

**El uso de las entrevistas, declaraciones y deposiciones en el sistema procesal penal,
una aproximación teórica desde la jurisprudencia y la doctrina.**



**UNIVERSIDAD DE
MANIZALES**

**Trabajo escrito presentado como requisito para obtener el título de Especialista en
Sistema Procesal Penal**

Lenis Arias Bedoya

Director Especialización Sistema Procesal Penal

Jorge Eduardo Misas Gómez

Universidad de Manizales

Especialización en Sistema Procesal Penal

Manizales

2020

INTRODUCCION

Con el presente artículo se busca realizar unas precisiones conceptuales acerca del uso de las entrevistas y declaraciones anteriores al juicio oral, habida cuenta de que el Código de Procedimiento Penal consagra expresamente las formas en que pueden ser empleados dichos documentos por las partes e intervinientes que protagonistas del sistema de enjuiciamiento oral de tendencia acusatoria que rige en nuestro país.

Pertinente asoma destacar que las entrevistas y declaraciones en principio no constituyen prueba autónoma, sin embargo existen unas excepciones a esa regla general, las que me propondré explicar de forma breve, clara, precisa y concreta. El tópico a tratar precisa de mayor atención cuando esas declaraciones son vertidas por menores de edad víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

RESUMEN

Por regla general solo pueden ser valorados los testimonios practicados en el juicio oral, esto en virtud del principio de inmediación de la prueba que orienta el actual sistema. Las declaraciones rendidas por fuera de este escenario son inadmisibles como prueba, salvo que se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambio su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como “*testimonio adjunto*”.

Ahora bien, si con la utilización del documento se pretende refrescar la memoria de un testigo, este no es un asunto que deba solicitarse en la audiencia preparatoria; en primer

lugar porque el canon 392 del C.P.P. dispone expresamente que los testigos pueden consultar “*documentos necesarios que ayuden a su memoria*”, y en segundo lugar porque el refrescamiento de memoria no implica la introducción como prueba del documento ni de su contenido como prueba autónoma, simplemente se le debe permitir al declarante que en la vista pública del juicio oral observe y lea en silencio o mentalmente el escrito contentivo de la declaración.

A más de que las entrevistas sean utilizadas para refrescar memoria, también pueden ser utilizadas eventualmente para impugnar la credibilidad del testigo, para facilitar el contrainterrogatorio y para fundamentar o aclarar la respuesta del testigo perito o testigo experto.

ABSTRACT

As a general rule, only the testimonies practiced in the oral trial can be valued, this by virtue of the immediacy of evidence principle that guides the current system. The statements made outside this scenario are inadmissible as evidence, unless an exceptional reason for admission of reference evidence is demonstrated or it is established that the witness available at trial retracted or changed his version, in such a way that his previous version should be incorporated as "attached testimony".

Now, if the use of the document is intended to refresh the memory of a witness, this is not a matter that should be requested at the preparatory hearing; in the first place because canon 392 of the C.P.P. expressly provides that witnesses can consult "necessary documents that help their memory", and secondly, because the memory refreshment does not imply the

introduction as evidence of the document or its content as autonomous evidence, the declarant must simply be allowed to At the public hearing of the oral trial, observe and read silently or mentally the document containing the statement.

In addition to the fact that the interviews are used to refresh memory, they can also be used eventually to challenge the credibility of the witness, to facilitate cross-examination and to substantiate or clarify the response of the expert witness or expert witness.

PALABRAS CLAVES

Entrevistas y declaraciones, proceso penal, prueba, juicio oral, descubrimiento probatorio.

ESQUEMA DE RESOLUCION

El escrito se divide en tres partes principales. Preliminarmente se hará una sucinta referencia al descubrimiento probatorio en las distintas fases del proceso penal, seguidamente pasará a revisarse el uso de las entrevistas y declaraciones anteriores al juicio oral y finalmente se expondrá lo concerniente a la incorporación de las declaraciones y entrevistas cuando la víctima son menores de edad.

CONTENIDO

Inicialmente me permitiré hacer unas merecidas glosas de lo que concierne al **descubrimiento probatorio**, tema ineludible para abordar los conceptos procesales que se plantearon como objetivo a desarrollar en este texto.

1. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

La Constitución Política de 1991 consagra en el artículo 250-9 inc. 3° que “*el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado*”, precepto que fue desarrollado legislativamente en el numeral 5° de la Ley 906 de 2004, a saber:

Art. 337.- Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:

(...)

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener.

Por su parte el artículo 15 *ibídem* preceptúa que “*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*”.

Por tratarse de un sistema adversarial —el implementado con la Ley 906 de 2004— en el que la Fiscalía y Defensa se enfrentan en un escenario dialéctico y en el que cada parte expone su teoría del caso, corresponde a cada sujeto procesal adelantar de forma independiente su propia tarea investigativa, para posteriormente elevar la solicitud

probatoria con la que se pretende demostrar la concurrencia del supuesto de hecho perseguido punitivamente o la que busque conservar incólume la presunción de inocencia que cobija al procesado.

Tanto la Defensa como la Fiscalía deben suministrar, exhibir o poner a disposición todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que obtengan como resultado de sus averiguaciones y que pretendan su declaratoria como pruebas en el juicio oral en sustento de sus argumentaciones.¹

La H. Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal, ha enseñado que el descubrimiento probatorio es expresión del debido proceso y el derecho a la defensa, y es derivado del principio de igualdad de armas, por lo que se erige como uno de los pilares fundamentales del sistema penal acusatorio.

Con el descubrimiento se pretende que las partes conozcan de forma anticipada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida para no ser sorprendidos en el juicio oral, de manera que en virtud a ese conocimiento que los sujetos procesales tienen de los elementos de prueba que están en poder de su contraparte, se garantiza la posibilidad de ejercer de forma eficaz del contradictorio.

En ese orden y de acuerdo a lo normado por el artículo 346 del C.P.P., la sanción a que los elementos materiales probatorios y evidencia física no sean descubiertos cuando si

¹ Corte Suprema de Justicia AP, 21 de noviembre de 2012, rad. 39.948.

debieron descubrirse, será que estos no podrán ser aducidos al juicio, no podrá ser practicada en juicio y perderán su vocación de prueba.

De lo explicado se sigue que los principios de igualdad, contradicción y lealtad son resguardados cuando se evita que las partes sean sorprendidas en juicio, pues gracias al descubrimiento probatorio se garantiza que la Fiscalía y la Defensa conozcan con antelación de esos medios de conocimiento de los que dispone cada una.

El deber de descubrimiento por parte de la defensa es de orden legal, el escenario natural para que se desarrolle en tratándose de este sujeto procesal es la audiencia preparatoria (Art. 356-2 Ley 906 de 2004). En cambio el deber de descubrimiento de la Fiscalía es de orden constitucional y debe realizarse oportunamente, para así permitirle a la defensa trazar o diseñar su teoría del caso.

La regla general es que el descubrimiento por parte del Ente Persecutor se presente desde el escrito de acusación y luego en la audiencia de formulación de acusación, esto es, la Fiscalía debe descubrir todo aquello sobre lo cual tenga noticia. De ahí que en voces del artículo 344 del C.P.P., *“El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación”*.

Empero, hay un descubrimiento excepcional, es decir, aquel que se produce con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación, para su procedencia deberá establecerse que ese elemento de conocimiento descubierto versa sobre algo que la Fiscalía

no tenía conocimiento al momento de la acusación y que no fue posible ponerla de presente a su contraparte por causas no atribuibles a ella.

En último lugar y a modo de cierre de este ítem, reitero que el deber de descubrimiento de la fiscalía es constitucional, pues así está consagrado en el canon 250-9 de la Constitución Política, disposición que la obliga a suministrar por conducto del juez de conocimiento todos los elementos materiales probatorios e informaciones de que tenga noticia, **incluidos los que sean favorables al procesado**, y aquí es donde me cuestiono, ¿ese deber de descubrir lo favorable al procesado se cumple en la realidad jurídico-procesal?

La respuesta a lo anterior podría variar según quien sea el interrogado, pues por solo citar un ejemplo, en el caso de los defensores su experiencia diría que la Fiscalía no cumple con el deber reseñado o no la cumple en la mayor de las ocasiones. En todo caso, en mi criterio personal no cumplir con la obligación de descubrir aquello que es favorable al acusado, se traduciría en una evidente transgresión del principio de lealtad, o lo que es lo mismo, se podría hablar de una deslealtad procesal, conducta que no se esperaría de ningún sujeto procesal, mucho menos de los delegados del Fiscal General de la Nación.

2. EXCEPCIONES AL DEBER DE DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Las excepciones al deber de descubrimiento probatorio las encontramos en el artículo 345 del C.P.P., de manera que las partes no podrán ser obligadas a descubrir en los siguientes casos:

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 obran en poder de la fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.

De lo referido en precedencia se desprende que los actos de investigación o el programa metodológico no están sujetos a descubrimiento ni controversia. Emerge necesario recalcar que las **entrevistas** anexas al escrito de acusación no serán introducidas en ningún momento como prueba documental, sino que se podrá utilizar en las específicas eventualidades que prevé la ley, estas son:

- a. Para que el deponente “*refresque memoria*”. Aquí la entrevista tan solo es utilizada, más no será incorporada física y materialmente a la actuación.
- b. Para la impugnación de credibilidad del declarante. En esta circunstancia también solo es admisible su utilización, sin ser incorporada física y materialmente a la actuación.
- c. Excepcionalmente podrá ser prueba de referencia, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales consignados en el canon 438 del C.P.P., en cuyo caso se

ingresará materialmente con un testigo de acreditación para garantizar el ejercicio de contradicción.

- d. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
- e. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado. La investigación es reservada, pero no secreta.

3. MOMENTOS PARA EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

En el descubrimiento probatorio –lo ha explicado la C.S.J.- se debe garantizar la indemnidad del principio de contradicción, de manera que lo prevalente es que en el decurso del proceso penal el debido proceso sea respetado sin que ello quiera decir que el descubrimiento probatorio se realice en un único y exclusivo momento. En ese norte, el descubrimiento, conforme lo ha establecido el legislador, se cumple en los siguientes momentos:

- a. En el escrito de acusación (art. 337-5 C.P.P): Para la Fiscalía el deber de descubrimiento inicia con el escrito de acusación ante el juez de conocimiento. El acusador presenta un anexo en el que consigna el descubrimiento de las pruebas, anexo del que debe entregar copia a la defensa, al ministerio público y a las víctimas.

La entrega de la copia del escrito de acusación a la unidad de defensa es de especial relevancia, debido a que el encartado y quien lo represente, estarán enterados de los elementos de convicción que apoyan los cargos.

- b. En la audiencia de acusación (arts. 336, 337 y 344 del C.P.P.): Conforme a lo normado por el canon 344 del Estatuto Procesal Penal, en la audiencia de acusación “*se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba*”, obligación que recae de forma principal en el Ente Persecutor.
- c. Dentro de los tres (3) días siguientes a la acusación (art.344-1 C.P.P.): Este caso se presente cuando la defensa en desarrollo de la audiencia de acusación, le solicita al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio o evidencia física específico, constituyéndose entonces en un deber para la fiscalía cumplir con lo ordenado en un plazo máximo de tres (03) días.
- d. Audiencia preparatoria (art. 356 C.P.P.): La Fiscalía tiene la oportunidad en este estadio procesal de complementar el descubrimiento probatorio de los elementos materiales probatorios y/o evidencia física restantes. Ahora, **es la audiencia preparatoria el momento de descubrimiento probatorio de la defensa**, es dicho acto la última oportunidad para que la defensa anuncie la totalidad de los elementos de convicción que pretende hacer valer en juicio.
- Surge necesario destacar que la defensa no está obligada a descubrir aquello que incrimine al procesado, ello en cumplimiento del precepto y garantía constitucional de la no autoincriminación² y el artículo 125 num.8° que a la letra reza:

² **ARTICULO 33.** Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Art.125. En especial la defensa tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

(...)

8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.

- e. Cinco días antes de la audiencia de juicio oral para el escrito base de opinión pericial (art.415 CPP): De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 415 del C.P.P., el informe base de opinión pericial se debe descubrir al menos con cinco (05) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública, en donde se recepcionará la peritación, con la advertencia de que en ningún caso el informe será admisible como evidencia si el perito no declara oralmente en el juicio.
- f. Durante el desarrollo del juicio oral (inc. Final del art. 344 C.P.P.): El descubrimiento excepcional en el juicio oral, bien sea de parte de la Fiscalía o de la defensa, acontece a través de lo que se conoce como la **prueba sobreviniente**. Es posible admitir los elementos materiales probatorios y/o evidencia física que sin haber sido descubiertos oportunamente, surgen en el curso del juicio, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:
- ✓ La omisión de descubrimiento no obedezca a causas atribuibles a la parte interesada.
 - ✓ Se trate de un elemento material probatorio o evidencia física trascendente para la solución o fines del caso concreto.

- ✓ Que con su admisión no se genere un perjuicio grave para la defensa, esto es, deberá conservarse incólume el derecho al debido proceso que le asiste al acusado.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia explicó en relación a la **prueba sobreviviente** que, “*no clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas. Incuria, negligencia o mala fe*”³, y por supuesto, no clasifican en dicha categoría las pruebas impertinentes, inconducentes e innecesarias.

4. EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO POR PARTE DE LA VÍCTIMA

La postura actual señala que la víctima puede intervenir por conducto de la Fiscalía en cada una de las etapas del descubrimiento probatorio. En razón a la omisión legislativa evidenciada en la Ley 906 de 2004, en lo que atañe a la participación en el descubrimiento del sujeto interviniente –víctima-, la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 344 del C.P.P., en el sentido de que la víctima también puede solicitar elementos materiales probatorios o evidencia física. Igualmente permitió su activa intervención en lo que corresponde al descubrimiento, la

³ CSJ SP, 30 de marzo de 2006, rad. 24.468.

solicitud de exhibición de elementos materiales de prueba y la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de medios de pruebas. Adicionalmente los representantes de las víctimas pueden hacer solicitudes probatorias en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía⁴.

Acótese como ya se dijo anteriormente que, para la Sala de Casación Penal de la C.S.J., el descubrimiento y solicitud probatoria de la víctima debe concretarse a través de la Fiscalía General de la Nación, esto con el propósito mantener indemne el principio de igualdad de armas.

5. DESCUBRIMIENTO Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

De acuerdo a lo discurrido en precedencia es claro que el elemento material probatorio, evidencia física e información legalmente obtenida que no fue descubierto en las oportunidades legales, no podrá ser introducido como prueba al juicio oral, ni siquiera se será objeto de discusión su pertinencia, conducencia o utilidad.

Así las cosas, se discute acerca de la pertinencia, conducencia y utilidad de un elemento material probatorio o evidencia física, cuando este ha sido descubierto en la debida oportunidad procesal, pues la inobservancia a lo anterior, no conduciría a otra cosa que al rechazo del medio solicitado. Sin embargo no puede perderse de vista las excepciones que

⁴ Sentencia C-454 de 2006.

contempla el Estatuto Procesal Penal como lo es el caso de la prueba sobreviviente y cuando la parte “*acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas...*” no imputables a ella⁵.

6. EL ELEMENTO DESCUBIERTO POR UNA PARTE PUEDE SER PEDIDO POR LA CONTRAPARTE

La Fiscalía tiene la potestad de desistir de solicitar un elemento material probatorio o evidencia física que previamente había descubierto, empero, esto no es óbice para que la defensa depreque la prueba descubierta y no pedida por el Acusador. Al tratarse de un elemento de prueba conocido por las partes, no deberá exigírsele en este evento a la defensa el descubrimiento.

7. TEMA CENTRAL: EL USO DE LAS DECLARACIONES, EXPOSICIONES Y ENTREVISTAS ANTERIORES AL JUICIO

El numeral 5° del canon 337 del C.P.P., establece que en documento anexo al escrito de acusación, se descubrirán las pruebas y dentro de éstas menciona las declaraciones o deposiciones.

⁵ Art. 346 de la Ley 906 de 2004.

Las declaraciones y entrevistas no son prueba autónoma, por lo que se prescinde de mencionar los testigos de acreditación, salvo de que se pretenda su introducción como prueba de referencia, en cuyo caso deberá ingresarse con el respectivo testigo de acreditación.

Las entrevistas son producto de las órdenes a Policía Judicial dictadas por el Fiscal del caso o de actos urgentes desplegados por los servidores, de lo cual se desprende que la entrevista es empleada para recoger información útil para la teoría del caso. De igual manera el canon 271 del C.P.P. faculta al imputado o a su defensor, entrevistar a personas con el fin de recolectar datos que revistan importancia para su tesis defensiva.

De otro lado, las exposiciones según nos indica el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, son declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, que podrán ser aducidas por cualquiera de las partes para impugnar credibilidad.

El interrogatorio a indiciado se hace por la Fiscalía o el servidor de policía judicial, cuando existan motivos fundados para inferir que una persona es autor o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna y garantizándole el **derecho a la no autoincriminación**. Si el procesado renuncia a su derecho y manifiesta su deseo de declarar, el interrogatorio deberá desarrollarse en presencia de un abogado que lo asista⁶.

⁶ Art. 271 de la Ley 906 de 2004.

Así mismo es preciso acentuar que las declaraciones juradas rendidas en otros procesos o actuaciones judiciales o administrativas son admisibles y que si la parte desiste de la prueba testimonial en el juicio oral y público, la entrevista no puede ser introducida como prueba autónoma.

Pues bien, ante ese panorama sea lo primero señalar que la declaración jurada, la entrevista y el interrogatorio a indiciado no son prueba, y pese a que podrán usarse en sede de juicio oral, no tendrán vocación de convertirse en prueba documental. Las entrevistas y las declaraciones son utilizadas eventualmente en los siguientes casos:

1. Para refrescar la memoria del testigo: Debido al transcurso del tiempo es posible que el testigo olvide aspectos importantes de los hechos materia de investigación y enjuiciamiento. Leer mentalmente o en voz baja apartes de la entrevista, le ayudará a rememorar aquello sobre lo cual informó con anterioridad al juicio.
2. Para impugnar la credibilidad del testigo cuando se presentan significativas contradicciones en la versión del declarante.
3. Para conainterrogar.
4. Para fundamentar o aclarar la respuesta del testigo perito o testigo experto⁷.

En los anteriores eventos el documento no se usa como prueba de los hechos ni para sustituir la declaración del testigo.

⁷ **ARTÍCULO 416. ACCESO A LOS ELEMENTOS MATERIALES.** Los peritos, tanto los que hayan rendido informe, como los que sólo serán interrogados y conainterrogados en la audiencia del juicio oral y público, tendrán acceso a los elementos materiales probatorios y evidencia física a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio.

5. Las entrevistas y declaraciones anteriores pueden servir como prueba de referencia, pero para su admisibilidad deberán reunirse los requisitos fijados en el artículo 438 del C.P.P.

8. DECLARACION ANTERIOR AL JUICIO COMO PRUEBA DE REFERENCIA

El profesor NELSON SARAY BOTERO en su obra titulada “*PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO*”, explica las razones sobre cómo las declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba autónomo, conlleva a la afectación del derecho a la confrontación y contradicción, a saber:

1. La parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener en frente al declarante, con ello la imposibilidad de formularle preguntas.
2. No tendrá control sobre las preguntas formuladas, como si ocurre en el interrogatorio.
3. El principio de inmediación estará limitado, comoquiera que la prueba no será practica en el juicio oral.

9. CONDICIONES PARA VALORAR ENTREVISTAS Y DECLARACIONES ANTERIORES AL JUICIO

La exposición o entrevista no hace parte del acervo probatorio como prueba autónoma e independiente, debido a que en virtud del principio de inmediación de la prueba, el principio de publicidad y el derecho de contradicción, prueba es únicamente la que es

practicada en el juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación por las partes.

Las entrevistas y declaraciones anteriores al juicio podrán ser valoradas o examinadas en sus contenidos, siempre y cuando se reúnan las siguientes condiciones:

1. Que el deponente comparezca al juicio oral, lo que permitirá interrogarla o contrainterrogarla sobre las declaraciones anteriores. No solo es necesario que el testigo esté físicamente presente, pues de nada serviría su comparecencia si éste se opone a ser interrogado o se muestra renuente a contestarle a quien lo interroga.
2. Que se les garantice a las partes e intervinientes la oportunidad de formular el contrainterrogatorio respectivo.
3. Que se respeten los postulados de intermediación y publicidad.

Cumplidos los presupuestos anteriores, el contenido de la entrevista será incorporado legítimamente a lo vertido en el juicio por el deponente, de suerte que el operador judicial podrá justipreciar la cambiante postura del interrogado frente a sus expresiones anteriores.

10. LA INCORPORACION DE DECLARACIONES RENDIDAS POR FUERA DEL JUICIO ORAL POR MENORES DE EDAD QUE COMPARECEN EN CALIDAD DE VÍCTIMAS

Ha sido reiterada y pacífica la jurisprudencia de la C.S.J. en precisar que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por niños que comparecen en calidad de

víctimas de delitos sexuales o de otros delitos graves, cuando se presentan para demostrar la ocurrencia del hecho, la identidad del autor y otros aspectos relevantes para el juicio de responsabilidad, **tienen el carácter de prueba de referencia.**⁸

Según el Órgano de Cierre en materia penal, dichas declaraciones constituyen prueba de referencia porque⁹:

1. Encajan en la definición de prueba de referencia consagrada en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004.
2. Constituyen testigos de cargo, en la medida en que las declaraciones están orientadas a soportar la acusación de la Fiscalía, lo que activa el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes han hecho las declaraciones.
3. La posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación se ve afectada por la no comparecencia del testigo al juicio oral, principalmente cuando la defensa no tuvo la oportunidad de participar en el interrogatorio rendido por fuera de este escenario, bien controlando la forma de las preguntas, formulando los interrogantes que considere pertinentes, etc.

De igual modo, la Corte ha hecho hincapié en las varias opciones con las que se cuenta en el ordenamiento jurídico para el manejo que puede darle la Fiscalía a los testimonios de los menores, encaminadas a evitar una doble victimización y atendiendo las particularidades de cada caso, estas son:

⁸ CSJSP, 4 dic 2019, Rad.55651.

⁹ CSJSP, 16 mar 2016, Rad. 43866.

a. Solicitar la incorporación de declaraciones anteriores a título de prueba de

referencia: Empleando esta vía se activa la restricción prevista en el segundo inciso del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que a la letra reza: “*La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia*”, por lo que la Sala de Casación Penal resaltó la importancia de una adecuada investigación y de la relevancia que en estos casos tiene la prueba de corroboración. Entre las formas de corroboración enlistó a modo de ejemplo: *(i)* el daño psíquico sufrido por el menor, *(ii)* el cambio comportamental de la víctima, *(iii)* las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual, *(iv)* la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso, entre otros.

b. Apelar a la figura de la prueba anticipada, como mecanismo para equilibrar la

protección de los niños y la materialización de los derechos del procesado: Concluyó la Colegiatura en punto que si la finalidad principal de la prueba anticipada es evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, su procedencia es evidente en casos en que la víctima es un menor de edad¹⁰. Que en la actuación intervenga un juez, es sin duda garantía de que el procedimiento se llevará a cabo con pleno respeto de los derechos del menor. Aunado a la posibilidad que tendría la defensa de ejercer la confrontación, evitando que la declaración tenga el carácter de prueba de referencia, y por lo tanto, no estará sometida a la limitación de que trata el ya citado artículo 381 del C.P.P.

¹⁰ CSP SP, 28 de octubre de 2015, Rad. 44056

c. Como testimonio adjunto, cuando el testigo se retracta o cambia su versión: En Sentencia del 25 de enero de 2017, Rad. 44950 la C.S.J. dijo al respecto que: *(i)* la principal diferencia de esta figura con la prueba de referencia consiste en que el testigo debe estar disponible en el juicio oral, *(ii)* la disponibilidad no debe entenderse con la simple presencia física, sino con la posibilidad de que las partes puedan interrogarlo y contrainterrogarlo, *(iii)* la posibilidad de ejercer el derecho a la confrontación es lo que precisamente legitima la incorporación de estas versiones, así como su valoración sin las cortapisas establecidas en el artículo 381, y *(iv)* deben agostarse los requisitos que permiten la materialización de los derechos de las partes (inmediación, publicidad, confrontación).

Advierte la Sala de Casación Penal que si no es posible la práctica del testimonio por la indisponibilidad del deponente o por cualquier otra razón, la declaración rendida por fuera del juicio oral tendrá el carácter de **prueba de referencia**, dada la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación.

d. La incorporación de declaraciones anteriores del menor como prueba de referencia, aun cuando el niño es presentado como testigo en el juicio oral: El Alto Tribunal en materia Penal explicó que son admisibles las declaraciones rendidas por el menor antes del juicio oral como prueba para todos los efectos, puesto que es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, por razones como que su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, que se sienta presionado por el escenario judicial, la inconveniencia de realizar un nuevo interrogatorio exhaustivo, entre otras.

De las cuatro opciones anteriores que dispone el ordenamiento jurídico, la Sala de Casación Penal de la C.S.J. le ha manifestado la necesidad a la Fiscalía que en cuanto sea posible, haga uso de la prueba anticipada, pues la misma permite un adecuado punto de equilibrio entre la protección de los niños y la garantía de los derechos del procesado.

En breve, huelga indicar que **por regla general solo pueden ser valorados los testimonios practicados en el juicio oral. Las declaraciones rendidas por fuera de este escenario son inadmisibles como prueba**, salvo que se demuestre una causal de admisión excepcional de prueba de referencia o se establezca que el testigo disponible en juicio se retractó o cambio su versión, de tal manera que su versión anterior deba ser incorporada como “*testimonio adjunto*”.¹¹

Del mismo modo elemental emerge que la posibilidad de utilizar un documento para refrescar la memoria de un testigo no es un asunto que deba solicitarse en la audiencia preparatoria; en primer lugar porque el canon 392 del C.P.P. dispone expresamente que los testigos pueden consultar “*documentos necesarios que ayuden a su memoria*”, y en segundo lugar porque el refrescamiento de memoria no implica la introducción como prueba del documento ni de su contenido como prueba autónoma, simplemente se le debe permitir al declarante que en la vista pública del juicio oral observe y lea en silencio o mentalmente el escrito contentivo de la declaración.

¹¹ CSJSP, 4 dic 2019, Rad.55651.

CONCLUSIONES

1. Prueba es únicamente la que es practicada en el juicio oral y público, en presencia del juez y sujeta a confrontación por las partes.
2. El descubrimiento probatorio es expresión del debido proceso y el derecho a la defensa. Con el descubrimiento se pretende que las partes conozca de forma anticipada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida para no ser sorprendidos en el juicio oral.
3. El descubrimiento probatorio opera para las partes, no para el juez quien debe salvaguardar su imparcialidad.
4. Las entrevistas y declaraciones pueden ser utilizadas eventualmente para; refrescar la memoria del testigo, impugnar la credibilidad del testigo, facilitar el interrogatorio y para fundamentar o aclarar la respuesta del testigo perito o testigo experto.
5. Cuando la entrevista es usada para refrescar la memoria del testigo, no necesita ser solicitada desde la audiencia preparatoria, pues la utilización de la misma es una facultad que opera por ministerio de la ley.
6. Las entrevistas y declaraciones pueden servir como prueba de referencia, pero para su admisibilidad se deben reunir los requisitos del artículo 438 del CPP.
7. Las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por niños que comparecen en calidad de víctimas de delitos sexuales, tiene el carácter de prueba de referencia.
8. La CSJ ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía haga uso de la prueba anticipada cuando se trata de declaraciones rendidas por menores de edad, debido a

que este mecanismo permite un adecuado equilibrio entre la protección de los niños y la garantía efectiva de los derechos del procesado.

APORTE PERSONAL

Debe existir una lealtad procesal para todos los actores del sistema procesal penal, es allí donde debe imperar la buena fe, igualdad de armas para que la verdad y solamente la verdad prevalezca y la justicia aflore en este país y que podamos decir verdaderamente si hay justicia en Colombia, por eso debemos empezar por hacer bien las cosas desde la recolección de las pruebas, realizar un adecuado uso de las entrevistas en fin, en todas las etapas procesales.

REFERENCIAS

-Relatoría de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

-SARAY BOTERO, N. (2016). PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO. Bogotá, Colombia. Editorial Leyer.