



**El testimonio para fines judiciales como prueba extraprocésal: una herramienta útil para
labores investigativas y de corroboración en el proceso penal**

Kevin Jhoany López López

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Yeison Manco López, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia
2024

Cita	(López, 2024)
Referencia	López López, K. J. (2024). <i>La prueba extraprocesal: una herramienta útil para labores investigativas y de corroboración en el proceso penal</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XVIII.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinador de Posgrados: Juan Pablo Acosta Navas.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El presente artículo tiene por objeto abordar el testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal del Código General del Proceso para identificar la utilidad práctica de esta herramienta en las labores investigativas desarrolladas por la defensa dentro del proceso penal. Para ello se analizó la figura de la prueba extra proceso, su relación con el derecho a la prueba y sus posibles usos en la investigación independiente que realiza la defensa en virtud del principio de igualdad de armas. Se concluyó que el testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal tiene utilidad práctica para: 1) Preconstituir prueba; 2) Asegurar la prueba; 3) Fortalecer la teoría del caso; y 4) Adelantar labores investigativas y de corroboración de los hechos que serán objeto del litigio. Y su utilidad procesal se enmarca principalmente en: 1) Servir como medio de control para el interrogatorio cruzado de testigos; y 2) Asegurar la declaración como prueba.

Palabras clave: contra interrogatorio, declaración previa, igualdad de armas, impugnar credibilidad, prueba de referencia, prueba extraprocesal.

Abstract

This article aims to address the testimony for judicial purposes as extrajudicial evidence under the General Procedural Code to identify the practical utility of this tool in the investigative work carried out by the defense within the criminal process. To this end, the figure of extrajudicial evidence was analyzed, its relationship with the right to evidence, and its possible uses in the independent investigation carried out by the defense under the principle of equality of arms. It was concluded that testimony for judicial purposes as extrajudicial evidence has practical utility for: 1) Preconstituting evidence; 2) Securing evidence; 3) Strengthening the theory of the case; and 4) Carrying out investigative tasks and corroborating the facts that will be the subject of the litigation. And its procedural utility is mainly framed in: 1) Serving as a means of control for the cross-examination of witnesses; and 2) Ensuring the statement as evidence.

Keywords: cross-examination, prior statement, equality of arms, impeach credibility, reference evidence, extrajudicial evidence.

Sumario

Introducción. 1. La figura de la prueba extraprocesal. 1.1. El testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal. 1.2. Solicitud y trámite del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal. 2. Visión constitucional. 2.1. Derecho a la prueba. 2.2. Investigación independiente de la defensa. 2.3. Igualdad e armas. 3. Utilidad procesal. 3.1. Medio de control para el interrogatorio cruzado de testigos. 3.2. Asegurar la declaración como prueba. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

El presente artículo tiene por objeto abordar el testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal que ha configurado el legislador en la sección tercera del régimen probatorio, título único de las pruebas, capítulo segundo del Código General del Proceso (CGP) vigente dentro del ordenamiento jurídico colombiano que, para el alcance de esta revisión, resulta de utilidad práctica en las labores investigativas desarrolladas por la defensa dentro del proceso penal, especialmente el testimonio con fines judiciales.

En la práctica jurídica se evidencia que el testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal, si bien se encuentra regulado dentro del Código General del Proceso, no es una figura con la que los operadores jurídicos y judiciales se encuentren familiarizados y ello conlleva a que se impongan barreras de acceso para practicarlas en el marco del proceso penal acusatorio.

Esta revisión, propone que la prueba extraprocesal resulta aplicable a cualquier especialidad de la jurisdicción ordinaria, pues la disposición normativa es tan amplia que establece la posibilidad de que la misma tenga vocación de ser aducida en el proceso, sin distinción ni límite alguno, y para fines judiciales o no, reservando precisamente al peticionario la posibilidad de utilizar este

instrumento como actividad investigativa. Ello resulta de gran utilidad para la defensa dentro del marco del sistema penal acusatorio con tendencia adversarial, para perfeccionar su plan metodológico y obtener la declaración previa de un posible testigo que en principio no es cercano o compatible con la teoría del caso de la defensa.

Pese a las bondades que plantea la prueba extraprocésal, esta no solo se agota en la posibilidad de citar a un eventual testigo que no es cercano a la defensa, sino que va más allá y permite un control pleno del testigo en caso de que se requiera practicar su testimonio en juicio, pues el sistema penal adoptado en Colombia es acusatorio con tendencia adversarial siendo considerado hoy como una garantía procesal de orden fundamental (Sanabria, 2015). Lo que implica que las partes se encuentran en condiciones de igualdad, sin desconocer que la Fiscalía como dueña de la pretensión punitiva cuenta con amplias herramientas, recursos e instrumentos institucionales para llevar a cabo sus labores investigativas, ejemplo de ello son las entrevistas que realiza a través de policía judicial.

Es allí donde adquiere relevancia el derecho a la prueba que constitucionalmente se ha reconocido y logra expandir el margen de actuación respecto a la libertad probatoria que irradia todo el ordenamiento jurídico, permitiendo y garantizando a la defensa una libertad para recolectar, asegurar y aportar medios de prueba al juicio oral, es decir, buscando materializar la igualdad de armas entre las partes que solo se logra cuando -antes y durante el juicio- a la defensa se le otorgue similares oportunidades a las de la Fiscalía para preparar su caso (Pava, 2009).

En este sentido es que la prueba extraprocésal sirve como ese control frente a un testigo del que ya se tiene -a través de dicho instrumento- una declaración previa que, permite a la defensa descubrir dicho elemento en audiencia preparatoria como parte del debido proceso probatorio (Saray, 2017) y dependiendo de lo que suceda en el juicio oral hacer uso de la misma para efectos de refrescar memoria, impugnar credibilidad y, en casos excepcionales de indisponibilidad del testigo, utilizarla como prueba de referencia cumpliendo los requisitos legales que la codificación procesal impone para ello.

Lo anterior, resulta en la mayoría de los casos un instrumento extraño para el juez al cual se le asignó la competencia de practicar pruebas extraprocésales, esto es, el juez civil, que en su dinámica concibe la misma como una prueba que eventualmente se aportará al proceso. Lo que resulta imposible bajo la lógica del proceso penal, teniendo en cuenta que en el proceso penal la

regla de inmediación de la prueba es restrictiva, destacando que es el juicio oral el escenario mediante el cual se produce la prueba y el juez logra formar su libre convencimiento.

En este sentido, es excepcional la prueba practicada por fuera del juicio oral, y solo se permite bajo el cumplimiento de reglas taxativas respecto de las situaciones concretas en las que se permite que una declaración previa pueda ingresar como prueba de referencia, lo que resulta consecuente con la imposibilidad de basar una condena de responsabilidad penal exclusivamente en prueba de referencia.

Es por ello que la utilidad práctica de este artículo radica principalmente en identificar esa herramienta que el ordenamiento jurídico ha diseñado de manera amplia para ser utilizada o no en procesos judiciales, y permite entenderla como un instrumento en el mundo de las posibilidades que tiene la defensa en el sistema penal acusatorio, lo que lleva a materializar ese derecho a la prueba y libertad probatoria; logrando identificar las causas de su falta de uso y problemas que surgen al momento de utilizar la herramienta, tanto por los operadores jurídicos como judiciales; e invita a derruir las eventuales barreras de acceso que impone el juez civil ante el desconocimiento del funcionamiento del sistema penal acusatorio.

Esta es una oportunidad para que los litigantes y estudiosos del derecho en su ejercicio académico y profesional tengan la posibilidad de expandir de manera creativa y práctica esas alternativas para desarrollar un plan metodológico de investigación que permita materializar la construcción de una teoría del caso sólida y contar con herramientas de control frente a un eventual testigo que en principio no es cercano a los intereses de la defensa.

Ahora bien, la prueba extraproceso que se presenta como herramienta útil para las labores investigativas y de corroboración para la defensa en el proceso penal, como se ha indicado, pertenece a la configuración normativa del Código General del Proceso; para ello, se hace necesario presentar inicialmente una contextualización respecto de la misma, su configuración normativa y el tratamiento jurisdiccional que se le ha otorgado, tomando como base el derecho a la prueba.

Seguidamente, desde un punto de vista constitucional, se abordará la adaptación de la prueba extraprocesal a las reglas y dinámicas propias del sistema penal acusatorio con tendencia adversarial colombiano que permita evidenciar el margen de aplicación y su relevancia para la estructuración de la teoría del caso y el desarrollo de un programa metodológico en la investigación que de manera libre e independiente realiza la defensa.

Posteriormente, desde la óptica procesal, se abordará las posibilidades de utilidad práctica que le puede asignar la defensa a las pruebas extraproceso practicadas en el escenario del juicio oral y cómo las mismas permiten un control permanente de la prueba que se produce con la intermediación del juez penal.

1. La figura de la prueba extraprocesal

La prueba se encuentra presente en múltiples manifestaciones de la cotidianidad, es por ello que se le reconoce una noción ordinaria o vulgar, pero también las ciencias y especialmente el derecho rescatan una noción técnica de la prueba que en esencia permite hacer la reconstrucción necesaria de los hechos a partir de los elementos que las partes dentro de un proceso jurisdiccional puedan llevarle al juez para que forme su convencimiento respecto de a quien le asiste la razón en un determinado litigio (Devis E. & Alvarado V., 1984), lo que sin duda adquiere la relevancia suficiente para la adopción de decisiones conforme a las disposiciones legales.

Por lo anterior, es que deben observarse una serie de procedimientos diseñados por el legislador, con el fin de que esos elementos de convicción recolectados por los sujetos, sirvan para evidenciar la ocurrencia o no de unos determinados hechos (Ruiz, 2019). Así, se logra dotar de contenido la noción técnica de prueba, pues solo a partir de su obtención de manera lícita y respetando las propias formas de cada juicio para su solicitud, decreto y práctica, es que puede garantizarse el derecho de defensa y contradicción que, al pasar por el tamiz de la intermediación del juez en un proceso jurisdiccional, adquiere dicha naturaleza de prueba en sentido estricto para servir de fundamento en la decisión judicial (Rico, 2019).

Bajo la lógica anterior, debe entenderse que la regla general dentro de un proceso jurisdiccional es que el juez natural sea quien decrete, practique y valore las pruebas que las partes alleguen al proceso, garantizando esa intermediación que debe existir para la adopción de la decisión de fondo, principio constitucional que surge del debido proceso que se desarrolla en el artículo 29 constitucional y que se vuelve más estricto cuando se trata del proceso penal, el cual se refuerza con lo establecido en el artículo 250 numeral 4 de la Constitución Política (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991), situación de la que me ocuparé más adelante.

No obstante, muchos ordenamientos jurídicos diseñan herramientas y contemplan la posibilidad de practicar por fuera del proceso algunas pruebas para garantizarlas o preservarlas, tomando como base que, por el solo paso del tiempo y/o situaciones excepcionales del declarante la misma puede verse afectada al momento en el cual deba practicarse en debida forma en el juicio, razón por la cual debe entenderse que, cuando la prueba practicada por fuera del proceso se realiza con citación personal de la contraparte, esta obtiene, en principio, el mismo valor que una prueba trasladada porque se ha garantizado ese debido proceso consistente en la defensa y contradicción en la práctica de la misma, aunque ello con las excepciones que se desarrollarán más adelante en materia penal.

Sin embargo, cuando la prueba extraprocesal se solicita y practica sin citación de la contraparte, debe entenderse que tiene un valor de prueba sumaria por no estar controvertida (Cruz, 2019), pero adquiere una relevancia significativa cuando se trata de labores investigativas que adelanta una de las partes para nutrirse de información relevante que pueda servir al esclarecimiento de los hechos e incluso a prevenir o adelantarse a la estrategia del litigio en la defensa de sus intereses, máxime cuando se trate de practicar declaraciones de personas que no son cercanas a sus intereses dentro del proceso.

1.1. El testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal

El legislador en su libertad de configuración normativa y desde un punto de vista práctico ha diseñado la figura de la prueba extraprocesal con fines judiciales, consagrando en el Código General del Proceso, en sus artículos 183 y siguientes, la posibilidad de practicar las mismas con la única exigencia de observar las reglas de citación y práctica que contiene dicho código. En este punto, resulta necesario destacar que para el presente artículo la atención se centrará en la posibilidad de practicar un testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal, que para su análisis resulta necesario presentar la redacción textual del artículo 187 del Código General del Proceso (Colombia. Congreso de la República, 2014):

Artículo 187. Testimonio para fines judiciales. Quien pretenda aducir en un proceso el testimonio de una persona podrá pedir que se le reciba declaración anticipada con o sin citación de la contraparte.

La citación al testigo se hará por cualquier medio de comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente. Cuando esté impedido para concurrir al despacho, se le prevendrá para que permanezca en el lugar donde se encuentre y allí se le recibirá declaración.

Bajo este escenario normativo, el testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal es precisamente el que se practica de manera anticipada, es decir, antes de la ocurrencia de un proceso judicial, sin distinción alguna de la especialidad a la que corresponda dicha controversia, bajo la cual resulta posible que cualquier persona solicite el testimonio de otra. Para que con la presencia de un juez, en un trámite expedito, se le reciba esa declaración anticipada, dejando la posibilidad al solicitante de requerir la comparecencia de la contraparte, pero que en todo caso es una situación que corresponderá única y exclusivamente a la estrategia del litigio que decida adoptar el solicitante.

Lo anterior, abre las posibilidades que desde el litigio pueden desplegarse, pues existe una disposición normativa que contempla la facultad de solicitar la práctica de un testimonio con fines judiciales con el propósito de ser recibida su declaración, bajo la gravedad del juramento y ante un juez en un procedimiento expedito, sin distinción ni exigencia de la especialidad o tipo de proceso en el cual pueda ser utilizado, lo que amplía ese margen de actuación que desplaza cualquier límite o barrera que pueda imponer el operador judicial para su trámite.

En este orden de ideas, debe aclararse que el testimonio como prueba extraprocesal puede desplegarse de manera indiscriminada frente a cualquier proceso de cualquier especialidad, pues no solo así está definido legalmente, sino que es una postura defendida por la honorable Corte Constitucional al momento de resolver los conflictos de competencia que pueden presentarse a la hora de tramitar una prueba extraprocesal donde analiza las especialidades en las cuales no se ha diseñado esta figura. Pero que en todo caso resulta aplicable por su cláusula abierta de aplicación para cualquier tipo de proceso, esto es, laboral, civil, administrativo, y por supuesto, el penal.

Ahora bien, la misma disposición normativa es tan amplia que no exige un requisito adicional, ni siquiera el sustento de los motivos por los cuales deba llevarse a cabo un testimonio para fines judiciales como prueba testimonial. Basta simplemente con indicar sumariamente la legitimación que se tiene para la solicitud.

Lo anterior desplaza cualquier similitud con la “prueba anticipada”, tal y como se concibe al interior del proceso penal, la cual cuenta con un régimen taxativo de causales reguladas en las disposiciones propias del procedimiento penal. Pero en este caso, esto es, el testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal, solo se busca la garantía del derecho a la prueba y su materialización a partir de la preservación de la misma, con la facultad del solicitante para someterla a contradicción, esto es, citando a la contraparte o simplemente obtener la información que considere necesaria para nutrir su labor investigativa sobre los hechos que eventualmente serán objeto y causa de un litigio.

Pero no resulta admisible que la práctica de la misma sea condicionada por el operador judicial, otorgándole alcances, exigencias o requisitos que las disposiciones legales no contemplan, porque es una prueba extraprocesal que no se analiza bajo la lógica de ningún problema jurídico previo, simplemente bajo la hipótesis de la posible existencia del mismo y su fundamento nace precisamente de ese derecho constitucional a la prueba y la recolección de elementos que puedan servir para adelantar o soportar un litigio. Situación que ya correrá por suerte del litigante para hacer uso de dicho testimonio con fines judiciales, teniendo en cuenta las cargas procesales que cada procedimiento especial le imponga al momento de que el Juez natural intervenga en el decreto, práctica y valoración de la misma.

Son muchos los inconvenientes que pueden presentarse en la práctica a la hora de elevarse una solicitud de testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal, porque el operador judicial puede establecer muchas variables en las cuales bajo su comprensión la figura resulta aplicable, pero cualquiera sea la misma, es deber del litigante aclarar que la figura no tiene restricciones legales para su aplicación y constituye un verdadero derecho fundamental a la prueba en aras de: 1) preconstituir prueba; 2) asegurar la prueba; 3) generar un eventual acercamiento de las partes que puede llevar a desestimular la litigiosidad; 4) ayuda a fortalecer la teoría del caso; y 5) es una herramienta útil para adelantar labores investigativas y de corroboración de los hechos que serán objeto del litigio (Cruz, 2019).

1.2. Solicitud y trámite del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal

Como se ha indicado, es una figura diseñada para cualquier tipo de proceso judicial, razón por la cual su competencia fue asignada por el legislador en el mismo Código General del Proceso al juez civil, sea de categoría municipal o de circuito de forma preventiva, esto es, que es precisamente el solicitante quien elige ante cual categoría eleva la solicitud, pero en todo caso la competencia siempre será de la especialidad civil (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2023).

Esta competencia, ha suscitado conflictos negativos de la misma que han sido dirimidos por la Honorable Corte Constitucional, para el efecto resulta importante destacar el pronunciamiento de dicha corporación mediante auto A1091 de 2023, el problema jurídico se estableció en resolver la competencia de una prueba extraprocesal solicitada ante un Juzgado civil municipal, para ser aducida posteriormente en un proceso contencioso administrativo, por cuanto el primer despacho indicó que el competente sería el juez natural, esto es, el Juez contencioso administrativo. En tal caso la corte estableció como regla de decisión lo siguiente:

La jurisdicción ordinaria civil, es competente para conocer de las peticiones sobre pruebas anticipadas o extraproceso, sin consideración a la calidad de las personas interesadas, ni a la autoridad donde se hayan de aducir, en aplicación de lo previsto en los artículos 18 numeral 7 y 20 numeral 10 del CGP (Ley 1564 de 2012). (Colombia. Corte Constitucional, 2023a) (Subrayas por fuera del texto original)

Esta regla, reafirma esa amplitud en la configuración normativa de la figura y la competencia exclusiva de la especialidad civil para tramitarla, por ello se insiste que no tiene acogida el argumento de desplazar al juez natural, porque su práctica y uso resulta abierto a las posibilidades que desde el punto de vista de la estrategia del litigio pueda otorgársele, lo que garantiza el derecho a la prueba.

Ahora bien, un asunto no menos importante es la solicitud que se eleva ante el juez civil, como se ha indicado que es a prevención, el solicitante determinará si ante la categoría municipal o circuito, pero respetando la competencia territorial establecida en el artículo 28 del Código General

del Proceso, cuando establece en su numeral 14 que será competente el juez del lugar donde deba practicarse la prueba o el domicilio de la persona con quien deba cumplirse el acto, que para este caso lo será del domicilio de la persona que deba rendir el testimonio (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2023).

No obstante, como se ha indicado, si bien la norma resulta permisiva porque garantiza ese derecho a la prueba, debe tenerse en cuenta que la solicitud en la práctica puede ser susceptible de rechazo por parte de los jueces civiles, razón por la cual su sustento debe contener esos requisitos mínimos de procedibilidad, como lo es el sustento de la conducencia, pertinencia y utilidad, en un margen de probabilidad de existencia de un litigio, planteando al juez la legitimación sumaria que se tiene para su práctica.

Es allí donde finca la necesidad de que el litigante se apropie de la figura, porque la prueba extraprocésal no tiene un desarrollo normativo que la regule de principio a fin en su trámite. Pero cuando se otorga la competencia a los jueces civiles municipales y del circuito (artículos 18 numeral 7 y 20 numeral 10 del CGP) esta disposición normativa siempre regula la misma como de conocimiento "*en primera instancia*", razón por la cual no existe duda de que el conocimiento en primera instancia presupone la existencia de la segunda instancia a partir del recurso de alzada, esto es, el recurso de apelación, lo que habilita la posibilidad de cuestionar las decisiones adoptadas por el juez de primera instancia, frente a su superior funcional, bajo el entendido de que se está negando en estricto sentido la práctica de una prueba (Pabón, 2016).

Aunado a lo anterior, cuando se hace un análisis del artículo 321-3 del Código General del proceso, salta a la vista la procedencia para censurar a través del recurso de apelación la negativa de practicar una prueba (Rojas, 2017), siendo una herramienta útil y necesaria para el litigante, pues si bien la solicitud de prueba extraprocésal no se puede catalogar como un proceso jurisdiccional en estricto sentido, ni se resuelve litigio alguno, toda vez que se trata simplemente de la recolección de una prueba con la intermediación de un funcionario judicial, sí es claro que hay medios de impugnación para cuestionar las decisiones que el juez adopte en su trámite.

Bajo este entendido, no debe desconocerse que la condición de solicitud de prueba extraprocésal no descarta por sí mismo la posibilidad de cuestionar mediante el recurso de apelación el auto que resuelva sobre su decreto y práctica, pues es el tratamiento procesal que el

legislador estableció y es de obligatorio cumplimiento, teniendo en cuenta que las disposiciones ya enunciadas cobijan este trámite especial.

2. Visión constitucional

Desde una óptica constitucional es necesario abordar aspectos relevantes como el derecho a la prueba en la recolección de información que eventualmente pueda servir a la defensa para ser utilizada en el juicio oral, la investigación independiente de la defensa, la igualdad de armas y el debido proceso que irradia todas las actuaciones judiciales.

Ahora bien, la concepción constitucional del derecho a la prueba, remite necesariamente al artículo 29 de la Constitución Política, el cual de manera expresa consagra que:

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertirlas que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Colombia. Asamblea Nacional Constituyente, 1991) (Subrayas por fuera del texto original).

La disposición constitucional transcrita, en principio nos relaciona los elementos que integran el debido proceso en su expresión más amplia, y al cual subyace la noción del derecho fundamental a la prueba que irradia todo el ordenamiento jurídico, máxime cuando se trata del enjuiciamiento al interior de un proceso penal, pues solo a través de los medios de prueba es que el ciudadano puede defenderse de una acusación, lo que se traduce en una verdadera garantía que ostentan las personas frente al ejercicio del poder del Estado en sus diferentes manifestaciones (Ruiz, 2019).

2.1. Derecho a la prueba:

Ahora bien, es un verdadero derecho a la prueba el que se establece en la Constitución Política y se encuentra íntimamente ligado con la garantía del debido proceso, es decir, se llena de contenido cuando a la defensa se le garantiza el principio de concentración de la prueba, bajo el entendido de que solo es prueba la que ha sido practicada al interior del juicio oral, con la intermediación del juez y concentración.

Lo que lleva a precisar que los demás elementos materiales con vocación probatoria, evidencia física e información legalmente obtenida que se recolectan en la etapa de investigación y que no han pasado el tamiz del juez penal en un juicio oral, no pueden ser considerados como prueba, pero resultan de suma utilidad para el recaudo cognoscitivo, toda vez que permiten la preparación de aquellos elementos que se buscarán convertirse en prueba y la estructuración de la teoría del caso.

En este sentido, cuando el artículo 29 constitucional consagra ese derecho a presentar pruebas, su contenido tiene un alcance amplio y es precisamente la oportunidad que tiene la defensa para investigar y recolectar los elementos e información que considere necesaria para adelantar la defensa técnica y eventualmente presentar dichos elementos, cumpliendo con todas las reglas probatorias del sistema, para que dicha información se constituya en plena prueba que pueda ser valorada por el juez natural.

Bajo este escenario se garantiza el debido proceso probatorio que se encuentra íntimamente relacionado con la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las pruebas que se estimen pertinentes, conducentes y útiles para alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que son materia u objeto de prueba, teniendo como base las normas jurídicas que resultan aplicables al caso concreto (Medina, 2017). Es decir, para probar los elementos del tipo penal (en el caso de la Fiscalía) o para desvirtuarlos (en el caso de la Defensa) que, como se ha indicado, no basta con la mera posibilidad de solicitarlas, sino con la garantía real y efectiva de poder desarrollar una labor investigativa independiente que permita la debida recolección de los elementos e información necesaria para eventualmente solicitarse como prueba o ser utilizadas en el juicio.

Esta labor investigativa de la defensa puede llevarse a cabo de diferentes formas, pero como se ha indicado, existe una herramienta que es de suma utilidad, esto es, el testimonio para fines

judiciales como prueba extraprocesal, pues permite recolectar información relevante para la defensa que puede tener múltiples utilidades prácticas, dentro de las cuales se destacan principalmente las siguientes: 1) construir su teoría del caso, 2) abrir nuevas líneas investigativas, 3) abundar en detalles sobre los hechos materia de investigación, 4) obtener declaraciones previas de eventuales testigos no cercanos a la defensa, y 5) recolectar información para estructurar los objetivos de los posibles contrainterrogatorios.

2.2. Investigación independiente de la defensa:

El derecho a la defensa, de manera genérica y concretamente el derecho a la prueba solo puede materializarse a partir de la garantía real y efectiva que tenga la defensa para adelantar su investigación de manera libre e independiente, pues resulta ser un derecho de cara a la persona que es investigada penalmente; lo que se traduce en un deber para el Estado no solo en el respeto de esta garantía, sino el procurar las condiciones materiales para que la defensa pueda tener a su disposición los medios y herramientas para ejecutar su investigación.

Lo anterior, partiendo de la base de que la actividad defensiva no se inicia con la acusación, ni con la imputación, este derecho se reconoce desde el momento en el que el ciudadano es objeto de una indagación penal (Pava, 2009). Razón por la cual desde ese mismo instante se activa la posibilidad de que la defensa pueda emprender una recolección de elementos materiales con vocación probatoria e información legalmente obtenida que le sirvan a la construcción de su teoría del caso.

Pero ello no hace que en todos los casos se active desde ese momento de la formulación de imputación la oportunidad para que la defensa recolecte elementos e información, pues en caso de tener ese conocimiento previo se encuentra habilitada para ello. Como se ha venido advirtiendo el derecho a la prueba va más allá de la posibilidad de solicitar el decreto y práctica de las mismas, es precisamente recolectarlas con anticipación, asegurándose de su preservación e incluso previendo la eventual existencia o no de un proceso judicial, tal y como lo posibilita el testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal.

Es decir que, si la Fiscalía está adelantando una indagación en contra de una persona, iguales derechos y garantías le asiste a esta persona para adelantar de manera independiente su

investigación en compañía de su abogado (Guzmán, 2021), pues es propiamente la materialización del principio de “igualdad de armas” que se desprende del ya mencionado artículo 29 Constitucional que constituye una garantía fundamental al interior del debido proceso, razón por la cual amerita ocuparnos de dicho principio.

2.3. Igualdad e armas:

En el modelo acusatorio con tendencia adversarial que se adoptó en la Ley 906 de 2004. Es preciso resaltar que la materialización de la defensa técnica solo es posible en virtud del llamado principio de “igualdad de armas” que es, precisamente, una garantía constitucional (Artículo 29 de la Constitución Política) y cuenta con tres características esenciales (Saray, 2017), estas son:

1. Es intangible e irrenunciable, es decir, que en todo proceso penal debe existir un abogado que procure por la defensa técnica del imputado, y en caso de que no se designe un abogado de confianza, el Estado lo procurará a través de la Defensoría del Pueblo.
2. Esta defensa debe ser real y material a fin de que pueda constatarse a través de actos positivos o perceptibles de que efectivamente el abogado despliega una gestión defensiva.
3. Es permanente, pues es una garantía que permanece incólume durante todo el proceso sin ninguna clase de limitación o excepción, lo que incluye etapas como la indagación, investigación, juzgamiento y ejecución de la pena.

Lo anterior, reafirma esa posibilidad que se tiene para activar la defensa desde el mismo momento en el que una persona se entere de que se está adelantando una indagación en su contra, lo que tiene íntima relación con la posibilidad de recolectar elementos materiales con vocación probatoria e información que sirva para sus intereses defensivos que, a partir del principio de igualdad de armas, materialice la defensa técnica.

Ahora bien, la igualdad de armas también presupone la idea de equilibrio, el cual resulta necesario en el escenario jurisdiccional para garantizar la defensa real y efectiva de las personas perseguidas penalmente, pues este no es un concepto matemático, se refiere es a un equilibrio

de pesos y contra pesos al interior del proceso jurisdiccional que, en palabras de la Corte Constitucional, garantice el principio de un juicio justo (Corte Constitucional, 2023b).

Resulta apenas lógico, que si estamos en un sistema acusatorio con tendencia adversarial en el que las partes se encuentran en extremos jurídico procesales antagónicos, las mismas tengan idénticas posibilidades y herramientas para la defensa de sus teorías del caso, es decir que, si la Fiscalía debe recaudar la información necesaria para llevar a juicio y por ello se le otorga facultades, reglas y se le impone límites; es apenas factible y necesario que la defensa pueda desarrollar idénticas labores investigativas.

Lo anterior, es una elemental definición de la igualdad de armas, consistente precisamente en que el verdadero equilibrio al momento de llegar al juicio solo se logra a partir de que a la defensa se le otorgue, respetando los principios de proporcionalidad, necesidad y ponderación, las similares oportunidades que ha tenido la Fiscalía para la preparación de su caso. Lo que en palabras de Guzmán (2021) es una paridad relativa en la consecución de evidencia.

Esto se relaciona directamente con la posibilidad que tiene la defensa para acudir al testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal, como una herramienta que resulta útil, pero que se equipara a esas labores investigativas que desarrolla la Fiscalía a través de las ordenes de trabajo que emite a sus investigadores de policía judicial, quienes toman entrevistas y declaraciones de terceros y las cuales sirven de fundamento como información legalmente obtenida para eventualmente utilizarlas en el juicio y abrir nuevas líneas investigativas.

Cuando entendemos el verdadero significado y contenido de la igualdad de armas, es que se reconoce que no es otra cosa diferente a respuestas positivas encaminadas a equilibrar las posiciones en las que se encuentran los sujetos procesales, esto es, de un lado la Fiscalía General de la Nación que cuenta con un cuerpo investigativo, instituciones para llevar a cabo su labor y herramientas para actuar directamente frente a una indagación penal.

Y por otro lado, la defensa que puede válidamente hacer usos de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico ha establecido para acceder a los elementos materiales con vocación probatoria. En este caso concreto, acudir al testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal, del cual puede recolectar y extraer información con pleno respeto de las garantías y el amparo de la jurisdicción, al ser recibida frente a un juez civil que garantiza los derechos de terceros, pero que en todo caso, logran materializar, equiparar o equilibrar esa igualdad en

las herramientas, medios o instrumentos que tienen las partes en el proceso penal para recolectar información que sirva a sus intereses defensivos.

En este orden de ideas, el testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal además de ser una herramienta útil, también es un medio para garantizar el derecho que tiene la defensa para materializar el debido proceso, dentro del cual se encuentra: la defensa técnica, el derecho a probar, y el debido proceso probatorio. Preservando el principio de igualdad de armas, lo que nos lleva ahora a evidenciar desde el ámbito procesal el alcance y uso de esas versiones anteriores -contenidas en un testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal-, en el marco del proceso penal.

3. Utilidad procesal

Desde la utilidad práctica del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal debe destacarse que en materia penal existen por lo menos dos grandes utilidades para la defensa: por un lado, como un instrumento o medio para ejercer las técnicas de control al momento de realizar el interrogatorio cruzado de los testigos; y por otro lado, sirve para asegurar la declaración como prueba en caso de indisponibilidad del testigo al momento de practicar su declaración en juicio.

Resulta necesario abordar las dos utilidades prácticas propuestas desde una óptica procesal que evidencie el tratamiento jurisprudencial otorgado al uso de las declaraciones anteriores (previas) al juicio oral y para ello se toma como referencia la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP606 – 2017 con ponencia de la Dra. Patricia Salazar Cuellar. Aclarando que el uso de las declaraciones previas solo será posible cuando dicha declaración sea debidamente descubierta en la etapa procesal pertinente. (Saray, 2017)

3.1. Medio de control para el interrogatorio cruzado de testigos:

Como se ha indicado en este escrito, la utilidad práctica adquiere relevancia cuando se busca la práctica del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal de un testigo que en principio no es cercano a la teoría del caso de la defensa, es decir, que se identifica con la tesis

acusatoria y en dicha declaración se pueden auscultar detalles importantes para la defensa que sirven para la preparación de su teoría del caso, pero también cobra importancia cuando se está en la práctica de este testimonio en el juicio oral, teniendo en cuenta que si la defensa ha descubierto esta prueba extraprocesal, tiene en estricto sentido una declaración previa del testigo con detalles que puede utilizar al momento de contrainterrogarlo.

El contrainterrogatorio es por definición un instrumento de contradicción de la prueba testimonial adversa, pues permite un escenario en el cual el litigante se enfrenta con la fuente de prueba que materialmente lo perjudica, es decir, el testigo adverso (Decastro, 2005) para refutar en todo o en parte los dichos de este testigo; pero aún más importante, en la medida de lo posible, el contrainterrogatorio también sirve para construir y producir en el juicio oral, con el testigo adverso, la información necesaria que sirve de fundamento para soportar la teoría del caso de la defensa.

Esta posibilidad solo resulta factible en la medida en que se tenga la información necesaria para contrainterrogar, que la proporciona en este caso la declaración previa del testigo rendida en testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal, y cuando la misma sea debidamente descubierta para refrescar memoria o impugnar credibilidad del testigo adverso.

No obstante, la declaración previa no entra directamente al proceso como prueba autónoma, solo su información puede ingresar al debate a través de las preguntas que se le formulen al testigo, es decir, no es para probar la verdad de lo aseverado en esa declaración previa, sino para hacer pública lectura a los apartados que se consideren necesarios, y es allí donde una vez concluida la declaración del testigo se entiende incorporada esta información al testimonio rendido y allí adquiere esa condición de prueba para la valoración respectiva por parte del Juez.

Ahora bien, dentro de estas posibilidades se ha mencionado la impugnación de credibilidad que es una de las principales herramientas para ejercer el derecho a la confrontación de la prueba, pues va directamente encaminada a cuestionar la credibilidad del testigo, buscando restarle credibilidad a su relato.

Para impugnar credibilidad se hace necesario sentar las siguientes bases: 1) Se debe identificar la declaración inconsistente rendida en juicio (confirmar), 2) Se debe identificar las condiciones en las que se produjo la declaración previa, 3) Se debe mostrar al testigo la declaración previa para que la reconozca, y 4) Se debe obtener del testigo la declaración previa inconsistente. (Decastro, 2023).

Adicionalmente, para evitar que los usos de declaraciones previas cumplan finalidades diferentes a la de impugnar credibilidad, se debe seguir una serie de pasos que ha definido la jurisprudencia, los cuales se recordaron en la referida sentencia SP606 – 2017, para indicar que, en primer lugar, se debe mostrar la existencia de la contradicción u omisión; seguidamente, darle la oportunidad al testigo para que acepte la existencia de la contradicción u omisión; en tercer lugar, si el testigo no acepta el aspecto concreto de la impugnación, se le podrá pedir que lea en voz alta el apartado respectivo de la declaración previa; y finalmente, el apartado de la declaración previa sobre el cual recayó la impugnación ingresa al juicio mediante esa lectura que se ha realizado para que el Juez pueda realizar la valoración respectiva.

3.2. Asegurar la declaración como prueba:

Tal y como se ha indicado, al interior del proceso penal solo puede ser valorada como prueba la que se ha practicado en juicio oral con inmediación, contradicción, confrontación y publicidad, tal y como lo establece el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad en circunstancias excepcionales para admitir declaraciones previas como medios de prueba (Mejía & Afanador, 2023), dentro de los cuales se encuentra la prueba anticipada y la prueba de referencia, que para efectos prácticos y lo que ocupa a este escrito solo se aborda la prueba de referencia, pues como se ha anticipado, la práctica del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal no puede entenderse de ninguna manera como una prueba anticipada, pues de entrada rompe de tajo con el requisito prevalente de la competencia que el legislador le asignó al Juez de Control de Garantías para su práctica en el ya referido artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual es innecesario discurrir sobre la misma y se plantea la posibilidad de utilidad práctica como eventual prueba de referencia.

Para definir la prueba de referencia es necesario acudir al artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, el cual establece:

Artículo 437. Noción. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito,

el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

De la transcripción normativa realizada, resulta evidente que la prueba de referencia resulta excepcional, pues solo es admisible cuando no sea posible practicarla en juicio (Martínez, 2017). Razón por la cual el legislador estableció una lista taxativa de causales de prueba de referencia, estas son, cuando el declarante: 1) Manifieste que ha perdido la memoria sobre los hechos y esto sea corroborado pericialmente; 2) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; 3) Padece una enfermedad grave que le impide declarar; 4) Ha fallecido; 5) Es menor de edad y víctima de delitos sexuales.

Teniendo claro este panorama, cobra relevancia el aseguramiento de la prueba a través de la práctica del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal, toda vez que se obtiene en estricto sentido la declaración previa de un eventual testigo, porque como bien se ha indicado, esta sirve para recolectar elementos a la defensa, principalmente para aquellos testigos que en principio no son compatible con la teoría de la defensa. Pero si luego de recolectada la información se determina que es pertinente y puede ayudar a la teoría de la defensa, esta puede ser directamente aducida, en el hipotético caso de que se presente una verdadera situación de indisponibilidad del testigo, cumpliéndose una de las causales de admisibilidad de prueba de referencia.

Ahora, para incorporar al juicio una declaración previa como prueba de referencia, resulta necesario cumplir unos requisitos que la Corte Suprema de Justicia ha destacado en el Auto del 30 de septiembre de 2015, con radicación No. 46153, el cual estableció este procedimiento en los siguientes términos: 1) La declaración previa debe ser objeto de descubrimiento; 2) En la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, indicando los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido; 3) Acreditar la circunstancia excepcional de prueba de referencia; 4) En el juicio se debe incorporar la declaración previa según el medio de prueba que haya elegido la parte.

Se destaca que si la indisponibilidad del testigo por alguna de las causales ya referenciadas ocurre al momento de practicar el testimonio, será en ese estadio procesal donde se sustentará,

acreditará y decidirá sobre la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviniente para su respectiva incorporación al juicio.

Así las cosas, la práctica del testimonio para fines judiciales como prueba extraprocesal es una verdadera herramienta que le permite a la defensa en estos casos asegurar la prueba cuando se encuentre en una circunstancia especial y excepcional de indisponibilidad del testigo, lo que garantiza que la información del declarante pueda llegar finalmente al juicio para la valoración del Juez.

Conclusiones

El testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal, se encuentra regulado dentro del Código General del Proceso y dicha figura puede ser aducida en cualquier tipo de proceso, sin distinción de la jurisdicción o especialidad. Razón por la cual esto incluye la posibilidad de su obtención para ser utilizada en el marco de un eventual proceso penal.

La prueba extraproceso es una herramienta útil que se encuentra a disposición de la defensa en un proceso penal para adelantar su investigación independiente y para materializar ese derecho fundamental a la prueba en aras de: 1) Preconstituir prueba, 2) Asegurar la prueba, 3) Fortalecer la teoría del caso, y 4) Adelantar labores investigativas y de corroboración de los hechos que serán objeto del litigio.

Desde una visión constitucional, el derecho a la prueba tiene un alcance amplio y es precisamente la oportunidad que tiene la defensa para investigar y recolectar los elementos e información que considere necesaria para ejercer la defensa técnica y eventualmente presentar dichos elementos, buscando que dicha información se constituya en plena prueba que pueda ser valorada por el juez natural. Esto logra materializar la investigación independiente y el principio de igualdad de armas.

La utilidad procesal del testimonio con fines judiciales como prueba extraprocesal recae principalmente en: 1) Servir como medio de control para el interrogatorio cruzado de testigos, y 2) Asegurar la declaración como prueba.

En el primer caso, esto es, como control para el interrogatorio cruzado, es evidente su relevancia al momento de ejercer la confrontación y contradicción de la prueba testimonial a través del conainterrogatorio, facilitando el procedimiento de refrescar memoria e impugnar credibilidad del testigo adverso.

Por su parte, la utilidad práctica para asegurar la declaración como prueba es, precisamente, la figura de la prueba de referencia, teniendo en cuenta que: si en dicha declaración previa existe información que sirve a la teoría de la defensa y, ante una de las causales excepcionales de indisponibilidad del testigo para concurrir al juicio, es posible su incorporación, con lo cual se garantiza que esta información ingrese al juicio para su valoración.

Referencias

- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Asamblea Nacional Constituyente.
- Colombia. Congreso de la República. (2012). Ley 1564 de 2012: *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial.
- Colombia. Corte Constitucional. (2023a). Auto 1091 de 2023: *Conflicto de competencia entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Bugalagrande (Valle del Cauca) y el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca)* M. P. Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2023b). Sentencia C-536 de 2008: *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 268 (parcial) de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” y los párrafos 1° y 3° del artículo 18 y el numeral 9° del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007 “por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”*. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2023). Auto AC746 de 2023: *Decide la Corte el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados Primero Civil del Circuito*

- de Tuluá y Primero Civil del Circuito de Pereira, para conocer de la solicitud de pruebas extraprocerales elevada por Luz Dary Valencia Arbeláez, donde se pretende citar al Centro de Alt Tecnología Diagnóstica del Eje Cafetero -CEDICAF S.A.-. Corte Suprema de Justicia. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2017). SP606-2017. 25 de enero de 2017. Radicación No. 44950. Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia.*
- Cruz H. (2019). *Las pruebas practicadas de común acuerdo por las partes. un camino en construcción.* Ponencia escrita presentada para el XL Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Decastro, A. (2005). *El contrainterrogatorio. Estudio sobre la práctica de la prueba testimonial adversa.* Librería Jurídica Comlibros.
- Decastro, A. (2023). El usos de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral. *Criterio Jurídico*, Volumen 8 (1) 131–155. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/965>
- Devis, E. & Alvarado, V. (1984). *Compendio de la prueba judicial. Tomo I.* Rubinzal – Culzoni Editores.
- Guzmán, C. (2021). *A propósito de la idea de “igualdad de armas” en el proceso penal.* Revista Nuevo Foro Penal, 96. Universidad Eafit, pp. 13-55.
- Martínez, N. (2017). La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación. *Revista Cuadernos de Derecho Penal* 18. Julio-diciembre de 2017. Universidad Sergio Arboleda.
- Medina, R. (2017). *Prueba ilícita y regla de exclusión en materia penal. Análisis teórico .práctico en derecho comparado.* Editorial Universidad del Rosario.
- Mejía, E & Afanador, L (2023). *Naturaleza jurídica de la prueba de referencia y la valoración judicial en el sistema penal acusatorio.* Universidad Libre. <https://hdl.handle.net/10901/28236>
- Pabón P. (2016). *Código general del proceso, esquemático.* Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Pava, M. (2009). *La defensa en el sistema acusatorio.* Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Rico, L (2019). *Teoría general del proceso.* 4ª edición. Tirant lo Blanch.

Rojas G. (2017). *Código general del proceso, comentado*. 3ª Edición, Escuela de actualización jurídica – Esaju.

Ruiz, L. (2019). *La prueba como derecho en el Código General del Proceso*. Tirant lo Blanch.

Sanabria, R. J. (2015). Análisis de los medios de prueba testimonial y pericial en el Código General del Proceso: un estudio desde la experiencia procesal penal. *Estudios de Derecho*. 72(160), 19-50. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a02>

Saray, N. (2017). *Procedimiento penal acusatorio* (2ª ed.). Leyer Editores.