

## ¿QUÉ ES REALMENTE LA INMEDIACIÓN?

Jairo PARRA QUIJANO\*

*Primero:* Se podría afirmar que en un momento histórico, cuatro principios del derecho probatorio que ha menudo se estudian separadamente, quedaron unidos por la finalidad perseguida: oralidad, intermediación, concentración y contradicción.

*Segundo:* la oralidad le da verdadero sentido a la intermediación.

*Reténgase:* Platón defendió la escritura y afirmó ser el mejor escritor de su tiempo, pero entendió que la escritura puede tener falencias y por ello reservó para la oralidad los mensajes últimos de la filosofía.

Y explicó con un mito elaborado por él, lo que significa la oralidad, relacionada con la memoria y en efecto escribió:

Sócrates. He oído contar, pues, que en Naucratis de Egipto, vivió uno de los antiguos Dioses de allá, aquél cuya ave sagrada es la que llaman Ibis, y que el nombre del Dios mismo era Theuth. Este fue el primero que inventó los números y el cálculo, la geometría y la astronomía, a más del juego de damas y de los dados, y también los caracteres de la escritura. Era entonces Rey en todo el Egipto, Thamus, cuya Corte está en la gran ciudad de la región alta que los Griegos llaman Tebas de Egipto, y cuyo nombre es Ammón, y Theu vino al rey y le mostró sus artes, afirmando que debían comunicarse a los demás egipcios. Thamus entonces le preguntó qué utilidad tenía cada una, y a medida que su inventor las explicaba, según le parecía que lo que decía estaba bien o mal, lo censuraba o lo elogiaba.

Así fueron muchas, según se dice, las observaciones que, en ambos sentidos, hizo Thamus a Theuth sobre cada una de las artes, y sería muy largo exponerlas. Pero cuando llegó a los caracteres de la escritura: “Este

\* Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

conocimiento, oh Rey —dijo Theuth—, hará más sabios a los egipcios y vigorizará su memoria: es el elixir de la memoria y de la sabiduría lo que con él se ha descubierto”.

Pero el rey respondió:

¡Oh!, ¡ingeniosísimo Theu! Una cosa es ser capaz de engendrar un arte, y otra ser capaz de comprender qué daño o provecho encierra para los que de ella han de servirse, y así tú, que eres el padre de los caracteres de la escritura, por benevolencia hacia ellos les has atribuido facultades contrarias a las que poseen. Esto, en efecto, producirá en el alma de los que lo aprenden el olvido por el descuido de la memoria, ya que, fiándose a la escritura, recordarán de un modo externo, valiéndose de caracteres ajenos; no desde su propio interior y de por sí. No es, pues, el elixir de la memoria, sino el de la rememoración lo que han encontrado. Es la apariencia de la sabiduría, no su verdad, lo que procuras a tus alumnos: porque, una vez que hayas hecho de ellos eruditos sin verdadera instrucción, parecerán jueces entendidos en muchas cosas, no entendiendo nada en la mayoría de los casos, y su compañía será difícil de soportar, porque se habrán convertido en sabios de su propia opinión, en lugar de sabios.<sup>11</sup>

*Tercero:* ¿qué es lo importante de la inmediación dentro de la oralidad? Lo sostenido por Platón, es aplicable al proceso, el debate, el empleo del diálogo dialéctico, tiene que ser oral, y de él surgirán los frutos, que se pueden recoger por escrito o por grabación pero no para aprender (primera vez), sino para recordar (lo ya aprendido), que fue lo que sucedió con la oralidad dialéctica utilizada por los filósofos, que resultó justificando la escritura.

Hemos escrito, en otra parte lo que resulta pertinente, teniendo en cuenta lo que hemos logrado de Platón y de Chiovenda, y pensando en el juez y en la valoración de la prueba.

“La percepción del juez, cuando participa en la producción de la prueba, debe estar “bajo el yugo de la atención”. La importancia de la atención en la forma que la concebimos, es convencernos que el pensamiento debe estar en acto, por cuanto que si lo concebimos como simple registro, consideramos el pensamiento en una actitud pasiva; es decir, como una situación (desperdicio de la energía). En cambio, si concebimos la percepción (el pensamiento), como acto (empleo de la energía), es decir

<sup>1</sup> Véase Fedro, 274b-278 e. Uno de los grandes.

en actitud dinámica, trabajando y captando todo lo que los medios probatorios —medios de conocimiento— aportan, estaremos seguros que la memoria, trabajando bajo la guía de la imaginación y con la regencia de la razón, le permitirá al juez sedimentar lo que ha retenido e ir haciendo armonizaciones y críticas a medida que se produce uno y otro medio probatorio, de una u otra parte; de tal manera, que la valoración será un acto madurado, sopesado, hecho con tiempo y no repentino.

Así pues, cuando se hace en la forma señalada, la valoración, la crítica de la prueba será un resultado que se logra con mayor facilidad y con mayores posibilidades de acierto, distinto a si la valoración la hiciera un juez que no estuvo presente (a través de actas), o que a pesar de estarlo no tuvo su percepción como ya se dijo, bajo el yugo de la atención (confiado en las actas o en las grabaciones). La valoración debe ser un fruto madurado a lo largo de la producción de la prueba (por ejemplo: el juez retiene las contradicciones en que incurrió el testigo). El juez hace anticipaciones de valoración que retiene en su memoria con cada medio de prueba, y los va relacionando con los que se vayan practicando y así sucesivamente hasta lograr la totalidad y la valoración surge sin realizar proezas o actos heroicos. He aquí la verdadera importancia de la inmediación.<sup>2</sup>

*Cuarto:* en la inmediación, hay un contacto directo entre el juez y la fuente de prueba, y, el juez presencia como sucede, por ejemplo: con la prueba testimonial, qué tan rendidora resulta en el proceso penal y sobre todo con tendencia acusatoria, cómo el testigo evoca y narra lo que rescata del material de la plasmación, es decir, de la memoria lo que sabe. Y frente a él tiene lugar el interrogatorio de las partes y puede retener las contradicciones en que incurre el testigo, las confusiones que tiene y todo lo demás que es posible retener con la racionalidad, haciendo valoraciones de la prueba recibida y retenida en su memoria, para con ese viático, ir oyendo y participando en la práctica de las demás. Es un trabajo sucesivo: ir reteniendo de cada prueba lo que sea necesario para las resultados del asunto; de tal manera, que se haga un verdadero proceso de estudio en conjunto de lo que vaya resultando de cada prueba.

<sup>2</sup> Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, 15a. ed., Bogotá, Librería El Profesional, 2006, p. 719.

Pero se debe tener mucha claridad, como lo ha escrito Lacoviello, “La oralidad inmediatez es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”.<sup>3</sup> El juez con el viático de la racionalidad debe captar lo que se narra o lo que observa, según sea el medio probatorio, pensando que después debe justificar el valor que le asigne a cada prueba y emprender un estudio en conjunto de todos los medios probatorios.<sup>4</sup> Debe guardar distancia con lo emotivo del acto probatorio y razonar todo lo que capte con las reglas de la experiencia, de la lógica, de la técnica y de la ciencia.

*Quinto:* somos concientes, que en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, se dice que en la valoración de la prueba, se debe tener en cuenta el comportamiento del testigo. El sentido común que maneja el jurista, no le permite hacer esas evaluaciones y seguramente por estar en esta actividad, descuidará su trabajo lógico que es el que le corresponde, como retener las contradicciones objetivas en que incurre al responder el testigo, el olvido (segmento de realidad) en que incurre. Si el testigo llora, se pone las manos en los ojos, tartamudea. Nos preguntamos ¿qué significa eso? El juez lo que debe atender es lo que cabe dentro de la racionalidad, como ya se dijo y no esos comportamiento que por ambiguos y que conducen a subjetividades que no son controlables, equivocan la atención del juez y con posterioridad la valoración.

*Sexto:* la actividad probatoria en el proceso penal es de conocimiento, y por consiguiente no existe como en otro tipo de actividades el flechazo. Los partidarios de éste creen en la revelación, en la inspiración, en el pál-

<sup>3</sup> Cita tomada de Andrés Ibáñez, Perfecto, “Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)”, Lacoviello, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazioni*, Milán, Giuffrè, 1997, p. 151.

<sup>4</sup> Quizá, más que en cualquier otro proceso, en la participación de la práctica de las pruebas, el juez debe entender que no es por contacto o por proximidad que logrará después valorar la prueba, porque esa misión no la cumple la inmediatez, sino el estudio racional de los medios de prueba. Valga la siguiente cita: “Platón al comienzo del Banquete, cuando uno de los asistentes a la reunión (Agatón), desea hacerse cerca de Sócrates, creyendo que la proximidad le puede ayudar a entender las cosas de que habla, hace decir a Sócrates lo siguiente:

¡Ojalá Agatón!, que la sabiduría fuese una cosa que pudiese pasar de un espíritu a otro, cuando dos hombres están en contacto, como corre el agua por medio de una mecha de lana, de una copa llena a una vacía”. Véase al gran pensador colombiano Estanislao Zuleta, *Arte y filosofía*, Medellín, Fundación Estanislao Zuleta, 2004, p. 47.

pito. “En cambio, la idea del racionalismo es que en el conocimiento no hay flechazo, hay proceso”.<sup>5</sup>

Lo anterior significa, que el juez debe ir racionalizando todo lo que utilizará para la valoración.

Los que defienden la teoría del “flechazo”, operan como dice Perfecto Andrés Ibáñez, con el presupuesto de que la formación de la convicción en la materia es una dinámica que discurre en el plano de los procesos psíquicos, de ahí que su curso y sus determinaciones escapen en un grado significativo al control del sujeto decisor, que más bien asistiría al desarrollo de la misma con algo de “espectador”. “Pero la prueba no pertenece al mundo del psiquismo, en el que las cosas *ocurren*, sino que, en la perspectiva del juez, es un proceso de adquisición de conocimiento, que éste debe pilotar de forma consciente; es decir, con criterio racional y para hacerlo discurrir en todo su iter por los cauces de lo justificable; es decir, de lo que es susceptible de motivación”.<sup>6</sup>

Todo el proceso probatorio y cada paso, debe ser racionalizado, no solamente por tratarse de un proceso de este tipo, sino porque tiene que ser justificado mediante la motivación. Se debe dar cuenta.<sup>7</sup> No se trata de una labor autística, íntima no externalizable, sino todo lo contrario.

*Séptimo*: no se puede pensar, seriamente, que la apreciación del juez es personalísima, porque si así fuera, no habría posibilidad de controlarla racionalmente y mucho menos de externalizarla; es decir, darle cuerpo racional, no solo para que los demás entiendan por qué se razonó así y si se hizo bien, lo contrario sería alimentar la arbitrariedad y el narcisismo de los jueces.

*Octavo*: la intermediación y las entrevistas o exposiciones. Deben reternerse los artículos:

Artículo 16. Intermediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, con-

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto, *Garantismo. Una teoría crítica de la jurisdicción*.

<sup>7</sup> Es bien importante tener en cuenta en la actividad probatoria, lo que dice el gran pensador colombiano, Estanislao Zuleta: Se debe invertir la proposición de san Juan en su Evangelio y a poner exactamente la proposición contraria: No es verdad aquello de que “la verdad os hará libres”, porque faltaría todavía saber quién la tiene. Más bien es verdad lo contrario: la libertad os hará veraces, os obligará a tener que demostrar. No os permitirá refugiaros en una autoridad.

centrada, 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 e incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

379. Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

Y el artículo 347 del Código de Procedimientos Penales (CPP), que dice:

Procedimiento para exposiciones. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir, declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral.

Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Dice Perfecto Andrés Ibáñez, refiriéndose a la inmediación y en relación con el tema que nos ocupa lo siguiente: “Así las cosas, la inmediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de ésta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho. Este imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la instrucción.

Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de la instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como prueba, que se dice efectivamente obtenido en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste en pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre las fuentes de producción de los datos. Semejante expediente, reservado por la ley para las situaciones realmente excepcionales —por razón de imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquéllas al juicio—, ha sido administrado con extraordinaria generosidad, hasta el punto de llegar a proyectarse incluso sobre el atestado policial, por el trámite de la ritual ratificación en la vista. Buen ejem-

Interpretando entonces el artículo 347 del CPP hay que entender que esas entrevistas, sólo pueden ser utilizadas para fines de impugnación; es decir, para desacreditar la credibilidad del testigo. Ejemplo: el testigo dijo antes de la audiencia en una entrevista recogida en un documento por la Fiscalía, que el día ocho de octubre a las diez de la mañana se encontraba en un centro comercial y presencié determinado hecho. Y ahora en la audiencia dice que ese día y a la hora indicada, se encontraba durmiendo en su casa. La declaración anterior sirve para desacreditar la credibilidad del testigo, para que el juez valore su testimonio teniendo en cuenta ese motivo, pero no se puede tener como prueba sustantiva para tener por acreditado que se encontraba en el centro comercial. Si la utilizamos como prueba sustantiva, iríamos contra el texto legal, pero mucho más grave contra la estructura como fue concebido el interrogatorio al testigo, en la Ley 906 de 2004.<sup>9</sup>

¿Qué es lo que impide tenerla, como prueba sustantiva?:

- i) Que es prueba de referencia no admisible para tenerla como tal.
- ii) Que en varias disposiciones del Código, hay manifestaciones muy claras que indican el objetivo para el cual, pueden ser utilizadas. No sólo el artículo en comentario, sino además, en los artículos 393, 403, etcétera.

plo de las pseudotestificables per relationem, consistentes en una monosilábica confirmación, de que habla Cordero. O de “farsa de la “confirmación”, de la declaración de la declaración ya producida, que muchísimas veces es la confirmación de la confirmación hecha en la base de instrucción, de las declaraciones “realizadas en comisaría”, a que muy plásticamente se refiere Massa, *Teoría práctica de la jurisdicción. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*.

<sup>9</sup> En Puerto Rico, si puede ser utilizada como prueba sustantiva. En efecto, la regla 63 dice: Declaraciones anteriores del testigo: “Es admisible como excepción a la regla de prueba de referencia una declaración anterior de un testigo que está presente en el juicio o vista y sujeto a ser contrainterrogado en cuanto a la declaración anterior, siempre que dicha declaración fuere admisible de ser hecha por el declarante como testigo”.

“Valga ya señalar que bajo la regla 63 de evidencia de Puerto Rico —distinto a la situación bajo la regla federal 80—, se admite con gran liberalidad la declaración anterior de un testigo como prueba sustantiva. De ahí, que la distinción entre prueba de impugnación y prueba sustantiva sea mucho más importante bajo las reglas federales. Sin embargo, aunque la declaración anterior del testigo, incompatible con su testimonio en Corte, sea prueba de referencia admisible como evidencia sustantiva, la parte que la ofrece puede insistir en usarla también para fines de impugnación en la medida en que sirva para poner en entredicho la credibilidad general del testigo y todo su testimonio. Chiesa, Ernesto, *Tratado de derecho probatorio*, t. I, p. 423.

iii) Que es bien claro, que el centro de la actividad probatoria es la audiencia reglada en los artículos 366 a 453 del CPP y que la prueba no es un monólogo ante cualquier funcionario, sino muy por el contrario, es un debate dialéctico entre contendientes; de tal manera, que de ahí surja el conocimiento que necesita el juez para valorar la prueba y a ello es a lo que se refiere el artículo 347 cuando dice: “por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”. Cuando se toma la entrevista prácticamente como prueba sustantiva, se toma un monólogo petrificado que sólo sirve para impugnar y se le hace cumplir fines para la cual no fue consagrada. No hubo contrainterrogatorio o la posibilidad de él dentro de la declaración rendida (inmediatamente), por tanto, no puede utilizarse como prueba sustantiva y ese es el recto entendimiento de la norma que estamos comentando, no en forma aislada, sino como toda una institución.

*Noveno:* jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con las entrevistas. Haremos, un resumen de algunos presupuestos sentados por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, de fecha 9 de noviembre de dos mil seis (2006).<sup>10</sup>

i) Refiriéndose a la ley 906 de 2004, afirma que si bien el legislador ha contemplado múltiples etapas en la averiguación de la verdad (refiriéndose a las regulaciones probatorias), éstas, en toda su dimensión se concentran en el juicio. Toda la actividad anterior tanto de la fiscalía como de la defensa no tienen el carácter de “pruebas” en sentido estricto. Sólo adquieren el carácter de pruebas cuando son aducidas al juicio.

El juicio es el centro de gravedad en el esquema de la ley 906 de 2004, mientras que en el esquema anterior, al iniciarse el juicio ya existe un recaudo probatorio importante. En el sistema actual no hay permanencia de la prueba. La “prueba”, en sentido estricto solo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público, y con “sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.

ii) Y con relación a las entrevistas dice: “Detengámonos, por ser ese el objeto de este desarrollo jurisprudencial, en el alcance de las entrevistas,

<sup>10</sup> Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

declaraciones juradas o interrogatorios que las partes puedan recolectar antes del juicio.

De acuerdo con el artículo 206, la entrevista la realiza la policía judicial cuando considere fundadamente que una persona ha sido víctima o testigo presencial de un delito, o que tiene información útil para la indagación o investigación que se adelanta. La misma debe adelantarse observando las reglas técnicas aconsejadas por criminalística, empleando los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

También, de acuerdo con el artículo 271, el imputado o su defensor tiene la facultad de entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa, quienes al igual que en el anterior podrán recoger y conservar la diligencia por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio idóneo.

Por su parte, la declaración jurada que en el Código también recibe el nombre de exposición (artículo 347), se recibe al eventual testigo descubierto en la entrevista o por cualquier otro medio lícito, y podrá ser tomada por el fiscal si considera que resulta conveniente para la preparación del juicio oral; o por el imputado o la defensa, quienes para tal efecto deberán acudir a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público (artículo 217), acto que igualmente podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o cualquier otro medio técnico idóneo.

Finalmente, al tenor del artículo 282, el interrogatorio al indiciado puede tomarlo el fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, y se dirige a la persona sobre la cual se tengan motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la ley, para inferir que es autora o participe de la conducta que se investiga. En tales eventos, advierte el precepto en cita, el interrogador no podrá hacerle imputación alguna al indiciado, y le debe dar a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o civil, o segundo de afinidad, y siempre deberá estar en presencia de un abogado.

Ahora bien, aunque la entrevista, la declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas por sí mismas, porque como ya se vio se practican fuera del juicio; sin embargo, cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos: a) para refrescar la memoria del testigo (artículo 392-d), para impugnar la credibilidad del mismo ante la evidencia de contradicciones contenidas en el testimonio artículos (347, 393b y 403).

El problema se suscita a la hora de concretar cuáles son los efectos derivados de la utilización de esos elementos probatorios en el juicio, espe-

cialmente si los mismos pueden acceder a la valoración judicial, aspecto sobre el cual gira la discusión planteada en la demanda.<sup>11</sup>

Y la Corte continúa y dice:

a) Frente al uso de las declaraciones previas como medio para refrescar la memoria del testigo.

Doctrinariamente se admite el uso de las declaraciones previas en el juicio oral para refrescar la memoria de un testigo que no recuerda con precisión algún punto específico de su declaración al momento de testificar en juicio.

...que ese uso puede deducirse del contenido del artículo 392 d) que dice: “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...” (el resaltado es de la Corte).

En tales eventos, no se suscita ningún problema frente a las consecuencias del uso del escrito, pues se supone que el testigo no entra en contradicción con lo que dijo en la declaración previa, sino que no recuerda con precisión algún punto específico de su dicho al momento del juicio. Por lo tanto, si ratifica lo allí informado el juez se limita a valorar su testimonio en el juicio, claro está que sopesando la utilización del documento para refrescar la memoria, pues precisamente dentro de los criterios de apreciación del testimonio, el artículo 404 de la normatividad de que se trata establece que el juez tendrá en cuenta “los procesos de rememoración.

b) Las declaraciones previas como medio para impugnar la credibilidad del testigo.

Esta posibilidad sí aparece contemplada en múltiples preceptos del Nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano. De manera específica en el

<sup>11</sup> La Corte dice en relación con el fiscal delegado y a lo dicho por la Procuraduría en relación con tan útil tema: “El fiscal delegado que intervino en la audiencia de sustentación del recurso, propugna la tesis de que en tales eventos la declaración jurada, accede por aneación al testimonio rendido en el juicio y por tanto puede ser objeto de valoración”. Por su parte, la Procuradora Delegada, advierte que en el primer caso, al ratificar el testigo sus anteriores afirmaciones, esa primera versión se incorpora al testimonio realizado en el juicio oral y se constituye como ese elemento que refresca la memoria. Pero cuando el testigo no admite en la audiencia del juicio oral las afirmaciones hechas en la declaración previa, éstas no pueden ser objeto de valoración por el juez, quien entonces debe acudir a otros medios de comprobación para acreditar el hecho que en la audiencia oral no ratificó el testigo.

artículo 403 se establece la finalidad de la impugnación y se enuncian los aspectos sobre los cuales recaer.

A su vez, al fijar las reglas del contrainterrogatorio, el artículo 393 establece que para tales efectos 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.

Finalmente, el artículo 347 reitera que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas “para hacerse valer en el juicio como *impugnación*, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

Es claro para la Sala, como lo fue para el Fiscal y la Procuradora Delegada que intervinieron en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que a través de este mecanismo no se puede introducir la declaración previa como prueba autónoma e independiente, pues como claramente lo expone la ley, la finalidad de su utilización es aportar al juicio un elemento que permita sopesar la credibilidad de las afirmaciones del testigo en el juicio oral. *Pero lo que no puede admitirse es que el juez tenga que sustraerse por completo al conocimiento que obtiene a través de ese medio legalmente permitido, cuando previamente, con su lectura y contradicción, se han garantizado los principios que rigen las pruebas en el sistema de que se trata* (las cursivas son nuestras).

Es cierto que el citado artículo 347 señala que la información contenida en las exposiciones o declaraciones “no pueden tomarse como una prueba”, pero esa prohibición parte del presupuesto de que sobre ellas las partes no hayan ejercido el derecho de contrainterrogar, facultad que al tenor del artículo 393 tiene por finalidad “refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”, como clara expresión del derecho de contradicción.

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. *Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad* (las cursivas son nuestras).

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. *Se supera de esta forma la interpretación exegetica que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4 de la Carta política* (las cursivas son nuestras).

No se trata, se reitera, de que la declaración previa entre al juicio como prueba autónoma, sino que el juez pueda valorar en sana crítica todos los elementos que al final de un adecuado interrogatorio y contrainterrogatorio ejercido por las partes, entran a conformar el testimonio recibido en su presencia. Lo declarado en el juicio oral, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público.

Véase cómo desde la perspectiva de la inmediación, el juez tiene en su presencia al autor del testimonio. Puede por ello valorar su cambiante posición frente a afirmaciones anteriores y también puede valorar lo manifestado al ejercer la última palabra, optando por la que en su convicción considere más fiable. Desde las exigencias de la publicidad ya se ha expuesto cómo el contenido de las declaraciones previas accede al juicio oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio de las partes. Y frente al derecho de contradicción, queda salvaguardado con el hecho de que se permita a la parte contraria formular al testigo todas las preguntas que desee en relación con los hechos previamente relatados e incorporados al testimonio en el juicio oral a través del procedimiento señalado.

El juez debe tener libertad para valorar todas las posibilidades que se le puedan llevar al conocimiento de un hecho más allá de toda duda razonable, sin tener que desdeñar situaciones conocidas a través de medios procedimentales legales y obligatorios.

Aquí no puede obviarse que en muchos eventos la contradicción del testigo puede llevar a evidenciar la falta de fiabilidad del mismo y esto permitirá al fallador no basarse en su testimonio para fundar la sentencia, pues el testigo que cambia su declaración y se retracta de lo dicho durante la fase previa se está mostrando como voluble y poco creíble, a menos que el fallador encuentre una razón convincente para explicar el cambio producido.

También habrá casos en que el cambio evidencie un comportamiento doloso del testigo. En tales eventos, el juez se verá precisado a compulsar las copias pertinentes para que se le investigue por el eventual falso testimonio en que pudo incurrir, ya en audiencia del juicio oral o en la declaración jurada rendida previamente.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.

*Décimo:* crítica al planteamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Hemos hecho una cita, ciertamente muy larga de la jurisprudencia de la Corte, por tratarse de un tema que es de vital importancia, como es el valor de las entrevistas y su uso. Precisaremos nuestra crítica (a pesar de que ya hicimos algunos con anterioridad), en la siguiente forma:

¿Cuál debe ser la interpretación del artículo 347 del CPP? Para responder con claridad, transcribimos el inciso 3 del artículo 347 del CPP que dice: “Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes”.

De la parte de la norma transcrita, resulta claro que lo dicho en las exposiciones o entrevistas sólo pueden ser utilizadas con fines de impugnación. La misma norma afirma que no puede tomarse como prueba y explica el porqué. Por no haberse practicado con sujeción al contrainterrogatorio.

¿Qué significa la frase por no haberse practicado con sujeción al contrainterrogatorio?

Esa frase significa que el legislador no quiere que se lleve la entrevista al juicio, porque no ha sido formada en contradictorio y no se puede pretender hacerlo con posterioridad. Diferido.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> En el trabajo ya señalado de Perfecto Andrés Ibáñez, se hace la siguiente cita: “En la interpretación habitual de este precepto (se está refiriendo al artículo 714 de la ley de enjuiciamiento criminal), dice: Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea

Si el legislador hubiera pensado como lo hace la Corte, no se hubiera redactado la norma en esa forma.

La Corte optó por un criterio eficientista y por ese camino se desvirtúa el sistema del Código.

No diríamos, que es un regreso al sistema anterior, sino algo más grave, porque muchas veces se tratará de entrevistas rendidas ante funcionarios que no pertenecen a la especialidad y en un ambiente muy distinto a lo que debe ser el recaudo de una prueba (contradicción), porque prácticamente (sin eufemismos), la Corte así ha considerado la entrevista.<sup>13</sup>

conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe. Por nuestra jurisprudencia, se reconoce al Tribunal la facultad de optar entre las manifestaciones del testigo o del imputado producidas durante la fase de la investigación y las del juicio. Al obrar así se pierde de vista que como ha escrito Ferrua (en casos como los del precepto citado) la declaración sumarial es “un medio que sirve al contradictorio, en cuanto constriñe al examinado a dar cuenta del cambio en la versión de los hechos”, no ha sido formada en contradicción. Por lo que ninguna acrobacia logrará nunca acreditar como prueba “formada en contradictorio”, una declaración recibida unilateralmente. Mientras no actúe la regla del contrainterrogatorio en la formación de la prueba, la puesta de manifiesto de una declaración sumarial vale lo que vale una pregunta, es decir, sirve para estimular una respuesta y no se puede pensar en usar como prueba una pregunta.

<sup>13</sup> Vale la pena y seguramente en un trabajo de largo aliento se puede desarrollar el tema, hacer las siguientes citas:

El artículo 500 del Código de Procedimiento Penal italiano (trad. del profesor Fabio Espítia Garzón), dice: Contrainterrogatorio al testigo:

1. Vigentes las prohibiciones de lectura y alegatos, las partes, para refutar en todo o en parte el contenido de las declaraciones rendidas en juicio, pueden servirse de declaraciones rendidas con anterioridad por el testigo, y que estén contenidas en el cuaderno del Ministerio Público.

2. Sólo puede ejercerse tal facultad si el testigo ya ha declarado sobre los hechos y circunstancias por los que se le va a refutar.

3. La declaración utilizada para refutar no constituye prueba de los hechos en ella afirmados, así haya sido leída en parte. Puede ser valorada por el juez para establecer la credibilidad de la persona interrogada.

4. Las declaraciones recibidas por el Ministerio Público o por la policía judicial, en el transcurso de las pesquisas en el lugar y en inmediaciones de este, se incorporarán al cuaderno para el debate, en cuanto hayan sido utilizadas para las refutaciones previstas en los incisos precedentes (artículo 352).

El artículo 352 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica dice en el inciso 3: El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación. “Sin embargo, si el testigo niega que hubiese la manifestación que in-

*Decimoprimeramente*: concentración. Quizá, resulte importante, introducir una nueva reflexión sobre la memoria, que nos servirá de respaldo para entender algunas disposiciones que hacen parte del principio de concentración. Platón nos dice:

Sócrates. Concédeme, para seguir mejor el razonamiento, que exista en nuestras almas una cera apta para recibir impresiones, en unos más abundante y en otros en cantidad menor; concédeme que esta cera sea en unos más pura, en otros más impura, y en algunos todavía más dura o más blanda, o moderadamente participe de estos estados.

Teeteto. Por mi parte, concedido.

Sócrates. Afirmaremos, naturalmente, que este es un don de la madre de las musas, Mnemosyne, ya que para esto, cuando deseamos recordar de todo lo que hemos visto, escuchado o pensado, viene a modelarse en nosotros, como señal de anillo que imprimiésemos en nuestro ser, en esa cera que ofrecemos a las sensaciones y a los pensamientos. Lo que se imprima en nosotros, eso sí podrá ser recordado y conocido mientras persista su imagen; en cambio, lo que se borre o no logre una buena impresión, eso será olvidado y ya desconocido en adelante.

Teeteto. Lo damos por bueno.<sup>14</sup>

Sócrates introduce, la metáfora de la cera, para referirse a la memoria.<sup>15</sup> Freud, introduce la metáfora del “block maravilloso” y concibe la memo-

dica El Ministerio Público que le hizo, entonces debe partirse en el juicio oral y público de dicha negativa. (Tribunal de Casación Penal, voto 644-2000 del 21 de agosto de 2000), cita tomada de Código Procesal comentado de Javier Llobet Rodríguez.

<sup>14</sup> *Teeteto o de la ciencia*.

<sup>15</sup> Freud, Sigmund, *Obras completas. El “block maravilloso” (1924-1925)*, 3a. ed., Madrid, Biblioteca Nueva, p. 2811. Utiliza la metáfora de un “block maravilloso”, pero lo más importante es que concibe la memoria en acción y efecto dice: “en el Block Maravilloso, la escritura desaparece cada vez que suprimimos el contacto entre el papel receptor del estímulo y la lámina de cera que guarda la impresión. Esta circunstancia coincide con una idea que hace tiempo nos hemos formado sobre el funcionamiento del aparato psíquico receptor, pero que nunca habíamos expuesto. Hemos supuesto que desde el interior son constantemente enviadas al sistema receptor y retiradas de él inervaciones de carga psíquica. En tanto que el sistema se mantiene investido de energía psíquica recibe las percepciones acompañadas de conciencia y transmite el estímulo a los sistemas mnémicos inconscientes. Pero cuando la carga de energía psíquica es retraída de él, se apaga la conciencia y cesa la función del sistema. Es como si lo inconsciente destacase, por medio del sistema receptor y hacia el mundo exterior, unos sensibles tentáculos y los retrajese una vez comprobados los estímulos. En nuestras hipótesis adscribimos las interrupcio-

ria en actividad, trabajando, sobre todo cuando dice: “En tanto que el sistema se mantiene investido de energía psíquica recibe las percepciones acompañadas de conciencia y transmite el estímulo a los sistemas mnémicos inconscientes. Pero cuando la carga de energía psíquica es retraída de él, se apaga la conciencia y cesa la función del sistema”.

No importa la clase de metáfora que se emplee para explicar la memoria: una cera del alma, un block maravilloso, lo cierto es que relacionada con el principio al cual nos estamos refiriendo, ella es concebida en actividad. En el artículo 17 del CPP colombiano se lee: ...“En todo caso, el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”. Y Como si lo anterior no fuera suficiente, se lee en el inciso 3 del artículo 454 del CPP colombiano lo siguiente: “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, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar el juez”.

El Código Procesal Penal chileno, apunta en el mismo sentido cuando en el inciso 3 del artículo 283 regla: “La suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un periodo que excediere de diez días impedirá su continuación. En tal caso, el Tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio”.

El principio de concentración estrechamente relacionado con el principio de inmediación, tiene como objetivo fundamental que lo que el juez retenga de las pruebas practicadas lo sea en forma sucesiva; de tal manera, que le permite ir haciendo el trabajo de comparación y ensamble. Cuando se dice en el artículo 454 del CPP colombiano:

La audiencia del juicio oral deberá ser continua...”, es lo mismo que se dice en el artículo 282 del Código Procesal Penal de la República de Chile, en los siguientes términos: “Continuidad del juicio oral. La audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Constituirán para estos efectos, sesiones sucesivas, aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente del funcionamiento ordinario del Tribunal.

nes que en el Block Maravilloso provoca una acción exterior al efecto de una discontinuidad de las inervaciones, y en lugar de una supresión real del contacto suponemos una insensibilidad periódica del sistema perceptor...”.

Esa protección de lo captado en las audiencias, llega hasta exigir la identidad física de los jueces; de tal manera, que sólo los que hayan participado en el debate probatorio, serán quienes podrán fallar.

*Decimosegundo:* principio de contradicción. Dice el artículo 15 de la Ley 906 de 2007: “Contradicción. 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, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado”. (Las negritas son nuestras).

En el mismo sentido el numeral 2 del artículo 142 del CPP. Por su parte el artículo 378 del CPP dice: “Contradicción. 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”.

Siguiendo el perfil de este trabajo, se debe inicialmente hacer unas reflexiones, sobre lo que significa la frase: “intervenir en su formación”. En realidad ella está relacionada con la intermediación, el legislador pretende que, cuando por ejemplo, el testigo evoca para narrar y terminado el interrogatorio directo inmediatamente se pueda ejercer la contradicción. Esto es lo que implica intervenir en su formación.

Luego cuando se trasladan las entrevistas, para involucrarlas al interrogatorio como quedó explicado anteriormente de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se incumple la posibilidad por lo menos parcial de intervenir en su formación, porque en parte la prueba ya viene formada y el interrogatorio sobre ella es diferido y eso no es lo ordenado por el legislador.

Cuando se toman esas entrevistas y se utilizan como parte del interrogatorio al testigo, significa admitir que la prueba ya viene formada y que se va a permitir un contradictorio (casi igual al sistema mixto), sobre una prueba ya formada lo que contradice el sistema.

*Decimotercero:* la prueba de referencia. 1. Noción: el artículo 437 del CPP la define de la siguiente manera:

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 punitiva, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Vale la pena transcribir lo que hemos escrito en otra oportunidad: “El artículo 437, es muy extraño, lo que hicieron fue penalizarlo (derecho sustantivo), ya que con ese mismo criterio, se puede indicar el fin de todo medio probatorio”.

Advirtiendo que es una deformación, el artículo agrega que la declaración 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.

De tal manera, que expulsando racionalmente toda esa penalización del artículo, éste se leerá así: “Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada en el proceso penal por referirse a hechos que son objeto del mismo (artículo 375 del CPP).<sup>16</sup>

2. Una de las especies de la llamada prueba de referencia, es lo que tradicionalmente se denominaba el testigo de oídas y, en relación concreta con esta especie de la prueba de referencia se puede afirmar que existen varias maneras de regular su intervención en el proceso.

Una absoluta libertad para su admisión, por ejemplo en la legislación española.<sup>17</sup> En la legislación de Chile.<sup>18</sup>

Regular el testimonio y no hacer ninguna observación en relación con el testigo de oídas. Si bien se puede hacer la pregunta, será que en ese país,

<sup>16</sup> Parra Quijano, Jairo, *op. cit.*, nota 2, p. 816.

<sup>17</sup> El artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice: Los testigos expresarán la razón de su dicho; y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se le hubiere comunicado.

<sup>18</sup> El inciso 2 del artículo 309 del Código Procesal Penal de la República de Chile, dice: “todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueron conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas.

se puede utilizar el testigo de oídas, consideramos que no existiendo prohibición y a pesar de no negarle ditirambos a la intermediación, siempre se aducen criterios de eficiencia, para abrirle sendero al testigo de oídas.

El sistema consagrado en Colombia, tiene las siguientes fuentes:

- a) En el sistema del *common law*. En efecto, según McCormick, por prueba hearsay cabe entender toda declaración oral o escrita, vertida en el juicio decisorio sobre una manifestación realizada con anterioridad a este momento, presentada ahora como afirmación demostrativa de la verdad de los hechos aludidos en ella, y cuyo valor probatorio —el de la declaración— descansa sobre la credibilidad de la persona que originariamente realizó la manifestación. La Regla 801 (c) Reglas de Evidencia Federales de Estados Unidos, dice: ...“Manifestación realizada por vía distinta a la práctica de la prueba testimonial por el declarante en juicio oral o en audiencia judicial, para probar la verdad de la cuestión de hecho afirmada”.<sup>19</sup>
- b) También se toma del sistema del *common law*, la de señalar los casos en que es admisible la prueba de referencia, nos referimos al sistema de hacerlo, no propiamente a las causales.
- c) Nuestra propia realidad, como se puede deducir fácilmente de la lectura de las causales establecidas en el artículo 438 del CPP.
- d) También es un aporte de los redactores del Código haber tarifado la prueba de referencia en el artículo 381, cuando se dice: la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia. Hemos escrito en otra parte:

Lo que produce desconfianza de la prueba de referencia, es que si la declaración está vertida en un escrito o video cinta, en desarrollo de lo consagrado en el artículo 347 del CPP, en donde el señor X declaró, él no está en la audiencia para que quien pueda resultar perjudicado con ella pueda ejercer quizá el derecho más importante predicado de la prueba, esto es, la contradicción y en el caso concreto de la prueba testimonial, el contrainterrogatorio (interrogatorio cruzado). Y Con relación al testigo de oídas, no tenemos el testigo presencial de los hechos, para poder ejercer el derecho aludido.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Velayos Martínez, María Isabel, *Testigo de referencia en el proceso penal*, Valencia, Tirant Monografías, 1998, p. 95.

<sup>20</sup> Parra Quijano, Jairo, *op. cit.*, nota 2, p. 814.

Esa desconfianza, como se puede ver, es la violación de algo que nos indica el simple sentido común, la gente debe tener el derecho a confrontar los testigos que en términos generales los acusen, además no debemos olvidar que los tratados internacionales suscritos por Colombia consagran ese derecho (artículo 93 de la CP).

La intermediación no solamente es lo que hemos indicado con anterioridad, predicado del medio probatorio, sino además, que el juez y en relación con el testimonio, no tenga intermediarios para conocer los hechos, como otra persona o un escrito o video. Esta prueba plantea como hemos escrito en otra parte un desafío: “con un ejemplo podemos explicar el desafío: José K, dice que oyó a Odette decir que ella presencié cuando Albertina mató a Roberto”.

No tenemos el testimonio de Odette, y vamos a utilizar el testimonio de José K. Este será citado al proceso y se le recibirá testimonio como si fuera el testigo presencial de los hechos. El que lo presenta realizará el interrogatorio directo, la otra parte podrá realizar el contrainterrogatorio y así sucesivamente.

En relación con —por decirlo en alguna forma—, al testigo sustituido (el que supuestamente presencié los hechos) se puede presentar prueba para desacreditar su credibilidad en el supuesto que pueda ser cierto que dijo lo que el testigo de oídas cuenta.

Cuando la declaración está contenida en un objeto video narrativo, un escrito, cinta, etcétera, el documento será leído en la audiencia o proyectado donde estará la narración (sin perjuicio que por motivos de autenticidad se solicite exhibirlo en su totalidad). La parte contra quien se pretende presentar este tipo de declaración en la audiencia preparatoria podrá solicitar que le decreten testimonios o presentar documentos para desvirtuar lo que el testigo no presente en la audiencia narró en ese documento”.<sup>21</sup>

Vuelta sobre la tarifa legal negativa predicada de la prueba de referencia. El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), no es tarifario y como lo hemos repetido en varias oportunidades y publicaciones, el mismo, sin decirlo expresamente (mediante las normas que se refieren a la valoración de la prueba), consagró el sistema de las reglas de la sana crítica, sin embargo, como ya se dijo, en relación con la prueba de referencia, tarifó la prueba.

<sup>21</sup> *Idem.*

En efecto, en el artículo 381 del CPC, refiriéndose al conocimiento para condenar dice: “*la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia* (las cursivas son nuestras). ¿Ello qué significa? Que deben existir otras pruebas que permitan apuntalar la sentencia condenatoria, mientras no sucede otro tanto con la sentencia absolutoria, la cual si se puede fundar libremente en una prueba de referencia. En el evento que se dicte una sentencia condenatoria sustentada únicamente en pruebas de referencia, se incurre en error de derecho, el cual se conoce como “falso juicio de convicción”, y es de derecho porque se viola el artículo 381 del CPC.

La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional. La prueba de referencia va en contravía del artículo 16 del CPP, que consagra como principio rector la inmediación y por ello, el artículo 379 del Código, dice que la prueba de referencia es excepcional.

Siendo así, en el artículo 438 se establecen los casos excepcionales en virtud del cual la prueba de referencia es admisible:

- a) La persona manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación. Se requiere que la persona manifieste tal cosa y que el perito conceptúe en ese sentido.
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.
- c) Padece de una enfermedad grave que le impide declarar.
- d) La persona ha fallecido.

El mismo artículo agrega: “También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos”.<sup>22</sup>

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en relación con las causales referidas, dijo:

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

<sup>22</sup> La Corte Suprema de Justicia. Sentencia (radicación 24468) magistrado ponente Edgar Lombana Trujillo, 30 de marzo de 2006.

da 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 otorgarle a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como manda el artículo 381.

No podemos, de ninguna manera estar de acuerdo con esa interpretación de nuestro máximo tribunal, porque el legislador puede dentro de su órbita, regular en qué casos es admisible una prueba de referencia. Además, interpretado sistemáticamente el Código, empezando por la frase del artículo 379 del CPP: La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional; igualmente, continuando con la frase: La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia; nos muestra un legislador muy preocupado por los peligros que representa la prueba de referencia. La enumeración del artículo 438 del CPP es taxativa.

Credibilidad o poder suasorio de la prueba de referencia. Sin perjuicio, de nuestro comentario personal sobre esta especie de prueba, nos queremos referir a lo que dice la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en los siguientes términos:

Es que la problemática real sobre la prueba de referencia gira esencialmente en torno de su credibilidad o poder suasorio, antes que en torno de su pertinencia o legalidad. En tratándose de testigos de referencia, el problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiera derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

Estamos de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte en el sentido que el problema de la prueba de referencia, gira en torno a su credibilidad o poder suasorio (es decir a su valoración), pero siempre y cuando que se trate de los casos que señala el legislador. Muy distinto será cuando haya libertad para admitir la prueba de referencia y dentro de ella la especie de testigo de oídas, que no es el caso colombiano como quedó explicado.

Cuando por ejemplo: la Fiscalía entrevista a una persona que tiene información sobre la ocurrencia de un hecho delictivo y descubre que la

tiene por haberla oído de otra persona tiene que esforzarse, por conseguir a la persona que contó el hecho como presenciado por ella, o buscar pruebas que apuntalen el dicho de la persona. En Colombia no se pueden confiar en la prueba de referencia, por cuanto, si no se consiguen pruebas distintas y con fuente distinta a la prueba de referencia se debe absolver.

Solicitud de la prueba de referencia. Si la prueba de referencia consta por escrito o en un video narrativo y el fiscal quiere utilizarla de conformidad con lo que indica el numeral 5 del artículo 337 del CPP, deberá transcribir lo contenido en el documento o en el video y además, deberá aclarar que (es excepcional la prueba de referencia), que es prueba de referencia y mostrará los documentos que acrediten cualquiera de las causales que indica el artículo 438 del CPP, y la autenticidad.

En la audiencia preparatoria el juez resolverá si la admite. Cuando se trate de solicitud de la defensa sucede otro tanto, y se debe tener en cuenta el artículo 359 del CPC (audiencia preparatoria). Cuando se trate de testigo de oídas, se debe hacer la manifestación que se está dentro de esta especie de testimonio y acompañar la prueba para acreditar alguna de las causales del artículo 438 del CPP.

No se debe sorprender a la otra parte y mucho menos al juez, con una prueba de referencia que no haya sido anunciada en la forma que se ha indicado, ello sobre todo, para evitar la supuesta controversia en la audiencia, de conformidad con el artículo 402 del CPP y artículo 12 del CPC.

Como se valora la prueba de referencia. Si la declaración se encuentra documentada, lo primero que hay que estudiar es la integridad de ese objeto, si no se encuentra alterado, tachado, roto, manchado de forma que le quite claridad. Se trata de un documento, pero de naturaleza declarativa, de tal manera que también debe aparecer acreditada su autenticidad, para así tener seguridad que el contenido del mismo no ha sido alterado, que no es oscuro o ambiguo (artículo 432 del CPP).

Si ese estudio arroja un resultado positivo, se procede a enjuiciar lo narrado, teniendo en cuenta las pruebas que se haya practicado para desacreditar ese testimonio o al testigo y todo de conformidad con lo que se estudió con anterioridad y teniendo en cuenta el artículo 404 del CPP. Si la declaración se encuentra en un video, se debe tener en cuenta que el video no haya sido editado, lo mismo que las grabaciones, etcétera.

Esta especie de la prueba de referencia, está contenida en un objeto, por ello ese objeto puede ser enjuiciado como se ha indicado, y a su vez

contiene un “testimonio”, que debe ser valorado como cualquier otro y sujeto a todas las impugnaciones que sean del caso.

Si el testigo que vamos a valorar es de oídas, hay que analizar las circunstancias en que dice oyó lo que está contando. Cuál sería la razón por la cual el supuesto testigo presencial le contó, es decir el interés, cómo fue su percepción, cuál es su idoneidad moral, etcétera.

Una vez que tenemos lo narrado por el testigo de oídas, ese producto —como sucede con cualquier testimonio— lo sometemos a la crítica teniendo en cuenta las impugnaciones. En otras palabras tenemos que juzgar por así decirlo dos testimonios: el del testigo de oídas y el testimonio del supuesto testigo presencial, como si hubiera declarado en la audiencia. Ambos testimonios y testigos se deben juzgar como lo indica el artículo 404 del CPP.

La prueba de referencia es prueba testimonial, no cabe la menor duda y por ello el artículo 441 establece: “Podrá cuestionarse la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, en los mismos términos que la prueba testimonial”.

Finalmente se debe tener en cuenta, que la prueba de referencia, se encuentra tarifada y no es prueba completa para dictar sentencia condenatoria, por lo tanto puede servir para dictar sentencia condenatoria si aparece apuntalada por otros medios probatorios, dentro de los cuales se encuentra la prueba indiciaria. No se encuentra tarifada, cuando la sentencia es absolutoria.

*Decimocuarto:* la tabla rasa. Obsérvese bien: si concebimos el proceso, encaminado a solucionar conflictos y fundamentalmente a que su resultado dependa de la mayor o menor habilidad de los litigantes, se requiere un juez para presidir la audiencia que ignore completamente el caso (lo que se hace con los jurados en los Estados Unidos de Norteamérica).

El juez colombiano (el juez de conocimiento), llega a presidir la audiencia, con una previa preparación, ya que ante él se presenta la acusación (artículo 336 del CPP); el será el que celebre la audiencia de formulación de acusación (artículo 338 del CPP); el juez lidera el descubrimiento de la prueba (artículo 344); el juez del conocimiento preside la audiencia preparatoria (artículo 355 del CPP) donde se decretan las pruebas, se excluyen, etcétera. Luego con esa participación no cabe la menor duda, que tendrá una hipótesis sobre los hechos y la responsabilidad del acusado, cuando presida la audiencia y tendrá más facilidad para trabajar y justificar su decisión ra-

cionalmente.<sup>23</sup> Porque, con la guía de ella y a medida que se practiquen las pruebas, o se robustece la que tiene o por el contrario surgirá otra que podrá manejar como ya se dijo bajo el yugo de la razón.

La ignorancia del juez que preside la audiencia sobre los hechos en concreto, la da mayor significación al “combate” “dialéctico de las partes” y la intermediación puede confundirse con un método de convencimiento del juez y éste decidir por intuición, pálpito o por puro flechazo, lo que puede suceder con los jurados, riesgo que se disminuye cuando se trata de jueces abogados, quienes deben motivar racionalmente su decisión.<sup>24</sup>

Se debe afirmar, que como proceso diseño, quizá resulte mejor el modelo Chileno, que evita que el juez (el tribunal), se haya “enfrentado” con las partes antes de la audiencia oral, negándoles pruebas, exigiéndoles el cumplimiento del descubrimiento de la prueba, excluyendo pruebas por ilícitas y por sobre todo se evita que tenga ya prejuicios y recuerdos adquiridos desde la acusación, que le permite tener una hipótesis, pero tiene la desventaja que exige un mayor esfuerzo del tribunal para tener en un momento dado una o varias hipótesis, para orientarse en el proceso cognoscitivo y lograr la verdad, puede haber inicialmente una especie de

<sup>23</sup> En Chile quien preside la audiencia es el tribunal que no ha participado absolutamente en nada con anterioridad en el proceso, artículos 281, 282 y ss. “La acusación se hace ante el juez de garantías”, artículo 259 del CPP de Chile; “la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 266) será dirigida por el juez de garantías; este juez decidirá, sobre el decreto de pruebas, exclusión de pruebas, etcétera”.

<sup>24</sup> En Chile el juez es un tribunal, integrado por jueces, que no conocen como ya se dijo nada sobre el asunto antes de la audiencia, están obligados a participar en la audiencia bajo el yugo de la atención, porque el artículo 342, letra C, del CPP, los obliga a motivar en la sentencia en los siguientes términos: “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

Y el artículo 297 dice: “Valoración de la prueba. Los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del medio o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. *Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia* (cursivas nuestras).

desorden que obliga al tanteo y a manejar intuiciones o palpitos que tanto daño le hacen al razonamiento y la motivación y que abren el sendero al flechazo. Creemos que la motivación de la sentencia debe tener la exigencia que se hace en Chile donde se lee: “Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.<sup>25</sup> Si no se queda como simple frase o recomendación y se maneja como institución, destierra la tentación siempre humana de hacer trazos de la justificación con la sola subjetividad. Tener que dar cuenta, exige razonar.

Las partes en Colombia en el proceso penal deben tener en cuenta que los conocimientos del juez, sobre los hechos le resta eficacia así sea parcial a lo que pudiéramos llamar “combate judicial”, y, le da mayor paso a la necesidad de razonar, presumiendo y válidamente que el juez que preside la audiencia algo sabe del asunto y que debe haber menos energía, para darle paso a la argumentación racional, con sustento en las pruebas practicadas.

El juez que conoce algo de los hechos del asunto que le corresponde decidir y además es abogado y sabe que le corresponde razonar su valoración, debe tener mucho cuidado de guardar distancia entre la emoción que le produce el acto probatorio y lo que afecta su racionalidad teniendo en cuenta el tema de prueba del asunto.

<sup>25</sup> Artículo 297 del Código Procesal Penal de la República de Chile.