
Proceso penal colombiano. Interés superior del menor de edad víctima de abuso sexual versus la garantía de confrontación del acusado*

Colombian criminal proceedings. Best interest of the minor, victim of sexual abuse, versus the guarantee of confrontation of the accused

Eduar Ignacio Suárez Perdomo**

Universidad Sergio Arboleda
Nacho259@hotmail.com

RESUMEN

En este artículo se analiza si la expedición de la Ley 1652 de 2013 vulnera la garantía de confrontación, en especial en lo referente al artículo 1, y parágrafo 1 del art. 2, cuyo contenido se refiere a la institucionalización de la entrevista del menor de edad víctima de abuso sexual como elemento material probatorio supeditando el acceso de la defensa al componente de necesidad; y el artículo 3 de la misma legislación, que dispuso instituir que toda entrevista realizada a menor de edad víctima de agresión sexual constituye prueba de referencia. En ese orden de ideas se propone mostrar en el presente trabajo, que conforme al derecho comparado tales disposiciones así contenidas vulneran la garantía de confrontación estatuida en convenios internacionales de los que Colombia hace parte.

Palabras clave: Proceso penal acusatorio, confrontación, entrevista forense, intermediación, prueba de referencia, prueba anticipada.

ABSTRACT

This article examines whether the enactment of Law 1652 of 2013 violates the guarantee of confrontation, especially in regard to Article 1, and paragraph 1 of Article 2, which its content refers to the institutionalization of the interview of the minor, victim of sexual abuse, as evidentiary material element subordinating the access of defense to the component of necessity; and Article 3 of the same law, which established that any interview conducted with a minor, victim of sexual

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2016

Fecha de aceptación: 9 de marzo de 2016

* Como citar este artículo: Suárez Perdomo, E. (enero-junio, 2016). Proceso penal colombiano. Interés superior del menor de edad víctima de abuso sexual versus la garantía de confrontación del acusado. *Revista Diálogos de Saberes*, (44). Universidad Libre (Bogotá).

Artículo resultado de investigación desarrollada en el marco de la maestría en Derecho con énfasis en procesal penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá- Colombia.

** Abogado Universidad Cooperativa de Colombia. Magíster en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda. Asistente de Fiscal II de la Fiscalía General de la Nación.

assault, constitutes a reference test. With this in mind, it is proposed to show in this document that under comparative law such contained provisions violate the guarantee of confrontation established in international agreements which Colombia is part of.

Key words: Accusatory criminal proceedings, confrontation, forensic interview, immediacy, reference test, anticipated test.

INTRODUCCIÓN

Se pretende con el presente artículo ilustrar al lector sobre cómo la entrevista y testimonio forense tomado a menores de edad víctima de abuso sexual dentro del proceso penal estatuida en la Ley 1652 de 2013, choca con los postulados que identifican la estructura del proceso penal que se institucionalizó en Colombia por medio de la Constitución Nacional de 1991 mediante el Acto legislativo 003 de 2002, tomando como base características, naturaleza y finalidad con la cual fue implementado el sistema penal acusatorio, realizando un abordaje de estudio comparado con los sistemas procesales penales anglosajón y europeo continental, con el propósito de identificar principalmente el principio de intermediación, sus excepciones y el derecho a la confrontación que tiene el procesado en materia penal, especialmente frente a la prueba testimonial.

A lo anterior, se hace necesario deliberar las generalidades y las excepciones al principio de intermediación de la prueba, establecer cuáles son éstas en el proceso penal colombiano de corte adversarial modulado, y ahondar en el propósito del porqué el legislador decidió mediante la ley 1652 de 2013 coartar, cercenar, extinguir el derecho de confrontación al testimonio del menor de edad víctima de abuso sexual, máxime cuando en esa categoría de delitos por lo general la víctima es el único testigo de los hechos.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En consecuencia, el presente trabajo busca situar en qué medida es posible y coherente con el sistema procesal colombiano permitir que el acusado confronte la declaración del menor de 18 años víctima de abuso sexual en instancias anteriores al juicio oral a fin de que se satisfaga la garantía de confrontación, o en su defecto la misma se practique en audiencia

de juicio oral con el ejercicio pleno del derecho a la confrontación e intermediación del juez, garantía y principio medulares, propios de un sistema adversarial, inclusive modulado como el colombiano.

De igual forma, el planteamiento del problema que se quiere abordar en el presentes trabajo es el siguiente: ¿Es compatible la entrevista y testimonio forense realizada a niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual estatuida en la Ley 1652 de 2013 con la estructura del proceso penal acusatorio colombiano previsto en la Ley 906 de 2004 (CPP)?

En aras de plantear el problema a discurrir, es preciso indicar en primera medida, que en un sistema de corte adversarial modulado como el colombiano prima la intermediación de las pruebas por parte del juez en la audiencia del juicio oral, siendo sus excepciones la prueba anticipada y la prueba de referencia. La primera bajo el entendido que la prueba ya fue practicada ante un juez de garantías en casos de extrema necesidad o urgencia para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio (CPP, art. 274). En el segundo, se entiende como toda declaración realizada fuera del juicio oral siempre que se encuentre enlistada en una de las causales que la ley define para la admisión de esta prueba excepcional (CPP, arts. 437 y 438).

En ese orden de ideas cabe preguntarse, ¿quiso el legislador mediante la Ley 1652 de 2013 convertir como regla general y no excepcional la entrevista forense del menor de edad víctima de abuso sexual en prueba de referencia? ¿Previo el legislador que el no llevar el menor de 18 años víctima de abuso sexual al juicio oral no es compatible con la estructura del proceso penal acusatorio colombiano? ¿Previo que tal disposición vulnera la garantía del acusado a confrontar al testigo y ejercer un juicio justo, máxime cuando en este tipo de delitos en su gran mayoría la víctima es el único testigo de los hechos?

Por las anteriores preguntas, teniendo en cuenta el eje medular del proceso penal como es el principio de inmediación y la garantía de confrontación de la prueba, especialmente la testimonial que se “... constituye en la prueba reina del sistema acusatorio, a diferencia del sistema inquisitivo que esa calidad la tiene la confesión” (Novoa, 2012, p. 14), es que se hace necesaria la presente discusión, toda vez que la decisión que el legislador colombiano tomó en la Ley 1652 de 2013 no se ajusta al proceso penal colombiano de corte adversarial modulado que impera en Colombia, especialmente al disponer que toda entrevista de menor de edad víctima de abuso sexual se constituya en prueba de referencia.

Por tanto, tal inquietud es muy pertinente a los caudales del derecho comparado, como es el caso del derecho continental europeo, en donde en todo caso en los delitos de abuso sexual contra menores de edad, la víctima es interrogada en juicio oral a excepción (no es regla general) de que por alguna razón médica, psiquiátrica, de fuerza mayor o caso fortuito el menor no pueda comparecer al juicio, en tal caso se constituye en una prueba de referencia. Sin embargo, en esos procesos de corte acusatorio mixto permite que por lo menos en algún momento de la actuación procesal el acusado haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación del testimonio del menor.

Así las cosas, el presente artículo de investigación pretende dilucidar en gran medida el porqué es importante el derecho a la confrontación del testimonio del menor frente al juez, pues esas fueron las reglas que se institucionalizaron al momento de instituir el sistema procesal penal acusatorio de corte adversarial en Colombia, principio y garantía que si bien es cierto deben ser modulados por la prevalencia de los derechos del menor en este tipo de delitos, no es cierto que se deban cercenar los derechos del acusado por hacer prevalecer los últimos, por el contrario, adherirnos a la tesis de derecho comparado en el que “el Tribunal acepta que en los procedimientos penales relativos a abusos sexuales, se deban tomar ciertas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan ser compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa” (STEDH, S.N. Vs. Suecia,

2002, Párr. 47). Tesis que fue adoptada en un caso en el que el Tribunal Federal sueco, confirmó la condena a un profesor acusado de realizar tocamientos en partes íntimas de uno de sus alumnos de diez años de edad e inducir a que tocara las suyas, recurriendo el condenado al TEDH con el argumento de que sus garantías mínimas habían sido vulneradas al no tener la oportunidad de interrogar al menor en la audiencia de vista oral.

De esta forma, se espera mostrar que el proceso adoptado por el legislador colombiano es de naturaleza adversarial modulada, porque posibilita la intervención de terceros en el proceso penal aunque imperen aspectos medulares en la práctica de la prueba, como sucede con el principio general de la inmediación, que presenta como evento excepcional la prueba anticipada y la prueba de referencia. Sin embargo, pese a existir numerosa jurisprudencia frente a tales excepciones, es poco el desarrollo jurisprudencial, legal e inclusive doctrinal que existe en específico sobre la garantía de confrontación del testigo, como se indicará luego.

En ese orden de ideas, los objetivos que se quieren abordar en el presente artículo de investigación son los siguientes: Como objetivo general, i) analizar si la entrevista y testimonio forense de menores de edad víctima de abuso sexual son compatibles con el proceso penal colombiano de corte adversarial modulado. Y como objetivos específicos, a) establecer en qué consiste el principio de inmediación y cuáles son las excepciones, tanto en el derecho comparado como en Colombia; b) determinar en la estructura del proceso penal colombiano en qué consiste la prueba de referencia y en qué casos es admisible; c) identificar mediante estudios previos de derecho comparado cómo se ejerce el derecho a la confrontación e inmediación de la prueba en los procesos penales mixtos europeos y anglosajón, especialmente frente a delitos de abuso sexual de menores; d) analizar cómo dentro de la estructura del proceso penal colombiano opera la garantía a la confrontación del testimonio y de inmediación de la prueba; e) analizar si la entrevista forense realizada al menor de edad víctima de abuso sexual es compatible con el principio de inmediación de la prueba o si ésta se acomoda en alguna de sus excepciones.

2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para tal efecto, la metodología a utilizar en el desarrollo del presente proyecto de artículo es el método cualitativo, haciéndose uso de consultas bibliográficas, tanto nacionales como de derecho comparado, ahondando en lo relativo a la garantía de confrontación del testimonio, principio de intermediación, prueba de referencia y prueba anticipada con el propósito de identificar cuál es su marco, cuál es su aplicación, excepciones en los diferentes procesos penales como el anglosajón y europeo continental mixto y concretamente en el colombiano.

3. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

3.1 Aspectos generales del proceso penal

Los Estados democráticos, en su gran mayoría tanto en Europa como en Suramérica, han adoptado el sistema acusatorio como medio de efectivizar el derecho penal sustancial y constitucional, por ser éste un sistema dotado de garantías en el que el acusado es sujeto de derechos y no objeto del derecho como ocurre en el sistema inquisitivo.

Este efecto surgió en todo el mundo luego de que superada la segunda guerra mundial se invistiera al hombre de dignidad humana. En Suramérica, se empezó a implementar una vez cada uno de los países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Colombia entraran a constitucionalizar sus legislaciones basadas en la dignidad humana de las personas, sin que de los anteriores países Uruguay aun no haya adoptado el sistema acusatorio acorde a sus necesidades¹ (Jaramillo, 2014, p. 99). Sin embargo, quienes no lo han adoptado en su totalidad, han optado por acoger un sistema mixto con tendencia acusatoria, de allí que se diga que tradicionalmente han existido tres sistemas procesales a saber: i)

¹ Se aclara que Uruguay, si bien es cierto no ha implementado el sistema penal acusatorio, mediante la ley 19293 de 2015, adoptó el sistema en comento, el cual entrará en vigencia a partir del 1° de febrero de 2017. Así lo dispuso el artículo 383 de esa legislación (Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones de Uruguay, 2015).

el proceso penal acusatorio; ii) el proceso penal inquisitivo, y por último una especie de simbiosis entre los dos anteriores denominado iii) sistema acusatorio formal o sistema mixto (Armenta, 2010, p. 29).

3.2 Sistema penal acusatorio

El sistema penal acusatorio de antaño tiene su origen en la acción penal privada en Grecia democrática y Roma republicana, por ser iniciada a expensas de un particular supeditado según la clasificación de los delitos, públicos o privados. Los primeros, entendidos como aquellos que comprendían una afectación colectiva, el cual habilitaba a cualquier ciudadano a denunciar; y los segundos cuando la afectación iba dirigida exclusivamente a una persona, el cual solo habilitaba a la víctima para activar el aparato judicial o a sus herederos o representantes legales (Maier, 2004, pp. 269 y 273). Este sistema respondía según Armenta (2010) a aspectos tales como, i) el juez no puede decretar pruebas de oficio; ii) la acusación como requisito previo para que el juez inicie el juicio; iii) quien acusa es diferente al que juzga; iv) proceso dotado de principios como el de dualidad, contradicción e igualdad; v) la prueba está sujeta a la libre valoración y su fin es determinar la verdad formal; vi) quien juzga es el jurado popular, sin que exista segunda instancia; (p. 30) y desde luego la oralidad que era consustancial al proceso, aunque se diga que su implementación oral era por el escaso desarrollo que hasta ese entonces había tenido la escritura (González, 2005, p. 8).

3.3 Sistema penal inquisitivo

El proceso penal inquisitivo se le atribuye a los Estados despóticos, absolutistas o monárquicos absolutos (Maier, 2004 p. 289). Sistema totalmente opuesto y contrario al proceso penal acusatorio antes referido. En este estadio, el proceso reviste la más intrínseca vulneración de derechos y garantías del ser humano, especialmente las del acusado en el que se admite cualquier exceso de poder con el fin de lograr la verdad material y la justicia. Según Díaz (2014) el sistema inquisitivo se caracteriza por las siguientes bases: i) quien acusa es el mismo que investiga, ii) la privación

de la libertad del procesado es regla general; iii) la investigación es secreta y reservada; iv) procedimiento escrito; v) el juez decreta pruebas de oficio, inclusive tiene esa potestad para iniciar las investigaciones; iv) impera el principio de permanencia de la prueba; vi) el juzgamiento no requiere acusación previa; v) las garantías del acusado son limitadas por no decir inexistentes; y por último, iv) existe el derecho a la doble instancia (p. 47), quebrantándose principios medulares como el de contradicción, publicidad, dualidad e igualdad frente al acusado.

3.4 Sistema penal mixto

El sistema acusatorio formal o sistema mixto detalladamente descrito por Maier (2004), fue el primer producto de una obra iniciada una vez terminada la revolución francesa, inspirada por ilustres pensadores y auténticos críticos del sistema inquisitivo como *Montesquieu*, *Beccaria* y *Voltaire*. Sistema procesal que se originó luego de los llamados y constantes protestas a la vulneración de derechos inherentes del ciudadano por el sistema procesal penal inquisitivo, principalmente por la indignación al supuesto mejor método del proceso penal, la tortura (p. 335). De allí, que se haya tomado entre los dos sistemas anteriores una mixtura de las características entre uno y otro, y se tenga como registro que en 1808 se sancionara el Código Criminal napoleónico de Instrucción Criminal que empezó a regir en 1811, caracterizándose según González (2005), por las siguientes posturas: i) separación del proceso en dos etapas, instrucción y juicio; ii) prevalencia de la escritura en la etapa de instrucción y de la oralidad en la etapa de juzgamiento; iii) la instrucción es un acto preparatorio al juzgamiento; iv) separación de funciones de quien acusa, quien juzga y defiende; v) se erige el principio de inmediación, juez toma contacto con las partes, las pruebas y se convierte en director del proceso; iv) se elimina la doble instancia y se instaura la revisión por medio del recurso de casación. Permaneciendo en el sistema mixto la etapa inductiva y la escritura del sistema inquisitivo, se abolió el secreto, la inductiva no iniciaba de oficio, el procesado era informado del inicio de la instrucción y así preparaba su defensa; a la etapa inductiva tenían acceso las partes así como a las diligencias probatorias, pruebas que se tenían

que reproducir totalmente en una audiencia de juicio para que el juez basara su decisión con base en éstas (González, 2005, p. 11).

3.5 Variables del sistema penal acusatorio o adversarial en la actualidad

Abordados de manera genérica los tres sistemas procesales que tradicionalmente han trajinado a lo largo de la historia de la humanidad, se puede deducir lo siguiente: los Estados democráticos han optado por implementar un sistema penal acusatorio acorde a sus necesidades según la evolución de la sociedad, y los que aún no lo han adoptado, pues tienen un sistema mixto con tendencia acusatoria como es el caso de España en Europa y de Uruguay en Suramérica.

De lo anterior se afirma que, lo que sí se puede concluir es la desaparición de la existencia de un sistema acusatorio puro, ya que la forma de funcionamiento de los procesos penales no es el mismo en la teoría que en la práctica y ellos varían por factores diferentes a los normativos, de allí que en la práctica no sea fácil reconocer las características puras de un modelo procesal penal determinado (Duce y Riego, 2012, p. 32).

Sin embargo, para Duce y Riego, el concepto de Sistema Penal Acusatorio en la actualidad es la generalidad y en cada uno de los países en donde se da aplicación lleva consigo una especie de apellido. Tal es el caso del sistema acusatorio “puro”, que se caracteriza porque el ejercicio de la acción penal se encuentra en cabeza del ciudadano particular y es quien decide si continúa con la acción penal o no; el sistema acusatorio (Adversarial Systems) de países como Estados Unidos o Inglaterra al cual se le suele denominar sistema “angloamericano”, expresión que frente a los países latinoamericanos como por ejemplo en Chile, la doctrina ha denominado el Sistema Acusatorio como “Moderno” cuyas características principales se constituyen en un juicio oral, público y contradictorio, separación del acusador y de quien juzga (Fiscal y Juez) ejerciendo función jurisdiccional sólo quien juzga (2012, p. 36).

En Colombia, donde también impera un sistema penal acusatorio implementado mediante el Acto

legislativo 003 de 2002 que modificó la Constitución Nacional de 1991 en los artículos 116 y 250, la cual dio vía libre para institucionalizar el sistema procesal mediante la Ley 906 de 2004, la situación no es distinta. A medida de su evolución y múltiples reformas² la doctrina lo ha denominado un sistema de corte acusatorio con características como un juicio público, oral, contradictorio y concentrado (Bernal y Montealegre, 2013, p. 319). Por otro lado, la Corte Constitucional ha dicho en sendos pronunciamientos que el Sistema acusatorio no es puro sino un sistema adversarial “modulado” por algunas necesidades del país, a tal punto de afirmar en el año 2010 en una sentencia reiterada de jurisprudencia que éste se caracteriza por la separación categórica de investigación y juzgamiento. En la primera es donde la Fiscalía, “víctima”, “ministerio público” y defensa realizan los actos preparatorios al juicio y en la segunda en donde las partes presentan ante el juez los actos de investigación y las convierten en pruebas en una audiencia de juicio oral, mediante la cual el juez de conocimiento finalmente basa su decisión, pero como en ella intervienen víctima y ministerio público con amplias facultades, de allí que se afirme que se desnaturaliza el plano adversarial del sistema acusatorio puro (Sentencia C-144 de 2010).

En consecuencia, como lo refiere Gómez *et al.*, “el juicio ha sido tradicionalmente visto como la “piedra angular” de la justicia penal, la “joya de la corona” que refleja la mayoría de los elementos básicos del proceso” (2012, p. 1145).

Todo lo anterior, para concluir, que no importa el apellido que lleve el sistema penal acusatorio, sea puro, angloamericano, moderno o modulado, sí existe algo que los distingue a todos desde sus épocas históricas, y es que en todos impera la intermediación de la prueba en un juicio público, oral, y contradictorio en el cual el juez basa su decisión, conforme a las delimitaciones que haya hecho el acusador frente a su acusado, que en todo caso el rol lo ejerce alguien diferente al que juzga.

² Tales como la Ley 1142 de 2007, Ley 1257 de 2008, Ley 1395 de 2010, Ley 1453 de 2011, Ley 1652 de 2013, Ley 1709 de 2014, entre otras.

3.6 Actos de investigación y declaraciones anteriores al juicio oral

Sin duda alguna, ya se ha dicho que el eje medular de un sistema penal acusatorio o adversarial es la audiencia de juicio oral, en donde el juez bajo principios como el de intermediación, basa su decisión final luego de que las partes en su presencia y bajo la garantía de confrontación, contradicción, publicidad y concentración, hayan practicado todas las pruebas a lugar, llámense testimoniales, periciales, documentales, etcétera, con las que pretende cada una demostrar su teoría del caso, bien sea acusadora o de defensa.

Pues bien, todas esas pruebas que se practican en la audiencia de juicio oral, con anterioridad a estas solo reciben el nombre de elemento material probatorio (EMP), evidencia física (EF) o información legalmente obtenida (ILO), recaudadas en actos de investigación adelantadas por las partes en una etapa anterior al juicio denominada investigación.

El proceso penal acusatorio, se encuentra estructurado por dos etapas, una de investigación y otra de juzgamiento, con la diferencia de que en la última, es donde toma verdadero sentido el proceso penal acusatorio o de corte adversarial, bajo el entendido que es donde finalmente interviene el órgano jurisdiccional (juez) para poder tomar la decisión de fondo.

En España por ejemplo, en donde aún existe la mixtura del inquisitivo y el acusatorio, con tendencia a éste último, la etapa inicial es llamada diligencias urgentes³, diligencias previas⁴, o sumario⁵. En esta fase se propicia el conjunto de actuaciones tendientes a la averiguación de los hechos e identificación de los autores (art. 299, LECRIM) para finalmente encaminarlos a los actos preparatorios de la acusación y principalmente al juicio oral (Montero, Gómez, Montón y Barona, 2011, p. 122). Inclusive, en la etapa que da inicio a las diligencias previas y sumarias del proceso penal abreviado y ordinario, es cuando se otorga la competencia de su formación

³ Se le denomina así a la etapa inicial del proceso penal para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

⁴ Se le denomina así a la etapa inicial del proceso penal abreviado.

⁵ Se le denomina así a la etapa inicial del proceso penal ordinario (por delitos más graves).

a los jueces (art. 303 y 773.2 II, LECRIM) que son distintos a los que presiden el juicio oral (2011, p. 125). Excepcionalmente, el ministerio fiscal adelanta procedimiento preliminar en procesos abreviados siempre que se den los presupuestos del art. 773.2 de la LECRIM. Frente a las declaraciones de los testigos, estas son tomadas por el juez instructor que por ser un órgano judicial desde la etapa preliminar son recepcionadas bajo la gravedad de juramento a excepción del menor de 14 años (433, 434 y 706, LECRIM).

En Italia, según *Illuminati*, el proceso penal está orientado por un sistema acusatorio, en el que delimita una distinción tajante entre la fase de investigación y la fase del juicio. En el primero se adelantan indagaciones preliminares que son de competencia del ministerio público (Fiscal), con ayuda de la policía judicial, con el único propósito de decidir sobre la acción penal y preparar la acusación para la audiencia de juicio oral, sin que la información recaudada en la fase preliminar pueda ser utilizada en la decisión final. Decisión, que sólo se podrá tomar en la segunda fase cuando tales medios de prueba hayan sido practicados en audiencia de juicio oral de manera pública, con contradicción de las partes y con respeto al principio de inmediación (2014, p. 114).

En los demás países que han adoptado el sistema acusatorio, ostentan la misma división de fases, como el caso de Suramérica a excepción de Uruguay, con algunas distinciones en el lenguaje. Como por ejemplo Chile, divide la etapa de investigación en dos fases: i) investigación preliminar, e ii) investigación (Duce y Riego, 2012, p. 32). En Colombia se denomina fase de i) indagación, e ii) investigación. Sin embargo, a pesar de su diferente denominación, todos se identifican con el mismo propósito, de ser una actuación preparatoria del juicio oral, y se ajusta en todas sus dimensiones a la definición que diera *Levene* al advertir que el fin de la investigación es el de “obtener los elementos de juicio necesarios para acusar durante la vista pública a la persona individualizada como autor del delito” (Las ciencias penales en los Estados Unidos, 1980, pp. 48 y 49, como se citó en Bernal y Montealegre, 2013a, p. 62)

Uno de esos actos de investigación es el de las declaraciones tomadas en la fase preliminar del proceso por quien pretende recaudar el elemento material probatorio. En este caso, el ministerio público (Fiscalía) o defensa por medio de su policía judicial, que tienen como fin entrevistar a posibles testigos directos de los hechos delictivos que se investigan, pero que, por ser recaudados en la etapa de investigación no constituyen prueba testimonial, de allí que se afirme que es un EMP que se proyecta como una actuación preparatoria al juicio oral que será utilizada bien sea para acusar o defender a la persona individualizada como autor de la conducta punible.

En el proceso penal acusatorio, como ya se ha venido sosteniendo, no son admisibles las declaraciones anteriores al juicio oral como prueba para que el juez base su decisión. Ello tiene su asidero jurídico en normas de rango internacional y desde luego interno, de los que para el caso bajo estudio hace parte Colombia. Postulados que se encuentran previstos en los artículos 8° literal f) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 14 numeral 3) literal e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); artículos 8 literal k, 16, 347 y 403 del CPP, que consagran como una garantía mínima el derecho a interrogar los testigos de cargo y de descargo. Garantía, que se sintetiza en el derecho a la confrontación del testigo, misma que sólo se puede llevar a cabo en la audiencia del juicio oral bajo la sábana del principio de inmediación ejercida por el juez, entre tanto que mientras la defensa no ejerza su derecho a la confrontación, bajo el principio de inmediación, no será posible su admisión como prueba en el proceso, a menos que se trate de algunas de las excepciones al principio de inmediación previstas por la ley. A su turno, las entrevistas anteriores al juicio oral solo pueden ser utilizadas como impugnación de credibilidad del testigo o para refrescar memoria conforme lo prescribe el artículo 347 y 392 literal d) de la última ley en cita, en igual sentido, lo afirma el profesor *Illuminati* en el proceso penal acusatorio italiano (2014, p. 115).

De esta forma, es claro que las declaraciones anteriores al juicio oral, solo obedecen a un acto de

investigación, y solo será una prueba al momento en que la persona que la rindió, evoque su testimonio en audiencia de juicio oral frente a la parte contraria y el juez de conocimiento una vez satisfecho el principio de inmediación.

3.7 Principio de inmediación en el proceso penal

El principio de inmediación no es más que la facultad del juez para apreciar las pruebas de manera directa, en una única audiencia de juicio oral frente a las partes e intervinientes en el proceso penal.

Para José Mellado, el principio de inmediación está íntimamente ligado a los principios de oralidad, contradicción y publicidad. Principios que son orientadores del juicio oral, bajo el entendido que sólo sobre la cobija de la inmediación y la oralidad, el juez puede “valorar correcta, adecuada y plenamente una prueba, especialmente si se trata de una de naturaleza personal” (2010, p. 319).

El mismo autor trae como referencia la prueba testimonial que ocupa nuestra atención en el presente estudio, advirtiendo que no se trata solamente de apreciar en el juicio las declaraciones que determinada persona haya hecho de manera escrita anterior al juicio oral, sino, que es necesaria para su valoración plena, correcta y adecuada que el juez perciba las reacciones del testigo a fin de llegar a un pleno convencimiento sobre la credibilidad de su versión. Reacciones tales como los gestos, las miradas, nerviosismos, es decir que el juez tenga una percepción directa del testigo sobre sus miedos y su confianza en la evocación del testimonio (Mellado, 2010, p. 245).

En Colombia, Bernal y Montealegre (2013) en la misma línea doctrinal al anterior autor español, refiere que el principio de inmediación es de cardinal importancia en la Ley 906 de 2004 (CPP), toda vez que sólo es en la audiencia de juicio oral donde el Juez de conocimiento que va a proferir sentencia toma la decisión basado en las conclusiones que de manera directa y sin intermediarios haya obtenido del acusado y de los medios de prueba practicados en el juicio oral (p. 319).

Para González, el principio de inmediación “Exige que el tribunal o Juez que va a dictar sentencia tome conocimiento directo y en consecuencia se forme así su convicción, del material probatorio que ha sido producido en su presencia, frente a todos los demás sujetos del proceso” (2005, p. 842).

En la legislación penal colombiana, está claramente definido el ejercicio del principio de inmediación en el juicio oral. Tal es el caso del artículo 16 del CPP que prescribe que “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas...”. En el mismo Código en las reglas relativas al juicio oral, se deja expresamente claro lo relativo al principio de inmediación en esta fase. Así lo prevé el artículo 379: “El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que haya sido practicadas y controvertidas en su presencia...” (subrayas fuera del texto original).

Ahora, el CPP es concreto y conciso frente a la satisfacción del principio de inmediación en la prueba testimonial al dejar plenamente definido tres componentes: i), el impedimento del testigo para concurrir al lugar de la audiencia de juicio oral; ii) puede ser testigo única y exclusivamente quién de forma personal y directa haya tenido la oportunidad de percibir u observar los hechos por los cuales va a ser interrogado; y, iii) la apreciación del testimonio por parte del juez y su intervención durante la práctica del interrogatorio.

Frente al primero, el artículo 386 postula que cuando el testigo estuviere físicamente impedido para concurrir al lugar donde se celebra la audiencia del juicio oral, esta debe hacerse por medio de sistema de audio y video, a falta de éste, el testimonio deberá realizarse en el lugar donde se encuentre el testigo, siempre en presencia del juez y de las partes que harán de interrogarle. Frente al segundo, el artículo 403 de la misma legislación prescribe que “El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir” (Subrayas fuera del texto original). Y por último el artículo 404 *ibidem*, es claro

en la materialización del principio de inmediación por parte del Juez en la prueba testimonial, que por su importancia se transcribirá en su totalidad:

Para apreciar el testimonio, el Juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido, o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad (subrayas fuera del texto original).

A lo anterior, le complementa la disposición contenida en el artículo 397 del mismo Código que le permite excepcionalmente al juez intervenir durante el interrogatorio al testigo para efectos de que responda, aclare o precise la pregunta que le han formulado, inclusive, dispone que una vez terminado los interrogatorios de las partes el juez podrá hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso.

Lo anterior indica que, pese a que el juez tiene las herramientas técnico-científicas para determinar lo referente a la percepción y a la memoria del testigo, la ley lo convierte en el perito de peritos, en la máxima autoridad en apreciación del testimonio, lo que supone que en todo caso será el juez y nadie más, quien debe percibir el comportamiento del testigo de manera directa y sin intermediarios. De allí, que el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal prescriba de manera expresa la prohibición de comisionar la práctica de la prueba testimonial, porque será el juez quien para lograr su propia convicción para condenar sea quien perciba el comportamiento del testigo, la forma de sus respuestas, su personalidad, el miedo, confianza y la fluidez con la que exponga su testimonio, a tal punto que para lograr su convicción frente a la prueba testimonial puede hacerle preguntas al testigo para efectos de concreción, aclaración de la pregunta formulada o para entender mejor el caso que tiene bajo su dirección.

Sin embargo, el principio de inmediación en razón a que ejerce una concomitancia con la garantía de

confrontación del acusado en la audiencia de juicio oral, se ha hecho necesario modularlo en algunas situaciones como ha sido el caso de los delitos donde son víctimas los menores de 18 años. Modulación que se hace necesaria por el interés superior que le asiste al menor, pese a que es permitido que los menores sean citados como testigos según el artículo 150 del Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA), se condiciona a algunas limitantes como la de llevarse fuera del recinto de audiencia, reservada y en presencia del defensor de familia, en la que el juez excepcionalmente podrá intervenir en el interrogatorio del menor para conseguir que responda a la pregunta o responda de manera clara y precisa a la misma. El artículo 194 *ibídem* dispone que en toda audiencia en cuya investigación la víctima sea un menor de 18 años, no se podrá exponer frente a la presencia del agresor, para tal efecto deberá disponerse de cualquier medio tecnológico que impida tal contacto visual de víctima y victimario.

Por último, en el mismo sentido el Congreso de la Republica de Colombia expidió la Ley 1652 de 2013, que dispuso en su artículo 1 y parágrafo del artículo 2 que la declaración del menor de 18 años víctima de abuso sexual es un elemento material probatorio (EMP) al que se acceda cuando sea necesario, y en el art. 3 prescribió que podrá ser prueba de referencia sin definir en qué casos.⁶ Disposición que rompe de entrada el principio de inmediación ya que el juez no tiene cómo valorar la percepción y la memoria del testigo (art. 404 del CPP), cómo solicitar concreción o aclaración a las preguntas hechas al menor (arts. 397 del CPP y 150 CIA), ni mucho menos cómo formular una pregunta cuando de lleno le surja una duda para condenar, peor aún la concomitancia que conlleva la inmediación con la garantía de confrontación, impide que la defensa ejerza éste último. En conclusión con esta determinación, no se

⁶ La prueba de referencia para efectos de su admisión debe corresponder a elementos excepcionales y no genéricos para su admisión, tal es el caso colombiano que en su art. 438 del CPP prescribe como criterio de admisión de las declaraciones anteriores al Juicio oral, la indisponibilidad real y efectiva del testigo enumerando literalmente los casos en que son admitidas en la audiencia de juicio oral.

satisfacen el principio de intermediación y la garantía de confrontación del testimonio.

Lo anterior ha traído importantes implicaciones y demasiadas controversias frente a los principios que orientan el juicio oral principalmente frente al de intermediación y contradicción, de los cuales con anterioridad a la Ley 1652 de 2013 la Corte Suprema de Justicia en abundantes pronunciamientos⁷ se había ocupado del tema sin lograr unificar criterio, permitiendo la comparecencia del menor al juicio oral conforme los postulados del art. 150 del CIA, y con posteridad a la citada ley tanto Juez como defensa se encuentran totalmente limitados, tanto para decidir como para confrontar. Asuntos de los cuales se hará un análisis en acápite siguientes.

Conforme a todo lo anterior, no resulta tan claro que en el sistema penal acusatorio colombiano solo se tendrá como prueba la que haya sido incorporada de forma pública, oral, concentrada y bajo los derroteros del principio de intermediación, desbordando los límites excepcionales a tal principio como la prueba anticipada, en especial la prueba de referencia las cuales abordaremos a continuación.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Sentencias: Radicado No. 23706, del 26 de enero de 2006. M.P. Marina Pulido de Barón. Radicado No. 24468, del 30 de marzo de 2006. M.P. Edgar Lombana Trujillo. Radicado No. 28257, del 29 de febrero de 2008. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado No. 21691, del 17 de septiembre de 2008. M.P. Javier Zapata Ortiz. Radicado No. 30355, del 15 de julio de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Radicado No. 32595, del 09 de noviembre de 2009. M.P. Alfredo Gómez Quintero. Radicado No. 31950, del 19 de agosto de 2009. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado No. 30612, del 03 de febrero de 2010. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. Radicado No. 32868, del 10 de marzo de 2010. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado No. 34464, del 09 de diciembre de 2010. M.P. Sigifredo Espinoza Pérez. Radicado No. 33651, del 18 de mayo de 2011. M.P. Javier Zapata Ortiz. Radicado No. 37108, del 15 de febrero de 2012. M.P. María del Rosario González Muñoz. Radicado No. 38773, del 27 de febrero de 2013. M.P. María del Rosario González Muñoz. Radicado No. 40455, del 25 de septiembre de 2013. M.P. José Luis Barceló Camacho. Radicado No. 36518, del 09 de octubre de 2013. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Radicado No. 34131, del 2 de julio de 2014. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

3.8 Prueba anticipada

Una de las máximas de la experiencia es que toda regla tiene su excepción. Pues bien, el principio de intermediación las tiene, la constituyen la prueba anticipada y la prueba de referencia, para lo cual abordaremos en este acápite la primera de ellas.

Para Armenta (2010), la prueba anticipada “es aquella que tiene lugar antes del juicio oral, en atención a que previsiblemente razones ajenas a la voluntad de las partes harán imposible su práctica en aquella fase” (p. 220).

En España, la práctica de la prueba anticipada, tiene su origen en la manifestación que las partes o el juez, o el declarante, en etapa instructiva hagan sobre su probable no comparecencia en la audiencia de juicio oral, bien sea por que se encuentre fuera del territorio nacional o porque hubiere motivo razonablemente fundado de que la persona pueda ser objeto de una incapacidad física o intelectual o inclusive su muerte antes de la apertura del juicio oral. De ser así, el juez de instrucción de inmediato ordenará la declaración, asegurando que el acusado esté dotado de defensa y en todo caso asegurando la contradicción de las partes, en el que una vez en tal diligencia de declaración se le tomará juramento al testigo y en presencia del acusado, su abogado, fiscal y querellante será objeto de cuantas preguntas por convenientes se le puedan hacer al testigo (art. 448 y 777.2, LECRIM).

En cuanto a los menores de edad víctimas, inclusive de abuso sexual, se aplican las mismas disposiciones, con una modulación que trae el inciso tercero del artículo 448 de la LECRIM, que prescribe lo siguiente: “La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse⁸ a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba” (subrayas y negrillas fuera del texto original), disposición recientemente modificada por la Ley 4 de 2015, “estatuto de la víctima”, la cual lo

⁸ Las subrayas resaltan la única modificación que realizó el apartado doce (12) de la disposición final primera de la Ley 4 de 2015 “Estatuto de la Víctima” al artículo 448, LECRIM.

que hizo fue quitar el efecto vinculante de la anterior disposición de “llevarse” e introdujo un efecto facultativo de podrá llevarse evitando la confrontación visual de víctima e imputado. Sin embargo, como ya lo había sostenido Villacampa (2005), su admisión como prueba de referencia corresponde a la interpretación de la línea jurisprudencial sobre la imposibilidad legal de los perjuicios que puede suponer para la víctima menor su declaración en el acto del juicio oral, sin que éste sea un criterio amplio o mayoritario de la doctrina jurisprudencial española (p. 296) y del cual sigue sin tener claridad en el art. 448, LECRIM. Esto para decir que de la disposición en cita, ni antes ni después de la reforma deja claro que sea posible la admisión como prueba anticipada las declaraciones de los menores en los casos de falta de discernimiento o de grave afectación psicológica, a menos que este criterio sea el equivalente a una incapacidad física o intelectual como lo dispone el inciso primero de la norma en cita como criterio de admisión de la prueba de referencia.

Al respecto, el Tribunal Supremo español (TSE) ha decantado los presupuestos para la constitución de una prueba anticipada bajo los siguientes aspectos, i) material, ii) subjetivo, iii) objetivo, y iv) formal. Frente al primero se constituye en cuanto a los hechos que por su fugacidad no pueden ser reproducidos en la audiencia del juicio oral; el segundo, tiene que ver con la intervención del juez de instrucción; el tercero, que se garantice la contradicción citando a las partes para que ejerzan la confrontación; y cuarto, que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, ya que sólo de esa manera se materializará de forma satisfactoria la regla general de la práctica de la prueba, especialmente la testimonial, la cual se hace con arreglo a los principios de inmediación, oralidad y contradicción (Sentencia 6112, 20/09/ 2012).

En Colombia, la prueba anticipada guarda como propósito practicar una prueba en la etapa de investigación y antes del juicio oral, ante el juez de control de garantías quien velará por que la defensa ejerza una efectiva contradicción y confrontación en el caso de la prueba testimonial, además de verificar si la prueba anticipada solicitada cumple de manera efectiva con los exigencias legales para su práctica (Arias, 2007, p. 81).

A su turno, el CPP se ocupa ampliamente de este tipo de prueba, delimitando en su artículo 284 las exigencias legales que se deben reunir para su práctica, las cuales se circunscriben en los siguientes: i) que se practique ante el juez de control de garantías; ii) la puede solicitar la defensa, la Fiscalía o el ministerio público; iii) que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y, iv) que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. Además se prescriben otras reglas supeditadas a su práctica a saber cómo: si la prueba anticipada practicada se hace luego del escrito de acusación, el solicitante debe informar al juez de conocimiento; contra la decisión de la práctica anticipada de la prueba proceden los recursos ordinarios; y por último, si a la hora de llegarse la audiencia de juicio oral la circunstancia que motivó su práctica no ha desaparecido el juez ordenará la repetición de la prueba en el desarrollo del juicio oral.

En ese orden de ideas, frente a la práctica de la prueba anticipada, ofrece todas las garantías a las partes por hacerse conforme a las reglas previstas para la práctica de la prueba en el juicio oral, a excepción del principio de inmediación, que se ve coartado bajo el entendido que la prueba no será practicada por quien toma la decisión. Sin embargo, ello encuentra su efectiva justificación en la imprevisible o insuperable presencia del testigo en el juicio oral, garantías que no ofrece la prueba de referencia como se verá a continuación.

3.9 Prueba de referencia

La prueba de referencia, es sin duda la excepción al principio de inmediación que más ha causado polémica y conflictos de orden jurídico en el proceso penal. Ello debido a su falta de contradicción en el debate público, toda vez que en ella no se ejerce el derecho a la confrontación, ni se satisface el principio de inmediación. Además, se presentan objeciones desde el significado de su función, yendo de lleno en contra de las garantías mínimas del acusado y la regla general al principio de inmediación que prescribe que todo elemento material probatorio debe ser practicado en audiencia del juicio oral.

La prueba de referencia ha sido objeto de mucha confusión en su conceptualización. Suele confundirse testigos de referencia, con la prueba de referencia; entiéndase por el primero el conocimiento que un testigo tiene de la noticia criminal por tercera persona (Mellado, 2010, p. 265), y frente al segundo, entiéndase toda declaración rendida por fuera del juicio oral (art. 437 del CPP).

El derecho adversarial de los Estados Unidos, en el artículo 801 de las reglas federales relativas a la prueba de referencia (*hearsay*) luego de definir el concepto de declaración y declarante, en el literal c) contextualiza lo que significa la declaración *hearsay* y lo conceptualiza como la declaración que “1) El declarante no efectúa testificando en un juicio o audiencia en curso; y, 2) que una de las partes la ofrece como prueba para acreditar la veracidad de lo afirmado en la declaración”. A su turno, la disposición contenida en la regla 802 de la misma legislación prescribe que: “una declaración en *hearsay* no es admisible a menos que se establezca lo contrario en una ley federal; en estas reglas; o en otras reglas prescritas por el Tribunal Supremo,” estableciendo en los artículos 803 y 804 un largo listado en el que la prueba de referencia sería admisible, no sólo por indisponibilidad del testigo, sino también por la fiabilidad de la declaración (López, 2013, p. 177).

Ahora bien, frente a la admisibilidad de la prueba de referencia en los Estados Unidos, en la actualidad imperan los criterios de admisión definidos por el Tribunal Supremo en sentencia *Crawford V. Washington* en la que estableció la estricta prohibición de la admisión de declaraciones anteriores al juicio oral, a menos que se configuren las causales siguientes: 1) que el testigo no estuviese disponible y 2) que el acusado haya tenido la posibilidad de someterle a interrogatorio en algún momento de la actuación procesal (Sentencia del 8 de marzo, 2004, como se citó en López, 2013, p. 207).

En el derecho anglosajón de Puerto Rico, en una normatividad similar a la de los Estados Unidos, en el literal c) del artículo 801 de la ley de evidencias de ese país define la prueba de referencia como “una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia

para probar la verdad de lo aseverado”. A su vez el artículo 804 *ibídem*, prohíbe de manera expresa la admisión de prueba de referencia, excepto por las causales que prescribe el mismo Código en los artículos 805 al 809, reglamentación que considera su admisión, aun estando el testigo disponible. En no disponibilidad del testigo, prevé una causal llamada cláusula residual que consiste en la declaración que estando dotada de garantías de fiabilidad no está circunscrita en las causales que prevé los artículos 805 y 806, en todo caso tales causales responden al principio de legalidad y están taxativamente previstas en las reglas de evidencia de Puerto Rico, en las normas antes citadas (Reglas de evidencia de Puerto Rico, 2009).

El derecho colombiano, en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, define la prueba de referencia como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir cualquier aspecto sustancial del debate cuando no sea posible practicarlas en audiencia de juicio oral; la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia 27477 de 2008 por vía jurisprudencial, adicionó otro evento de la prueba de referencia, que consiste en que la declaración se presente para demostrar la verdad de lo aseverado tal como lo sostiene al respecto la norma de Puerto Rico y Estados Unidos. Esto para efectos del testigo de oídas, en razón a que la legislación penal colombiana no lo ha positivizado en su CPP.

En el derecho adversarial comparado (proceso penal de los Estados Unidos, Italia, Chile, Colombia, entre otros), la prueba de referencia tiene una connotación diferente a la prevista en el proceso europeo continental de España, principalmente por el modelo procesal penal de instrucción que allí opera, toda vez que las declaraciones las toma un juez de instrucción antes del juicio y bajo juramento (Montero, Gómez, Montón y Barona, 2011, p. 190) y no un Policía Judicial como en el caso del proceso penal adversarial; sin embargo, en el modelo procesal español también opera la prueba de referencia. En cuanto a ella se refiere, ésta se consolida en los eventos en que los ciudadanos han hecho manifestaciones penalmente relevantes entre particulares,

o éstos a la policía judicial, no ostentando tal calidad las declaraciones recibidas por el Juez de instrucción (Bedoya, 2013, p. 189). En cuanto a su admisión, el Tribunal Constitucional español (TCE) resalta que las declaraciones anteriores al juicio oral deben estar dotadas de la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, por ser una garantía judicial mínima del acusado contenido en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Sentencia No. 174 de 2011).

Sin embargo, según Bedoya (2013), si bien es cierto tanto el derecho comparado como el de Colombia coincide en que es prueba de referencia toda aquella declaración practicada por fuera del juicio oral, existe discrepancia legal frente a su admisión, toda vez que el CPP colombiano en sus arts. 437 y ss. no prevé su admisión ligada a la adecuada y suficiente oportunidad que tenga el acusado para interrogar a los testigos de cargo con anterioridad al juicio oral (2013, p. 115), lo que supone que su práctica generalizada vulnera de tajo la garantía mínima de confrontación y por ende el principio de inmediación.

Para el caso colombiano, la prueba de referencia corresponde al principio de legalidad y este delimita su admisión. Al caso en concreto, el artículo 438 del CPP prevé los casos en que única y exclusivamente es admisible la prueba de referencia y la considera sólo en los eventos de no disponibilidad del testigo (Bedoya, 2013, p. 193), teniendo en cuenta que solo se admite cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; y d) Ha fallecido. Por último, producto de una política criminal liderada por el Congreso de la República, la Ley 1652 de 2013 adiciona un literal del siguiente tenor, “e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código”.

De lo anterior, nótese como en Colombia la prueba de referencia se acoge sólo en los casos de no

disponibilidad del testigo. El testigo no goza de su memoria, no puede estar presente porque está secuestrado o desaparecido, padece una enfermedad tan grave que de paso le impide comparecer al juicio oral a declarar, o en su defecto ha fallecido. Sin embargo, tal línea es rota con la expedición de la Ley 1652 de 2013 que adicionó el literal e) del artículo 438 del CPP al abrir una brecha extremadamente amplia que equivale a decir lo siguiente: todos los testimonios de menores de 18 años de edad víctimas de abuso sexual pueden ser prueba de referencia. Ese sólo hecho rompe la excepcionalidad de esta prueba, y propone un profundo conflicto con la vulneración del derecho a la confrontación y por ende al de intermediación, máxime cuando el derecho anglosajón y continental europeo han supeditado la prueba de referencia a que la defensa haya ejercido en algún momento la confrontación del testigo, inclusive en delitos sexuales donde son menores de edad las víctimas, problema de confrontación que se agrava aún más cuando la misma Ley 1652 de 2013, impide expresamente que la defensa pueda ejercer el derecho a la confrontación con anterioridad al juicio oral al disponer que en la etapa de indagación e investigación sólo se podrá tomar entrevista por una vez, excepcionalmente una segunda, sin que la defensa tenga el más mínimo conocimiento de tal actuación.

Conforme a lo anterior, resultan claro dos cosas: La primera que la prueba de referencia en el derecho anglosajón y europeo continental está supeditada a que el acusado haya ejercido en algún momento el derecho a la confrontación antes del juicio oral como es el caso de los Estados Unidos y España; y segundo, en el derecho colombiano legalmente sólo está prevista en casos de indisponibilidad del testigo y en los delitos sexuales donde son víctimas los menores de 18 años sin que opere ningún criterio de excepcionalidad para su admisión en este último caso.

Así las cosas, se evidencia que el problema de la prueba de referencia está íntimamente ligado a la garantía de confrontación, por tanto se pasará a analizar cómo opera esta garantía en el derecho comparado del cual se dará cuenta a continuación.

3.10 Derecho a la confrontación como garantía constitucional en el derecho comparado

El derecho a la confrontación, es una garantía mínima establecida en todos los Estados que han optado por implementar un proceso penal adversarial de corte acusatorio como el caso colombiano. En él se propende porque el acusado esté blindado de su derecho de defensa frente a la fuerza estatal. Ello conlleva, según Bedoya (2013), a que tal garantía la estructuren los siguientes elementos: i) el derecho a interrogar los testigos; ii) el derecho a estar frente a frente con los testigos; iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos; y, iv) el derecho a controlar la prueba (p. 43).

El derecho a la confrontación se encuentra estatuido de manera expresa en los ordenamientos jurídicos de mayor incidencia en Colombia, como es el caso del derecho anglosajón de los Estados Unidos, y el derecho continental europeo español, además, en normas de derecho internacional inclusive de los que Colombia hace parte como se verá a continuación.

En la constitución federal de los Estados Unidos, la garantía de confrontación se encuentra expresamente definida en la sexta enmienda de la constitución, al contemplar que el acusado tiene derecho “en todos los procedimientos penales,...a confrontar los testigos que existan en su contra; a contar con un procedimiento compulsorio para asegurar la comparecencia de los testigos a su favor y a disponer de asistencia letrada para su defensa” (López, 2013, p. 172).

En la legislación continental europea, la regla de confrontación la contiene el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual lo postula como un derecho mínimo al prescribir que todo acusado tiene derecho a: “d). A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorios de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.”

En el derecho de Italia, constitucionalmente está prevista la garantía de interrogar a los testigos de cargo en el artículo 111 de la Constitución de ese

país al prescribir que “Durante el juicio penal, la ley garantizará que la persona acusada de un delito (...) tenga la facultad ante el juez de interrogar o de hacer que se interroge a aquellas personas que declaran en contra de él” (Constitución de Italia, 1947).

De igual manera, el artículo 14. 3, literal e) del PIDCP, del cual también hace parte Colombia, establece como garantía judicial el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a obtener su comparecencia, expresándose literalmente que toda persona acusada de un delito, durante el proceso tiene derecho “a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

En el mismo sentido, la CADH dispone en su artículo 8° que todo acusado tiene derecho a las siguientes garantías mínimas: “f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;”

En Colombia, la Constitución Nacional no tiene consagrado expresamente el derecho a interrogar, hacer interrogar y hacer comparecer a los testigos, pues pese a que el art. 29 Inc. 4 postula el derecho de toda persona “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” tal postura corresponde al derecho de contradicción y no al de confrontación que no es lo mismo como se explicará más adelante. Sin embargo, por ser Colombia Estado parte de la CADH y del PIDCP, se encuentra constitucionalmente obligado a acatar las disposiciones allí contenidas y concebirlas como garantías mínimas del acusado, de tal forma, que de ninguna manera pueden ser vulneradas conforme al artículo 93 de la Constitución Nacional que dispone lo referente al Bloque de Constitucionalidad.

Lo anterior debe articularse en su integridad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que si bien es cierto no contempla de manera expresa el derecho a la confrontación, sí hace única referencia al derecho de defensa y de

contradicción. Por tanto, lo que conviene subrayar conforme lo prescribe la CADH y el PIDCP, es que el derecho de interrogar, hacer interrogar a los testigos y controlar su testimonio es un elemento estructural del derecho fundamental al debido proceso (Bedoya, 2013, p. 22). En el mismo sentido, Duce (2014) afirma que el derecho a confrontar los testigos constituye un elemento esencial del debido proceso y por tanto una de las principales manifestaciones de defensa del acusado, y por tal razón se trata de una “garantía fundamental” reconocida en instrumentos internacionales como el CEDH, PIDCP y de la CADH en los artículos ya referidos (2014, p. 122).

Sin embargo, la expresión más clara en la legislación colombiana del derecho a la confrontación, la tiene el CPP en el literal k, del artículo 8) que prescribe como complemento al derecho de defensa, que el acusado además de un juicio oral, público, concentrado y con intermediación de las pruebas, tiene derecho a “...interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate”, derecho que, como ya se dijo, aunque no aparece expresamente consignado en la C. Pol. de 1991, se comparte la tesis de *Ferrajoli* en la que expone que son derechos fundamentales “...los derechos adscritos al imputado por el conjunto de garantías procesales dictadas por el Código Procesal Penal, que es una ley ordinaria” (Ferrajoli, 2010, p. 38).

A la anterior disposición se suma el artículo 16 de la misma legislación, que contempla el principio de principal y cardinal importancia en el proceso penal, el de intermediación. Principio el cual, se convierte en la única norma que de manera taxativa se refiere al derecho de confrontación, al prescribir que: “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeto a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento” (subrayas fuera del texto original).

En conclusión, conforme a todo lo anterior, el legislador colombiano le queda absolutamente vedado disponer del derecho a la confrontación del acusado con los testigos que lo incriminan, básicamente por tres

aspectos: i) La CADH y el PIDCP, son taxativamente expresos en que el derecho de interrogar y hacer interrogar a los testigos son una garantía mínima del acusado; ii) Colombia hace parte de los convenios en mención y está obligado a acatarlos por expresa disposición constitucional según lo previsto en el artículo 93 de la Carta Magna; y, iii) La legislación penal internacional como interna, son claros en afirmar que el derecho a interrogar y confrontar a los testigos es un elemento estructural del debido proceso en especial del derecho de defensa, éste último reconocido como derecho fundamental en la Constitución colombiana en su artículo 29, por tanto no le es posible al legislador disponer de una garantía mínima del acusado.

En ese orden de ideas, como bien lo afirma López al analizar el derecho a la confrontación en el proceso penal anglosajón de los Estados Unidos, “No es admisible aquella prueba que el acusado no puede confrontar” (2013, p. 172). Sin embargo, como toda regla general tiene su excepción, pues la garantía de confrontación no es la salvedad. Existen eventualidades en que es necesario modular tal garantía. Pero léase bien, modular, no extinguir. Tal es el caso de los delitos de los que son víctimas los menores de edad, que para el caso bajo estudio se abordará especialmente el de los menores víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, y en este sentido, tanto la doctrina, como la jurisprudencia a nivel internacional como interno, han decantado al unísono lo necesario de modular el derecho a la confrontación frente a sus victimarios.

3.11 Derecho de confrontación en los Estados Unidos

Como ya se indicó con anterioridad, el derecho a la confrontación en los Estados Unidos es de rango constitucional. A su turno, el Tribunal Supremo Federal ha dispuesto en su jurisprudencia la prohibición de aceptar declaraciones de testigos que no comparecieran a la audiencia de juicio oral para la confrontación del acusado, a excepción, según Díaz (2009) de que el indiciado haya tenido la oportunidad de interrogar al testigo en una etapa anterior a la del juzgamiento (p. 239).

El primer referente jurisprudencial aparece con la sentencia *California Vs. Green* que estableció que al no tenerse al testigo disponible en audiencia de juicio oral para interrogatorio cruzado, no vulneraba la cláusula de confrontación siempre que en audiencia preliminar se haya dado la oportunidad a la defensa de interrogar al testigo. Por la simple razón de que tal situación no sería distinta a la del juicio oral (TSE, sentencia del 23 de junio, 1979, como se citó en López, 2013, p. 192).

Con posterioridad, el Tribunal Supremo Federal, mediante Sentencia *Ohio Vs. Roberts* (del 25 de junio, 1980, como se citó en López, 2013), radicalizó su criterio haciendo más exigente la línea jurisprudencial que hasta ese momento venía imperando. En el sentido, de que sin justificación alguna el testigo debía comparecer al acto del juicio oral. Razonando en esa oportunidad, que la cláusula de confrontación exigía un cara a cara y un interrogatorio cruzado con el testigo en la que no sólo se tenga la oportunidad de observar la capacidad de evocación del testigo, sino además la forma en que rinde su testimonio, y obligarle su presencia en el juicio oral frente al jurado para que puedan valorar su comportamiento en el estrado judicial y para así mismo otorgarle credibilidad o no al testigo (p. 197). En suma, para el Tribunal Supremo en esa ocasión “la simple oportunidad de interrogar de manera cruzada en una audiencia preliminar no puede tomarse como confrontación constitucional a efectos procesales (p. 194). Sin embargo seguía imperando la admisión de la declaración anterior al juicio oral siempre que no existiese disponibilidad del testigo que además tenía que acreditar su indisponibilidad, o si concurrían serios indicios de fiabilidad (p. 195).

A su turno, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal mediante la Sentencia *Crawfor Vs. Washington* (del 8 de marzo, 2004, como se citó en López, 2013) volvería a retomar el hilo conductor de su jurisprudencia inicial al admitir las declaraciones anteriores al juicio oral siempre que la defensa hubiese tenido la oportunidad de interrogar al testigo. Pero que además no se contara con la disponibilidad del testigo en juicio, rechazando el test de fiabilidad estatuido en la Sentencia *Roberts Vs. Ohio* (p. 218), y, a cambio,

sujetó su admisión a si la declaración había sido de naturaleza testimonial o no, definiendo de manera ambigua como prueba no testimonial, aquella declaración que no se hubiera hecho a agentes del Estado o a quienes actuaran en su representación (p. 220).

Con posterioridad la sentencia *Davis Vs. Washington* (TSE, del 20 de marzo de 2006, como se citó en López, 2013) conceptualizó con más precisión lo que son declaraciones testimoniales o no. Frente a declaraciones no testimoniales las definió como “aquellas que se hacen en el curso de un interrogatorio policial bajo circunstancias que objetivamente indiquen que el propósito primario del interrogatorio es la de permitir que la policía haga frente a una emergencia en curso. Son testimoniales cuando las circunstancias indiquen objetivamente que no existe tal emergencia en curso, y que el propósito primario del interrogatorio es el de establecer o probar hechos pasados potencialmente relevantes en una persecución criminal posterior” (p. 224).

En delitos sexuales, la posible no comparecencia del testigo víctima en el juicio debe corresponder a un criterio excepcional que le imposibilite su presencia en el debate oral. En Sentencia *Ketucky v. Stincer*, la discusión sobre si la víctima comparece o no a declarar en juicio oral se realiza en una audiencia previa en la que participa la defensa del acusado (Sentencia No. 482, U.S., 1987, como se citó en Gómez *et al.*, 2012, p. 1145).

Ahora, cuando el testigo es menor y víctima de delitos, la jurisprudencia ha guardado siempre la garantía de confrontación del acusado, inclusive al tratarse de delitos contra la integridad y formación sexual. La sentencia *Coy Vs. Iowa* del Tribunal Supremo Federal, al abordar un caso en el que unas niñas víctimas de delitos sexuales testificaron de tal forma que no podían ver y escuchar al acusado, en aquella oportunidad el Tribunal Supremo decretó la vulneración al derecho de confrontación, por no haberse justificado la circunstancia excepcional del interés del Estado que impidieran el careo de las víctimas con el agresor (Sentencia del 29 de junio, 1988, como se citó en Bedoya, 2010, p. 110).

Con ocasión al mismo pronunciamiento, Garapon & Papadopoulos (2006) evidencian que en virtud

de esa garantía constitucional del derecho a la confrontación en los Estados Unidos, en 1998 la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley que ubicaba un biombo con efecto pantalla en la sala de audiencias el cual tenía como fin evitar el contacto visual entre víctima y acusado (p. 119).

En otra Sentencia, *Maryland Vs. Craig*, se resolvió que de probarse que la declaración del menor frente al procesado le podría causar un grave daño emocional que le pudiera afectar la evocación de su testimonio, el derecho al cara a cara del testigo puede ceder frente al derecho de confrontación del acusado, en tal caso, se mantendrán intactos los demás derechos inherentes a la garantía de confrontación. (Sentencia del 27 de junio, 1990, como se citó en Díaz, 2009, p.242).

Conforme a lo anterior, en la actualidad, es la sentencia *Crawford Vs. Washington* la que impone los términos respecto a la admisión de las declaraciones anteriores al juicio oral que pudiesen vulnerar la cláusula de confrontación. La jurisprudencia proferida con posterioridad por el Tribunal Supremo, ha realizado algunas aclaraciones y matizaciones de conceptos, sin embargo las bases estructurales de esta garantía parten de la sentencia en mención.

3.12 Derecho de confrontación en España

En España, el derecho a la confrontación no ha sido ajeno a la discusión de si se admiten o no las declaraciones anteriores al juicio oral. Para Ormazábal, el así llamado derecho de confrontación se presenta como una de las clásicas y más fundamentales garantías que le asisten al acusado en un proceso penal conforme el artículo 6.3 literal d) del CEDH. Lo que sin duda lo convierte en una inquebrantable regla en razón a su naturaleza de garantía mínima del procesado (2010, p. 135).

Hay que decir, que en el proceso continental europeo español por lo general, la admisión de la declaración anterior al juicio oral reviste menos complejidad que en los sistemas adversariales. Tiene su razón, la mixtura del sistema inquisitivo-acusatorio que divide el proceso en dos fases, una de instrucción y una de juicio. La primera un juez instructor que

sustancia la instrucción preliminar, y en la segunda, un juez de conocimiento que dirige el juicio oral (Montero, Gómez, Montón y Barona, 2011, p. 125). La particularidad del sistema, es que en la fase de instrucción siempre hay un juez en el proceso de formación de la prueba y por lo general en la práctica de testimonio siempre está la defensa ejerciendo su derecho a la contradicción y confrontación. Lo que haría suponer, que se satisface la garantía de confrontación y el principio de inmediación, de no ser porque no siempre la defensa confronta el testigo en esa fase y no es el juez que va a dictar sentencia quien está en la fase de instrucción.

Sin embargo, el TCE tiene establecida unas reglas de naturaleza jurisprudencial para decidir sobre la admisibilidad de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, las cuales se reducen a las siguientes: i) que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral; ii) Que exista la intervención del juez de instrucción, iii) que se garantice a la defensa el derecho de contradicción para lo cual ha de citarse al abogado de la defensa para que participe en el interrogatorio sumarial del testigo; e, iv) introducción de la lectura de la declaración en el juicio a través del acta que la documenta (Sentencia No. 068 del 18 de octubre, 2010).

Para el caso de los testigos menores de edad víctimas de abuso sexual, la jurisprudencia española no ha sido ajena a la garantía de confrontación del acusado de tener frente a frente al testigo. Ha entendido, que tal garantía en casos como en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores se debe modular, mas no extinguir o cercenar.

El referente más reciente lo ha dado a conocer la STEDH González Nájera Vs. España, en la que abordó la demanda de un ciudadano contra España al considerar vulnerados los artículos 6.1 y 6.3 d), en razón a que en un proceso surtido en su contra por delitos de abuso sexual no tuvo oportunidad de interrogar a siete menores entre los 5 y 6 años de edad víctimas que lo incriminaban. Concretamente argumentó, que el ministerio fiscal debió haber citado a interrogatorio en juicio oral a las menores, no lo hizo y por tanto no tuvo oportunidad de interrogar a testigos víctimas, lo que le impidió

impugnar la credibilidad de los mismos resultando condenado por la única prueba directa obrante en el proceso la cual no pudo confrontar. (Sentencia No. 61047/13, 2014, Parrf. 38).

El aludido pronunciamiento del TEDH, consideró que no hubo vulneración alguna de las garantías fundamentales del ciudadano español, en razón a que no es cierto que el ciudadano no tuvo oportunidad de interrogar a los testigos. Sí la tuvo, lo que ocurrió es que no hizo uso de esa solicitud probatoria. Según el TEDH, en un proceso adversarial no se le puede achacar a los acusados la no citación de comparecencia de un testigo a declarar en juicio oral y citó jurisprudencia al respecto (véase Vrochenco, TEDH, 2012, 45, ap. 62), concluyendo que finalmente en el caso concreto, le correspondía a la defensa solicitar que las menores fueran interrogadas en audiencia de juicio oral si su intención era verificar la credibilidad y consistencia de las declaraciones, solicitud que nunca hizo (Párr. 51). Inclusive, en etapa de instrucción en que la declaración de la menor fue hecha ante un equipo psicosocial del juzgado de esa fase, se le dio traslado a la defensa la cual no hizo ningún tipo de impugnación, no solicitó se llevara a cabo una nueva entrevista a las menores en las que pudiera estar presente la defensa, aspecto que la legislación española no impedía, y que de haber solicitado y haber sido negada por los tribunales, seguramente si hubiese habido una vulneración al derecho de confrontación por no tener oportunidad de interrogar a los testigos de cargo víctimas (Párr. 27). Ello hizo, que las autoridades en España no se ocuparan de analizar la posibilidad de si el acusado tuvo o no oportunidad de interrogar a los testigos. Al respecto, el TEDH hizo referencia a jurisprudencia citada por el TC⁹.

De hecho, el TEDH advierte en la decisión, que si el acusado hubiese solicitado formular preguntas a la menor y los tribunales se hubieran negado, el TCE en Sentencia No. 57 de 2013 en recurso de amparo habría razonado posiblemente que en el caso estudiado

⁹ “S.N contra Suecia (TEDH 2002, 43), núm. 34209/96, ap.49-50, TEDH 2002-V; B. contra Finlandia, núm. 17122/02, ap. 44, 24 de abril de 2007; y Accardi y otros contra Italia (dec.), núm. 30598/02, TEDH 2005-II)” (Párr. 28).

hubiese existido la vulneración a un juicio justo y por supuesto a la confrontación por no haber tenido la oportunidad de interrogar a los testigos (Párr. 49).

Pese a todo lo anterior, el TEDH, frente a los principios generales para el caso de presunta vulneración de la garantía a un juicio justo por no haber confrontado a los testigos puntualizó, que en los procedimientos penales relativos a delitos sexuales en los que son víctimas menores de edad debe velarse por el respeto de la vida privada de la presunta víctima, para lo cual se pueden tomar ciertas medidas en pro de su protección, sin embargo, tales medidas deben ajustarse a un equilibrado y efectivo ejercicio del derecho de defensa¹⁰.

Partiendo de ese equilibrio que debe existir entre la víctima y el acusado, el Tribunal ha dispuesto que en esos casos debe existir mínimo las siguientes garantías: “La persona sospechosa debe ser informada de la audiencia del menor, se le debe dar la oportunidad de observar dicha audiencia, tanto si se está produciendo o después, a través de una grabación audiovisual, y plantear preguntas al menor, tanto directa o indirectamente en el transcurso de la primera audiencia o en una ocasión posterior” (González Nájera Vs. España, Sentencia. No. 61047/13, 2014, Parrf. 45)¹¹.

Nótese como, la jurisprudencia del TEDH dirige su doctrina a que el acusado debe tener garantizado dos aspectos mínimos: i) Debe ser informado de la audiencia del menor; y, ii) A qué se le haga preguntas de manera directa o indirecta. Frente al derecho de tener cara a cara al testigo, es admisible modularlo, para lo cual existen disposiciones legales que permiten el uso de la tecnología para evitar la confrontación visual de la víctima hacia el agresor especialmente en delitos de abuso sexual (Chozas Alonso, 2010, p.

¹⁰ El TEDH cita la siguiente jurisprudencia: “véase, por ejemplo, Aigner [TEDH 2012, 45], ..., ap. 35; A.S. contra Finlandia [PROV 2010, 332112] , ... ap. 55; S.N. contra Suecia [TEDH 2002, 43] , ... ap. 47; y Vrochenko [TEDH 2012, 45] , ... ap. 56) (González Nájera Vs. España, Sent. No. 61047/13, 2014, Parrf. 44).”

¹¹ Jurisprudencia citada por el TEDH “(A.S. contra Finlandia [PROV 2010, 332112] , ... ap. 56. (subrayas fuera del texto original).

171)¹², pero en todo caso lo que no es posible cercenar, es el derecho a interrogar al testigo, para lo cual se deberá usar preferiblemente un circuito cerrado de video que impida el careo con el acusado, pero que permita interrogar directa o indirectamente a la víctima en la fecha y hora del juicio oral, o por lo menos que con oportunidad anterior al juicio haya tenido la oportunidad de interrogar cuando se prevean razones de indisponibilidad física o psicológica del testigo en audiencia de juzgamiento.

Como ya se ha indicado con anterioridad, el derecho interno español parece tener dilucidado lo que corresponde a la garantía de confrontación del acusado según sus normas de rango nacional como supranacional y conforme a la doctrina del TEDH. Tal es el asunto estudiado en la sentencia del TCE 174 de 2011, en donde se analizó un caso en el que una persona fue condenada en primera y segunda instancia por un delito de abuso sexual, sin que el acusado hubiese tenido la oportunidad de confrontar a la testigo víctima menor de 9 años, ni en sede policial, instructiva ni de juicio oral.

El TCE adujo en su pronunciamiento, que si bien es cierto la doctrina de ese órgano constitucional mediante Sentencia 041 de 2003 abrió la posibilidad de permitir la admisión del testimonio de referencia como sustitutivo de la valoración del menor de edad víctima de agresión sexual, esa circunstancia de admisión solo era posible en aquellos eventos en que por su muy corta edad pueda entenderse que la menor carece de su capacidad de discernimiento o entendimiento (Sentencia 174 de 2011, Párr. 48). Por lo que de no ser esa la circunstancia, el acusado conforme al artículo 6.3.d) del CEDH, le asiste la garantía mínima de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” (Párr. 49). Máxime cuando

STEDH han identificado claramente que en este tipo de delitos la única prueba directa es la declaración del menor, toda vez que las demás declaraciones por lo general son escuchas y valoraciones de las distintas manifestaciones hechas por el testigo menor víctima¹³.

Finalmente, el TCE trajo a colación el criterio reiterativo del TEDH en Sentencia de 28 de septiembre de 2010, (*caso A.S. contra Finlandia*, § 56), en un caso también de abuso sexual, en el que se dijo por el Tribunal Supranacional que “quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; así mismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior” (Sentencia 174 de 2011, Párr. 54).¹³

Ahora, el TCE (2011) aclara que en casos como en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual del que es víctima el menor de edad, el TEDH en los mismos pronunciamientos que se han citado, ha estipulado que el derecho a la confrontación tiene sus limitaciones y modulaciones en la forma de recepcionar el testimonio del menor. Para ello, se deben tomar medidas necesarias para su protección, como llevarse a cabo el testimonio mediante la evitación de la confrontación visual entre víctima y acusado utilizando preferencialmente los circuitos de video conferencias o cualquier otro tipo de comunicación a distancia, la exploración del menor mediante un experto sea ajeno o no al Estado, si no se quiere la presencia del menor en el juicio, su declaración previa puede ser grabada y reproducida en juicio oral. Pero en todo caso dar la oportunidad a la defensa de hacer preguntas directas o indirectas que crea necesarias para su defensa por medio de experto al testigo menor víctima, bien sea al momento de la entrevista o en un momento posterior (Sentencia No. 174, Párr. 55).

¹² Entre las disposiciones legales que permiten el uso de la tecnología en declaración de testigos en el proceso penal, están los art. 325, 731, LECRIM; y en menores de edad víctimas de delitos en especial los delitos sexuales art. 448 III, Par. II 707 de la LECRIM. Circular No.3/2009 sobre protección de los menores víctimas y Testigos de la Fiscalía General del Estado.

¹³ Jurisprudencia citada por el TC (Caso P.S. contra Alemania, § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44) (Párr. 54).

Finalmente, la Sentencia del TCE decretó vulnerado el derecho del demandante a un proceso público con todas las garantías conforme a la disposición del art. 24.2 CE, por no haberse permitido al procesado confrontar al testigo menor víctima en ninguna de las etapas del proceso.

Por último, España, aprobó recientemente el Estatuto de la víctima mediante la Ley 4 de 2015, en la que además de establecer especiales medidas de protección en favor de las víctimas de delitos sexuales como lo hizo en su artículo 25, mediante la disposición final primera numeral 11, modificó el art. 433 de la LECRIM, en la que guardando relación con el equilibrio entre respecto al derecho de confrontación y posible revictimización del menor, dispuso que en las declaraciones de menores de edad que por su falta de madurez resulte necesario evitar causarle graves perjuicios, se realizará la entrevista mediante expertos junto con el ministerio fiscal, inclusive evitando la presencia de las partes, siempre que se garantice a las mismas trasladar preguntas o hacer aclaraciones al menor.

3.13 Derecho de confrontación en Colombia

En Colombia, las modulaciones a la garantía de confrontación en el juicio oral aparecieron con la implementación del sistema penal acusatorio mediante la Ley 906 de 2004, ya que en el antiguo procedimiento mixto con tendencia inquisitiva que operaba en Colombia mediante la Ley 600 de 2000, no contemplaba restricciones a las declaraciones anteriores al juicio. Fue con la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, que aparecieron las limitaciones a la admisión de declaraciones rendidas por fuera de la audiencia de juzgamiento (Bedoya, 2013, p. 38).

El desarrollo jurisprudencial frente al derecho de confrontación ha sido poco desarrollado, pero sí se ha abordado por las Cortes de cierre. El primer avance significativo lo generó la Corte Constitucional mediante Sentencia C-537 de 2006 en el que hizo un recorrido por todos los tratados internacionales de los que hace parte Colombia que consagran el derecho a interrogar los testigos de cargo, aunque la

mirada la hizo bajo el derecho de contradicción. La CSJ, ha cimentado más el concepto de confrontación como ocurrió en la Sentencia No. 41764 de 2013, inclusive en Sentencia No. 34131 de 2014, diferencia los conceptos de derecho de contradicción y garantía de confrontación.

En el caso de los menores de edad que son víctimas de delitos, el Código de Procedimiento Penal implementado por la Ley 906 de 2004, originariamente no estimó ningún trato diferencial frente a la práctica del testimonio, a excepción de la prevista en el inciso 2° del artículo 383 *ibídem* que dispone una práctica diferencial a los menores de 12 años. La norma en cita prescribe, que no se les tomará juramento, el testimonio del menor deberá estar acompañado por su representante legal o un pariente mayor de edad, y si el juez así lo considera por razones fundadas podrá ordenar que el testimonio del menor se lleve por fuera de la audiencia del juicio, inclusive por medio audiovisual, pero siempre que se lleve en presencia de las partes quienes harán el interrogatorio como si se estuviere en audiencia de juicio oral. Sin embargo, ningún trato diferencial se abordaba frente a los menores de edad entre los 12 y 18 años, lo que indica que se someten a las mismas reglas de recepción de testimonio de los mayores de edad.

Con posterioridad, se expidió la Ley 1098 de 2006 por la cual se originó el Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA), el cual en su artículo 150 dispuso reglas concretas para la recepción de testimonio del menor de edad, que se resumen en las siguientes: i) El testimonio sólo lo puede tomar el defensor de familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o juez; ii) El juez excepcionalmente puede intervenir en el interrogatorio; iii) El interrogatorio se lleva por fuera de la audiencia de juicio oral; iv) A discreción del juez los testimonios pueden practicarse por comunicación de audio y video caso en el cual no será necesaria la presencia física del menor en audiencia de juicio oral. En el mismo sentido el artículo 194 de la misma legislación dispuso que durante el desarrollo de las audiencias y en los delitos en los que son víctimas menores de 18 años no se pueden exponer ante el agresor, para lo cual se utilizaran medios tecnológicos; además, dispone que el menor

esté acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio al lenguaje comprensible al menor según su edad.

Conforme a la anterior disposición, por primera vez en Colombia se moduló la garantía de confrontación del acusado en virtud del interés superior del menor. Por lo que en adelante se modularon los elementos de la garantía de confrontación como lo fueron: i) el derecho a interrogar los testigos; al disponerse que tal diligencia sólo la haría el defensor de familia previo cuestionario de juez o fiscal; ii) el derecho a estar frente a frente con los testigos; al decretarse que no se puede exponer a que el menor se encuentre frente a frente con su agresor; y iii) el derecho a controlar la prueba, cuando la norma permite que el juez excepcionalmente podrá intervenir en el interrogatorio.

En adelante, parecía no existir mucho conflicto frente a la garantía de confrontación en los casos en que fueran víctimas los menores de 18 años, pues estaba claro que tal garantía estaba modulada, y legalmente estaba proscrita cualquier intención de tener como prueba una declaración del menor rendida con anterioridad al juicio oral y que por supuesto no revistiera alguna de las causales excepcionales de admisión de la prueba de referencia.

Conflicto que sí vino a resultar nueve años luego de entrado en vigencia el sistema penal oral acusatorio, con la expedición de la Ley 1652 de 2013 como veremos a continuación.

3.14 Análisis a la Ley 1652 de 2013 frente a la garantía de confrontación

Para el día 20 de julio del año 2011 se radicó en el Senado de la República el Proyecto de Ley No. 01 de 2011 por medio del cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños víctimas de delitos sexuales, cuyo texto original contenía componentes procesales como los que a continuación se relacionan.

- i) La norma va dirigida a menores de 14 años de edad víctimas de delitos sexuales. Ello es coherente, teniendo en cuenta que

en Colombia los niños mayores de 14 años de edad pueden disponer de su sexualidad según el Código Penal; ii) Los menores de 14 años sólo podrán ser entrevistados por un profesional especializado en entrevistas forenses, sin que las partes, inclusive el juez pueda interrogar al menor, componente que parcialmente no es ajeno al proceso penal, a excepción de la prohibición del juez de interrogar al menor, toda vez que esa potestad es inane en todo sistema procesal, teniendo en cuenta que el juez ha sido considerado el perito de peritos y por ser el funcionario que finalmente toma la decisión sobre la responsabilidad penal del acusado, es natural que susciten interrogantes de aclaración o de complementariedad para finalmente tomar su decisión (art. 397 del CPP y art. 150 Inc. 2 de la Ley 1098 de 2006); iii) Disponer que a petición de parte o de oficio, durante la entrevista, las partes puedan estar presentes desde el exterior del recinto adecuado para la entrevista del menor, y por conducto del profesional a cargo de la entrevista, absolver las inquietudes tanto de las partes como del juez. Disposición totalmente acertada y acorde con el proceso penal, porque se está permitiendo que la defensa de una forma modulada confronte a un testigo que probablemente no irá a juicio, respetando de alguna manera una garantía del procesado como es el derecho de interrogar a los testigos de cargo; y, iv) La norma dispone, que en los casos en que el menor de 14 años, sea mayor a esa edad al momento de la entrevista, se requiere de concepto previo del especialista en entrevista forense a fin de que descarte o advierta posibles daños psicofísicos en el menor. De advertirse daños, se evitará el testimonio del infante en juicio y se someterá a las reglas de la entrevista del profesional especializado (Senado de la República, 2011).

A su turno, en la exposición de motivos del primer debate en el Senado, el argumento más fuerte fue la defensa de derechos de los niños menores de catorce (14) años víctimas de delitos sexuales, toda vez que se requería de la necesidad de acondicionar el testimonio

de los menores a un proceso penal adecuado para adultos.

Así entonces, el fin principal del ponente del proyecto de ley, era proponer que el menor de 14 años víctima de abuso sexual, no fuera llevado a juicio a rendir interrogatorio, en su defecto introducir la entrevista realizada por un experto en psicología como elemento material probatorio inclusive el testimonio del experto en psicología. Literalmente, así lo manifestó el ponente del proyecto:

Por lo anterior, en lugar de practicarse el interrogatorio de los niños víctimas, ellos deben ser sometidos a una entrevista hecha por un profesional. La entrevista del niño víctima será introducida como prueba dentro del proceso penal. Lo mismo sucederá con el informe pericial sobre la misma y el testimonio del experto que condujo la entrevista. De esta manera, se excluye el testimonio de los niños víctimas, sin negarles el derecho a ser oído y presentar su versión de los hechos. La defensa, a través del conainterrogatorio del experto y tachando el informe, tiene la oportunidad de controvertir la prueba. De esta manera, se protege al niño víctima evitando la retracción sin perjudicarle al imputado el derecho a la defensa (Senado de la República, 2011) (subrayas fuera del texto original).

En adelante, surgieron modificaciones que terminaron por reformar significativamente el contenido de la propuesta inicial. Sin embargo llama la atención que tanto en 1° como en 2° debate del proyecto 001 de 2011 Senado y 245 de 2012 Cámara, mucho se dijo sobre la protección de los derechos del menor víctima de delitos sexuales, se hizo referencia al derecho comparado en la materia, se trajo a colación las diferentes normas tanto de derecho internacional de las que Colombia hace parte, como normas de derecho interno (Senado de la República, 2011a), pero poco se profundizó en la garantía de contradicción y nada se dijo sobre la garantía mínima del acusado a la confrontación, entendido este como el derecho de interrogar al testigo, tener frente a frente al testigo, hacer comparecer a los

testigos y controlar el interrogatorio de los testigos en la audiencia de juicio oral, también reconocido como una garantía en instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte (art. 14 del PIDCP y artículo 8 de la CADH).

Sin embargo, en informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 245 de 2012 Cámara y 01 de 2011 Senado, presentado por la comisión primera del Senado de la República, se da cuenta que la defensoría pública advirtió sobre las tensiones entre el interés superior del niño y el derecho de defensa del acusado toda vez que “Frente a la entrevista practicada por el profesional experto a la presunta víctima, siendo recaudada de forma anticipada, no puede ser homologada al testimonio, ya que no reviste las condiciones exigidas por la legislación procesal penal para constituirse en prueba judicial. Se estaría limitando la posibilidad del interrogatorio y el conainterrogatorio, violando la posibilidad de contradicción de la prueba” (Senado de la República, 2012) (subrayas fuera del texto original).

Por observaciones como la anterior, el articulado inicial, siguió surtiendo modificaciones sobre aspectos de lenguaje¹⁴ y armonía con las disposiciones del Código Procesal Penal¹⁵, al punto que la Comisión Primera del Senado hace dos aclaraciones al respecto en el mismo informe de ponencia: i) Que el procedimiento establecido para la recepción de la entrevista en el proyecto de ley es el utilizado por la policía judicial durante la investigación hasta la audiencia preparatoria; y ii) que el mismo procedimiento será el mecanismo utilizado para el testimonio del menor rendido bien sea en juicio oral o como prueba anticipada.

Lo anterior cambió radicalmente el fin principal con el que fue presentado el Proyecto de ley 01 de 2011 de origen parlamentario, cuyo fin era que el menor de 14 años bajo ninguna circunstancia fuera llevado a juicio oral a rendir testimonio para evitar la revictimización, por lo que en adelante se suprimieron y se incorporaron algunos ingredientes al proyecto

¹⁴ Como por ejemplo cambiar el término gabinete por Cámara de Gesell.

¹⁵ Aclarar distinción entre entrevista y testimonio.

legislativo en construcción, pero con ausencia total del análisis de la garantía a la confrontación.

Nótese cómo la vaga discusión sobre el derecho de defensa para la construcción de la ley en comento se aborda desde la perspectiva de la contradicción, entendida esta como la posibilidad de controvertir por cualquier medio la prueba que la otra parte pretende incorporar (CSJ, Sentencia No. 34131, 2011, Numeral. 9), pero ningún análisis se hace desde la garantía de la confrontación entendida ésta como el derecho que tiene el acusado de confrontar a los testigos de cargo (Duce, 2014, p. 122), garantía de rango supranacional como se ha indicado con anterioridad.

Ahora, frente a la escasa discusión sobre el derecho a la contradicción de la prueba y la ausencia de discusión sobre la garantía de la confrontación en el escenario legislativo, el Proyecto de Ley No. 001 de 2011 originalmente propuesto traía un literal en el que de alguna manera respetaba la garantía de confrontación del acusado, el cual prescribía lo siguiente:

d) A petición de parte y/o si el juez lo dispusiera de oficio, la entrevista podrá ser seguida desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el Juez hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieron durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. (Senado de la República, 2011).

La anterior disposición, puede entenderse como un consenso entre el interés superior del niño a la no revictimización y la garantía de confrontación del acusado como lo ha instituido el TEDH (González Nájera Vs. España, Sentencia No. 61047/13, 2014, Párr. 44), al permitir que la defensa ejerza su derecho a interrogar al testigo de una forma modulada por la calidad de infante, modulación que se consolida al impedir el contacto visual del menor hacia el agresor,

y el no interrogatorio directo al menor por parte del procesado, respetándose los demás componentes de tal garantía.

De esa manera el literal en comento está acorde con las normas de derecho comparado como las legislaciones de España, EE.UU. y Argentina, en donde si bien es cierto se han admitido como elementos de prueba declaraciones de menores de edad anteriores al juicio oral en delitos contra la integridad y formación sexual, la defensa en alguna oportunidad anterior al juicio ha tenido la oportunidad de ejercer el derecho a la confrontación.

Se habla de Argentina, en razón a que ese Estado expidió la Ley 9197 (Legislatura de la Provincia de Córdoba, 2004), en donde se permite que la defensa en la etapa de investigación haga seguimiento desde el exterior del recinto¹⁶ en el que se lleva la declaración del menor víctima de agresión sexual y participe de la diligencia por medio del profesional especializado. Legislación que sirvió de fuente inmediata para la formación del proyecto 001 de 2011, Senado, inclusive su contenido inicial era muy similar a la ley en cita.

Sin embargo, luego de los debates tanto de Cámara y Senado, finalmente se concilió el contenido del proyecto legislativo, la cual se convirtió en la Ley 1652 de 2013, con la gran sorpresa que el literal d) del proyecto legislativo inicialmente propuesto había sido suprimido, y por el contrario le fue institucionalizado un nuevo elemento normativo del cual se entiende que todas las declaraciones anteriores al juicio oral en los delitos cometidos en menores de edad contra la integridad y formación sexual constituyen prueba de referencia. Así fue el texto finalmente conciliado en el Congreso:

ARTÍCULO 1o. Adiciónese el artículo 275 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, con el siguiente parágrafo:

También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

¹⁶ Llamado gabinete que hace las veces de Cámara de Gesell.

ARTÍCULO 2o. Adiciónese un artículo nuevo a la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, numerado 206A, el cual quedará así:

Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual. Sin perjuicio del procedimiento establecido en los artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código sea una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1 del artículo 146 de la Ley 906 de 2004, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) <sic> La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense.

En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

e) <sic> La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será

grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito.

f) <sic> El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada.

Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este Código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

PARÁGRAFO 1o. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, **la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario** y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

PARÁGRAFO 2o. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 3o. Adiciónese al artículo 438 de la Ley 906 de 2004, un literal del siguiente tenor:

e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

ARTÍCULO 4o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación.

(Congreso de la República, 2013) (Negrillas fuera del Texto original).

Del anterior resultado legislativo, existen dos elementos que contrarían los principios y garantías

básicas del proceso penal, de allí el título del presente artículo.¹⁷ Elementos que se sintetizan en los siguientes: i) el previsto en el párrafo 1° del artículo 2 que dispone que “la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario.” y, ii) El previsto en el artículo 3 de la ley en cita, que otorgó el carácter de prueba de referencia a todas las declaraciones anteriores al juicio oral rendida por menores de edad víctimas de delitos contra la integridad y formación sexual.

El primer yerro, lo protagoniza el hecho de que el legislador le otorgue el carácter de elemento material probatorio a la entrevista del menor de edad, y lo limite al componente de necesidad, como si en los delitos sexuales la generalidad fuera la existencia de un sin número de EMP Y EF que demuestren la responsabilidad del procesado. Por el contrario, la generalidad en este tipo de delitos es que la única prueba de cargo es el testimonio de la persona víctima de la agresión sexual (TCE. Sentencia No. 174 de 2011, Párr.54).

El segundo yerro, materializado en el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, no es más que la vulneración más clara a la garantía de confrontación prevista en los artículos 8 y 14 de la CADH y PIDCP de los que Colombia hace parte. En razón a que la referida disposición no corresponde a ningún criterio excepcional de admisión de prueba de referencia, como a la no disponibilidad del testigo que opera en la legislación colombiana (Bedoya, 2013, p. 192). Mucho menos para demostrar la verdad de lo aseverado¹⁸, máxime cuando no garantiza confrontación alguna con anterioridad al juicio oral.

Por lo tanto, el producto legislativo acá analizado no es más que el resultado de una disposición contraria

a los parámetros del proceso penal surtido como consecuencia de no analizar con objetividad los derechos y garantías en juego con la legislación en formación, tanto de los menores víctimas como del acusado.

De haberse hecho tal análisis se habría llegado a una igual protección del menor, inclusive más efectivo, con igual protección y respeto por las garantías del acusado en el proceso penal. Por ejemplo, permitir que la defensa en algún momento del proceso penal ejerza la confrontación, como originalmente lo traía el literal d) del proyecto legislativo inicialmente propuesto¹⁹, o en su defecto decretar los testimonios de los menores víctimas de agresiones sexuales como prueba anticipada como lo plantea (Villacampa 2005, p. 293). De esa forma, se le respeta la garantía de confrontación al acusado, toda vez que lo que se pretende es no llevar a juicio al menor víctima “dado el daño que puede causar obligar a que el menor acuda a la audiencia (aún con las posibilidades de cámara Gesell y la mediación de profesionales que lo asistan) y se le pida recordar el evento traumático” (Corte Constitucional, Sentencia. T-117, 2013, Párr. 9) y así evitar la revictimización del menor. Por último, habría institucionalizado la entrevista forense del menor víctima de abuso sexual bajo elementos excepcionales de admisión de prueba de referencia, como la falta de discernimiento del menor o que exista dictamen de especialista que certifique que el daño psicológico al menor fue tal que le impide ir a juicio a rendir su versión. (TCE, Sentencia No. 174 de 2011, Párr. 48).

En ese orden de ideas, es claro que el legislador con la expedición de la Ley 1652 de 2013 convierte la entrevista forense del menor de edad en una prueba de referencia con carácter de admisión general y no excepcional, vulnerando los presupuestos de la garantía a la confrontación. No previó de ninguna manera que el no permitirle al procesado ejercer la garantía de confrontación siquiera en algún momento de la actuación procesal es contrario a principios de rango universal que rigen el proceso penal, máxime cuando en este tipo de delitos la única prueba directa de cargo es el testimonio del menor.

¹⁷ Entrevista y testimonio forense de menor de edad víctima de abuso sexual Vs. Proceso Penal Colombiano.

¹⁸ Existen en Colombia dos criterios de admisión de prueba de referencia uno de orden legal previsto en los artículos 437 y 438 del CPP, y corresponde al criterio de no disponibilidad del testigo junto a otro de orden jurisprudencial que corresponde al criterio de que la declaración se presente para demostrar la verdad de lo aseverado (testigos de referencia).

¹⁹ Ver párrafo final de la página 26 de este artículo.

Así las cosas, finalmente el Congreso de la República expidió la Ley 1652 de 2013, recuperando aunque de una forma disfrazada, el fin principal del proyecto legislativo de no llevar el menor a juicio oral. Se dice disfrazada bajo el entendido que si bien es cierto la norma no la contiene expresamente, si se legisló que la entrevista forense del menor de edad víctima de agresiones sexuales se institucionalizara como prueba de referencia bajo unos parámetros que no corresponden a un criterio de admisión excepcional, con la intención inicial de no llevar a juicio el menor víctima a declarar como regla general, sin garantizar al acusado su derecho a la confrontación en algún momento de la actuación procesal.

En adelante, sólo quedaba la herramienta ciudadana de la acción inconstitucionalidad para que la Corte Constitucional analizara a fondo las garantías tanto del menor de edad como del acusado y finalmente tomara la decisión. Sin embargo, el análisis jurídico no fue distinto al surtido en el Congreso de la República como lo veremos a continuación.

3.15 Análisis a la sentencia C-177 de 2014 frente a la garantía de confrontación

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-177 de 2014, resolvió demanda de inconstitucionalidad presentada por dos ciudadanos contra los artículos 1 y algunos segmentos del artículo 2 de la Ley 1652 de 2013, por considerar que los mismos son contrarios a preceptos de la constitución como a la igualdad, debido proceso, defensa, inmediación, contradicción, y acceso a la administración de justicia. Para el caso del presente análisis se abordará lo referente a la contradicción.

En principio, como al parecer la demanda no reunía los requisitos mínimos para admitirla según los preceptos del Decreto 2067 de 1991, y además, por petición de inhibición de uno de los intervinientes,²⁰ la Corte Constitucional procedió a revisar la aptitud sustantiva de la demanda. Concluyendo

²⁰ Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

que según la jurisprudencia de ese alto Tribunal²¹ (Corte Constitucional, Sentencia, C-1052, 2001) la demanda si contenía un razonamiento suficiente capaz de provocar un estudio de constitucionalidad de la norma que se quiere impugnar. Por lo que en virtud del principio *pro actione*²² procede a realizar un análisis de constitucionalidad de fondo a los tres artículos de la Ley 1652, bajo los parámetros de la integración normativa.²³

Entrando al análisis de constitucionalidad que hizo la Corte, hay que decir que el estudio de fondo abordado para declarar la exequibilidad total de la Ley 1652 de 2013, no fue distinto al análisis realizado por el Congreso de la República para la expedición de la ley en cita. En el sentido, que al igual que el Congreso, sólo abordó el derecho a la contradicción entendida como el derecho a controvertir la prueba por cualquier medio, y en nada, pero en lo absoluto se abordó la garantía a la confrontación contenida en los artículos 14 del PIDCP y 8 de la CADH.

La Corte Constitucional, a efectos de analizar la constitucionalidad de la norma frente al derecho de defensa y contradicción, lo hizo bajo los siguientes parámetros: i) Analizó conjuntamente el artículo 1 y Parágrafo 1 del artículo 2 que establecen la entrevista forense practicada al menor de edad víctima de agresión sexual como elemento material probatorio y el acceso a tal medio supeditado al componente de necesidad; y ii) Analizó el artículo 3 que dispone la entrevista forense practicada a menor de edad como prueba de referencia (Sentencia. C-177, 2014, Numeral 8.2.4, y 8.4).²⁴

²¹ La Corte Constitucional trae a colación lo prescrito en las Sentencias C-1052 de 2001 y C-980 de 2005 sobre la suficiencia del razonamiento persuasivo de la demanda.

²² Busca “la efectividad de los derechos de la participación ciudadana y el acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte” (Corte Constitucional, C-012, 2010).

²³ El alto Tribunal ha dispuesto que la integración de la unidad normativa procede de forma excepcional entre otros eventos, cuando “la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia 892 de 2012).

²⁴ Ver la transcripción de la Ley 1652 de 2013 (p. 40) encontrarán subrayados y en negrillas los apartes que la

La Corte, a efectos de analizar la constitucionalidad de la norma, citó un sinnúmero de instrumentos internacionales²⁵ en donde se encuentran contenidas medidas de protección en favor del menor de edad víctima de agresión sexual. Por otro lado, hizo mención al análisis que la propia Corte ha realizado en su jurisprudencia²⁶ sobre la naturaleza y alcance de los principios de concentración, intermediación y contradicción de la prueba, brillando la ausencia de instrumentos internacionales sobre las garantías del acusado frente al derecho de contradicción.

Hecho ese preámbulo normativo, la Corte Constitucional concluyó que frente al art. 1 que prescribe la entrevista forense del menor de edad víctima de agresión sexual como EMP y Parágrafo 1 del art. 2 que dispone que a tal EMP se acceda de manera excepcional siempre que se den los criterios de necesidad, no impide el ejercicio pleno del derecho de defensa y contradicción. Criterio que expone en razón a que si la entrevista en mención es considerada como un EMP, la defensa podrá solicitar su descubrimiento a la Fiscalía por conducto del Juez de conocimiento, siempre que demuestre la necesidad (art. 2 Parágrafo 1 de la Ley 1652 de

2013), pertinencia (art. 344 del CPP) y no afectación del derecho de la víctima, otorgándole un mandato al juez de conocimiento de aplicar con prevalencia el principio *Pro infans* e interés superior del menor y una vez a salvo tales principios determinará si el descubrimiento del EMP solicitado por la defensa cumple los criterios de necesidad, pertinencia y no vulneración de derechos de las víctimas (Sentencia, C-177, 2014, Numeral 8.2.4.).

Con el anterior argumento, la Corte Constitucional decreta la exequibilidad del artículo 1 y Parágrafo 1 del artículo 2 cuyo contenido se concreta en que además de ser un EMP, a la entrevista forense se accederá siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de las víctimas del menor de edad. Agregando, que no se vulneran los derechos de defensa y contradicción toda vez que mediante el informe rendido por el entrevistador, quien además puede ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe entregados al Fiscal (literal f) (sic) del art. 2 de la Ley 1652 de 2013), la defensa puede ejercer plenamente los derechos de defensa y contradicción de la prueba (Sentencia C-177, 2014, Numeral 8.2.5).

Lo anterior no es contrario a derecho, si se tiene en cuenta que el concepto de contradicción y confrontación no es lo mismo (CSJ, Sentencia No. 34131 2014, Numeral 9), lo que hace suponer que desde el concepto de contradicción las disposiciones contenidas en la Ley 1652 de 2013 no contravienen tal garantía, toda vez que se puede controvertir por cualquier otro medio. No sucede lo mismo cuando se analiza el derecho a la confrontación, garantía con la cual está íntimamente ligada al derecho de contradicción, pues uno de esos medios para contradecir al testigo, es el derecho de interrogarlo, contrainterrogarlo, y tenerlo frente a frente, según disposiciones contenidas en la CADH y PIDCP, disposiciones que ostentan la calidad de “garantía mínima del acusado” y que brillaron por su ausencia en el análisis de la Corte Constitucional.

Como se dijo inicialmente, el segundo aspecto que abordó la Corte frente al derecho de defensa y contradicción, fue el análisis de constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1652 de 2013 que otorga

Corte Constitucional analizó bajo el derecho de defensa y contradicción y que se abordaron en el presente artículo.

²⁵ Declaración universal de los derechos humanos del 10 de diciembre de 1948, art. 1, 3, 7, 8; declaración americana de los derechos y deberes del hombre del 30 de abril de 1948, art. VII; pacto internacional de derechos civiles y políticos del 23 de marzo de 1976, art. 2 y 26; convención americana sobre derechos humanos del 22 de noviembre de 1996, art. 19; pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales del 16 de diciembre de 1996, art.10; Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) del 17 de noviembre de 1988, art. 15 y 16; declaración de Ginebra sobre los derechos del niño del 26 de diciembre de 1924, art. 3; Preámbulo de la declaración de los derechos del niño del 29 de noviembre de 1959; Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, art. 3.1, 3.2, 16.1, 19.1, 34, 39, Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía del 25 de mayo del año 2000, art. 3 y 8.

²⁶ Citó sentencias como: C-873 del 30 de septiembre de 2003, C-591 del 9 de junio de 2005, C-1260 del 05 de diciembre de 2005, C-059 del 03 de febrero de 2010.

el carácter de prueba de referencia a la entrevista forense practicada a menor de edad víctima de abuso sexual.

Frente al aspecto anterior, se considera que la Corte Constitucional no realiza ningún esfuerzo normativo para determinar si tal disposición realmente constituye un criterio de admisión excepcional de prueba de referencia. Simplemente menciona las causales de admisión previstas en la Ley 906 de 2004 que corresponden todas a indisponibilidad del testigo, afirmando que lo que hizo el legislador en el art. 3 de la Ley 1652 de 2013 fue establecer otro evento admisible de prueba de referencia (Sentencia C-177, 2014, Numeral 8.4.1).

Llama la atención que la Corte Constitucional aborda la jurisprudencia nacional, tanto de esa misma corporación como de la CSJ, consignando los conceptos tradicionales de la prueba de referencia como el carácter excepcional y su delicada excepción a la regla general de la inmediación de la prueba. Inclusive, trajo a colación lo expuesto en el fallo de la CSJ (Sentencia No. 27477, 2008), “donde se explicó que la prueba de referencia tiene cabida solo excepcionalmente en aquellos eventos en los cuales no hay una plena disposición del declarante por ciertos motivos que son insuperables, atendiendo casos de extrema necesidad, para que no se convierta en regla general y así se evite confrontar realmente a los testigos” (Sentencia C-177, 2014, Numeral 8.4.2. Párr. 3) (subrayas fuera del texto original).

Frente a lo anterior, la pregunta es ¿corresponde el contenido del art. 3 de la Ley 1652 de 2013 al criterio de la CSJ frente a la admisión excepcional de la prueba de referencia? Pues no, una cosa es decir que es prueba de referencia la entrevista rendida por el menor de edad víctima de abuso sexual, y otra muy distinta es la declaración del menor de edad que por su falta de discernimiento o grave afectación psicológica o física le impida ir a juicio, análisis que debió haber hecho la Corte Constitucional y no lo hizo, para finalmente concluir que tratándose de la entrevista forense de los menores de edad víctimas de abuso sexual, no constituye una afrenta a la constitución en virtud de la prevalencia de interés superior del menor de edad que el legislador quiso otorgar.

Así las cosas, lo que realmente preocupa es que para la Corte Constitucional la prevalencia de derechos de los menores sea sinónimo de vulneración de los derechos de los demás, así lo hace ver en el pronunciamiento de constitucionalidad cuando advierte que:

Además, sólo en gracia de discusión, aunque se plantee que dicha entrevista realizada fuera del juicio oral desconociera garantías inherentes al debido proceso, como los derechos de defensa y contradicción y principios como la inmediación y el acceso a la administración de justicia, como se explicó ampliamente, existiría justificación constitucional para ello, atendiendo como circunstancias preponderantes la menor edad de la víctima y la naturaleza execrable del tipo de delitos investigado (Corte Constitucional, Sentencia C-177, 2014, Numeral. 8.2.6. Párr. 3).

Lo anterior no es acorde con la línea jurisprudencial trazada por el derecho anglosajón norteamericano, ni mucho menos con el derecho continental europeo, quienes frente al derecho de confrontación del testigo del menor de edad víctima de abuso sexual, han decantado que debe velarse por el respecto de la vida privada de la presunta víctima, para lo cual se pueden tomar ciertas medidas en pro de su protección, y que se ajusten a un equilibrado y efectivo ejercicio del derecho de defensa (González Nájera Vs. España, Sentencia No. 61047/13, 2014, Párr. 44). Aspecto que no corresponde a la tesis de la Corte Constitucional colombiana, que tiende a significar la prevalencia absoluta del interés superior del menor de edad, inclusive en perjuicio de las garantías del acusado.

Por último, se puede pensar que la Corte Constitucional no abordó la garantía de confrontación por dos aspectos: i) los demandantes no presentaron argumentos de cargo por vulneración a la garantía de confrontación. Sin embargo, tal argumento no era óbice, toda vez que la Corte analizó la demanda bajo los fundamentos de la integración normativa lo que permitía revisar la constitucionalidad de tal garantía por la intrínseca relación que existe entre la confrontación y los principios de inmediación y contradicción de la prueba, y por supuesto componente estructural del derecho al debido proceso como se ha propuesto en el presente

artículo de investigación según Bedoya (2013) y Duce (2014) y que inescindiblemente convocan al análisis de los arts. 8.2.f) y 14.3.e) de la CADH y el PIDCP respectivamente; Y ii) La garantía de confrontación a diferencia de la constitución de los Estados Unidos, no se encuentra expresamente definida en la Constitución colombiana, no obstante, por ser parte Colombia del PIDCP y de la CADH, acogidos por la Constitución colombiana en su art. 93, si merece un análisis de presunta vulneración a la constitución por encontrarse tal garantía expresamente definida en convenios de los que Colombia hace parte.

Sin embargo, todo lo anterior evidencia el poco desarrollo jurisprudencial y la inobservancia al derecho fundamental de confrontación del acusado como garantía en el proceso penal colombiano.

CONCLUSIONES

- a. El Congreso de la República para la expedición de la Ley 1652 de 2013, no analizó en lo absoluto la garantía de confrontación del acusado contenida en los arts. 8.2.f) y 14.3.e) de la CADH y el PIDCP respectivamente.
- b. El evento de admisión de prueba de referencia institucionalizado en el art. 3 de la Ley 1652 de 2013, no corresponde a un criterio excepcional de admisión, y su generalidad así planteada vulnera el derecho a la confrontación y el principio de inmediación.
- c. Conforme al derecho comparado, aún en delitos de los que son víctimas los menores de edad inclusive de agresión sexual, se debe garantizar el derecho a la confrontación en algún momento de la actuación procesal penal.
- d. Conforme a la doctrina, la garantía de confrontación es un elemento estructural del debido proceso, y la principal manifestación del derecho de defensa.
- e. Si bien es cierto el interés superior del menor debe prevalecer frente a los demás, en el proceso penal cuando estén en riesgo garantías del acusado, debe ajustarse a un equilibrado y efectivo ejercicio del derecho de defensa.
- f. La prueba de referencia admitida excepcionalmente vulnera el principio de inmediación, pero el de confrontación es posible garantizarlo con anterioridad al juicio oral, inclusive en los delitos de agresión sexual donde son víctimas los menores de edad de forma modulada como se ha planteado en el derecho comparado.
- g. Si lo que se pretende es institucionalizar una prueba de referencia distinta a la indisponibilidad física del testigo, la ley debe garantizar el ejercicio de la garantía de confrontación del acusado antes de la audiencia de juicio oral.
- h. El parágrafo 1 del art. 2 y artículo 3 de la Ley 1652 de 2013, son contrarios a la Constitución Política de Colombia en razón a que la garantía de confrontación es un derecho fundamental contenido en la CADH y el PIDCP, además por ser un elemento estructural del debido proceso, contrariando normas constitucionales previstas en los artículos 93 y 29 respectivamente.
- i. Una propuesta para la solución del conflicto jurídico que se plantea en el presente artículo, se concreta en dos aspectos: i) la ley debe dar la oportunidad a la defensa de estar presente en la entrevista que la Fiscalía haga por medio del profesional del CTI especializado en entrevista forense realizada al menor por una única vez en etapa anterior al juicio oral y permitir a la defensa realizar preguntas y solicitar aclaraciones al menor por medio de quien entrevista. Lo anterior, en aras de garantizar el derecho de confrontación del acusado en caso de que se pretenda llevar la entrevista del menor como prueba de referencia al juicio oral; y ii) en virtud del principio de legalidad y carácter excepcional de la cual se encuentra investida la prueba de referencia, la causal de admisión debe contener limitantes específicas, que para el caso en concreto, solo debe ser admisible la declaración del menor de edad que por su falta de discernimiento o grave afectación psicológica o física le impida ir a juicio, pues no basta solo con prescribir que es prueba de referencia toda entrevista de menor de edad víctima de abuso sexual como actualmente lo prescribe el art. 3 de la Ley 1652 de 2013, que a la postre rompe con todos los criterios de excepcionalidad de la prueba de referencia.

REFERENCIAS

Libros

Arias Duque, J. C. (2007). *Pruebas en el sistema procesal penal colombiano* (1° ed.). Bogotá D.C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.

Armenta Deu, T. (2010). *Lecciones de derecho procesal penal*. (5° ed.). Madrid, España: Ediciones jurídicas y Sociales S.A.

Bedoya Sierra, L. F. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral*. Medellín, Colombia: Comlibros y CIA LTDA.

Bernal Cuellar, J. y Montealegre Lynett, E. (2013). *Estructura y garantías procesales*. (6° ed.). Bogotá D.C., Colombia: Departamento de publicaciones de la universidad Externado .

Bernal Cuellar, J. y Montealegre Lynett, E. (2013a). *Fundamentos constitucionales y teoría General*. (6° ed.). Bogotá D.C.: Departamento de publicaciones de la universidad Externado de Colombia .

Duce J, M. y Riego R, C. (2012). *Proceso Penal*. Santiago , Chile: Jurídica de Chile.

Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (7° ed.). Madrid, España: Trotta.

Gómez Colomer, J. L., Esparza Leibar, I., Planchadell Gargallo, A., Pérez Cebadera, M. A, Beltrán Montoliu, A., Gánem Hernández, E. & et al (2012). *Introducción al Proceso penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica. Capítulo 18. El Juicio*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

González Navarro, A. L. (2005). *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*. Bogotá, Colombia: Leyer.

Garapon, A. & Papadopoulos, L. (2006). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. (Primera edición en español. ed.). Bogotá D.C.: LEGIS.

López Barja de Quiroga, J. (2013). *La cláusula de confrontación en el proceso penal* (1° ed. ed.). Aranzadi S.A.

Maier. J. B. J. (2004). *Derecho procesal penal. I. Parte General Fundamentos*. (2° ed.). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l.

Mellado Ascencio, J. M. (2010). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Montero Aroca, J., Gómez Cólomer, J. L., Montón Perdomo, A. y Vilar Barona, S. (2011). *Derecho Jurisdiccional III* (19° ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Novoa Velásquez. N. A. (2012). *La Prueba Testimonial*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Artículos de revista

Chozas Alonso, J. M. (2010). “El empleo de la videoconferencia en la declaración de los testigos-víctimas en el proceso penal español”. *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América.*, pp. 167-174.

Díaz Canton, F. (2009). “Declaraciones de menores de edad víctimas de abusos en cámara de gessell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo”. *Revista de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, n°1., pp. 227-255.

Díaz González, A. M. (Enero - Junio de 2014). “El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación”. *Revista Cuadernos de Derecho Penal universidad Sergio Arboleda*, pp. 35-87.

Duce J, M. (Julio de 2014). “Derecho de confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado”. *Revista Centro de estudios de derecho penal*, Universidad de Talca, pp. 118-146.

Illuminati, G. (2014). “Sistema acusatorio y Adversary system”. *En Memorias XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones, Univeridad Libre, pp. 107-125.

Jaramillo Díaz, J.G. (2014). “Sistemática procesal penal acusatoria comparada en Suramérica”. En: *Memorias XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá D.C.: Departamento de publicaciones, Universidad Libre, pp. 99-105.

Ormazabal Sánchez, G. (2010). “El derecho de Confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español”. Especial referencia al menor testigo. En: *La víctima menor de edad*.

Un Estudio comparado Europa-América, Madrid, España: Colex, pp. 135-147.

Villacampa Estiarte, C. (2005). "Víctima de menor de edad y proceso penal: Especialidades en la declaración testifical de menores víctimas". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.º Época, n.º 16, pp. 265-299.

Legislación

Acto Legislativo 03 de 2002. Por la cual se Reforma la Constitución Nacional. Diario oficial No. 45.040. Congreso de la República de Colombia, diciembre de 2002.

Congreso de la República. (2013, 12 de julio). Conciliación del proyecto legislativo 01 de 2011 seenado y 245 de 2012 Cámara. *Secretaría Senado*. Recuperado el 10 de Agosto de 2015, de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1652_2013.html].

Constitución Política de 1991. República de Colombia, julio de 1991.

Consitución de Italia de 1947. En *L'Italiano INFAMIGLIA*. Recuperado el 29 de Agosto de 2015, de [<http://www.italianoinfamiglia.it/documenti/costituzione-in-spagnolo.pdf>].

Convención Americana sobre Derechos Humanos, noviembre 1969. En Organización de los Estados Americanos. *OAS.ORG*. Recuperado el 18 de septiembre de 2014, de [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf].

Decreto 2067 de 1991, Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. Presidencia de la República, de Colombia, septiembre de 1991.

Ley de 1882. Ley de enjuiciamiento criminal. BOE No. 260. Real decreto de 14 de septiembrrre de 1882.

Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial No. 44.097. Congreso de la República de Colombia, julio de 2000.

Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario oficial No. 45.658. Congreso de la República. Agosto de 2004.

Ley 9197 de 2004. Reglameta procedimiento espeical para NNA, cíctimas de abuso sexual.

Legislatura de la Provincia de Cordoba – Argentina, noviembre de 2004.

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario oficial No. 46.446. Cogreso de la República de Colombia, noviembre de 2006.

Ley 1652 de 2013. Por medio de la cual se dictan dispociones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Diario Oficial No. 48849. Congreso de la República de Colombia, julio de 2013.

Ley 19293 de 2015. Por la cual se expide el Código Procesal Penal de Uruguay. En Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones IMPO. Enero de 2015. Recuperado el 25 de Agosto de 2015, de [<http://www.impo.com.uy/bases/leyes/19293-2014>].

Ley 4 de 2015. Por la cual se creó el Estatuto de la Víctima de España.En Agencia Oficial del Estado BOE. Abril de 2015. Recuperado el 16 de noviembre del año 2015, de [<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, marzo de 1976. En *ohchr.org*. Recuperado el 18 de septiembre de 2014, de [<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>].

Reglas de evidencia de Puerto Rico Julio de 2009. En Rama Judicial. Recuperado el 29 de Agosto de 2015, de [<http://www.ramajudicial.pr/sistema/supremo/Reglas-de-Evidencia-2009-segun-enmendadas-Legislatura.pdf>].

Senado de la República. (2011, 20 de lujio). Proyecto de ley 001 de 2011 Senado. *Secretaría Senado*. Recuperado el 08 de agosto de 2015, de [<http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mos->

trar_documento?p_tipo=05&p_numero=01&p_consec=29472].

Senado de la República. (2011a, 25 de octubre). Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 01 de 2011 Senado. *Secretaría Senado*. Recuperado el 08 de agosto de 2015, de [http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=01&p_consec=30789].

Senado de la República. (08 de agosto de 2012). Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 245 de 2012 Cámara y 01 de 2011 Senado. *Secretaría Senado*. Recuperado el 08 de agosto de 2015, de [http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=245&p_consec=33704]

JURISPRUDENCIA

Sentencia C-1052 (2001, 4 de octubre). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional.

Sentencia C-537 (2006, 12 de diciembre). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Humerto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional.

Sentencia C-012 (2010, 20 de enero). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.

Sentencia C-144 (2010, 3 de marzo). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Corte Constitucional.

Sentencia C-892 (2012, 31 de octubre). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional.

Sentencia T-117 (2013, 7 de marzo) Sala de Tutelas. M.P. Alexei Egor Julio Estrada. Corte Constitucional.

Sentencia C-177 (2014, 26 de marzo 26). Demanda de inconstitucionalidad. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional.

Sentencia 27477 (2008, 6 de marzo). Casación. M.P. Augusto Ibañez Guzmán. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 41764 (2013, 28 de agosto). Casación. M.P. José Luis Barceló Camacho. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 34131 (2014, 2 de julio). Casación. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

Sentencia 041 (2003, 27 de febrero) Recurso de amparo. M.P. Manuel Jimenez de Parga & et al. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia 068 (2010, 18 de octubre). Recurso de amparo. M.P. Guillermo Jiménez Sánchez & et al. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia 174 (2011, 7 de noviembre). Recurso de amparo. M.P. Eugeni Gay Montalvo & et al. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia 57 (2013, 11 de marzo) Recurso de amparo. M.P. Ramón Rodríguez Arribas & et al. Tribunal Constitucional Español.

Sentencia ROJ: 6112/2012 (2012, 20 de septiembre). Casación. M.P. Diego Antonio Ramos Gancedo. Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Español.

Sentencia 43 (2002, 2 de julio). Sección 1ª. Caso, S.N. contra Suecia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia 61047/13 (2014, 11 de febrero). Sección Tercera. Caso, González Nájera, Contra España. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.