistador, donde le explica al menor que tendrá que describir los eventos detalladamente, contar la verdad y manifestar cuando no entiende una pregunta, lo ideal es llegarle con preguntas abiertas para tener una cercanía generando confianza y de respuestas a las preguntas abiertas.

En el desarrollo de la confianza, se puede pedir al menor que entregue relatos libres sobre eventos neutrales de su vida. Aumentar la probabilidad de que un menor entregue libremente información en las etapas posteriores de la entrevista. En especial del tema objeto de interrogatorio, que al ser abordado debe procurarse sacar la mayor información posible. Para luego una vez se obtenga toda la información se cerrará la entrevista.

La entrevista por etapas comprende:

- Preparar el Entorno de la Entrevista.
- La Presentación.
- Competencia Legal (La Verdad/Mentira).
- Establecer la Reglas de Base.
- Completar la sincronía con una Entrevista de Práctica.
- Introducir el Tema.
- La Narrativa Libre.
- Interrogatorio y Clarificación.
- Cierre.

3.3.1 Entrevista en cámara Gessell. La cámara de Gesell⁷⁴, es una habitación acondicionada para permitir la observación con personas. Está conformada por dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y de video para la grabación de los diferentes experimentos.

⁷⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1mara_de_Gesell

La cámara Gesell fue concebida como domo (*Gesell dome* en inglés) por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell para observar la conducta en niños sin ser perturbado o que la presencia de una persona extraña cause alteraciones.

También La Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación penal dentro radicado 32103 de fecha 21 de octubre del 2009, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, sobre la entrevista en cámara Gessell indicó lo siguiente:

“...1. En relación con el aporte del testimonio de la víctima con apoyo de profesional especializado en la materia, es preciso decir que las **Cámaras de Gessell** son salas de apoyo logístico a las actividades de investigación, que hacen parte de la planta física de Laboratorios de Psicología. El procedimiento de aducción de la prueba al proceso se relaciona con la manera didáctica como el experto (Psicólogo, testigo debidamente acreditado) aprehende el conocimiento de los hechos que relata el niño a través de diversas técnicas de entrevista, observación sistematizada y juego de roles...”

El Tribunal refirió en detalle la manera como la psicóloga, funcionaria del Instituto de Bienestar Familiar, especializada en desarrollo infantil, con magíster en docencia y profesora de la Universidad Nacional, en ejercicio profesional desde el año de 1985, vinculada al sistema de responsabilidad penal para adolescentes (es decir, con ejercicio profesional de más de veinte años) Reny González Vargas, interrogó a la víctima:

“...se apoyó en un cuestionario previo, a partir de unos protocolos para niños víctimas de abusos sexuales (el procedimiento) se lleva a cabo en diferentes etapas que pretenden indagar sobre lo que sucedió, lo que vivió y las condiciones en que se encuentra (la víctima)”.

La Psicóloga explicó que para indagar sobre los hechos, se valió del “protocolo DUNN”, que consta de cinco fases:

“1) Nivel de acompañamiento y empatía con el niño; 2) Ubicación temporo-espacial, partes del cuerpo incluyendo genitales masculino y femenino; 3) Sobre diferencias entre la verdad y la mentira; 4) Relato espontáneo sin interferencia del profesional y utilizando las mismas palabras para evitar inducirlo a situaciones no dadas para profundizar; y 5) Cierre de la entrevista. Así el protocolo evita que la entrevista se diluya y se tiene entonces un estudio de la vivencia del niño sobre una situación específica el cual tiene carácter científico” (Cfr. sentencia del Tribunal, página 9).

El método científico de la entrevista del Psicólogo y - o del experto en la materia (Psiquiatra, Psicólogo, Estudiante, profesional de la salud, perito, policía judicial capacitado(a) en derechos humanos y de infancia y adolescencia, en fin, testigos acreditados que obtengan la información mediante procedimientos científicos válidos) permitirá acceder de forma adecuada al tema objeto del conocimiento, *tanto* desde el punto de vista investigativo en desarrollo de averiguaciones clínicas, *como* sistema de averiguación que ofrece apoyo eficiente al funcionario judicial en el proceso investigativo, para la elaboración de tesis confiables que le permitan conocer la verdad material, objeto final del proceso penal⁷⁵.”...

“...La apreciación del testimonio de los menores (aunque la técnica del recaudo de la prueba requiera del apoyo de autoridades especializadas, como se hizo en este caso), se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal⁷⁶;

⁷⁵Cada cámara incluye una cabina de observación, dotada con circuito cerrado de televisión, VHS, videograbadora, cabina de control, altavoces, deck y sala para observadores. El consultorio de la cámara de Gessell incluye un sofá, dos sillas y una mesa baja. (WWW.javeriana.edu.co/psicología/departamento/infraestructura.php; raul.oyuela@javeriana.edu.co); Pontificia Universidad Javeriana – Edificio 95 – Manuel Briceño S.J. Carrera 5 No. 39 Bogotá – Colombia.

⁷⁶“A la luz de los artículos 382 y 379 del C. de P.P., en concordancia y de conformidad con las técnicas de indagación e investigación (Libro II, Títulos I y II del C. de P.P.; artículos 200 al 285) los elementos materiales probatorios y la evidencia física (Art. 275 ib.) que recauden quienes fungen como órganos de indagación e investigación son medios de conocimiento y tienen vocación probatoria siempre que su aducción al proceso penal se haga respetando los principios rectores y las garantías procesales y constitucionales.

Los medios del conocimiento obtenidos en actos de indagación y de investigación técnica o científica, como experticias, diagnósticos, entrevistas, reconocimientos, declaraciones de eventuales testigos,

en relación con la contemplación material del dicho del menor de edad, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece los criterios para recibirlo en procesos judiciales donde son víctimas los niños, niñas y adolescentes⁷⁷; ciertamente que el apoyo del Psicólogo en la investigación es trascendente porque adecua el interrogatorio a un lenguaje comprensible de conformidad con la edad de la víctima, de manera que las respuestas logradas permiten dictaminar con criterio

interrogatorios a indiciados, informes de investigación de campo, actas de reconocimiento fotográfico, huellas, manchas, residuos, vestigios, armas, dineros, mensajes de datos, textos manuscritos, mecanografiados, grabaciones fonotípicas, videos, etc. (art. 275 literal h) son evidencia probatoria del proceso cuando son presentados ante el juez en la audiencia de juicio oral por el sujeto procesal a través del testigo de acreditación (fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que es el responsable de la recolección, aseguramiento y custodia de la evidencia.

La validez de la prueba así obtenida está supeditada a que se reciba y recaude en el marco de la legalidad (artículos 276 al 281); en tales condiciones, son pruebas del proceso y por ende, apreciables de conformidad con el artículo 273 ib.; por manera que su apreciación se regula de conformidad con los criterios establecidos en la ley para cada prueba legalmente establecida, porque de principio "Toda prueba pertinente es admisible..." (Artículo 376 ib.) y apreciable (art. 380 ib.) según los criterios establecidos en el respectivo capítulo.

*Además de ello, si el órgano de indagación e investigación comparece a la audiencia de juicio oral como "testigo de acreditación", certifica idoneidad en la materia de la experticia técnica o científica y se somete a la contradicción -interrogatorio y contrainterrogatorio- de los sujetos procesales (el debate que refiere el censor), **su testimonio es prueba del proceso, tanto como los medios de conocimiento que aporte** (documentos, entrevistas, reconocimientos, actas, videos, etc.), sencillamente porque entran al juicio oral por el umbral de la legalidad cuando el juez del conocimiento así lo declara⁷⁶.*

En ese orden, el testimonio (de oídas) que rinde deberá ser apreciado y controvertido como prueba testimonial (artículos 383 a 404); los dictámenes periciales que suministre el experto y su dictamen se apreciarán bajo las reglas de contemplación jurídica y material de esas experticias (artículos 405 al 423 ib.); los documentos que suministre –entre los que caben los textos manuscritos, las grabaciones magnetofónicas, los discos de todas las especies, los videos, las fotografías, cualquier otro objeto similar... art. 424- se apreciarán como tal a la luz de los artículos 425 al 434; las pruebas de referencia (practicadas por fuera de la audiencia de juicio oral y que son utilizadas para probar o excluir uno o varios elementos del delito...) se valorarán a la luz de los artículos 438 al 441 ib.

Por manera que, después de haber sido legítimamente incorporado un medio cognoscitivo (elemento material probatorio y evidencia física Art. 275) de manera legítima por el sujeto procesal, bien de forma directa, ora a través del órgano de indagación o de investigación (testigo de acreditación, fuente indirecta del conocimiento de los hechos) que la recaudó en la FASE DE INDAGACION E INVESTIGACION y acreditada la cadena de custodia, en fin, la legalidad del medio de convicción y la controversia (Art. 392), será un referente válido –prueba- en el JUICIO, óptimo para definir la responsabilidad penal en cualquier sentido: condenatorio, absolutorio, o declaratorio del estado de duda (Arts. 7 y 381 del C. de P.P.)". Cfr. CORTE SUPREMA, rad. núm. 26411 del 08 de noviembre de 2007.

⁷⁷CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia del 13 de febrero de 2008, rad. núm. 28742.

profesional, especializado, y concluir de manera fundamentada que la víctima rindió de manera idónea y comprensible la versión de unos hechos⁷⁸...”

⁷⁸Cfr. Artículos 192 – 195 de la Ley 1098 de 2006 “Sistema de Responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños y las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos”.

4. VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS RECTORES AL ADMITIRSE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN MENORES DE EDAD

Con claridad y así se desarrolló en la presente monografía que cuando se admite la prueba de referencia, sea decir el testimonio de oídas al interior del juicio oral, y que esa versión suministrada por fuera del juicio oral, e introducida al juicio por intermedio de un testigo de acreditación, si vulnera los principios procesales de contradicción, concentración e inmediación, así como el de publicidad.

Queda la defensa limitada para ejercer el derecho de contradicción sobre ese testigo presencial que de una u otra manera no estaba disponible para acudir al juicio oral, respecto de la concentración, también es restringido, esas probables pruebas son desarrolladas por fuera del juicio oral, sin la presencia del jue.,

Ahora que ocurre cuando esa prueba de referencia es respecto de menores de edad, que dada su condición, por varios motivos no acuden al juicio oral, unos por que los padres los ocultan para que no rinda su versión, otros por la imposibilidad de expresar o manifestar lo ocurrido, otros porque al avocar de nuevos esos episodios entran en un grado de stress y se les revictimiza por parte de los operadores judiciales.

Entonces ante estas situaciones con los menores de edad, víctimas de delitos sexuales la Corte Suprema de Justicia mediante vía jurisprudencial ha fijado varias posiciones, si bien restringiendo los derechos de contradicción, concentración, inmediación y publicidad, al ponderarlos con el interés superior que debe prevalecer los derechos de niños, niñas y adolescentes, deben ceder, también al amparo de no revictimización, acceso a la verdad, justicia y reparación.

Una de las situaciones es cuando los menores no están disponibles para asistir al juicio, si bien hay garantías para no estar al frente del victimario, o recepcionar sus

testimonios por intermedio de circuitos cerrados de televisión con el apoyo de un defensor de familia o comisario de familia, y asistencia también de un psicólogo quienes los interrogarían por cuestionario realizado bien por la Fiscalía o la defensa, hay eventos donde los padres o sus representantes legales los ocultan para que no rindan el testimonio requerido, o también se ve en la necesidad de cambiar de residencia y nada se sabe de su paradero. Ante ello se acude a la prueba de referencia acorde a los cánones 437, 438, 439, 440 y 441 del C. de P. Penal, en especial a lo reglado en el literal b) del artículo 438, cuando la víctima pueda ser víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, y por evento similar son muchas las circunstancias que tienen cabida, como no saber de su paradero, que lo oculten, que el menor no está en condiciones de asistir al juicio porque entra en un estado de ansiedad tal que lo desequilibra psíquicamente el recordar hechos desagradables.

Entonces las versiones que haya manifestado a sus padres, profesores, psicólogos, investigadores judiciales en fechas anteriores al juicio, se introducen al juicio oral por intermedio del funcionario que lo haya recepcionado, quien acreditaría esa situación y se admitiría como prueba de referencia, mediante la lectura completa del documento

Otra situación que la Corte ha considerado, es respecto de las opiniones periciales rendidas en estos delitos, por médicos, psicólogos o psiquiatras forenses, las manifestaciones ante ellos vertidas no se consideran como prueba de referencia, sino como prueba directa, por cuanto su pericia tiene bases científicas y se realiza siguiendo una metodología establecida.

Igual ocurre cuando los padres conocen de los hechos por la versión que les haya dado el menor de lo ocurrido, este aspecto es una prueba de referencia, pero los comportamientos o huellas que se hayan dejado por el delito, y que fueron observadas por estos con posterioridad a los hechos, serían prueba directa, como

ser testigos del bajo rendimiento académico, insomnio, pérdida de apetito, haber observado lesiones en su cuerpo, vestimentas rasgadas, o con muestras de líquidos seminales, entre otras.

4.1 PONDERACIÓN DE INTERESES ACUSADO VR INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS

Como se anotó en el capítulo anterior si bien al acusado le asisten unos derechos y garantías fundamentales, propios de su condición humana y otorgados por la Constitución misma, por tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, y las normas procedimentales internas, como el artículo 8 del C. de P. Penal donde se predica que en el desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en especial y al tema que nos aborda como solicitar, conocer y controvertir las pruebas y Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate; derechos que no se pueden ejercer de manera formal y material en aras de amparar los intereses superiores de los niños, deben ceder en parte los del acusado, que los de los niños, niñas y adolescentes.

Ha de ponerse en la balanza, por un lado, los derechos de contradicción, concentración, inmediación y publicidad que no solo asisten al acusado, en veces afecta a la comunidad misma, sobre los derechos que le asisten a los menores víctimas, como son los de dignidad humana, integridad personal, salud mental, verdad, justicia y reparación, todos acumulados en la frase “interés superior”,

tienen éstos mayor peso, que los del acusado, se pondera, se ponen límites a ciertas prácticas en aras de no menoscabar flagrantemente los intereses de ellos.

5. CONCLUSIONES

De manera reiterada ha sido mencionado que durante todo el desarrollo del proceso penal se deben de respetar los principios procesales probatorios de contradicción, concentración, inmediación y publicidad, son de índole constitucional y además por tratados y convenios internacionales se ha instado a los Estados sociales y democráticos de derecho en incluirlos en los códigos de procedimiento penal, de ahí que en nuestro estatuto procesal penal, son referidos en el título preliminar y con pleno desarrollo y operatividad en los demás capítulos del procedimiento.

Cierto es que toda persona acusada tiene derecho a un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, pero hay eventos donde estos principios deben ser restringidos, y uno de esos eventos es cuando en el juicio se requiera el testimonio de menores de edad como víctimas de delitos, en especial de los sexuales, donde los derechos de contradicción, concentración, inmediación y publicidad en ciertos episodios deben ceder a los intereses superiores de niños, niñas y adolescentes, intereses que tienen prevalencia y preferencia por disposiciones de orden internacional, constitucional y legal. Ello se afecta cuando las declaraciones rendidas por los menores en la fase de indagación e investigación a funcionarios de policía judicial, pueden introducirse al juicio oral como prueba de referencia, solo con el fin de no revictimizarlos en los eventos que los menores no tengan disponibilidad de asistir al juicio. Deben ceder dichos principios y garantías dentro del desarrollo del proceso en aras de salvaguardar los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes al admitir sus versiones suministradas fuera del juicio oral como prueba de referencia.

Nuestro Sistema procesal penal carece de amplias herramientas para garantizarle a los menores de edad la no re-victimización al rendir testimonios dentro de

causas penales en el desarrollo del juicio oral, y si bien por vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia ha fijado posturas en admitir como prueba de referencia los testimonios dados por menores de edad víctimas de agresiones sexuales a investigadores y personas cercanas a ellos, de toda forma se vulneran los principios probatorios de contradicción, intermediación, concentración y publicidad al no permitirse a la defensa conainterrogar, que el juez no escuche directamente del menor lo ocurrido, que ello sea en desarrollo del juicio oral y además la publicidad que se requiere del mismo acto. Diferente sucede con los peritos donde sus testimonios ingresan como prueba directa.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO; Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal. Editorial Leyer. Bogotá, 2008.

ARENAS SALAZAR, Jorge. Pruebas Penales. Bogotá Colombia. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley 2003.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNET, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del Nuevo Sistema Acusatorio Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 2004.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho Penal Fundamental, Editorial Temis, Bogotá, 1982. 1ª ed.

FIERRO HERNÁNDEZ, Eliodoro. La Prueba en el Derecho Penal. Editorial Leyer, 2006.

J. Bentham, Tratado de las Pruebas Judiciales, trad. de M. Osorio Florit. EJEA, Buenos Aires, 1959. 1, pág. 140

LUIS LEGAZ Y LAGAMBRA, Filosofía del Derecho. Edit. Bosch, 1953.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá Editorial Temis. 2006.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Fundamentos de Derecho Procesal Penal, Editorial Leyer, Bogotá 2002.

ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso. “Lecciones de Derecho Probatorio Penal”, 1ª. Edic., 1987.

PARRA QUIJANO. Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá Decimo Tercera Edición. Ediciones El Profesional 2002.

CIBERGRAFIA

www.corteconstitucional.goc.co/relatoria/

<http://www.libreriababilonia.com/9788498760286/la-prueba-documental-en-el-proceso-penal/>

www.sergioarboleda.edu.co

http://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%A1mara_de_Gesell

www.pfyaj.com/hecchi/biblioteca/Mxdulo_de_Pruebas.pdf

www.inecip.org.py/proteccion/download/prueba_documental_r_m.pdf

www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=337

http://www.intercodex.com/LA-PRUEBA-DOCUMENTAL-EN-EL-PROCESO-PENAL_L9788498760286.html

<http://vlex.com.pe/tags/prueba-documental-114610>

<http://blog.pucp.edu.pe/item/23860/principios-del-proceso-penal-en-el-nuevo-codigo-procesal-penal?>

www.jurimprudencias.com/index.php?option=com_content...

<http://www.elsantafesino.com/opinion/2005/03/18/3420>

www.uniceflac.org/espanol/textos/ppdfmalt2.htm