

**APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD O TEST DE
CONVENCIONALIDAD A LA PRUEBA DE REFERENCIA CONSAGRADA EN
LA LEY 906 DE 2004.**

YENI FERNANDA GARCÍA PALACIO

Trabajo de grado para optar al título de Abogada.

Asesora

ÁNGELA BENAVIDES CERÓN

PhD en Política y Gobierno

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN**

2020

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
PALABRAS CLAVES.....	3
INTRODUCCIÓN	4
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	6
PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	10
MODELO PROCESAL PENAL DE CARÁCTER ACUSATORIO.....	13
LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL	
COLOMBIANO.....	15
JUICIO DE CONVENCIONALIDAD	19
CONCLUSIONES.....	26
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	27

RESÚMEN

El control de convencionalidad o test de convencionalidad, como instrumento interamericano que armoniza el derecho internacional con el derecho doméstico, descargó en las autoridades internas de los Estados ratificantes de los tratados interamericanos de protección de derechos humanos la responsabilidad de examinar bajo un enfoque crítico y de protección de derechos humanos, todo el funcionamiento del ordenamiento jurídico nacional a fin de acatar los compromisos de protección y garantía de los derechos humanos consignados en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, la “prueba de referencia” como institución que se inserta en el ordenamiento jurídico colombiano con la Ley 906 de 2004 y el Acto Legislativo 03 de 2002, no es ajena a la aplicación del control de convencionalidad, máxime cuando su implementación en los procesos penales tiene un carácter restrictivo dada la evidente afectación al derecho de defensa, confrontación y contradicción. Por ello, el objeto del presente escrito será “la aplicación del control de convencionalidad a la prueba de referencia”, específicamente, el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 que establece una cláusula general de aplicación de la prueba de referencia, la cual desconoce la excepcionalidad de la institución.

PALABRAS CLAVES

Control de convencionalidad, Test de Convencionalidad, Prueba de referencia, Ley 906 de 2004, Acto legislativo 03 de 2002, Principio de legalidad, Derecho de defensa, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno jurídico de incorporación de normas de carácter internacional expedidas por organismos del sistema universal y regional del orden interamericano de protección de derechos humanos al ordenamiento jurídico propio de los Estados, ha traído consigo la responsabilidad de los mismos de adecuar o armonizar su configuración normativa a los postulados ratificados, máxime cuando estos ostentan fuerza vinculante con la virtualidad de desencadenar responsabilidad internacional por una acción u omisión del Estado cuando dicha actuación vulnera derechos humanos. Tal es la situación de cara a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y su interpretación autorizada emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o CoIDH), de tal suerte que los Estados que se adhieren al tratado están en el deber de proteger y garantizar los derechos humanos de todo individuo so pena de ser declarada su responsabilidad internacional por el desconocimiento de los compromisos asumidos.

Ahora bien, en el presente trabajo se pretende estudiar cómo la integración de normas sobre protección de derechos humanos en el sistema jurídico colombiano exige no solo al órgano legislativo, en el ejercicio de su configuración normativa respecto a la institución de la prueba de referencia, aplicar estándares de garantías procesales mínimas para la protección de derechos humanos, en específico, la garantía del principio de legalidad en la consagración de la prueba de referencia en el sistema procesal penal colombiano. Sino, además, al operador judicial al momento de decretar la prueba de referencia, observar los estándares interamericanos y los principios pro persona e interpretación evolutiva, en aras de preservar las garantías que comporta el debido proceso de quien está siendo juzgado. En consecuencia, el despliegue del presente trabajo iniciará con una reseña de la figura del control de convencionalidad que nació en el seno

del sistema interamericano de protección de derechos humanos, para continuar con un acápite relativo al estándar interamericano de cara al principio de legalidad para aplicar el test o control de convencionalidad a la prueba de referencia. Con posterioridad, se hará mención al modelo penal acusatorio como marco que determina la dinámica en que se sumerge la prueba de referencia, para finalmente remitir a la prueba de referencia en el sistema penal colombiano; y, se tendrá como capítulo final, la aplicación del control o test de convencionalidad y una breve conclusión que integrará el resultado del presente artículo.

El trabajo de aplicar el control o test de convencionalidad a la institución de la prueba de referencia, entendiendo que son las autoridades del Estado quienes inicialmente lo aplican, a partir de los postulados internacionales de protección de derechos, se constituye en una labor que permite comprender las obligaciones internacionales que asumió el Estado colombiano con la suscripción de la CADH, cómo se deben materializar en su ordenamiento jurídico las garantías allí consagrados mediante las autoridades internas, y la responsabilidad internacional que deriva para el Estado ante una eventual vulneración de derechos humanos una vez agotados los recursos internos que se presumen efectivos para su protección, sin obtener una respuesta satisfactoria por parte del Estado.

El control o test de convencionalidad aplicado a la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, tal como lo prevé el literal b de su artículo 438, permite concluir una vulneración al principio legalidad, como en lo extenso del escrito se explicará, que deberá subsanarse a través de las autoridades competentes del Estado y con los remedios jurídicos dispuestos para corregir episodios de vulneraciones de derechos humanos, pues ha de estimarse que los principales llamados a aplicar el Control de Convencionalidad a efectos de proteger y

garantizar los derechos humanos son las mismas autoridades nacionales en virtud del carácter subsidiario que ostentan los organismos interamericanos de protección de derechos humanos.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como primer acercamiento al concepto de Control de Convencionalidad se estima pertinente traer a colación la definición otorgada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, a saber:

Una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquella” (IIDH, 2015, p. 49).

El control o test de convencionalidad, el cual debe emplearse en primer momento por las autoridades estatales y en última instancia por la COIDH, como baremo para constatar el acatamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el despliegue de sus actuaciones en el ámbito interno, deja entrever sus primeros destellos de vida para el tráfico jurídico a través de los fallos *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (COIDH, 2003), *Tibi vs Ecuador* (COIDH, 2004), y *López Álvarez vs Honduras* (COIDH, 2006), emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Juez Sergio García Ramírez concibió en los votos razonados de las sentencias citadas, aquel mecanismo que dotaría a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la interpretación autorizada de la Corte en materia de Derechos Humanos, y los demás tratados interamericanos sobre derechos humanos, la aclamada vinculatoriedad que tan importante asunto merecía, en tanto concretó las obligaciones de respeto, garantía y adecuación contenidas en los

artículos 1.1. y 2 de la CADH, en la totalidad de los funcionarios del Estado sin excepción. De esta manera, la teoría de la coordinación entre el Derecho interno e internacional recobró sentido al exigirse a los funcionarios del Estado un ejercicio de cotejo permanente entre las normas y prácticas internas, y los tratados y estándares interamericanos existentes, incluyendo la jurisprudencia marcada por la Alta Corte Interamericana.

Para ser enfáticos, el Control de Convencionalidad lo ejercen en primer lugar las mismas autoridades de los Estados suscriptores de los tratados interamericano de protección de derechos humanos, y son ellos a quienes se aclama transformar o reparar toda condición de vulneración de derechos humanos. Como último recurso será la COIDH quien se involucre en la implementación del control de convencionalidad en el escenario de peticiones individuales conforme a lo dispuesto en la CADH.

Sin embargo, como término conceptual, el control de convencionalidad vino a anclarse unos años más tarde tras el pronunciamiento en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* (COIDH, 2006). Allí se hizo referencia expresa al test con el término de “control de convencionalidad”, y se definió como el mecanismo para “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin” (COIDH, 2006), esto es, le corresponde al Estado a través de sus funcionarios vigilar la compatibilidad de las normas y demás prácticas que se gesten en lo doméstico, con la CADH, la interpretación autorizada que emite la COIDH, y la plenitud de los tratados interamericanos ratificados por el Estado; obligación que recaerá sobre toda autoridad pública, con carácter *ex officio* y que culminará, como una de sus posibilidades, en la anulación de toda norma opuesta a la CADH.

En cuanto al carácter vinculante de las interpretaciones y sentencias de la COIDH, indicó que “el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (COIDH, 2006), lo cual supone un análisis extendido del estándar interamericano que de manera alguna se puede limitar a la mera disposición normativa. Es de anotar que el control de convencionalidad involucra todos los tratados internacionales del sistema interamericano que hayan suscrito los Estados, y no meramente a la CADH, verbigracia, Convención Belém Do Pará, Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entre otros. (COIDH, 2019).

Precisando ahora lo concerniente a los efectos que en los sistemas internos traza el control de convencionalidad, como bien se reseñó, pueden comprender hasta la supresión de las normas y prácticas que se observen contrarias a los postulados internacionales sobre derechos humanos por parte del Estado, como la adecuación de la interpretación normativa en favor del efecto útil de las disposiciones convencionales referidas. Lo anterior bajo la égida del artículo 2 de la CADH relativo a la obligación de los Estados suscriptores de armonizar su organización jurídica con los tratados interamericanos, no siendo más que garantizar los derechos humanos (IIDH, 2015).

Es de resaltar que la columna sobre la cual reposa el control de convencionalidad no sólo es el artículo 2 de la CADH, sino, además, el principio de “complementariedad” imperante en el área internacional, el cual predica que los Estados son los principales garantes de derechos humanos y quienes son llamados a enmendar cualquier ocasión de peligro o vulneración de derechos humanos a través de los mecanismos internos a su alcance; así las cosas, el control de convencionalidad se ofrece como posibilidad de sanear por el mismo Estado y a iniciativa propia, con la eliminación o modificación de disposiciones y prácticas, las vulneraciones a derechos humanos perpetradas por el Estado, *ex ante* activar el aparato interamericano en sus sistema de peticiones individuales (COIDH, 2019).

Ahora bien, han surgido multitud de sentencias de la COIDH que han puntualizado detalles sobre la forma en que opera el control de convencionalidad, a saber, en las sentencias Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú (COIDH, 2006), Heliodoro Portugal vs Panamá (COIDH, 2008), Rosendo Radilla Pacheco vs México (COIDH, 2009), entre otras, la Corte estableció como requisitos para la aplicación del control: (i) que este se hiciera *ex officio* por los órganos del poder judicial del Estado, en ejercicio de sus competencias y las normas procesales vigentes, (ii) que tuviera un talante **complementario al control de constitucionalidad** que cada Estado implemente en sus ordenamientos jurídicos, y (iii) que su procedencia se gestara en escenarios **carentes de garantías** (IIDH, 2015).

En lo que concierne a la aplicación *ex officio*, es relevante señalar que tal precisión implica, además, el que la aplicación del control de convencionalidad sea inmediata, sin que deba mediar cambios en el ordenamiento doméstico como condicionante para el respeto y garantía de los derechos humanos. De modo que las reformas que deba o no adoptar un Estado para responder a los compromisos internacionales no debe ser óbice para que las autoridades encargadas de aplicar el control de convencionalidad lo posterguen a una eventual reforma al sistema (IIDH, 2015, p. 75)

A su vez, en el año 2011 con en el caso Gelman vs Uruguay (COIDH, 2011), la COIDH instituyó la aplicación del control de convencionalidad como una obligación de **cualquier autoridad pública**, eliminando la concepción de que se trata de una tarea que sólo involucra al poder judicial. Dicho estándar permaneció en pronunciamientos como Mendoza vs Argentina (COIDH, 2013), Masacre de Santo Domingo vs Colombia (COIDH, 2012), Liakat Ali Alibux vs Suriname (COIDH, 2014), entre otras (IIDH, 2015).

Para añadir a las anteriores características, se traerá a colación la sentencia Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala (COIDH, 2012) en que la COIDH **amplió el espectro del test de convencionalidad** al exigir a todos los órganos del Estado el deber de constatar que los derechos contenidos en otros instrumentos interamericanos a parte de la CADH, verbigracia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Belém Do Pará, y todos aquellos tratados que incorporan el *corpus juris* de los derechos humanos, sean aplicados y se proteja el efecto útil de sus disposiciones (IIDH, 2015).

Llegados a este punto, teniendo en cuenta que se abordará la figura de la prueba de referencia para aplicar el control de convencionalidad, es oportuno resaltar e insistir que el control de convencionalidad se efectuará respecto a la garantía del principio de legalidad, es decir, se constatará si la regulación que existe sobre la prueba de referencia y las modificaciones que en lo correspondiente se han adelantado, garantiza y respeta el principio de legalidad consagrado en la CADH. En ese orden de ideas, se dará a conocer en las siguientes líneas el entendimiento del principio de legalidad y el estándar interamericano que debe acoger el Estado Colombiano.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad y prohibición de retroactividad inserto en el artículo 9 de la CADH, proscribire la aplicación de condena sobre toda persona con fundamento en una acción u omisión que, al momento de cometerse, no se encontrara tipificada en materia penal como delito. En igual sentido, la disposición referida también prohíbe que se implementen penas más graves de aquellas aplicables de conformidad con la Ley al momento de la comisión del delito y ordena

que, en el evento en que una Ley, que emane con posterioridad, consagre una pena más leve, le sea aplique al procesado o condenado (COIDH, 2014a; 2014b; 2016a; 2016b).

La COIDH ha emitido múltiples pronunciamientos de cara al entendimiento del principio de legalidad, en los cuales ha señalado que toda calificación de un hecho como ilícito y los efectos jurídicos que para él se determinen deben ser previos a la conducta ilícita del sujeto, pues en caso de obviarse tal garantía se priva a la persona de la posibilidad de ceñir su proceder a un orden jurídico vigente y cierto. De igual forma, en lo concerniente al principio de retroactividad de la ley penal más favorable, señaló que, dicha garantía compromete no sólo la obligación de aplicar la disposición penal más favorable sino también, el deber de utilizar la norma posterior que elimina el carácter criminal de la conducta que se había estimado como delito, entre otras (COIDH, 2016a; 2016b; 2015; 2016).

Bajo este entendido corresponderá al juzgador, ajustarse y observar con severidad la ley penal cuando de enmarcar la conducta en el tipo penal se trate, a fin de prevenir la penalización de actos no punibles por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, recae sobre el legislador la obligación de que la configuración de la norma penal sea clara y que sus presupuestos de realización sean específicos. Así entonces, la norma penal debe ser expresa, taxativa y clara, pues cualquier ambigüedad que en su formulación permanezca, será la puerta de entrada al proceder arbitrario y desmesurado de las autoridades (COIDH, 2004, pp. 171-182).

En concordancia con la interpretación acogida por la COIDH, se encuentra la tesis defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que ha sumado a la discusión la premisa de que el derecho penal, por esencia, exige que su interpretación o análisis no se realice de manera extensiva en perjuicio del procesado, además de señalar que el principio de legalidad eleva como mandato a las autoridades encargadas de su formulación, que la misma

le haga justicia a la obligación de precisar las disposiciones normativas (CIDH, 2013 p. 208; COIDH, 2016).

Es de resaltar que en la aplicación del principio de legalidad en la normatividad que reglamenta los procedimientos, expone la COIDH que no surge como mandato la adecuación de la ley previa en la investigación y enjuiciamiento del ilícito penal, dado que es válida la utilización inmediata de las normas procedimentales cuando se da apertura a la investigación y juicio, pues el referente para la aplicación de la norma procedimental es el momento en el que se despliega el acto procesal y no la comisión del ilícito penal, esto es, los diferentes actos procesales que integran el procedimiento se guían de acuerdo con la norma vigente para el momento de su realización, de tal suerte que al ser el proceso judicial una realidad variable en el tiempo, la implementación de una norma procedimental posterior a la consecuencia del ilícito penal, no contraviene el mandato inexorable contenido en el principio de legalidad (COIDH, 2014), y resulta acorde con el principio de favorabilidad.

Asimismo, ha sido enfática la COIDH en señalar que el ejercicio de la potestad discrecional del Estado debe estarse a lo dictado tanto por el principio de legalidad, los criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, como a la garantía del derecho de defensa, máxime cuando se está en presencia del poder sancionatorio, pues allí la potestad punitiva del Estado debe estar reglada en su integridad y de acuerdo al debido proceso (COIDH, 2014).

Es preciso advertir que el estándar interamericano demarcado en cuanto al principio de legalidad en materia penal, ha concebido la taxatividad desde la óptica de formulación o redacción del tipo penal y las consecuencias que su comisión acarrea; no obstante, tales requerimientos en aras de proteger y garantizar el principio de legalidad no han sido abordados aún respecto de las normas penales procesales y procedimentales. Por lo que nos encontramos

ante una ausencia interpretativa por parte de la COIDH que allane el terreno por el cual debe circular la formulación de las normas que ostentan un carácter procesal en materia penal. No obstante, pese a no existir un estándar definido que aplique a las normas procesales, el control de convencionalidad también se aplica, pero conforme al método que prevé la COIDH ante los eventos en que como este, no se encuentra establecido un estándar.

MODELO PROCESAL PENAL DE CARÁCTER ACUSATORIO.

El modelo penal de raigambre acusatorio que articuló el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 se caracteriza por una evidente separación entre la acusación, que corresponde a la Fiscalía General de la Nación; y la etapa de juzgamiento, asignada por excelencia al órgano jurisdiccional (Díaz, 2014, p. 5) siendo este último un tercero imparcial que juzga la causa en atención a los pruebas que las partes alleguen al proceso, de tal suerte que estará desprovisto del conocimiento previo del caso, garantizando una providencia judicial que se ajuste meramente a las pruebas y argumentos suscitados en el juicio público.

Siguiendo lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C 144 de 2010. Se añade a lo expuesto, como otra característica propia del modelo procesal penal de carácter acusatorio, la inactividad que conserva el juez durante el proceso penal, pues actuará únicamente a petición de parte y no ex officio. El juez de control de garantías asume la protección de las libertades individuales del acusado; y el juez de conocimiento se adjudica el deber de continuar el juicio oral con absoluto apego a las garantías tanto procesales y sustanciales que integra el debido proceso (Corte Constitucional, 2010).

En suma, el proceso penal con tendencia acusatoria se entiende como aquel en el que el juez no puede actuar *ex officio*, y sus decisiones portan la connotación de representar la voz del

pueblo; la libertad del procesado es piedra angular y regla general hasta tanto se dicte sentencia judicial en su contra; se garantiza la igualdad de armas como dispositivo para traer convencimiento al juez, y la sentencia judicial debe tener como exclusivo cimiento, las pruebas y argumentos que la Fiscalía y la defensa trasladaron al juicio oral (Díaz, 2014. p. 46).

El modelo en mención se erige como el marco esencial en el que se estructura la prueba de referencia, en el cual la tendencia adversarial del modelo penal acusatorio (Martínez, 2017) eleva como máxima de imperativo cumplimiento el que se tenga como prueba únicamente aquella que se practique dentro del juicio oral, en forma pública, concentrada, ante el juez de conocimiento, y en respeto a las prerrogativas de confrontación y contradicción, en leal armonía con el artículo 29 de la Carta Constitucional, lo cual justifica la supresión del principio de permanencia de la prueba que tuvo vigencia con la Ley 600 de 1992 y que permitía que aquellas pruebas recolectadas por el instructor y utilizadas para formular la acusación, continúen con el carácter de prueba durante el juicio (Corte Suprema de Justicia, 2017).

Esta exigencia probatoria encuentra sustento en las finalidades que se concedieron al modelo penal acusatorio entre las cuales se ubica la escisión contundente de las etapas de investigación y juzgamiento (Corte Constitucional, 2010), de manera que los elementos que se recauden por la Fiscalía General de la Nación en el desarrollo de su función investigativa se trasladan hacia la etapa del juicio oral ante el juez de conocimiento, quien realizará las gestiones pertinentes de cara a controlar las actuaciones de las partes de tal forma que se proteja la efectividad de los derechos sustanciales involucrados.

En cuanto a la prueba de referencia, no se practica bajo la dinámica del juicio oral pues se trata de una excepción a la regla general del artículo 16 de la Ley 906 de 2004 en tanto se constituye en una declaración que se realiza por fuera del juicio oral o medio de convicción que

pretende dar a conocer una declaración rendida por fuera del juicio público, y que se introduce en el mismo sin que proceda la confrontación y contradicción del declarante dadas situaciones específicas que imposibilitan la práctica del interrogatorio y contrainterrogatorio, conforme se explicará más adelante. De ahí que la institución de la prueba de referencia sea una paradoja para el modelo procesal penal que requiere un tratamiento diferenciado y excepcional en virtud de la protección del derecho de defensa.

LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO.

El surgir de la prueba de referencia en el sistema procesal penal colombiano se ubica en la expedición de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal en la disposición 437, que para los efectos se redacta en los siguientes términos:

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

A su orden, la Corte Suprema de Justicia en proceso SP 25232018 (46814), junio 27 de 2018 con M.P. **PATRICIA SALAZAR C.** del 27 de junio de 2018, refirió que “la prueba de referencia es toda declaración realizada fuera de juicio”, la cual tiene como fin último probar o eliminar elementos o presupuestos del delito, el grado de intervención que se tuvo en el mismo, las condiciones que atenúan o agravan la pena, entre otros; siempre y cuando su práctica en el juicio oral se torne imposible (CSJ, 2018).

Las declaraciones que se practiquen por fuera de juicio oral y que pretendan introducirse al proceso como prueba de referencia no se circunscriben a aquellas manifestaciones presentadas formalmente ante una autoridad pública, sean entrevistas o declaraciones juradas, pudiendo entonces presentarse una declaración extrajuicio frente a un particular. Por tanto, ostentan la calidad de prueba de referencia: (i) la narración de un particular a otro de hechos penalmente relevantes, (ii) aquellas entrevistas que efectúe la policía judicial, (ii) declaraciones que se efectúen ante el juez de control de garantías, o un Fiscal o un juez de otro proceso, (iii) y las declaraciones que reposan en documento (Bedoya, 2008 p. 136).

A su vez, la Corte Suprema de Justicia reseñó los presupuestos que debe concretar la prueba de referencia, los cuales son: (i) declaración externa al juicio oral, (ii) los aspectos de la declaración se relacionen de forma directa con lo observado, (iii) la existencia de medio o modo de prueba que se tenga como evidencia para probar la verdad de los elementos fácticos objeto de la declaración, y (iv) que con la declaración se persiga afirmar o negar asuntos fundamentales del debate, conforme se describe en la norma (CSJ, 2018a; 2018b).

Acota la Alta Corte Suprema que, se tiene además como prueba de referencia, todo medio de convicción que se presenta al proceso con el objetivo de dar a conocer una declaración que se realizó de forma externa al juicio oral, y la veracidad de lo dicho en el evento de encontrarse en imposibilidad el deponente de comparecer al proceso judicial (CSJ, 2018).

En sentencia de la SP 169651017 (44005) del 18 de octubre de 2017, la Corte Suprema de Justicia discriminó entre la institución de la prueba de referencia, y los medios de conocimiento a través de los cuales se expone la declaración al órgano judicial con el afán de demostrar su existencia. Distinción que reviste importancia en tanto en el marco del juicio se pueden suscitar

debates en torno a la credibilidad de quien presuntamente escuchó la versión - medios de conocimiento -, y la versión que rinde el testigo que concurre a la audiencia.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en dicho pronunciamiento, determinó el procedimiento a seguir para la integración de la prueba de referencia en el juicio oral, manifestando que: (i) se deben descubrir los elementos materiales probatorios en el momento procesal oportuno, solicitar el decreto de la prueba de referencia aduciendo la pertinencia y utilidad de la prueba, (iii) evidenciar la procedencia de la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia, (iv) detallar qué medios de prueba ha de utilizar para probar la existencia y contenido de la declaración previa al juicio, y (v) ingresar la declaración rendida por fuera del juicio oral en el debate probatorio atendiendo a las reglas y técnicas de incorporación que al respecto rigen el asunto.

Ahora bien, a la prueba de referencia la atraviesa la cláusula general de exclusión o prohibición según lo establecido en el artículo 16 de Ley 906 de 2004 que concede el carácter de prueba, solo aquella practicada en el juicio en forma oral, pública, concentrada, facilitando la confrontación y contradicción frente al juez de conocimiento del proceso con las solemnidades que le son propias. En igual sentido, el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 excluye cualquier valor probatorio a las exposiciones en tanto no se practican bajo la dinámica del contrainterrogatorio, y la disposición 402 de la misma ley determina que quienes declaren en el proceso limitarán su dicho a los hechos que de forma directa pudieron percibir.

Se conserva en ese orden un recelo frente a la práctica de la prueba de referencia que tiene como génesis la dificultad para confrontar y contrainterrogar a quien pronuncia la declaración, y la deformación de la organización adversarial del proceso al convertirse en talanquera para dialogar en torno a los hechos manifestados por el deponente (Méndez, 2017).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 25232018 (46814) de junio 27 de 2018 señaló:

la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba generalmente implica la afectación al derecho a la confrontación del testigo, básicamente porque la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formular preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato cuando la versión es producto del interrogatorio.

En la misma línea, la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 2010 hizo alusión a la aplicación excepcional de la prueba de referencia en virtud de la afectación o merma de los principios de contradicción, inmediación y concentración. De modo que su implementación deberá fundamentarse en la necesidad de su práctica cuando por situaciones físicas, mentales o psicológicas no se viable la comparecencia del declarante. Por su parte, el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal torna claro el uso excepcional bajo el cual se concibió la prueba de referencia al expresar:

Art. 438. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) ha fallecido; e) es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad, formación sexual tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las

declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

La Corte Suprema de Justicia reconoce en la prueba de referencia las repercusiones en cuanto a su valoración dada la inoperancia del principio de inmediación objetiva y subjetiva, las objeciones para confrontar a quien rindió el testimonio y la escasez de análisis del fallador de los procesos de percepción, rememoración y sinceridad del declarante (CSJ, 2018).

A pesar de las observaciones de cara al carácter restrictivo o limitado que debe tener la prueba de referencia, el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal en su literal b incorpora el siguiente aparte para referir los presupuestos en que opera la aplicación de la prueba de referencia: “b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada **o evento similar**”. El término “**evento similar**” que se incrusta en el apartado del artículo 438 suscita vaguedades y multitud de interpretaciones que corresponderá resolver al juez penal que conozca la causa, situación que a primera vista desatiende el principio de legalidad en un modelo que per se restringe y limita derechos fundamentales del procesado. Motivo por el cual, se aplicará el control de convencionalidad al término en mención, teniendo como baremo de análisis el principio de legalidad y la menesterosidad de que se garantice en todos los Estados ratificantes de los tratados interamericanos.

JUICIO DE CONVENCIONALIDAD

Como se señaló en líneas previas respecto a las características del control de convencionalidad, el mismo tiene un carácter complementario al control constitucional que cada Estado dispone en su normatividad. La Constitución Política Colombiana incorporó en el artículo 241 la potestad en cabeza de la Corte Constitucional de resolver las demandas sobre

inconstitucionalidad en contra de leyes de la república que se aprecien contrarias a las disposiciones de la Carta Constitucional.

En el año 2009, la Corporación Constitucional admitió la demanda que en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad promovió el ciudadano Jairo Espinosa Ardila contra el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, quien expuso en sus razonamientos la siguiente afirmación:

“La interpretación que se ha venido haciendo sobre la prueba de la referencia en algunos procesos y que han permitido que haya pronunciamiento por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (...), ha permitido que bajo la redacción del literal b del citado art. 438, ingresen al proceso penal acusatorio elementos que, no cumpliendo con las excepciones legales, se conviertan en prueba del proceso”. De tal suerte, la policía judicial se ha convertido en el “testigo estrella de la Fiscalía con quien se incorporan las declaraciones, deposiciones, entrevistas, documentos etc., en clara violación del art. 379 y 402 de la ley 906 de 2004”

La Corte Constitucional profirió sentencia judicial C 144 de 2010 acogiendo la constitucionalidad de la norma bajo la interpretación de que el término “evento similar” del literal b del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, se remite a una circunstancia equivalente o afín al secuestro o a la desaparición forzada, lo cual posibilita la introducción de hipótesis no determinadas:

“En este caso, es evidente que es la semántica misma de la expresión la que servirá al operador jurídico para aplicar la hipótesis de manera acertada en los casos concretos. Porque al hablarse de un “evento similar”, se está diciendo que se trata de un acaecimiento o suceso, que debe tener semejanza o ser análogo a otro, es decir que debe tener atributos similares al secuestro

o a la desaparición forzada. Es por tanto una expresión que permite introducir otras hipótesis no determinadas por el precepto, pero determinables.

A su vez, en sustento a su tesis, la Corte Constitucional citó la sentencia con radicado 27477 emitida por la Corte Suprema de Justicia el 6 de marzo de 2008 en la que expresó el sentido del literal b del artículo 438 indicando que por “evento similar” ha de entenderse las situaciones semejantes a las excepciones previstas en el mismo artículo:

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

En suma, existe una interpretación trazada por las Altas Cortes Colombianas sobre el literal b del artículo 438, que aboga por otorgar la potestad al órgano jurisdiccional que está frente al caso particular, de definir si en una circunstancia específica es admisible o inadmisibles la prueba de referencia. En todo caso, pese a que las Cortes sostienen una posición favorable en cuanto a la norma citada, todos los operadores jurídicos del Estado a quien se encomiende la responsabilidad de aplicar la norma, deberán aplicar el control de convencionalidad, es decir, cotejar la norma interna y la interpretación que de la misma han realizado las Altas Cortes, con los estándares interamericanos de protección de derechos humanos; y si es del caso hallar que la interpretación de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia son inconvencionales, adoptar las medidas pertinentes (que más adelante se abordarán), para enderezar o corregir la vulneración a los derechos humanos.

Es menester destacar que la aplicación del control de convencionalidad es uno de los mecanismos para que los Estados por sí mismos resuelvan la situación de afectación de derechos humanos sin que sea necesario acudir ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH) para perseguir la responsabilidad del Estado Colombiano, pues se trata de que los órganos del Estado en la medida de las facultades dadas, efectúen una interpretación que garantice los derechos humanos.

Ahora bien, continuando con el principio de legalidad, la interpretación concebida por la COIDH abarca diversidad de tópicos que van desde el requerimiento de que la norma penal sea previa y taxativa, hasta el entendimiento de que la redacción del tipo penal debe ser precisa, clara y anular cualquier posibilidad de arbitrio en quienes la aplican. Por lo que no son de recibo disposiciones normativas ambiguas e indeterminadas que den lugar a interpretaciones amañadas y convenientes en perjuicio del procesado (COIHD, 2014).

Sin embargo, no acontece lo mismo con la norma procesal penal, pues conforme se indicó en el acápite de principio de legalidad o estándar interamericano, no ha pronunciado la COIDH una máxima interpretativa que regule la formulación de las normas procesales o probatorias de aquellos procedimientos en que se restrinjan garantías fundamentales como los procesos penales, disciplinarios o sancionatorios administrativos. Véase al respecto cómo la prueba de referencia presenta serios inconvenientes frente al principio de legalidad, de consuno a las demás garantías que se ven mermadas y que ya fueron mencionadas, verbigracia, inmediación, confrontación, contradicción, y debido proceso. Pero que en esta oportunidad sólo se abordará el principio de legalidad.

A su orden, el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 en su literal b determina: “b) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o **evento similar**” (*subrayado propio*). El

establecimiento del rótulo “evento similar” en el literal b de dicha disposición es una cláusula ambigua y lo suficientemente abierta para dejar a disposición del juez de conocimiento la determinación de lo que se entiende por “evento similar”, siendo entonces posible incorporar cualquier situación a dicha categoría a fin de darle aplicación a la prueba de referencia, sin que interese al legislador el riesgo que implica en la protección de derechos humanos del procesado la implementación de tal institución y el carácter excepcional o de prohibición que se le atribuye.

En este sentido, la ambigüedad en la categoría de “evento similar” representa la permisón sin más en la utilización de una institución que a todas luces vulnera o aminora garantías procesales; de donde se infiere que la ausencia de taxatividad en la redacción de la norma procesal penal degenera no sólo en la conculcación del principio de legalidad, sino además de los demás derechos que sufren la aplicación de la prueba de referencia.

Partiendo de la base de que no existe interpretación del máximo tribunal interamericano, la misma COIDH ha especificado en cuanto al control de convencionalidad, el método en que se aplica dependiendo si existe o no estándar internacional. A saber, cuando existe un criterio interpretativo de la COIDH, le corresponderá al operador jurídico del Estado, verificar el acople entre la norma o acto interno que se somete a evaluación, y la interpretación que de la misma efectúe la COIDH. (IIDH, 2015)

Si el escenario que se exhibe ante el operador le enseña que no existe jurisprudencia concreta por parte de la COIDH acerca de la disposición normativa o práctica interna que se coteja, deberá la autoridad pública establecer una interpretación personalizada de la norma convencional, para lo cual será guiado por el principio pro persona o apreciación más favorable con la protección y garantía de los derechos humanos consagrado en el artículo 29 de la CADH. En consecuencia, si la autoridad del Estado encargada de examinar la norma interna con los

postulados interamericanos ignora el deber de realizar el análisis, tornaría en inocua la CADH siendo inaplicable por quien corresponde hacerlo. Cabe señalar que la interpretación individual que ejerza el operador o autoridad pública será transitoria hasta tanto se establezca el estándar internacional respectivo (IIDH, 2015).

Ahora bien, la interpretación que de la Convención hace la COIDH deberá comprenderse como un estándar mínimo al que deberá adherirse los Estados ratificantes a fin de asegurar un mínimo de protección de los derechos humanos, lo cual no obsta para que quien aplique el control de convencionalidad, acoja una interpretación más favorable que atienda un nivel de goce y ejercicio de los derechos que desborde lo determinado por la jurisprudencia interamericana. Evento que, por demás, se encuentra en plena armonía con el principio de interpretación evolutiva que requiere una adaptación del sistema a las condiciones de vida presentes (IIDH, 2015).

A su vez, en el control de convencionalidad es factible el examen que establece la inaplicación de la norma doméstica inconvencional, que en todo caso se hará opción si la norma o práctica inconvencional no consiente interpretación alguna de acuerdo a la CADH (IIDH, 2015). Colofón de los métodos de aplicación del control de convencionalidad es la declaración de invalidez de la norma o práctica interna inconvencional con efecto erga omnes, siempre que su competencia así lo determine, eliminando entonces normas o prácticas gravemente contrarias a los tratados interamericanos de protección de derechos humanos (IIDH, 2015).

En el caso *sub examine*, no hay estándar interamericano que aplicar puesto que la COIDH no ha analizado la institución de la prueba de referencia en el marco del sistema internacional de protección de derechos humanos, así como tampoco la operancia del principio de legalidad en las normas procesal penal; en este sentido, corresponde a las autoridades judiciales en la

determinación de decretar o no de la prueba de referencia, realizar un examen de convencionalidad que elimine el término “evento similar” que integra el literal b del artículo 438, pues las interpretación de tal cláusula ambigua desvirtúa el carácter excepcional de la prueba de referencia dadas las restricciones al ejercicio del debido proceso. Siendo por demás su eliminación en la aplicación de la prueba de referencia.

Es del caso advertir que, tales vulneraciones se evidencian además con la eliminación en el Código de Procedimiento Penal del fragmento final del artículo 381 que contenía la cláusula de prohibición referente a la tarifa legal negativa que expresamente anuló la posibilidad de que la sentencia judicial se fundamentara únicamente en la prueba de referencia, para lo cual se decidió trasladar al Juez la facultad de establecer el valor probatorio que tendría en la determinación de la condena.

La flexibilidad en la utilización de la prueba de referencia que se ha introducido a través de diversas modificaciones al enunciado inicial del Código de Procedimiento Penal que ha cercenado el principio de legalidad bajo el entendido de que entregó atribuciones y facultades al Juez en lugar de ser determinado de ante mano por él, ha decantado en el desconocimiento o vulneración de otros derechos que a través de la legalidad se buscan proteger, como es la garantía de la contradicción y confrontación que contiene el artículo 8 de la CADH relativa a las garantías mínimas procesales, pues el uso ordinario de una prueba que impide el contradictorio, desdibuja la naturaleza del proceso adversarial y dificulta una adecuada valoración del testimonio, es a todas luces contrario a lo dispuesto en las normas de carácter internacional.

La ausencia de la garantía del principio de legalidad, a su vez ha generado la afectación de otras garantías procesales que no pueden verse menoscabados en aras de alcanzar la justicia y la verdad, y negar el Estado Social de Derechos.

CONCLUSIONES

Se concluye entonces que, la formulación de la prueba de referencia conforme el literal b del artículo 438 del Código de Procedimiento de Penal es ambigua e indeterminada, abriendo la puerta al órgano jurisdiccional para que según su criterio determine si es procedente o no la prueba de referencia en el proceso judicial del que conoce. Situación que cuestiona el carácter excepcional de la implementación de la prueba de referencia en tanto el legislador no establece con suficiencia las circunstancias particulares en que procede, sino que establece el concepto “evento similar” para que sean los jueces a su arbitrio quienes resuelvan.

Pese a la deficiencia en la consagración del literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, la misma tampoco fue repudiada por la Alta Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, quienes pese a mostrarse de acuerdo con la excepcionalidad de la prueba de referencia dada la afectación al derecho de confrontación y contradicción en el marco del proceso penal, sostuvieron que la citada norma no conculcaba el principio de legalidad puesto que por eventos similares se entienden todos aquellos semejantes al secuestro y desaparición forzada.

Así las cosas, con la aplicación del control de convencionalidad por todas las autoridades del Estado, específicamente el órgano judicial en el proceso penal, a través de un análisis del literal b del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal bajo la óptica de los estándares interamericanos de protección de derechos humanos, y los principios pro persona e interpretación evolutiva, en el sentido de suprimir el rótulo de “evento similar”, permite proteger y garantizar el principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la CADH, así como las garantías de confrontación y contradicción en el juicio oral, ello de conformidad con los artículos

1.1 y 2 de la CADH, sin que sea menester acudir al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en la modalidad de petición individual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COIDH, Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

- COIDH, Caso Tibi Vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

- COIDH, Caso Almonacid Arellano Vs Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

- COIDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad.

- COIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

- COIDH, Caso Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001.

- COIDH, Caso Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

- COIDH, Caso Amrhein y Otros vs Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018.

- COIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Párr. 59-65.

COIDH, Caso Argüelles y otros vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Párr. 206-208.

- COIDH, Caso Pollo Rivera y otros vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Párr. 218-221.
- COIDH, Caso Galindo Cárdenas y otros vs Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de octubre de 2015. Párr. 273
- COIDH, Caso Flor Freire Vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Párr. 145-146.
- COIDH, Caso Maldonado Ordoñez Vs Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de mayo de 2016. Párr. 89.
- COIDH, Caso López Lone y otros Vs Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Párr. 257-258.
- CIDH. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, OEA/ser.L/V/II.Doc.44, 5 de diciembre de 2013, párr. 208. COIDH.
- COIDH, Caso López Álvarez vs Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.
- COIDH, Caso Gelman vs Uruguay, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- COIDH, Mendoza vs Argentina. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2003.
- COIDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- COIDH, Caso Gudiel Álvarez y otros vs Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Brasil, 9 de junio de 1994.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Cartagena de Indias, Colombia, 12 de septiembre de 1985.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém Do Para”. Brasil, 6 de septiembre de 1994.
- Corte Suprema de Justicia, SP 25232018 (46814), junio 27 de 2018 con M.P. **PATRICIA SALAZAR C.** del 27 de junio de 2018.
- Corte Suprema de Justicia, SP 169651-017 (44005) del 18 de octubre de 2017. M.P. José Francisco Acuña.
- Corte Suprema de Justicia, SP 169512017 (44005) del 18 de octubre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia, SP6532018 (50723), mayo 16/18. M.P. José Francisco Acuña.
- Corte Suprema de Justicia, SP23992017 (48965), abril 5/17. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia, radicado (27477), marzo 6/08. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.
- Corte Constitucional, sentencia C 144 de 2010.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2015), *Manual Auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. Costa R., San José.
- COIDH (2019), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*.
- Ley 906 de 2004. Agosto 31. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.
- Acto Legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional.

- Díaz G., (2014), El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación. Cuadernos de Derecho Penal, ISSN: 2027-1743, enero – junio de 2014.
- Martínez M., (2017), *La Prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación*. Cuadernos de Derecho Penal, julio-diciembre de 2017.
- Gaitán, Y., (2017). Prueba de Referencia en el Sistema Procesal Penal Colombiano. Manizales, Colombia.