

***LA PRUEBA DE REFERENCIA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN
Y CONTRADICCIÓN.***

Juan Carlos Moreno Felix. Código: 3000730

*Dirigido por:
Doctor Mauricio Henao Bohorquez*



Universidad Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Procesal Penal

Bogotá D.C.

2018

La prueba de referencia frente a los principios de inmediación y contradicción¹

Juan Carlos Moreno Felix

Resumen

El artículo monográfico que se presenta, es el reporte de investigación sobre el grado máximo de disminución que pueden sufrir ante la prueba de referencia, los principios de Inmediación y Contradicción en el Sistema Penal Acusatorio (SPA). Dicha prueba de referencia, es instituida en el ordenamiento procesal colombiano, como un elemento que garantiza la consecución de la justicia material, en casos que por motivos que superan las posibilidades de las partes procesales, una prueba no puede ser practicada de forma general.

La prueba de referencia se consolida como una regla exceptiva en la práctica probatoria, la misma procede por razones reconocidas taxativamente en la ley penal, y encarnan cada una de estas excepciones, la procura por consolidar fines legítimos para el Estado, en ese orden, la investigación permitió aportar un concepto suficientemente argumentado, desde una postura crítica, de la necesidad de este tipo de pruebas como necesarias para alcázar la justicia.

Palabras Claves Inmediación Contradicción, Prueba de Referencia, Justicia Material, Legalidad, Debido Proceso, Sistema penal.

¹ Artículo presentado para optar por el grado de Maestría en Derecho Procesal Penal de la Universidad Militar Nueva Granada

Abstract

The monographic article that is presented is the research report on the maximum degree of decrease that may suffer from the reference test, the principles of Immediate and Contradiction in the SPA. This benchmark test is instituted in the Colombian procedural order, as an element that guarantees the attainment of material justice, in cases that for reasons that exceed the possibilities of the procedural parties, a test can not be practiced in a general way.

The benchmark test is consolidated as an exception rule in the evidentiary practice, it proceeds for reasons strictly recognized in the criminal law, and embody each of these exceptions, seeks to consolidate legitimate purposes for the State, in that order, the This research allowed us to provide a sufficiently argued concept, from a critical standpoint, of the need for this type of evidence as necessary to achieve justice.

Key words Inmediation, Contradiction, Benchmark Test, Material Justice, Legality, Due Process, Accusatory Criminal System.

Introducción

El sistema Penal Colombiano, reglamentado por la Ley 906 del 2004, presenta una amplia variación sobre las partes, volviéndolo así uno más garantista para sus involucrados. Por su lado, el juicio oral público y concentrado, contemplado en la norma previamente citada, desarrolla principios que permiten mantener una ritualidad objetiva calificada como justa, independiente del delito o el procesado sometido en el caso cual fuere.

Continuando con lo anterior, al ser el SPA netamente garantista nos pone en su avance los principios de inmediación y contradicción en las diversas etapas probatorias y de juicio oral, entendiéndose estos mismos como la práctica y controversia de las pruebas por parte del juez y así mismo por las partes intervinientes al estar presente el principio de publicidad probatoria, de aquellas que fueren practicadas e incorporadas en debida forma al proceso.

Es así como, más allá de las pruebas existentes y dadas a conocer en su debida etapa del procedimiento penal aparece la prueba de referencia; una declaración otorgada fuera del juicio cuando por diversas situaciones garantistas para el testigo, no es posible practicar la misma en el momento en el cual las demás fueren practicadas, disminuyendo la efectividad y aplicación de los principios rectores de inmediación y contradicción. De esta manera, al realizar seguimiento al precedente jurisprudencial otorgado por la Corte Suprema de Justicia, se generan cuestionamientos acerca de la depreciación de las garantías procesales a las partes al presentarse dentro del trámite procesal y el desarrollo del debido proceso.

Por las razones previamente expuestas, el presente artículo aborda el problema de la disminución de los principios de inmediación y contradicción en el debate probatorio del juicio oral cuando se está frente a una prueba de referencia, esto teniendo en cuenta que ambos principios están consagrados como garantías del proceso penal y por tal deberían observarse so pena de que la prueba practicada sin el sometimiento a estos principios no pueda ser valorada por parte del juzgador al momento de emitir el fallo.

Para lograr este abordaje, se propuso la utilización de la investigación de tipo documental bajo la teoría del derecho estructuralista, pues se tiene que el objeto de estudio es un elemento particular de un todo llamado proceso penal, por lo cual, es inevitable que se deba analizar las estructuras del derecho al pretender responder acertadamente al cuestionamiento de ¿cómo garantizar a las partes intervinientes en el juicio oral del Sistema Penal Acusatorio los principios de inmediación y contradicción al momento de incorporar una prueba de referencia?

En ese sentido se presentó un marco que se compone de la conceptualización de los principios de inmediación, contradicción y de la prueba de referencia, en especial de su relación procesal, tratando de entender estos elementos no como cosas separadas sino como engranes que en determinados momentos funcionan sincrónicamente para que la máquina del proceso funcione en debida forma, dando el desarrollo al objetivo específico considerado sobre “Colectar datos documentales sobre la prueba de referencia en el SPA, ante cada caso exceptivo”.

También se desarrolló un marco jurídico regido por la dualidad derecho- obligación, que se representa en derechos y garantías procesales vs la obligación de hacer en cabeza del Estado, que implica que las garantías y los derechos reconocidos a las partes deben ser observadas y materializadas, en lo que dependa al Estado, como es el caso de la administración de justicia.

Se presentó a su vez, la caracterización del problema a través del análisis de las fuentes jurisprudenciales, según las cuales, los principios bajo estudio, no hacen parte del derecho procesal penal sino del derecho procesal general; contrario a lo que sucede con el principio de justicia material que justifica la existencia en el ordenamiento jurídico de la prueba de referencia, lo que como consecuencia lógica impone que el grado máximo de disminución de los principios de inmediación y contradicción frente a la prueba de referencia, es su extinción total, es decir que estos deben ceder absolutamente hasta su desaparición completa frente a la prueba de referencia pues esta tiene una mayor entidad en el derecho procesal penal, que aquellos. Con esto se permitió abordar el siguiente objetivo planteado en “estudiar el grado de disminución, de los

principios de inmediación y contradicción; permitido legalmente en cada uno de los requisitos exceptivos”.

Finalmente, el uso de estrategias de recolección de información previamente mencionadas, permitió identificar los casos en los que procede la prueba de referencia, aplicando instrumentos de investigación documental, ello es, la consignación de la revisión de las fuentes en tablas de análisis, y en fichas de memoria, con el fin de clasificar los aportes de cada fuente para su posterior análisis; logrando así la resolución del objetivo central de la indagación, “Identificar el grado máximo de disminución de los principios de inmediación y contradicción en cada caso exceptivo de la prueba de referencia en el Sistema Penal Acusatorio”.

Resultados

Los principios rectores del sistema penal acusatorio

La Ley 906 del 2004 implementó el Sistema Penal Acusatorio, el cual es una mixtura de los sistemas americano e inglés, que toma elementos de esos sistemas referentes y los condensa en un sistema penal sui generis, este se rige por máximas principialísticas que se enumeran en el título preliminar nominado “principios rectores y garantías procesales”, entre estas se encuentra la defensa (artículo 8), contradicción (artículo 15) e inmediación (artículo 16), los cuales se materializan en la etapa probatoria que se desarrolla dentro de la audiencia de juicio oral público y concentrado.

Por otra parte, la audiencia de juicio oral público y concentrado se encuentra reglada en el Libro Tercero Título IV Capítulo I, donde señala “el día y hora señalados en la audiencia preparatoria, el juez instalara el juicio oral [...]” (Ley 906, 2004, art. 366), una vez instalado este tendrá lugar la alegación primera sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (artículo 367), luego se da paso a la declaración inicial sobre la teoría del caso de la fiscalía y la defensa si lo desea (artículo 371). Precluídas esas etapas se dará inicio a la práctica de pruebas, contemplada en el Capítulo III, esta etapa del juicio, “opera la regla general según la cual todas las pruebas

deben practicarse en la audiencia del juicio oral y público, ante el juez que dirige el mismo y sujetas a la confrontación y contradicción de las partes”. (Corte Suprema de Justicia, 2013, Sentencia de Casación No. 36518, pág. 10). Bien se puede observar lo establecido en la ley, teniendo en cuenta lo siguiente:

Artículo 378. 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. (Congreso de la República. Ley 906, 2004)

Artículo 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. (Congreso de la República. Ley 906, 2004)

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, ha establecido como subreglas para la consideración de las pruebas testimoniales practicadas en juicio, “[...] reunir los siguientes requisitos: i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa[.]” (Corte Suprema de Justicia, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 2013, Sentencia de Casación No. 36518, pág. 12).

En este momento procesal tiene lugar la posibilidad excepcional, tal cual lo señalado en el artículo 379 de la Ley 906; la prueba de referencia, la cual se regula en la parte VI del capítulo III del ya señalado libro y título; y se define como “toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar [...] cualquier [...] aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio” (Ley 906, 2004, artículo 437), dicha prueba por ser excepcional, solo es admisible en los eventos que la ley enumera en el artículo 438 así:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de

secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. e) Adicionado por el art. 3, Ley 1652 de 2013. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. Y cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos. (Congreso de la República. Ley 906, 2004).

Por último, la ley procesal penal señala sobre su admisibilidad que está regulada por la reglas generales (conducencia, pertenencia y utilidad) y por particulares de la pruebas testimonial y documental, (Ley 906, 2004, artículo 441 inc. 2) entendiendo que la naturaleza de la prueba de referencia encaja en estas dos categorías.

Ahora bien, como ya se vio, la ley procesal plantea garantías que brindan seguridad y objetividad al proceso penal, en la medida que estas permanecen en él, sin importar quien o quienes sean los sujetos procesales y cuál sea el delito perseguido; sin embargo, aun siendo permanentes dichas garantías, la calificación de justicia dentro del proceso se basa en la posibilidad real de ejercer las anteriores por parte de la defensa, hecho este que no es dable propiamente dicho ante la existencia en la etapa probatoria de una o varias pruebas de referencia.

Toda prueba, señala la ley, para ser tenida en cuenta debe ser practicada y controvertida ante el juez, a esto se le conoce como el principio de inmediación que lleva aparejado el de contradicción, es decir, tal cual lo señala la Corte Suprema de Justicia “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”, (CSJ, M.P. María Del Rosario González Muñoz, Sentencia No. 38773, 2013, pág. 12), él deberá valorarlas y someter al debate contradictorio entre las partes; el primer principio garantiza que el juzgador conozca primeramente la producción y práctica de la prueba y estos elementos sirvan de referencia para su valoración, mientras la segunda garantía permite que la contraparte refute aspectos de la práctica y la producción probatoria, en el caso del testimonio a

través del contra interrogatorio, las objeciones ante preguntas persuasivas, disuasivas y otras, en la documental sobre la credibilidad de la fuente y la legalidad de su producción, y en ese sentido ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

[...] la garantía de controversia no se satisface con la sola posibilidad de rebatir el mérito de la prueba una vez haya sido practicada, sino que se requiere, para satisfacer plenamente ese derecho, brindar la oportunidad a la parte contra quien se aduce la facultad de conainterrogar al testigo [...] (CSJ, Sentencia de Casación No. 36518, 2013, pág. 11).

Así las cosas, sentencia la Corte Suprema de Justicia sobre la separación de la prueba de referencia de los principios y garantías de inmediación y contradicción:

Es claro que si la prueba no se practica en el juicio oral por parte del director de la causa, la misma se aparta de los principios de publicidad e inmediación. De la misma manera, si en su recaudo no se permite la confrontación por la parte contra la cual se aduce, no se garantiza en ese caso el principio de contradicción. (CSJ, Sentencia No. 38773, 2013, pág. 18)

Con todo lo anterior, entendiendo que la ley permite de forma exceptiva la prueba de referencia en el proceso penal acusatorio, es dable cuestionar, ¿son materializables los principios de inmediación y contradicción ante la prueba de referencia?

En ese orden, el estudio pretendido sobre la vulneración de principios rectores de inmediación y contradicción del Sistema Penal Acusatorio de la Ley 906; frente a la aplicación de la prueba de referencia, se torna relevante en el espectro jurídico teniendo en cuenta que si bien es razonable y admisibles en casos excepcionales que las garantías del proceso mengüen en virtud de garantías superiores como lo es el caso del derecho de las víctimas menores de edad cuando son víctimas de delitos sexuales.

En cuanto al sistema probatorio del Sistema Penal Acusatorio, en especial al tema de investigación del presente proyecto, encaminado a determinar la materialización de los principios de inmediación y contradicción del debate probatorio en el juicio oral público y concentrado, respecto de la práctica de la prueba de referencia como prueba legalmente aportada al proceso penal; se tiene a modo de marco jurídico una estructura normativa que desde la (Constitución Política de Colombia, 1991), establece un deber derecho de rango fundamental, especialmente en cabeza del procesado, que en principio siendo regla general, fundamenta el planteamiento problemático aquí formulado.

En este sentido el artículo 29 de la (Constitución Política de Colombia, 1991) establece que “Quien sea sindicado tiene derecho a [...] presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”, esta regla como máxima constitucional impone un deber de hacer en cabeza del ente juzgador dentro del sistema penal colombiano, el cual se materializa en el momento que al procesado se le permite la controversia de la prueba que en su contra se presenta por parte del ente fiscal.

A su vez, el acto legislativo No. 3 (Presidencia de la República de Colombia, 2002) que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional, en el numeral 4° del artículo 2 que reformó el artículo 205 introdujo como función de la Fiscalía General de la Nación la cláusula “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” (Presidencia de la República de Colombia, 2002), norma que crea en favor del procesado una serie de derechos y garantías rituales que son característica misma del Sistema Penal Acusatorio, que versan, con relación al tema con los principios de inmediación y contradicción. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, siendo que la Constitución Política señala en al menos dos de sus preceptos las garantías que deben brindarse a los procesados, el legislador en desarrollo de tales mandatos estableció su materialización en principio como reglas o normas rectoras, es decir dentro del

título preliminar de la ley 906 (Congreso de la República de Colombia, 2004) en los artículos 15 y 16 la contradicción, “Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación [...]” (Congreso de la República de Colombia, 2004) y la inmediación “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (Congreso de la República de Colombia, 2004), nótese que en ninguna de estas cláusulas que fungen como normas rectoras del SPA se contemplan excepciones para su ejecución, por el contrario se afirman a modo de reglas absolutas y como no serlo si brindan garantías a un sujeto procesal en desventaja frente al poder del Estado.

El legislador estableció también en el Libro II Técnicas de investigación de la prueba y sistema probatorio, título IV Juicio Oral Capítulo III de la práctica de la prueba, parte I Disposiciones Generales, en los artículos 378 y 379 “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” (Congreso de la República de Colombia, 2004) e “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” (Congreso de la República de Colombia, 2004), es de estos dos preceptos que fungen como referencia específica dentro del ritual probatorio que hallamos por una parte la confirmación sin excepción del principio de contradicción, lo cual lleva a establecer que esta garantía procesal de ninguna forma legal puede ser menguada, y por otra se observa la excepción al principio de inmediación, esto es, la prueba de referencia la cual en este plano se tiene como una permisón por parte del legislador en la práctica probatoria.

La prueba de referencia, según concepto legal es:

“Toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño

irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio. (Congreso de la República de Colombia, 2004).

No obstante la permisión legal de admitir el arribo al proceso de esta clase de pruebas, recuérdese el deber ya analizado de materializar las garantías del debido proceso que imponen en cabeza del Estado la obligación de hacer, que en este caso sería ordenada a través del establecimiento de unos requisitos sin los cuales esta prueba exceptiva no puede tenerse en el mismo, según establece el artículo 438 (Código de Procedimiento Penal, Congreso de la República de Colombia, 2004).

Corolario de lo anterior, la relación derecho- obligación que ya se han determinado bajo los nombre de derechos y garantías procesales vs la obligación de hacer en cabeza del Estado, permite entender que los principios de contradicción y de inmediación deben materializarse en todo caso dentro de la práctica probatoria del juicio oral, en la medida que estos son garantías mismas que permiten al acusado un mayor grado de la justicia que espera recibir del Estado, ello aplica en la prueba de referencia en la cual si bien el principio de inmediación es relegado ante la excepción de esta prueba en casos excepcionales, no puede verse también desmembrado en cuanto a su carácter de principio rector.

La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio

Para abordar el problema de la prueba de referencia dentro del sistema penal acusatorio frente a los principios de inmediación y contradicción significa entrar en un análisis dentro de la tendencia estructuralista, esto en razón a que la etapa del debate probatorio del sistema penal acusatorio se caracteriza justamente por tres garantías que son la inmediación, la contradicción y la concentración, todo ello ha dado lugar a que este sea un sistema complejo que se sirve de cada una de estas imprimiendo seguridad y certeza a los procesados y para alcanzar un mayor grado de justicia en sus sentencias, en conclusión; el debate probatorio es un todo integrado por sus partes llamadas garantías o principios de la prueba.

A este punto debe abordarse concretamente el medio de prueba llamado “prueba de referencia”, que si bien funciona dentro del sistema penal acusatorio como un medio de convicción exceptivo, no deja de representar ante su presencia un verdadero problema al momento de materializarse los principios de inmediación y contradicción en el desarrollo del juicio.

El Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, en su artículo 437 trae como definición de la prueba de referencia:

Noción. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio. (Ley 906, 2004, artículo 437).

La causalidad del fenómeno estudiado halla su necesidad según (Rey & Ochoa, 2002, pág. 65) “Convicción del juez sobre hechos afirmados por las partes”, así esta convicción va a servir de “Fundamento del convencimiento judicial expresado en la sentencia” (Rodríguez, 2005, pág. 21), ahora bien, este convencimiento requiere de “la presencia directa de la prueba para que sea reflejada en la decisión” (Ríos, 2010, pág. 215), ya que el “conocimiento directo del juez como director del proceso penal” (Solórzano, 2013, pág. 122) redundara en “garantizar el derecho al proceso justo” (Palacios, 2015, pág. 262).

Por otro lado, las pruebas dentro del proceso penal tiene como tendencia ser introducidas “al juicio oral a través de medios lícitos de la prueba” (Rey & Ochoa, 2002, pág. 65), pues para (Ríos, 2010, pág. 215) “debe ventilarse en ella todo el conflicto jurídico, aun cuando deba hacerse en varias sesiones”, esto hacia que “la parte contra quien se alega debe tener la oportunidad de discutirla, de contradecirla” (Rodríguez, 2005, pág. 24).

Esta tendencia en la forma de introducción tiene por finalidad la materialización del principio de contradicción e inmediación pero además, materializa la validez de los medios probatorios, así lo señala (Palacios, 2015, pág. 262) al sentenciar “únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral” y (Solórzano, 2013, pág. 123) “solo tiene carácter de prueba cuando son practicadas en el juicio oral y naturalmente ante el juez de conocimiento”.

Como resultado de tal validez impresa por la materialización de la inmediación y la contradicción resulta que se presenta la continuidad o regularidad del concepto de la prueba en el sistema penal acusatorio en materialización de los principios ya mencionados; esta regularidad se encuentra representada en la práctica misma de los elementos allegados en forma de herramientas de convicción a estrados del juez, así (Palacios, 2015) señala de entrada “ningún pronunciamiento fáctico ni jurídico puede hacerse en el proceso penal sino ha venido precedido de la posibilidad de contradicción en el seno del juicio oral” (p, 380).

Lo anterior teniendo como partida lo anunciado por (Rodríguez, 2005, pág. 21) “la garantía del justiciable deriva la necesidad de que la prueba sea practicada en juicio”, anuncio que tiene sentido en la idea de (Ríos, 2010, pág. 216) “la figura del juez es sustancialmente básica para que dicha decisión se adapte al mayor número de impresiones o percepciones que el mismo observe [...] durante la práctica probatoria”. De allí que se afirme que dentro del sistema penal acusatorio, “Todas las pruebas deben ser presentadas en la audiencia y practicadas en presencia del juez” (Solórzano, 2013, pág. 123), y esto materialice la verdad perseguida con la sentencia, tal como anuncia (Rey & Ochoa, 2002, pág. 66) “La actividad decisora debe recaer sobre las pruebas practicadas en el juicio”.

La funcionalidad del fenómeno se integra básicamente en la presencia de dos garantías fundamentales ante la práctica probatoria, estas inician con la integración del contradictorio (Rey

& Ochoa, 2002, pág. 66) anuncia “el contradictorio a través del choque en el juicio oral”, permite “la convicción directamente obtenida por el juzgador” (Ríos, 2010, pág. 217) con la cual interactúan “la inmediación de las pruebas practicadas en juicio respecto del funcionario que dictara sentencia y el derecho de controvertir de la contra parte” (Palacios, 2015, pág. 262).

Ahora, tratándose de pruebas que se practican fuera del juicio oral cuando la regla exceptiva lo permite tal cual ocurre con la prueba de referencia en la que se tiene esta como una derogación parcial de las garantías procesales, señala (Rodríguez, 2005, pág. 217) que de cualquier forma la “prueba si debe practicarse bajo contradicción e inmediación” ya que justifica, según (Solórzano, 2013) “el conocimiento directo del juzgador respecto de las pruebas que se practiquen en el juicio” (p, 122) y el derecho de las partes a “controvertir las pruebas practicadas en juicio oral” (p, 126).

A modo de síntesis se tiene que la prueba en el Sistema Penal Acusatorio es necesaria, pues esta lleva al juzgador el conocimiento y el convencimiento sobre aquellos hechos alegados por las partes, lo que en suma se realiza en la aprobación de cada aseveración hecha por las partes con el fin de verificar su preexistencia racional. Ahora bien, estas pruebas de las que se hablan, se introducen al juicio, que es el momento adecuado para el debate o contradicción probatoria; a través de los medios legalmente regulados, de tal suerte que la tendencia además permite concluir que solo es prueba aquel medio de convicción arribado al momento procesal indicado y por los medios legalmente establecidos.

La regularidad informa que más allá de las diversas formas que adopta la prueba en razón a la naturaleza de lo que se pretende probar con cada una de ellas, todas sin excepción se practican en auspicio de la materialización de los principios de inmediación y contradicción, siendo requisito de validez de las mismas dentro de la actividad decisoria del juzgador, estos mismos elementos de regulación son los que interactúan en la funcionalidad de la prueba, esto es; para que esta sea tenida como tal, debe ser obtenida en la forma legalmente permitida y sometida a la ritualidad de producción y contradicción publica la cual se da en el seno del juicio oral.

Entonces, si la prueba es aquella que se arribó al juicio por medios legamente regulados, se practicó y controvertió en juicio oral, con la observación atenta del juzgador, la prueba de referencia, aun siendo una que se arriba en forma legal al proceso, no es una prueba que se practique en el escenario de la etapa probatoria del juicio oral publico concentrado, además de ser una prueba que restringe la potestad de controversia de la parte contra quien se alega tal, esto entendiendo que no puede a un testimonio no practicado en juicio realizarsele conainterrogatorio y como elemento más importante, el principio de inmediación no se materializa puesto que el juzgador no pudo observar al testigo mientras rendía su testimonio es decir mientras se producía la prueba.

Corolario de lo anterior, entendiendo que el acto de probar funge como un acto complejo compuesto de elementos fundamentales llamados garantías procesales, las que se conocen como la garantía de inmediación, la contradicción y la concentración; se hace evidente que el escenario que se plantea respecto de la procedencia y existencia misma de la prueba de referencia, dentro del juicio oral del Sistema Penal Acusatorio Ley 906, resulta un escenario donde el todo que es la prueba no se integra de la totalidad de sus partes como lo son los principios de inmediación y contradicción, lo cual reviste inminentemente una vulneración de las garantías del proceso, aun así, la jurisprudencia y la ley permiten la existencia de esta figura jurídica probatoria dándole el carácter de un Todo.

En ese sentido, la Doctora Martinez, (1998) señaló en su momento que el quehacer probatorio demuestra que el testigo de referencia en el proceso penal es un elemento necesario que conduce al conocimiento real del suceso investigado y que negar su pertenencia o procedencia en un sistema jurídico elimina la posibilidad de administrar adecuadamente la justicia, todo esto referido al proceso de enjuiciamiento Español.

Años más tarde Castillo, (2005) señaló que la instauración del principio de legalidad funge como límite material al accionar del Estado que por ejemplo impone que la sanción de una

conducta no dependa solo de la necesidad de la misma solo que “el principio de legalidad garantiza, entre otras cosas, la defensibilidad del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos” (p, 133). En ese orden, todo acto del Estado deberá estar sujeto a la obligación de garantizar al ciudadano su defensa y esto no en términos formales sino materiales. De allí deviene el principio de presunción de legalidad que para el caso de la ley procesal penal deberá entenderse como el principio de presunción de constitucionalidad, con el cual se tiene hasta este momento de estudio del tema que todos los medios probatorios señalados en el Código Procesal Penal son medios constitucionalmente ajustados.

La alegada presunción de constitucionalidad implica que la prueba de referencia obedezca a la materialización de principios generales y constitucionales de la prueba como el principio de contradicción donde “Cada parte interviniente en el proceso tiene un interés particular en él, eso es demostrar la verdad de sus afirmaciones o pretensiones” (Salinas, 2005, pág. 1033), y de inmediación de la prueba que está dirigido a “permitir al juzgador apreciar personalmente todo aquello que es ventilado en el proceso, procurando así alcanzar una mejor percepción de lo narrado y lo ocurrido realmente” (Salinas, 2005, pág. 1034), ante este señala (Guerra, Flores, & Gonzalez, 2008, pág. 106) que el sistema penal acusatorio, como sistema garantista pretende ser “un procedimiento pronto, eficaz y eficiente; en donde se respeten puntualmente los principios de contradicción, continuidad, concentración e inmediación [...] se adopta el sistema de libre valoración de la prueba a través de los conocimientos científicos, la sana crítica y las reglas de la lógica, todo ello en aras de que se esclarezcan los hechos”.

Así, el texto del profesor Vadell, (2008, pág. 1), sin titubeos formula “Las garantías constitucionales de la actividad probatoria pueden burlarse en el proceso penal al impedir que los principales sujetos procesales puedan apreciar directamente la práctica de ciertos medios de prueba”, evidentemente la referencia se hace en virtud de la prueba de referencia y en ese sentido, tal cita del profesor Vadell se tiene como superación gracias al silogismo que razona a través de la presunción de legalidad de toda norma y reza, si el proceso penal está dotado de garantías legales, y la prueba de referencia es legal, pues la ley permite su arribo al proceso; entonces la prueba de referencia no viola ninguna garantía procesal, premisa que ante el

planteamiento del profesor se refuta de forma tajante. Asunto particular que se abordara más adelante.

A este momento ingresa el aporte de González A. D., (2008) quien en virtud de las características del testimonio, señala que la credibilidad del testigo puede refutarse en juicio al punto de su conocimiento personal del hecho bajo la figura de la “impugnación de la credibilidad del testigo, concepto del todo novedoso en nuestra cultura jurídica” (p,168), y sostiene además que según Mauet “La impugnación es la técnica de juicio más dramática en el arsenal del abogado. Usada selectivamente y empleada con efectividad puede tener un efecto devastador en el juicio. Los jurados valoran una impugnación efectiva”, concluyendo con esto que la impugnación de lo dicho por un testigo resulta un arma que materializa el principio de contradicción de la prueba.

Ahora bien, Gómez, (2009, pág. 69) al tratar los principios rectores del SPA señala “la consagración y el reconocimiento constitucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales del ser humano resultarían insuficientes si no existieran preceptos axiológico-normativos que edifiquen una columna vertebral dentro del Sistema de enjuiciamiento” y exalta “Las normas rectoras son la barrera que demarcan los planos sociales, democráticos y de derecho, en los que deben cimentarse las bases políticos criminales del sistema penal en toda su estructura” (Gómez, 2009, pág. 79).

Con los pronunciamientos de los dos autores anteriores se colige que lejos de ser simples reglas abstractas de interpretación del sistema de enjuiciamiento, los principios de inmediación y contradicción son límites materiales en sí mismos, los cuales plantean una barrera real al accionar del Estado y permiten el derecho de defensa del acusado. Lo anterior en virtud de la persecución de la verdad en el proceso penal que conduce a endilgar la responsabilidad o no de un ciudadano sujeto al accionar punitivo del Estado, aquella que, como plantea Hincapie & Ramírez, (2009) sólo se obtiene a través de la prueba de los hechos pues “toda la ciencia jurídica se reduce a una ciencia de las pruebas, y el derecho mismo no existe independientemente de su

prueba” (p, 15), sometida al “sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano” (Hincapie & Ramírez, 2009, pág. 16), un sistema “eclectico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines (Gonzalez, 2010), que permite lograr la constatación de la veracidad, junto con la practica probatoria.

Por su parte Barrera, (2010, pág. 43) señala la importancia del respeto de los principios constitucionales, pues estos permiten el cumplimiento de los derechos de defensa y debido proceso que le asiste a todo ser humano, en especial dentro del proceso penal. Ahora bien, en el caso de Duque, Echeverry, & Rotavista, (2010), se expone como superación la concepción funcional de la prueba de referencia, es decir, dichos autores señalan que la prueba de referencia no se distingue por los componentes de la misma sino por la funcionalidad, ya que en el proceso penal “el elemento de mayor importancia es la constatación de veracidad sobre la existencia de un hecho o circunstancia” (Duque, Echeverry, & Rotavista, 2010, pág. 13).

En suma, la constatación de los sucesos a través de la actividad probatoria implica además que cada medio probatorio tenga unos “requisitos formales y sustanciales de los cuales debe gozar”, (Casas & Asela, 2012, pág. 5) como lo es el testimonio donde “la administración de justicia debe llevar a cabo una valoración probatoria, específicamente encaminada al estándar probatorio que se le debe atribuir al testimonio, teniendo en cuenta los factores externos e internos que afecten la declaración, y por los cuales se vea influenciada la misma” (Casas & Asela, 2012, pág. 16). En consecuencia, testigos como el menor de edad en los delitos sexuales deben tener criterios especiales de practica en juicio, pues por regla general los requisitos formales del testimonio establecen que el testigo solo puede declarar “sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir” (Molina, 2012, pág. 6), mientras como regla exceptiva se consagro la admisibilidad del testimonio rendido fuera del juicio por un menor víctima de delitos sexuales, esto es apenas lógico entendiendo que “Exponerlos a un interrogatorio directo o un contrainterrogatorio, va en contravía de sus derechos, se les revictimizaría por parte del aparato judicial” (Molina, 2012, pág. 10).

A su vez, el Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, en su artículo 383, cita que el “testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público.” (Código de Procedimiento Penal, Congreso de la República de Colombia, 2004), relacionados los casos previamente descritos como delitos sexuales, donde un menor víctima del abuso, al no conocer la magnitud del asunto a controvertir y la presencia de su agresor, al momento de llegar a ser requerido su testimonio dentro del juicio, es probable que en la práctica de la prueba se pueda tergiversar teniendo de presente los miedos infundados por el victimario y la relación de autoridad que presente con la víctima, casos que habilitarían a que sea desarrollada la práctica de la prueba fuera del juicio oral en pro de la integridad moral e interés superior del menor.

Continuando, la jurisprudencia ha evolucionado al punto de dejar de considerar el testimonio de un infante como falso por el hecho mismo de ser un menor quien lo emite, determinando que “calificar de falso un testimonio tan solo por provenir de un menor de edad es igualmente equivocado y es por eso que le corresponde al juez dentro de la sana crítica apreciarlo con el conjunto de la prueba que aporten para determinar si existen medios de convicción y se dé una suficiente apreciación con los elementos de juicio y su valor probatorio” (Franky, Pineda, & Andrade, 2015, pág. 60); quedando claro entonces que a la luz de la jurisprudencia actual el testimonio de un niño es válido más allá de los dichos populares frecuentes, y por ello deben someterse al estándar de valoración de la sana crítica al que se someten todas las pruebas, teniendo de presente la conducta punible sobre la cual se fuere a dar testimonio y a su vez, la edad del menor, situación que debe venir acompañada por las instituciones estatales, como lo fuere el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y acompañamiento psicológico para dar veracidad del mismo.

Es así como el estudio del fenómeno de la prueba de referencia en el SPA empieza a tomar vigor, se edifican los primeros estudios que tratan críticamente las permisiones legales de la ley procesal penal más allá de las razones expuestas para su consolidación, Rios, (2012) señala el hecho de arribar la prueba de referencia por cualquiera de los extremos procesales frente a las pruebas recolectadas por la defensa, presenta una desventaja técnica en orden a que la norma legal indica que por ejemplo en el caso de los testimonios “podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo” (Congreso de la República de Colombia, 2004), esto implica que la defensa pueda recoger por escrito el testimonio con un rigor menor que el que imprime el investigador de campo de la Policía Judicial que deberá hacerlo además con grabaciones, ambas pruebas pueden validarse dentro del proceso, teniendo en cuenta las normas procesales establecidas y la etapa procesal concurrida al respecto, aun así una no es menos fidedigna que la otra; las anteriores poniendo de presente que deberán ser allegadas en la etapa pertinente de pruebas designada para la defensa, siendo esta la audiencia preparatoria.

De esta forma se crea en principio una suerte de contradicción dialéctica entre el nuevo sistema de enjuiciamiento SPA y el anterior, esto en razón que la evidencia recaudada por la fiscalía en el sistema inquisitivo, bajo el principio de permanencia de la prueba se tenía como el elemento de juicio para condenar mientras en el nuevo, no podría dictarse sentencia “con la evidencia recaudada en la investigación, pues queda claro que los actos anteriores al juicio oral son actos de investigación, no actos de prueba” (González A. D., 2012, pág. 229), quedando la admisibilidad de la prueba de referencia siendo contraria dialécticamente pues se termina por llevar a juicio documento o testimonios recibidos en investigación, para que integren el acervo probatorio sin el sometimiento a los principios, contradictorio y con inmediación” (González A. D., 2012, pág. 235).

La profesora Archila, (2013) anuncia en su ponencia la prueba de referencia en la ley 906 de 2004, que el sistema judicial colombiano acogió el principio general de exclusión de la prueba de referencia, pero como toda regla general tiene su excepción, advierte que ante tal institución probatoria, la ley adoptó dos tipos de causales exceptivas para la admisión de la prueba de

referencia, “La primera referida a la indisponibilidad del declarante y la segunda atinente a la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad” (Archila, 2013, pág. 581) y suma una tercera excepción relativa a “cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar” (Archila, 2013, pág. 582).

Para entender la diferencia entre los medios de convicción recaudados en la investigación y la pruebas, que es aquella practicada en juicio, (Ramírez, 2014, pág. 21) “para que se puedan considerar como prueba, estos requisitos se resumen en los siguientes (I) hallazgo (II) utilidad – pertinencia- (III) legalidad -procedimiento de consecución- (IV) autenticidad; (V) aducción en la audiencia de juicio oral (VI). Valoración”. En este punto, la doctora Mora, (2015) señala:

“Dado que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción, esto es, la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas, ya sean las producidas o incorporadas en el juicio oral”.

Para concluir con los avances sobre el objeto de estudio, Suárez, (2015, pág. 11), propone que en virtud de “la necesidad de que el Estado Social de Derecho garantice la justicia material y se realiza a través de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad”, el juez puede incluso emitir sentencia basado únicamente en las pruebas de referencia, este aporte va más allá de la práctica probatoria misma y las garantías que en ella deben materializarse en favor del ciudadano especialmente, sino que asciende a la esfera de los fines o propósitos con que se instaura el sistema para alegar que si su finalidad es la de impartir justicia material, no es admisible la exigencia de una “tarifa legal” a la hora de dictar sentencia.

Los estudios sobre el objeto de investigación muestran tres similitudes o continuidades dialécticas, las mismas se refieren a la valoración de la prueba bajo el estándar de la sana crítica, la confrontación de los principios de inmediación y contradicción frente a la prueba de referencia

y la procedencia excepcional de la prueba de referencia, en este orden las soluciones planteadas en torno a la sana crítica indican que el nuevo SPA impone al juzgador la atención en la práctica probatoria que le permita valorar de forma acertada haciendo uso de la lógica, la razonabilidad, las reglas de la experiencia y las artes afines; todas y cada una de las pruebas allegadas al juicio, garantizándose así la emisión de una sentencia motivada sobre la responsabilidad o no del procesado.

Por otra parte, la solución relativa a los principios de inmediación y contradicción frente a la prueba de referencia, se argumenta en varios niveles, por un lado (Vadell, 2008) señala que el SPA está diseñado en forma que los principios no sean absolutos en virtud de la administración de justicia y los derechos de las víctimas, lo cual permite que la prueba de referencia al ser admitida disminuya la entidad de los principios de inmediación y contradicción, también argumenta Molina, (2012) hay intereses o garantías que superan las garantías de los procesados, como es el caso de los menores víctimas de delitos sexuales, en este evento la responsabilidad del Estado está comprometida en mayor grado a garantizar la indemnidad de la víctima y es por ello que la procedencia de la prueba de referencia (testimonio del menor rendido ante experto forense) tiene lugar.

Por último, la procedencia excepcional de la prueba de referencia sustenta que si bien, el fin del proceso de enjuiciamiento penal es impartir justicia material, esta no es un fin que se busque por cualquier medio, ya señalaba Gómez, (2009) este fin está limitado por los principios rectores del sistema penal, los cuales son garantías de defendibilidad, son barreras o límites materiales que se le imponen al poder punitivo del Estado.

En suma, si bien es determinado dentro de los contenidos científicos que la prueba de referencia impide la materialización de los principios de inmediación y contradicción, garantías fundamentales del SPA y reglas especiales de la actividad probatoria del mismo sistema; como también está establecido cuya procedencia es excepcional y su valoración está sometida al estándar de la sana crítica, aún queda por definir cuál es el grado máximo de afectación o

mengua, de los principios de inmediación y contradicción; permitido legalmente, es decir hasta qué punto pueden disminuirse estos principios en la práctica probatoria sin que el medio de prueba pierda validez.

Seguido, cuando se presentan las investigaciones y textos científicos acerca de la vulneración que presenta la prueba de referencia contra los principios de inmediación y contradicción se puede observar una ruptura epistémica, dando peso a una excepción junto con la razón valorativa, lo cual cuestiona el punto permitido para desmedir los principios rectores del SPA con fines bien sea de la justicia material, de los derechos de las víctimas y demás, sin que el medio probatorio pierda vigor o validez.

En consecuencia de lo expuesto, es menester preguntarse ¿Cuál es el grado máximo de disminución de los principios de inmediación y contradicción en cada caso exceptivo de la prueba de referencia en el SPA?

Así, el grado de afectación que sufren los principios de inmediación y contradicción en el SPA ante la aplicación exceptiva de la prueba de referencia en el juicio oral público y concentrado es un tema no estudiado desde el punto de vista de cada uno de los casos en que la regla exceptiva se plantea procedente, al respecto el profesor (Solórzano, 2013) en el libro *Sistema Acusatorio y Técnicas de juicio Oral* señala que el principio de inmediación tiene su razón de ser en “el conocimiento directo que debe tener el juez como director del proceso penal, de todos y cada uno de los medios de convicción” (Solórzano, 2013, pág. 122). Así mismo, señala que el principio de contradicción se sustenta en la necesidad de asegurar la defensa material del procesado, citando a Carbonell señala “todo lo que se aporte al juicio puede ser objeto de refutación”, para culminar el diseño estructural señala que el carácter de necesidad de la prueba de referencia radica en que pretende “garantizar que el medio probatorio ingrese al proceso” (Solórzano, 2013, pág. 460).

Si bien existe una tendencia de claves teóricas, ocurridas en la etapa probatoria del procedimiento penal, se presenta una regla de excepción de la procedencia de la prueba de referencia dependiendo las formas de manifestación que refieran, ya fuere la etapa probatoria y quien solicitara que se incorporara. Casos como solicitud de incorporación por parte de la fiscalía, han de ser realizados en audiencia de formulación de acusación con el debido descubrimiento probatorio; por otro lado, si fuere la defensa quien lo requiera, deberá realizarse durante el desarrollo de la audiencia preparatoria.

Lo anterior fundado en los principios de contradicción e inmediación, con el fin de brindar las garantías procesales, que, en cada uno de los casos, buscan garantizar el hecho de contradecir la prueba junto con una rectitud dentro del proceso; estructurando el acto probatorio particular de la prueba de referencia en el proceso penal con el objetivo de administrar justicia aspirando a cumplir en pleno la garantía del debido proceso.

Con lo previamente descrito se entiende que en cada instrumento exceptivo particular que sirve como requisito de admisión de la prueba de referencia, existiendo verificablemente una vulneración más o menos grave de las garantías procesales de inmediación de la prueba y contradicción de esta. Es en ese sentido que si bien, el arribo de este medio probatorio al juicio oral es ajustado por presunción de constitucionalidad, debe verificarse hasta qué punto está permitido menguar los principios rectores del SPA en aras ya sea de la justicia material, de los derechos de las víctimas y demás, sin que el medio probatorio pierda vigor o validez.

Desaparición de los principios de inmediación y contradicción ante la prueba de referencia

Frente al principio de contradicción, la Corte ha señalado que la fiscalía al momento de requerir la inclusión de una declaración anterior al juicio oral, debe tener en cuenta que “genera un desequilibrio sobre el acusado, quien verá frustrado el ejercicio del derecho de confrontación en los planos esenciales de interrogar al testigo y controlar la práctica de la prueba” (Sentencia No. 36518, 2013, pág. 20). La jurisprudencia tiene por sentado que en algunos eventos, la prueba de

referencia se recaude en juicio, con lo cual el principio de inmediación se garantizaría, pero que puede que “a la parte perjudicada el contrainterrogatorio del testigo” (Sentencia No. 38773, 2013, pág. 16), también ha contemplado la obligación de observar asuntos relevantes del debido proceso a la hora de solicitar la inclusión de la prueba de referencia en el juicio, aspectos atinentes a “la afectación del derecho a controlar la el interrogatorio e interrogar o hacer contrainterrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación)” (Sentencia No. 44950, 2017, pág. 10).

No obstante, la Corte en pronunciamientos recientes ha sostenido que los principios de inmediación y contradicción no son principios absolutos, en (CSJ, Sentencia No. 37107, 2013) señaló “pues si bien forman parte sustancial del sistema penal acusatorio, no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio” lo anterior, teniendo en cuenta que “toda vez que legalmente son admisibles tanto las pruebas anticipadas, como las de referencia, las cuales no son practicadas en presencia del funcionario judicial director del juicio oral, obviamente siempre que para las primeras medie la contradicción y confrontación, y que para las segundas se cumpla con la tarifa legal negativa prevista en el artículo 381 ídem, toda vez que la sentencia no puede fundarse exclusivamente en una prueba de esa estirpe” (CSJ, M.P. Eugenio Fernández Carlier, Sentencia No. 42656, 2017, pág. 17).

Frente al principio de inmediación ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia como “la percepción directa del juez de la práctica o aducción probatoria, unida a la concentración, que impone adelantar de forma unitaria el juicio oral y público, irradian el juzgamiento al posibilitar el conocimiento directo de los hechos” (CSJ, Sentencia No. 42656, 2017, pág. 16), es por esto que la Ley procesal penal ha establecido que “únicamente puede estimarse como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, con inmediación, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción” (CSJ, M.P. Patricia Salazar Cuellar, Sentencia No. 44950, 2017), en este sentido, también ha señalado en (CSJ, MP. José Leonidas Bustos Martínez, Sentencia No. 36518, 2013, pág. 13) la excepcionalidad de la prueba de referencia, justamente se encuentra fundada en “su poca confiabilidad, pues los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, por ejemplo la ausencia de

inmediación objetiva y subjetiva”, ya que si la prueba, “no se practica en el juicio oral por parte del director de la causa, la misma se aparta de los principios de publicidad e inmediación” (CSJ, M.P. María Del Rosario González Muñoz, Sentencia No. 38773, 2013, pág. 18).

No obstante como ya se había advertido párrafos atrás, este principio no es absoluto, al punto que se ha señalado a través de diverso pronunciamientos de la Corte suprema que “no comporta la naturaleza y efectos superlativos que se estimaron en las decisiones jurisprudenciales ampliamente reseñadas en precedencia y, en consecuencia, su limitación o afectación no necesariamente implica que deba acudir al remedio extremo de la nulidad” (CSJ, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Sentencia No. 37107, 2013, pág. 18).

Frente al principio de justicia material, la Corte Suprema señaló que la prueba de referencia tiene lugar en el sistema penal acusatorio, en termino de evitar la producción de la impunidad en los eventos en que la comparecencia del testigo no se produce por temor o amenazas, o cuando ha muerto, excepciones que condujeron al legislador a prever la procedencia excepcional de la prueba de referencia (CSJ, Sentencia No. 38773, M.P. María Del Rosario González Muñoz, 2013, pág. 12), ahora bien, en consonancia con lo anterior se asume que no es dable:

Admitir, como medio de prueba, todas las declaraciones anteriores al juicio oral, sin que medien circunstancias que lo justifiquen y sin cumplir los requisitos que permitan lograr un PUNTO DE EQUILIBRIO entre los derechos de los procesados y la rectitud y eficacia de la administración de justicia, puede desquiciar el modelo procesal. (CSJ, M.P. María Del Rosario González Muñoz, Sentencia No. 38773, 2013, pág. 12).

Por último, frente al principio de legalidad, se tiene que como la admisibilidad de la prueba de referencia es exceptiva, está sujeta a los parámetros descritos en la Ley 906 de 2004, es decir, “rige el principio de legalidad, en la medida en que sólo se acogerán aquellas que se encuentran enlistadas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004” (CSJ, MP. José Leonidas Bustos

Martínez, Sentencia No. 36518, 2013, pág. 13), así lo señala la Corte también en (CSJ, M.P. Eugenio Fernández Carlier, Sentencia No. 42656, 2017) “las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados en la jurisprudencia”.

En conclusión, se tiene que son 4 los elementos dan funcionalidad a la prueba de referencia en torno a brindar la garantías de los principios de inmediación y contradicción, a saber, la inmediación y la contradicción como criterios no absoluto dentro del sistema procesal penal, y la legalidad y la justicia material como moderadores racionales de la regla exceptiva en virtud de la cual es admisible allegar pruebas de referencia al juicio oral.

Para validar la respuesta, en el proceso de desarrollo de la investigación planteada, debió abordarse el método de corroboración estructural, (de Quesada Varona, 2017) esto teniendo en cuenta que con el fin de responder a la pregunta de ¿cómo se materializan los principios de inmediación y contradicción ante la prueba de referencia?, debió reunirse información sobre la categorías propuestas para la caracterización del problema, a través del estudio de las fuentes sistemáticas del derecho, que en el caso concreto fueron principalmente las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

El análisis de las categorías propuestas de la caracterización, conforman para el estudio concreto, un todo que permite validar la respuesta a la pregunta que guía el presente trabajo.

Además de las fuentes doctrinales que sirven como fuente principal de insumo a la investigación, se tuvieron en cuenta los textos normativos que conforma en conjunto jurídico regulatorio de los actos probatorios procesales y los valores constitucionales del debido proceso y las garantías fundamentales del procesado.

Como guía teórica de la investigación, se tiene que el Sistema Penal Acusatorio es un sistema de enjuiciamiento garantista, en ese orden, siempre debe privilegiarse en la actuación procesal del Estado, las garantías que se les ofrece a los sujetos sometidos al enjuiciamiento penal. De esa forma, garantizar un equilibrio entre el poder del Estado y la capacidad de actuar su inmediación en el proceso que es surtido en su contra, el procesado tiene facultades para presentar y debatir las pruebas que en su contra son presentadas. (Ferrajoli, 1995).

En ese orden, los actos probatorios adquieren un carácter relevante en el proceso penal, ya que de ellos se deriva la convicción que necesita el juez para llegar a la certeza del sentido en el que emitirá su fallo, es decir, requiere que las pruebas que practique sean idóneas, y eficaces, pues de ellas se derivara la convicción de culpabilidad o inocencia que del proceso se cierna sobre el acusado. (Martínez Ríos, 2009).

Así las cosas, desde la Constitución, se establecen en el artículo 29 el derecho de contradecir las pruebas que son desfavorables al procesado, convirtiéndose este principio de contradicción en partes de la estructura del debido proceso constitucional. (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) La jurisprudencia por su parte, señala que este principio pese a ser de rango constitucional y reconocido en el artículo 15 de la Ley 906, no es de carácter absoluto (Corte Suprema de Justicia, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Sentencia No. 37107, 2013), dando a entender con esto, que aun cuando en el proceso penal se establezca dicho principio como necesario para dotar de validez una prueba, en los casos en que la ley procesal penal señala que puede prescindirse de este principio garantía, es dable hacerlo sin que medie una vulneración a la garantía del procesado.

En ese mismo sentido, frente a la inmediación como principio estructural del debido proceso señalado en el artículo 29 de la Constitución política de Colombia, que manifiesta la posibilidad de presentar pruebas para controvertir las que le son desfavorables, edifica el derecho de defensa, además, permite que el procesado y su defensor estén presentes en la práctica de las pruebas, tengan acceso a ellas sin intermediarios y sea suya también la prueba, gracias al

principio de publicidad; no obstante, al igual que el principio de contradicción, la jurisprudencia de la CSJ señala que este principio pertenece al derecho procesal general y su desconocimiento por reglas exceptivas no vulnera los derechos de las partes. (Corte Suprema de Justicia, M.P. María Del Rosario González, Sentencia No. 38773, 2013).

En virtud del principio de justicia material, aunado al argumento de que los principios de inmediación y contradicción no son absolutos, que pertenecen al derecho procesal general y que en su desconocimiento no viola las garantías de las partes; es que la jurisprudencia de la CSJ señala que la prueba de referencia procede de forma exceptiva, en los casos en que las circunstancias particulares impiden la práctica procesal de la forma general establecida en el procedimiento de la Ley 906, sino que debe acudir a figuras de excepción como lo son la prueba anticipada, y la prueba de referencia (Colombia. Congreso de la República. Ley 906, 2004).

Por último, el establecimiento del principio de legalidad señala que nadie podrá ser declarado responsable sino con observancia de las formas del cada juicio, en ese orden, la prueba de referencia como una prueba que puede aportarse al juicio oral del proceso penal, es válida y no vulnera derechos fundamentales ni garantías de las partes, siempre que en su admisión sea sometida a la observancia plana de los requisitos establecidos por la ley para su admisibilidad. (Corte Suprema de Justicia, MP. José Leonidas Bustos Martínez, Sentencia No. 36518, 2013).

Corolario de lo anterior, se tiene que ante la prueba de referencia aportada en el proceso penal acusatorio, no es necesario materializar los principios de inmediación y contradicción, pues esta es de procedencia exceptiva, se instituyó en el proceso penal para dar garantía de existencia del principio de justicia material, en los casos en que la misma no puede ser practicada directamente en el juicio oral o el testigo da cuenta de hechos que no percibió directamente, todos ellos, casos que la ley penal estableció su procedibilidad del forma taxativa, en virtud del principio de legalidad.

Conclusiones

Como bien se dio introducción acerca de la investigación, se buscaba poder establecer el grado máximo de disminución de los principios de inmediación y contradicción en los casos exceptivos de la prueba de referencia; para esto se desarrolló una investigación jurídica descriptiva permitiendo el alcance de los objetivos inicialmente planteados.

Por un lado, al tener un enfoque cualitativo, se realizó la búsqueda selectiva de jurisprudencia, pronunciamientos otorgados por la Corte Suprema de Justicia en los cuales se sentaba un precedente sobre la prueba de referencia y su orientación ante los casos exceptivos, permitiendo identificar distintas concepciones y datos documentales empleados de referencia. Gracias a esto y a una selección adecuada de información de las fuentes sistemáticas del derecho, siendo estas normatividad vigente, Constitución Política de Colombia y Ley 906 de 2004 – Sistema Penal Acusatorio, se pudo llegar a las conclusiones presentadas a continuación.

En primera medida, el desarrollo de la investigación presentada en este artículo, permitió arribar como conclusión, que si bien, el sistema penal colombiano es un sistema garantista, que pone una especial atención a las formas en que al procesado se le garantizan sus derechos fundamentales, existen la posibilidad de morigerar los procedimientos permitiendo que en casos particulares, se dote de mayor eficacia un derecho determinado, frente a otro.

Así se aclara la relación directa y cómo se afectan los principios de inmediación y contradicción frente a la prueba de referencia, esclareciendo sus conceptos como marco de referencia para la ejecución de derechos de las partes, teniendo oportunidad de controvertir las pruebas dadas dentro del proceso junto con el hecho de velar por la legalidad y el debido proceso, teniendo total confianza de la veracidad de las mismas. Pese a ello, se encuentra la prueba de referencia en excepciones presentadas con el fin de proteger derechos de aquellos sobre los cuales fuere practicado, menguando las vulneraciones previamente cometidas a sus derechos y, en casos como delitos sexuales contra menores, la vulneración a su integridad moral.

Sin embargo, se sustenta que aún en los casos excepcionales se continuaría vulnerando una seguridad jurídica de las partes acerca de las etapas probatorias al ser estas pruebas de referencia practicadas e incorporadas fuera del juicio, razón por la cual mediante modificaciones normativas se fundamentó el escrito de acusación por parte de la fiscalía, dando así las garantías y beneficios al procesado y a las víctimas.

El caso común frente a la prueba de referencia, es su justificación de existencia en el marco jurídico Procesal Penal en Colombia, esto es, se tiene que las garantías fundamentales que preceptuó la ley procesal deben aplicarse en el debate probatorio para imprimir validez a la práctica de pruebas, debe ceder ante situaciones descritas taxativamente, esto con el fin de que proceda la prueba de referencia y esta permita arribar a la verdad procesal con ello a la justicia material.

Se encontró a su vez, que una prueba para ser considerada así, más allá de ser practicada y controvertida en juicio, debe cumplir con requisitos que según (Ramírez, 2014, pág. 21) son “(I) hallazgo (II) utilidad –pertinencia- (III) legalidad -procedimiento de consecución- (IV) autenticidad; (V) aducción en la audiencia de juicio oral (VI). Valoración”, por dichas razones pese a la prueba de referencia componerse y cumplir con algunos de estos, vulnera aun así en las excepciones previstas, los principios de inmediación y contradicción, ya que para desarrollar un juicio justo para las partes se hace necesario un conocimiento directo gozando de validez.

No obstante, para los casos en que se aceptara la prueba de referencia por parte del juez existe la posibilidad de impugnar la credibilidad del testigo, quedando a evaluación del juzgador la veracidad de esta y la incorporación de la misma acorde a su funcionalidad y la legalidad que le corresponda, siempre y cuando imparta justicia material a la hora de dictar sentencia.

Para finalizar, la Corte Suprema de Justicia, sienta precedente sobre la prueba de referencia caracterizando la misma como aquella de poca confiabilidad por la forma en que se

valora y practica; en este sentido, es válido señalar que los principios de inmediación y contradicción, los cuales permiten a las partes tener un grado de publicidad y certeza frente a las pruebas que en su contra se enrostran, se ven afectados en la instancia de la práctica de la prueba de referencia, esto justificado en el hecho que para la Corte Suprema de Justicia, la inmediación y la contradicción no son propios del proceso penal sino del proceso en general, lo que permite evidenciar una mayor influencia de la justicia material sobre la materialización de estos principios.

Referencias

1. Archila, M. V. (2013). La Prueba de Referencia en la Ley 906 de 2004. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
2. Baena, G. (1988). Manual Para Elaborar Trabajos de Investigación Documental. México: Editores Mexicanos Unidos.
3. Barrera, R. B. (2010). La prueba en materia penal. Cuenca: Universidad de Cuenca.
4. Casas, D. M., & Asela, L. M. (2012). La valoración de la prueba testimonial en materia penal; el paradigmático caso del Coronel ® Luís Alfonso Plazas Vega. Bogotá: Universidad del Rosario.
5. Castillo, C. G. (2005). Principio de Legalidad y Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado.
6. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.*
7. Congreso de la República. (2004). *Ley 906. Por el cual se expide el código de procedimiento penal.* Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004.
8. Corte Suprema de Justicia. CSJ Sentencia No. 36518, MP. José Leonidas Bustos Martínez. 09 de octubre de 2013.

9. Corte Suprema de Justicia, CSJ Sentencia No. 37107, M.P. Eyder Patiño Cabrera. 20 de noviembre de 2013.
10. Corte Suprema de Justicia, CSJ Sentencia No. 38773, M.P. María Del Rosario González Muñoz. 27 de febrero de 2013.
11. Corte Suprema de Justicia, CSJ Sentencia No. 42656, M.P. Eugenio Fernández Carlier. 30 de enero de 2017.
12. Corte Suprema de Justicia, CSJ Sentencia No. 44950, M.P. Patricia Salazar Cuellar. 25 de enero de 2017.
13. Duque, M. J., Echeverry, M. M., & Rotavista, O. A. (2010). La Prueba de Referencia en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Pereira: Universidad Libre de Pereira.
14. Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Madrid: Trotta.
15. Franky, F. O., Pineda, M. A., & Andrade, S. E. (2015). Validez judicial del testimonio del niño, niña o adolescente víctima del delito sexual. Bogotá: Universidad Libre.
16. Gómez, J. P. (2009). Los principios rectores y las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. Justicia Iuris, 69-83.
17. González, A. D. (2008). La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. Opinión Jurídica, 163-174.

18. González, A. D. (2012). Principios del régimen probatorio en el marco del sistema procesal penal en Colombia. *Principia Iuris*, 229-243.
19. González, B. B. (2010). *Teoría de la Sana Crítica*.
20. Guerra, A. R., Flores, L. E., & González, R. D. (2008). *Las pruebas en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio*. México D.F: Gobierno Federal.
21. Hincapié, E. H., & Ramírez, J. P. (2009). *El sistema de valoración de la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano*. Medellín: EAFIT.
22. Martínez Ríos, j. (09 de Noviembre de 2009). *cfnavarra.es*. Obtenido de *La prueba en el proceso penal acusatorio*.
23. <http://www.cfnavarra.es/WebGN/SOU/SERVICIO/DF/RECURSOS/Lecturas/LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20ACUSATORIO.doc>
24. Martínez, M. I. (1998). *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal*. Valencia: Tirand lo Blanch.
25. Molina, J. A. (2012). V. Medellín: Uniersidad de Medellín.
26. Mora, D. G. (2015). *La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de inmediación y contradicción en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Universidad Nueva Granada.

27. Palacios, E. S. (2015). Tutela judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Cultiva Libros.
28. Presidencia de la Republica de Colombia. (19 de diciembre de 2002). Acto legislativo No. 3. "Por el cual se reforma la Constitución Nacional". Bogotá, Colombia: Diario Oficial No 45.040.
29. Ramírez, D. H. (2014). La evidencia física y los elementos materiales como sustento probatorio en las decisiones judiciales. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
30. Rey, J. p., & Ochoa, F. B. (2002). Técnicas Penales del Juicio Oral. Bogotá: Universidad del Rosario.
31. Ríos, C. P. (2012). Colombiano, La prueba de Referencia en el Sistema Penal. Medellín: Universidad Católica del Norte.
32. Ríos, E. I. (2010). Procedimiento Probatorio en el Ámbito del Juicio Oral. Madrid.
33. Rodríguez, O. M. (2005). Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución de la Pena. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
34. Salinas, L. R. (2005). Principios generales que rigen la actividad probatoria. Buenos Aires: Doctrina.
35. Solórzano, C. R. (2013). Sistema Acusatorio y Técnicas de Juicio Oral. Bogotá: Nueva Jurídica.

36. Suárez, O. T. (2015). La prueba de referencia en la Ley 906 de 2004: una propuesta para aumentar su poder persuasivo en el desarrollo del juicio oral. Bogotá: Universidad nueva Granada.
37. Vadell, L. M. (2008). La Prueba de Referencia en el Sistema Penal Acusatorio. *Pensamiento Jurídico*, 53-82.