

**¿La prueba de referencia está desnaturalizando la estructura del sistema  
acusatorio?**

**EDGAR IGNACIO RAMIREZ**

**MONOGRAFÍA**

**Profesor**

**Dr. CARLOS ALBERTO MOJICA ARAQUE**

**FUNDACION UNIVERSITARIA  
CATOLICA DEL NORTE  
ESPECIALIZACION EN DERECHO PROBATORIO PENAL  
MEDELLIN ANTIOQUIA**

**2014**

## Tabla de Contenido

RESUMEN.....	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO PRIMERO.....	3
FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA ACUSATORIO .....	3
Acto legislativo 003 de 2002 .....	3
Artículo 29 de la Constitución Política .....	3
CAPÍTULO SEGUNDO.....	5
LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO .....	5
Definición.....	5
PRINCIPIOS PROBATORIOS DEL PROCESO PENAL (OBTENCIÓN DE LA PRUEBA) .....	7
EL PRINCIPIO DE ORALIDAD (art. 9 C.P.P.) .....	8
EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN (Art. 15 del C.P.P.) .....	8
EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN (ART. 16 C. P. P.).....	9
EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN (Art. 17 C. P. P.).....	10
EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (ART. 18 C. P. P.).....	10
LIBERTAD PROBATORIA Y PERTINENCIA (ARTS. 373 Y 375 C.P.P.).....	11
CAPÍTULO TERCERO .....	12
LA PRUEBA DE REFERENCIA .....	12
LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL .....	12
ESPAÑA .....	12
PUERTO RICO .....	14
Otras excepciones:.....	15
CORTE PENAL INTERNACIONAL .....	16
LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO .....	16
Concepto.....	16
Admisión .....	17
TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	17

La Corte Constitucional.....	17
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL.....	21
1. Radicado 25920 de 2007.....	21
2. Radicado 34703 de 2011.....	22
3. Radicado 41106 de 2013.....	25
CAPÍTULO CUARTO .....	27
EL TESTIMONIO DEL MENOR EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES.....	27
a. El Testimonio de Menores: .....	27
b. Valoración de los testimonios de los niños, las niñas y los adolescentes, en las investigaciones Contra la libertad, integridad y Formación Sexuales.....	28
c. La prueba de referencia, cuando los menores son sujetos pasivos de conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y Formación Sexuales. ....	32
CAPÍTULO QUINTO.....	34
ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL .....	34
1. ¿La aplicación de la prueba de referencia, está ajustado al marco Constitucional y legal? .	34
2 ¿La prueba de referencia sinónimo de justificación por inasistencia del testigo a la audiencia? .....	35
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA .....	39

## 1. INTRODUCCIÓN

La esencia del sistema penal acusatorio vigente en Colombia, es que todas las pruebas deben practicarse en la audiencia de juicio oral y público, ante el juez de conocimiento y sujetas a la confrontación y contradicción de las partes. En cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción y mediación, previsto en la Ley 906 de 2004.

La excepción a la regla procedimental, es la admisión de la prueba de referencia, entendida como tal, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, autorizada para las personas que no comparecen a la audiencia de juicio oral, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos del art. 438 del Código adjetivo.

Empero en la autorización de la prueba de referencia por parte del operador judicial, es donde se está desnaturalizando el sistema acusatorio, según mi punto de vista, toda vez que se está utilizando en situaciones no previstas por el legislador, como es del literal b) “evento similar” de la norma procedimental anotada, equiparándola a la imposibilidad de localizar al declarante.

En ese orden de ideas, en ningún momento las situaciones jurídicas de secuestro y desaparición forzada, tienen similitud con la imposibilidad de ubicar al declarante, sin perderse de vista que las primeras nacen al vida jurídica con denuncia sobre la ocurrencia de tal acontecer delictivo.

El trabajo va enfocado a demostrar las connotaciones que se presentan en la práctica judicial, cuando se autoriza la prueba de referencia, para justificar la inasistencia de los declarantes y el tratamiento que le está dando la jurisprudencia Nacional.

**Título del trabajo:** ¿La prueba de referencia está desnaturalizando la estructura del sistema acusatorio?

**Autor:** Edgar Ignacio Ramirez

**Título otorgado:** Especialista en Derecho Probatorio Penal

**Asesor del trabajo:** Dr. Carlos Alberto Mojica

**Programa de donde egresa:** Especialización en Derecho Probatorio Penal

**Ciudad:** Pasto

**Año:** 2014

## RESUMEN

El trabajo está encaminado a hacer un estudio crítico al sistema Acusatorio implementando en Colombia, con la admisión de la prueba de referencia entendida como tal, toda declaración realizada por fuera del juicio oral, autorizada para las personas que no comparecen a la audiencia de juicio oral, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos del art. 438 del Código adjetivo.

La aprobación de la prueba de referencia por parte del operador judicial, en algunos eventos, está desnaturalizando el sistema acusatorio, toda vez que viene siendo utilizada en situaciones no previstas por el legislador, como es del literal b) “**evento similar**” del artículo 438 del C. P. P., equiparándola a la imposibilidad de localizar al declarante. En ningún momento las situaciones jurídicas de secuestro y desaparición forzada, tienen similitud con la imposibilidad de ubicar al declarante.

La admisión de prueba de referencia, tal como esta concebida si bien se ajusta a la Constitución y la ley, pero al momento de su aplicación se está desbordando el querer del legislador, aceptando su práctica a eventos no autorizado por la norma (imposibilidad de localización del testigo), debiendo por tanto, el legislador hacer el ajuste pertinente, con miras a sostener la ideología del sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), que la misma debe practicarse en la audiencia de juicio oral, ante la presencia del juez de conocimiento, sujetas a la confrontación y contradicción de las partes, en cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción y mediación.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA ACUSATORIO**

#### **Acto legislativo 003 de 2002**

A través del acto legislativo 003 del 19 de diciembre de 2002, se modificó los artículos 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, publicado en el Diario Oficial 45.040, nació a la vida jurídica el sistema acusatorio, compilándose, el procedimiento en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), publicado en el Diario Oficial No. 45657 el 31 de agosto de 2004.

Posteriormente el Gobierno Nacional emitió el Decreto 2770 de 2004, disponiendo la corrección de algunos yerros tipográficos y caligráficos del texto de la Ley 906 de 2004, publicándose en el Diario Oficial No. 45658 del primero 1° de septiembre de 2004.

La Honorable Corte Constitucional, a través de sentencia C-925 del 6 de septiembre de 2005, declaró la constitucionalidad de la Ley 906 de 2004, toda vez que su texto fue aprobado por el Congreso de la República, sancionado por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial 45657 del 31 de agosto de 2004.

#### **Artículo 29 de la Constitución Política**

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. 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 controvertir las que se alleguen en su contra; impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

De lo descrito se tiene entonces, que el sistema acusatorio tiene fundamento constitucional en los artículos 29 y 250. Por cuanto todo ciudadano tiene derecho a un proceso “publico sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...” y “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías..”.

Por otra parte, el sistema acusatorio, que entro en vigencia en Colombia a partir del primero de enero de 2005, se sustenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Americana de Derechos Humanos, contentivos de normas superiores relacionadas con los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción, que son de la esencia del sistema acusatorio.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

**Definición:** “El acto o conjunto de actos, cuyo artífice es la persona, dirigido a demostrar, dar validez o impugnar, las facultades y obligaciones propias o de los demás, esto es, el acontecimiento capaz de producir la adquisición o pérdida o modificación de un derecho” <sup>1</sup>

La prueba “constituye la zona, no sólo de mayor interés, sino también neurálgica del proceso, la prueba da carácter al proceso; un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre todo en razón de la libertad o del autoritarismo que domina la materia de la prueba” <sup>2</sup>

En el sistema Probatorio Penal Colombiano, hace alusión a las pruebas que se aportan y se valoran por los operadores judiciales, en las diferentes Ramas del Derecho civil, Penal, laboral y Contencioso Administrativo, el funcionario judicial a través de la teoría de conocimiento procesal, toma la decisión que corresponda, con fundamento en las pruebas, que deberán demostrar lo realmente acaecido.

Entrando en el campo de la investigación Penal, se tiene que en Colombia rige el Sistema Acusatorio, Ley 906 de 2004, que entró a operar en el Departamento de Nariño, a partir del primero de enero de 2007, donde las pruebas se practican en audiencia de juicio oral, con la presencia del juez y las partes, garantizando los principios de mediación, contradicción y publicidad.

Según la norma aludida, el proceso penal se encuentra concebido como la contienda entre la fiscalía y defensa, ubicados en un mismo plano de igualdad, esperando al final como resultado del debate oral, que un tercero imparcial, el Juez tome la decisión que corresponda.

En el Sistema acusatorio, la Fiscalía General de la Nación, es el titular y responsable de la acción Penal, tiene la carga de demostrar probatoriamente la responsabilidad

---

<sup>1</sup> Cuello IRIARTE, Gustavo. La Sana Crítica. Sistema de Valoración de la Prueba Judicial, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D. C. 2007 p. 24

<sup>2</sup> Cita de cita. Santiago Satis Melardo En: DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado de Derecho Proceso Civil. T. V. pág- 5-6

penal del acusado. Y el escenario para cumplir con tal cometido es la audiencia de juicio oral, es donde se ordena la práctica de las pruebas con presencia de las partes, garantizando la inmediación de las pruebas con el juez y se asegure su imparcialidad.

La Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Con respecto a que la Fiscalía General de la Nación, es la responsable de la acción Penal, ha hecho la siguiente apreciación:

“Se dice que la carga de la prueba en materia penal, por virtud del principio de presunción de inocencia, corresponde al ente encargado de investigar y acusar, lo que implica que el procesado queda relevado de probar la no perpetración del hecho delictivo y su no culpabilidad. Empero a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor...

“La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes, en caso de que en el trámite se extrañe la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

“En un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, es claro que la actividad probatoria de la fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción, se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la ejecución de los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. ..”<sup>3</sup>

Establecido que a la Fiscalía le corresponde la carga de la prueba, para cumplir tal cometido, en audiencia de juicio oral se practicarán las pruebas solicitadas y ordenadas por el funcionario judicial, para demostrar su teoría del caso, terminado tal espacio, procederá a concluir su intervención con los alegatos de conclusión, para luego entrar a escena el señor Juez a realizar el examen de valoración, para lo cual realizará la correspondiente reconstrucción fáctica, en cuanto a la existencia de la conducta punible investigada y responsabilidad y participación del acusado, la cual deberá concluir sobre el grado de conocimiento de “más allá de toda duda”, sancionando al implicado con fundamento en la valoración en su conjunto de las pruebas practicadas y controvertidas dentro de la audiencia de juicio oral.

Concluyendo que en el proceso penal las pruebas van encaminadas, a determinar la verdad de lo ocurrido, la culpabilidad del investigado y su consecuencia la

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. MP. Fernando Alberto Castro Caballero. Jurisprudencia Penal, Extractos Iván Velásquez Gómez. Primer Semestre de 2011, pág. 258.

condena, para ello el Juzgador realizará la valoración prevista en el Código Adjetivo, establecerá según su libre criterio si el acusado es o no culpable.

En ese orden de ideas, considero que las pruebas en el sistema probatorio Penal Colombiano, están encaminadas a demostrar la real ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento de la justicia, la responsabilidad de los involucrados, la consecuencia finalmente es la sentencia condenatoria.

Empero también puede presentarse el caso de que el funcionario judicial, después de valorar las pruebas en su universo le generen duda sobre la participación del investigado en el caso sometido a estudio procederá absolverlo, indicando que tanto para condenar como para absolver, las pruebas ocupan un papel preponderante en las investigaciones, siempre encaminadas a establecer la verdad de lo acontecido, para tomar la decisión que corresponda.

Para cumplir con el anterior cometido, el ordenamiento procesal, regula el diligenciamiento de las pruebas contemplando un conjunto de actos de obligatorio cumplimiento previos a su incorporación la lealtad de las partes. Cumplida dicha ritualidad las pruebas cumplirán su cometido, cuál es la llevarle al juez la convicción para que tome la decisión que corresponda, dentro del asunto sometido a controversia.

De lo anterior, se concluye que la finalidad de las pruebas dentro de un proceso penal, están encaminadas reitero, a demostrar el real acontecer delictivo y la participación o la no participación en los hechos del acusado, para finalmente ser merecedor de una sentencia condenatoria o por el contrario absolutoria, dependiendo de lo que se demuestre probatoriamente, y, por supuesto dependiendo de la valoración que haga el operador judicial. Pero en ningún momento para determinar la verdad de los hechos juzgados, por cuanto lo que se prueba y se juzga es el comportamiento humano, cuando actúa contrariando la ley penal.

## **PRINCIPIOS PROBATORIOS DEL PROCESO PENAL (OBTENCIÓN DE LA PRUEBA)**

Las Pruebas en el proceso penal se practican en la audiencia de Juicio oral, siempre y cuando se hayan descubierto y solicitado en la audiencia preparatoria por las partes (fiscalía y defensa), indicando su pertinencia y conducencia, con miras a demostrar la responsabilidad del acusado. En la obtención de las pruebas se tendrá

en cuenta los principios de oralidad, contradicción, inmediación, concentración y publicidad.

## **EL PRINCIPIO DE ORALIDAD (art. 9 C.P.P.)**

“La actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación”.

En cumplimiento de este principio rector la actuación procesal es oral y en su ejecución se utilizan los medios técnicos disponibles, que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido.

La garantía procesal, se vislumbra al momento que se practican las pruebas en presencia del Juez, en cumplimiento de los principios oralidad, concentración, publicidad, contradicción y el de inmediación. En este último principio rector hace referencia a la proximidad con el acusado y con los medios de conocimiento que se introducen como prueba, permitiéndole al juzgador una mejor captación de lo que le está indicando la prueba, facilitándole el análisis y apreciación de la prueba, la que le debe producir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

## **EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN (Art. 15 del C.P.P.)**

“Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado”.

Uno de los principios probatorios de vital importancia (para la obtención de la prueba) dentro de la investigación, encaminado a que las partes tienen el derecho a conocer (audiencias formulación de acusación y preparatoria donde se descubre los elementos materiales probatorios y las pruebas que se pedirá su práctica en el juicio) y controvertir las pruebas, como también intervenir en su formación e incorporación en el juicio oral, en el incidente y las que se hayan practicado con anticipación.

En cumplimiento del principio referenciado, la prueba debe ser susceptible de debate y contradicción. En otras palabras, se cumple con tal objetivo no sólo cuando en efecto la contraparte se entera, sino también cuando ésta ha tenido la oportunidad de refutarla, en la audiencia de juzgamiento.

El principio de contradicción hace parte del debido proceso, derecho fundamental protegido por la Constitución en el art. 29, indicando la controversia probatoria como derrotero de la investigación penal. La forma como los intervinientes harán gala de este principio en la audiencia de juicio oral, se encuentra regulado en los artículos 390 a 397 del Código de Procedimiento Penal, que hace alusión a (examen de los testigos, Interrogatorio cruzado del testigo, reglas sobre el interrogatorio, reglas sobre el contrainterrogatorio, acusado y coacusado como testigo, oposiciones durante el interrogatorio, examen separado de testigos e interrogatorio por el Juez).

## **EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN (ART. 16 C. P. P.)**

“En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este Código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso”.

La esencia del sistema acusatorio, se encuentra inmerso en este principio probatorio, su eficacia se cumple en la audiencia de juicio oral, cuando los elementos materiales probatorios se estimarán como prueba, cuando se hayan producido o incorporado en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

La norma está indicando, que sea el mismo Juez, sin intermediarios, quien intervenga en la producción e incorporación de la prueba en el juicio oral, para que tenga un contacto directo con los testigos de cargo, descargo y con los que se introduce los elementos materiales probatorios y la evidencia, permitiéndole una captación de los elementos, circunstancias de tiempo, modo y lugar, que finalmente valorada en su conjunto, tomará la decisión más ajustada a derecho.

También el principio en estudio le permite al señor Juez percibir la fuente de los medios de conocimiento y las alegaciones de las partes, facilitándole formar su criterio con mayor posibilidad de acierto.

La importancia de la norma rectora estriba, en que el operador judicial, como un tercero imparcial, es quien recibe para su intelecto y la formación de su juicio, los planteamientos de los contrincantes, y, a partir de ellos tomar una determinación.

## **EL PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN (Art. 17 C. P. P.).**

“Durante la actuación procesal la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, con preferencia en un mismo día, si no fuere posible se hará en días consecutivos, sin perjuicio de que el juez que dirija la audiencia excepcionalmente la suspenda por un término hasta de treinta (30) días, si se presentaren circunstancias especiales que lo justifiquen. En todo caso el juez velará porque no surjan otras audiencias concurrentes, de modo que concentre su atención en un solo asunto”

Principio probatorio encaminado a que la audiencia de juicio oral debe realizarse de manera continua e ininterrumpida, dentro de tal escenario se practicarán las pruebas y se introducirán los elementos materiales probatorios, con la finalidad de hacer valer sus pretensiones. Advirtiéndose que las pruebas que se practican en este estadio de la actuación, debieron haberse solicitado en la audiencia preparatoria, indicando su pertinencia y conducencia.

Lo que se busca con el principio en comento es que la práctica de las pruebas se haga en un solo momento, sin perderse la continuidad, que influye en la intervención de las partes e intervinientes en la presentación de los alegatos de conclusión, con miras a sustentar su teoría del caso.

## **EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (ART. 18 C. P. P.)**

“La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes, se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir, se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación”.

Por medio de este principio se dispone que la actuación procesal sea pública, teniendo acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación e integrantes de la población civil, enterándose de manera directa de la situación fáctica investigada y la práctica de las pruebas pedidas por los sujetos procesales,

para demostrar la responsabilidad y/o la inocencia del investigado, con la anuencia del señor Juez. En otras palabras, es la oportunidad que tiene la comunidad de conocer la operancia de la Administración de Justicia, determinado sus falencias y aciertos.

Por otra parte, la publicidad del proceso surge como un derecho constitucional del acusado (art. 29 de la Constitución Política) y una garantía jurídica, puesto que las actuaciones judiciales son públicas y permanentes, con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial (art. 228 CN).

Respecto a este principio la Corte Constitucional, ha precisado:

“El propósito fundamental de la publicidad de los procesos es evitar las arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades judiciales, y proporcionar al acusado, un juicio justo e imparcial. Sin embargo, dicha publicidad puede ser restringida o limitada por la ley, siempre y cuando sea proporcionada con la finalidad protectora que se quiera cumplir, como es el caso de la reserva del sumario, que busca proteger la recolección de datos que ayudan a determinar responsabilidades. Tales restricciones, sin embargo, no pueden ser de tal magnitud que hagan nugatorio dicho derecho constitucional”<sup>4</sup>

## **LIBERTAD PROBATORIA Y PERTINENCIA (ARTS. 373 Y 375 C.P.P.)**

Los hechos y las circunstancias de interés para la solución del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios previsto en el Código adjetivo, o por cualquier medio técnico o científico, siempre y cuando no viole los derechos humanos.

La libertad probatoria implica que para sostener la pretensión, los sujetos procesales pueden utilizar cualquier medio, siempre teniendo en cuenta el respeto por los derechos humanos y en acatamiento a lo dispuesto en el contexto de la estructura del sistema acusatorio, en lo que a pruebas se refiere. Es decir, que las mismas tuvieron que ser descubiertas, solicitadas y decretadas en las audiencias correspondientes, para que finalmente las partes no puedan ser sorprendidas con pruebas no descubiertas o no decretadas oportunamente.

Y pertinencia hace relación que los elementos materiales probatorios, la evidencia y el medio de prueba deben referirse directamente, a los hechos o circunstancias relacionadas con la comisión de la conducta punible y sus consecuencias. De igual manera que permita identificar y demostrar la responsabilidad del acusado.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 1994. MP. Carlos Gaviria Diaz.

En síntesis, toda prueba que no guarde ninguna relación con los hechos investigados, o, que pretendan distorsionar su contenido, o demostrar un hecho ya probado o aceptado no es pertinente y en consecuencia debe ser inadmitida por el Juez.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LA PRUEBA DE REFERENCIA**

#### **LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL**

El derecho comparado en Colombia es utilizado como una herramienta, por parte de los legisladores, que determinan el camino jurídico que guiara a la justicia, entendiendo tal trabajo, como la tipificación de comportamientos con la correspondiente sanción, ante la presencia reiterativa de alteración del orden público en un momento dado, para cumplir tal labor legislativa, se nutre del manejo que le han dado a similar problemática otros países ibéricos, anglosajones y americanos, toda vez que el proceso penal colombiano tiene tinte inquisitivo y acusatorio.

En consonancia en lo que se viene tratando, la prueba de referencia en el derecho comprado es sinónimo de “testigo de oídas” que se considera como “la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos provenientes de un tercero, el cual es el que verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado” <sup>1</sup>

Tal postura no guarda relación con lo expuesto por el Código de Procedimiento Penal Colombiano y lo desarrollado a nivel jurisprudencial por las altas Cortes, toda vez que la prueba de referencia no se circunscribe únicamente al “testigo de oídas”.

Ahora entremos a estudiar, como se encuentra institucionalizada la prueba de referencia en los sistemas Procesales Penales Español de connotación inquisitiva y el de Puerto Rico, donde opera el sistema acusatorio de origen americano, determinando su aplicabilidad.

---

<sup>1</sup> Velayos Martínez V. El testigo de referencia en el Proceso Penal. Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia 1998. Pág. 24 En Tesis Doctoral Montoliu. Ana Beltrán. El derecho defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional visitado el 10 de agosto de 2009.

**ESPAÑA.**- País Europeo, donde opera el proceso penal de tinte inquisitivo, con influencia de principios democráticos y de carácter acusatorio, entre los principios que lo gobiernan, se encuentra la intermediación probatoria.

La finalidad del sistema procesal Español, es la consolidación de la justicia material, para lograr tal cometido, hace uso de la prueba de referencia, a través del testigo de oídas, prueba que tiene mayor control, ante la imposibilidad de ejercer el contradictorio y el derecho de defensa.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>2</sup> se enuncia claramente que “los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”, de allí que este tipo de testimonios aunque “pruebas” no gozan de plenitud para enervar la presunción de inocencia, y por otro lado, este país niega la posibilidad que este tipo de pruebas se presenten cuando se trate de delitos de injuria y calumnia.<sup>3</sup>

“La prueba testifical de referencia constituye desde luego, uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en un orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia excepto para los casos de injuria y calumnia vertidos de palabra”.<sup>4</sup>

Lo anterior permite concluir que los problemas que se presentan en la aplicación de la prueba de referencia en el país ibérico, no se encuentra en la admisibilidad, sino en su recolección y valoración, de allí que la definan como “la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos provenientes de un tercero, el cual es el que verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado”.

“Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia al principio de intermediación de la prueba, entendiéndose por tal, la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre este, pero ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa ... La problemática

---

<sup>2</sup> Código de Procedimiento Penal Español. Art. 710

<sup>3</sup> *Ibíd*, art. 813.- “No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra”.

<sup>4</sup> CLIMENT DURAN, Carlos. La Prueba Penal- Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Tirant la blanck libros. Valencia. 1999, p. 1231

que plantea la prueba de referencia es como cualquier otra prueba, el relativo a la veracidad y credibilidad”<sup>5</sup>

Concluyendo entonces que en el país ibérico, para que una prueba pueda ser tenida en cuenta en el sistema procesal penal, de cumplir con los principios de oralidad, pertenencia y utilidad, siendo más riguroso el control, cuando se trata de la prueba de referencia, sobre su procedencia, toda vez que este medio probatorio indirecto, en ningún momento puede llegar a desplazar o sustituir al testimonio directo, por excepción en casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad de comparecencia a la audiencia de juicio oral, cuando se presentan las eventualidades tales, como La imposibilidad de localización del testigo directo, la inasistencia injustificada del testigo a la audiencia de juicio, la muerte o fallecimiento del testigo directo, La concentración del domicilio del testigo en el extranjero sin posibilidad de remitirlo a la audiencia de juicio.

**PUERTO RICO.-** En Puerto Rico el Sistema Procesal Penal se encuentra soportado en las Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia, aprobado en 1979, encaminado al descubrimiento de la verdad en los procedimientos judiciales. Teniendo como medios de prueba el testimonio, los documentos, el peritazgo y demás pruebas demostrativas y el conocimiento judicial.

Dentro del procedimiento Penal de éste país centro americano, se encuentra instituida la prueba de referencia , conformada por los testimonios “que se hacen fuera de la vista o juicio en el que se ofrecen para probar que tal declaración es verdadera”<sup>6</sup>, o como se encuentra establecida en la regla 60 “una declaración aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado” se encuentran completamente delimitadas en el capítulo octavo de este estatuto procesal, de allí que tenga como causales de admisibilidad cuando la declaración:

“(A) Es hecha por dicha parte, bien en su capacidad individual o representativa, o

(B) es una que dicha parte ha adoptado como suya o ha expresado creer en su veracidad, teniendo conocimiento de su contenido, o

---

<sup>5</sup> Ibídem P. 1231

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Puerto Rico, fechado el 20 de noviembre de 2008, caso No. CP.2006-7 Querellado. JOSÉ R. RÍOS RÍOS Pág. 13.

(C) es hecha por una persona autorizada por dicha parte a hacerla en relación con el asunto objeto de la declaración, o

(D) es hecha por el agente empleado de dicha parte referente a una materia dentro del ámbito de la agencia o empleo, durante la existencia de la relación, o

(E) es hecha por un conspirador de dicha parte durante el curso de la conspiración y en la consecución del objetivo de ésta”<sup>7</sup>

De lo de descrito se colige que a diferencia de lo que acontece en Colombia, las reglas en el sistema Procesal Penal de Puerto Rico, evidencian una diversidad de posibilidades, donde tiene operancia la prueba de referencia, a pesar de que de alguna manera se vulneren derechos tales como el derecho a la no autoincriminación, especialmente cuando no existe disponibilidad del testigo, estableciendo que la prueba será admisible si esta indisponibilidad obedece a que el declarante:

“(1) Está exento o impedido de declarar por razón de un privilegio reconocido en esta regla en relación al asunto u objeto de su declaración, o

Y otras causales que se encuentran plenamente concentradas en el esquema procesal colombiano, bien sea de manera literal o enmarcada en los famosos “eventos similares” que se implementaron:

(2) insiste en no declarar a pesar de orden del tribunal para que declare, o

(3) testificar no recordar, o

(4) ha fallecido o está imposibilitado de comparecer a declarar por razón de enfermedad o impedimento mental o físico, o

(5) está ausente de la vista y el proponente de su declaración ha desplegado diligencia para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

(...)

**Otras excepciones:** Una declaración con suficiente garantía circunstancial de confiabilidad si se determinare que:

---

<sup>7</sup> Las reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia. Regla 62

- (i) Tiene mayor valor probatorio, en relación al punto para lo que se ofrece, que cualquier otra evidencia que el proponente pudiera conseguir mediando esfuerzo razonable y
- (ii) el proponente notificó a la parte contra quien la ofrece, con razonable anterioridad, su intención de ofrecer en evidencia tal declaración informándole sobre los particulares de ésta, incluyendo nombre y dirección del declarante”.<sup>8</sup>

**CORTE PENAL INTERNACIONAL.-** Para este Tribunal Penal internacional, la prueba de referencia es inadmisibles, por cuanto en la confrontación y valoración de las pruebas en la toma de las decisiones, se acepta como prueba únicamente al testigo presencial, que debe rendir su testimonio en presencia de las partes, para que sea sometido a la contradicción, para que produzca efectos jurídicos en la suerte de los investigados.

En consonancia con el tema que se viene analizando, la Corte Penal Internacional ha conceptualizado:

“La prueba testimonial deberá rendirse en persona en el juicio, salvo cuando se apliquen medidas establecidas en el artículo 68 o en las reglas de procedimiento y prueba. Así mismo, la Corte podrá permitir al testigo que preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de video o audio, así como que se presenten documentos o transcripciones escritas, con sujeción al presente estatuto y de conformidad con las reglas de procedimiento y pruebas. Estas medidas no podrán redundar en perjuicios de los derechos del acusado ni serán incompatibles con estas”.<sup>9</sup>

Concluyendo que si bien en la Corte Penal Internacional, la prueba de referencia no es susceptible de admisión, para los tribunales internacionales la misma puede ser admitida, cuando se garantice la idoneidad, pertinencia, confiabilidad y valor probatorio, en orden de garantizar el descubrimiento de la verdad y la materialización de la justicia.

---

<sup>8</sup> Ibídem Regla 64

<sup>9</sup> SANCHEZ, Hernando; SANCHEZ Raúl Eduardo, Código de Derecho Penal Internacional. Ed. Universidad de Rosario Bogotá, 2007. Pag. 203.

## LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

La prueba de referencia se encuentra regulada en la Ley 906 de 2004, en los artículos 437 a 441, donde se dispone la forma como debe ser abordada por la Fiscalía y presentada en la audiencia de juicio oral, para sostener su teoría del caso.

**Concepto.**- La prueba de referencia es “toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio”<sup>10</sup>

**Admisión.**- La prueba de referencia es accesible en el sistema penal acusatorio vigente, de manera excepcional, cuando el testigo, se encuentre en las siguientes eventualidades:

- “ a) Manifieste bajo el 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**; (negritas fuera de texto).
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido...”<sup>11</sup>

Con la entrada en vigencia en Colombia la Ley 906 de 2004, se instituyó la admisibilidad de manera excepcional la prueba de referencia, contrariando los principios de inmediación y contradicción, desnaturalizando de alguna manera el nuevísimo sistema acusatorio, toda vez que el declarante presencial no acude a la audiencia de juicio oral, a revelar los hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, impidiendo de esta manera ser sometido a interrogatorio y conainterrogatorio por parte de los intervinientes (Fiscalía y defensa) y con la anuencia del juez de conocimiento. Debiendo ser este medio de prueba inadmitida, toda vez que en el Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

---

<sup>10</sup> Art. 437 del C. de P. P.

<sup>11</sup> Art. 438 del C. de P. P.

# TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

## La Corte Constitucional

1. Sentencia C- 144 de 2010.

“(...)”

### ***“3.7.4. El artículo 438 (parcial) del C.P.P.***

88. El actor acusa la expresión “o evento similar” del artículo 438 del C.P.P., por cuanto estima que con ésta se abren las opciones para introducir en el proceso la Prueba de Referencia, con violación del debido proceso y dentro de él, de los principios de contradicción e intermediación del juez con la prueba y desconocimiento de las reglas de admisibilidad y pertinencia que deben reunir todos los medios probatorios obrantes en el proceso penal. Como ocurre con los demás preceptos, sólo el representante de la Universidad Nacional de Colombia acompaña al actor, mientras que los demás intervinientes y la Vista fiscal, encuentran la expresión del art. 438 del CPP, conforme a la Constitución.

89. Repasando los argumentos del actor, de nuevo la Corte encuentra que el cargo jurídico concreto y específico formulado, se centra en el hecho de que la excepcionalidad de la Prueba de Referencia, por sus implicaciones respecto de los principios de contradicción e intermediación, impide que se incluya una opción adicional no precisa, como la prevista en el art. 438, literal b). Por tanto, lo que se acusa es Que la otra posible razón para decretar una Prueba de Referencia, no esté determinada con claridad, lo que permite su uso frecuente y abusivo.

90. De conformidad con lo previsto en el art. 437 del CPP, son Pruebas de Referencia las declaraciones recibidas por fuera del debate oral, que a su vez se utilizan para acreditar o excluir elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación de la pena, la naturaleza y entidad del daño causado y cualquier otro asunto propio del juicio oral, siempre que no sea posible su recaudo en condiciones de normalidad, esto es, ante el juez en la audiencia del juicio oral .

Ciertamente la Prueba de Referencia representa una delicada excepción a la regla general establecida en el C.P.P., pues va en contravía del principio de intermediación. También dificulta intensamente la contradicción y altera de este modo las exigencias del principio de concentración, para que en un tiempo continuo, en el espacio de la audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas que los determinen de modo directo.

91. El actor, sin embargo, no demanda dicha modalidad de prueba en cuanto tal. Sólo acusa que una de las formas en que puede ser admitida como prueba del proceso, viola el principio de legalidad al cual debe someterse la figura.

Es decir que de nuevo la cuestión de relevancia constitucional que propone el actor, consiste en establecer si el procedimiento debe ser regulado por el legislador de modo tal, que no exista ninguna opción para que el juez defina elementos normativos del proceso y de las pruebas, como sería en este caso determinar si es admisible o no una Prueba de Referencia de un declarante que no puede comparecer al proceso, porque se encuentra en un “evento similar” al de secuestro o desaparición forzada.

92. Sobre este punto, aprecia la Corte que tal expresión, no obstante ofrecer una hipótesis indeterminada por la cual sea de recibo el testimonio de referencia, no supone que la excepción de este tipo de prueba sea la regla, ni vulnera el principio de legalidad.

93. 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.

Sobre este último particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal apuntaba sobre esta expresión:

“La norma introdujo una excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares”.

“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”.

“La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

“La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo”.

91. El actor, sin embargo, no demanda dicha modalidad de prueba en cuanto tal. Sólo acusa que una de las formas en que puede ser admitida como prueba del proceso, viola el principio de legalidad al cual debe someterse la figura.

Es decir que de nuevo la cuestión de relevancia constitucional que propone el actor, consiste en establecer si el procedimiento debe ser regulado por el legislador de modo tal, que no exista ninguna opción para que el juez defina elementos normativos del proceso y de las pruebas, como sería en este caso determinar si es admisible o no una Prueba de Referencia de un declarante que no puede comparecer al proceso, porque se encuentra en un “evento similar” al de secuestro o desaparición forzada.

92. Sobre este punto, aprecia la Corte que tal expresión, no obstante ofrecer una hipótesis indeterminada por la cual sea de recibo el testimonio de referencia, no supone que la excepción de este tipo de prueba sea la regla, ni vulnera el principio de legalidad.

93. 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.

Sobre este último particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal apuntaba sobre esta expresión:

“La norma introdujo una excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares”.

“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”.

“La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unguadas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida”.

“La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo”.

94. Por lo demás, la figura en general de la Prueba de Referencia se encuentra regulada a través de otros elementos normativos, los cuales también sirven para orientar al juez, en el proceso de aplicación de la expresión bajo estudio. Así cuando en el artículo 379 del CPP, se establece que por razón del principio de inmediación tan valioso al sistema penal de tendencia acusatoria, “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”, señalando al final de modo expreso que la “admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”.

En adición, hay que tener en cuenta que no obstante la Prueba de Referencia sea admitida de manera excepcional, su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba. Porque conforme a lo previsto en el artículo 381 CPP, un fallo condenatorio bajo ningún concepto se puede estructurar a partir de medios probatorios de tal naturaleza.

De otro lado, en el artículo 441 del CPP se han previsto dos ingredientes adicionales de control al uso de la misma: uno según el cual la admisión de la Prueba de Referencia debe cumplir en lo pertinente, con las reglas generales de la prueba sobre admisibilidad y apreciación; otro relativo a la posibilidad de cuestionar la credibilidad de la Prueba de Referencia por cualquier medio probatorio.

95. Con todos estos elementos es fácil concluir que el legislador, al emplear la expresión “o evento similar”, no ha introducido una opción que abra en exceso los contornos de la facultad excepcional del juez para decretar este tipo de pruebas. En el marco de su poder de libre configuración legislativa, ha contemplado un elemento adicional que aunque por sus características no permite que su aplicación se reduzca a un simple proceso de subsunción, permite sí al juez una adecuada comprensión y aplicación. Esto es, la incorpora de modo tal en el precepto, que hace posible reconocer racionalmente otras circunstancias próximas al secuestro y a la desaparición forzada que justifiquen admitir una declaración de tal naturaleza.

96. Con base en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “o evento similar”, contemplada en el art. 438 literal b) del CP...<sup>12</sup>

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL

### 1. Radicado 25920 de 2007.

“(…)

“La *prueba de referencia* es, quizá, una de las temáticas más controversiales del derecho actual, tanto en el área civil como en la penal, y especialmente en los sistemas de enjuiciamiento acusatorio.

3.3.1 El régimen de procedimiento penal colombiano (*Ley 906 de 2004*) exige -por principio general- el conocimiento personal directo, al prever en el artículo 402 que el “*testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir*”.

Acorde con tal imperativo, el *principio de intermediación* en materia probatoria presupone que las pruebas se practiquen en forma oral y pública en el juicio; y que las declaraciones se circunscriban a lo visto o escuchado en forma personal y sin intermediarios, de modo que no se pierda la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de la percepción.

Aun así, por excepción, es factible admitir pruebas que no se hubiesen practicado en el juicio oral - *pruebas de referencia*- a las cuales el legislador asigna un mérito menguado o restringido, al punto que no podrán servir por sí solas para fundamentar la sentencia condenatoria.

En Puerto Rico opera una especie de *regla de exclusión* contra la *prueba de referencia*. Tal exclusión, que en principio fue severa, ha ido cediendo paulatinamente ante la realidad práctica y la necesidad de administrar justicia en términos racionales, hasta generar una serie de “*excepciones*” que permiten el ingreso de ese género de pruebas al debate oral, claro está, con valor o peso suasorio

---

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-144/10, marzo 3 de 2010. MP. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17 parcial, 112, 357, 245, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley 906 de 2004, “*por la cual se expide el Código de procedimiento penal*”.

menguado. Tal el caso de los sistemas de enjuiciamiento federal de los Estados Unidos de Norte América y de Puerto Rico, donde el catálogo de excepciones pasa de cuarenta posibilidades.

3.3.2 El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) ofrece la siguiente 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.”*

La *prueba de referencia* también es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios; o para impugnar esa credibilidad; y como elemento de partida de inferencias indiciarias, según se desprende de los artículos 437 y 440 *ibídem*.

3.3.3 En la Sentencia del 30 de marzo de 2006 (*radicación 24468*), la Sala de Casación Penal inició el estudio de lo concerniente a la prueba de referencia, destacando, entre otros, estos aspectos:

*“1.3 Las particularidades de la prueba de referencia y la dificultad práctica de controvertir los contenidos referidos determinan que a ese género de pruebas la legislación reconozca un poder suasorio restringido, al estipular en el artículo 381 que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, consagrando así una tarifa legal negativa, cuyo desacatamiento podría configurar un falso juicio de convicción.*

...

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

...

*1.7 Es factible que se decrete un testimonio, a solicitud de la Fiscalía, la defensa o el Ministerio Público (por excepción), y que en su desarrollo el testigo directo relate además de sus percepciones personales, algunos contenidos referidos o escuchados a otros.*

*Frente a tal eventualidad, de no extraña ocurrencia, la prueba no deviene ilegal, ni improcedente, sino que compete a los intervinientes, como partes con intereses opuestos, ejercer el derecho de impugnación, por ejemplo, sobre la credibilidad del testigo en esas condiciones; y al Juez toca identificar los contenidos de declaración directa y los relatos de oídas para efectos de la apreciación de dicha prueba. Lo anterior, por cuanto, se insiste, la problemática esencial de la prueba de referencia no radica en la pertinencia ni en la legalidad determinada *ex ante*, sino en la posibilidad de controvertirla, y en la valoración o fuerza de convicción que de ella pudiere derivarse.”<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal- Radicado 25920, febrero 21 de 2007. MP. Dr. JAVIER ZAPATA

## 2. Radicado 34703 de 2011

“(…)

La prueba de referencia. 1. Constituye un tema, que no obstante de haber sido abordado por la Corte en distintas oportunidades, no deja de generar amplios debates tanto jurisprudenciales como doctrinales, pues de manera alguna, puede considerarse como suficiente para desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia; instituto que igual ha tenido amplio debate en el derecho foráneo, fue concebido por el legislador en los términos del artículo 437 de la Ley 906 de 2004:

“.. 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 juicio.”

O como lo tiene dicho la Sala:

“... En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

2.- Es por ello que el testimonio de referencia constituye un medio de prueba, más no una prueba válidamente considerada, distinción que se ofrece necesaria en la medida en que solamente son consideradas como tales las que han sido practicadas en el juicio y con pleno acatamiento a los principios que rigen el sistema acusatorio, entre estos, el de inmediación, contradicción y defensa.

Significa lo anterior, que quien depone en estas condiciones, no puede ser considerado como testigo del hecho, pues su disertación se limita a narrar circunstancias conocidas –que interesan a la investigación –pero que en modo alguno presencié, pues su conocimiento devino en forma indirecta y de ahí su condición de declarante más no de testigo.

3.- Igual, la prueba de referencia, se utiliza con fines de impugnación, pues con ella no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, sino simplemente con el fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del Código.

4.- Lo dicho, releva a la Corte en esta oportunidad – como que lo que se impone es ratificar la jurisprudencia sobre tal aspecto – de realizar cualquier ponderación distinta de cara a la prueba de referencia, institución que no obstante el desconocimiento que con frecuencia se advierte en los operadores judiciales, se ofrece trascendente en el sistema probatorio al resultar inevitable y necesaria ante la multiplicidad de situaciones que en cada evento debe valorar el operador judicial en aras de satisfacer el principio de la justicia material...”

### III LA ENTREVISTA RENDIDA POR EL OFENDIDO ANTE POLICIA JUDICIAL EN LAS LABORES DE INVESTIGACION CONSTITUYE PRUEBA DE REFERENCIA. ADMISION EXCEPCIONAL.

1. El postulado: el presunto ofendido rindió ante las autoridades de policía Judicial una entrevista sin que la misma hubiera podido ser ratificada en la vista pública, lo que permite calificarla de prueba de referencia. Sin embargo, su admisión es de carácter excepcional:

“... Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad o práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considera pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia”.

2. El enunciando así presentado por la Sala, anticipa que se acoge la tesis de la Fiscalía en su calidad de sujeto recurrente, al considerar la entrevista suministrada por (...) como prueba de referencia, ante la no disponibilidad de aquél para comparecer al juicio por su desaparición voluntaria al viajar a España lo que hizo imposible su localización, hipótesis contemplada en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 que establece:

“Art. 438.- Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante (...) b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar...”

Frente a la cláusula abierta referida 'al evento similar' a que se contrae el precepto, la Corte ha tenido la oportunidad de precisar su alcance con miras a dotar de un mayor entendimiento este novísimo instituto introducido con el sistema acusatorio, el que resulta extraño a las legislaciones procesales penales que le antecedieron:

“Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones influyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas.

“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 pueden ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

“La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no esté disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión o práctica de prueba de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas unidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

“La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo ...<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup>Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Radicado 34703. Sentencia diciembre 14 de 2011. MP. Dr. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN.

### 3. Radicado 41106 de 2013

“El punto de discusión gira en torno de si se puede admitir como prueba de referencia una entrevista de alguien cuyo testimonio fue ordenado por el juzgado pero su comparecencia fue imposible de lograr por ser prófugo de la justicia; esto es, si tal situación se aviene a la extensión que al efecto hace el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, dicho canon determina:

*“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 información.*
- 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.*

*También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”*

Si bien es cierto que la situación que se presenta en el asunto de la referencia no coincide con ninguna de las descritas en los ordinales del artículo 438, la Sala ha admitido que existen varias posibilidades para que, dentro de lo previsto en el literal “b”, se pueda concluir estar en presencia de “eventos similares” a los allí previstos.

Ya la Sala había dicho en auto de 6 de marzo de 2008, radicado 27477:

*“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.*

*La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad),*

---

*con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.*

*La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla,*

Con fundamento en dicha doctrina, es claro que (...) no está disponible y que tal situación se origina en una causa de fuerza mayor, esto es, en la incapacidad de las autoridades encargadas de realizar su captura para hacer efectivo el cumplimiento de la pena que le ha sido impuesta, incapacidad, en todo caso no imputable al defensor ni menos al acusado (...); y, por lo tanto la ausencia del testigo por esta causa es una carga que no le corresponde asumir a ellos, y, en cambio sí al Estado.”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal Penal- , auto del 22 de mayo de 2013, radicado 41.106, M.P. JOSÉ LEONIDS BUSTOS MARTÍNEZ. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 213. Iván Velásquez Gómez. Pags. 327-328. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

## CAPÍTULO CUARTO

### EL TESTIMONIO DEL MENOR EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES

#### a. El Testimonio de Menores:

La práctica del testimonio de los menores se encuentra dispuesto en artículo 383 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y 150 en el Código de la Infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006), indicando la primera norma que "... Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5° del artículo 146 de este Código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público".

La segunda norma dice "Los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones sólo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior.

"Excepcionalmente, el juez podrá intervenir en el interrogatorio del niño, la niña o el adolescente para conseguir que éste responda a la pregunta que se le ha formulado que lo haga de manera clara y precisa. Dicho interrogatorio se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia y en presencia del defensor de Familia, siempre respetando sus derechos prevalentes.

"El mismo procedimiento se adoptará para las declaraciones y entrevistas que daban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía durante las etapas de indagación o investigación..."

En las normas procedimentales reseñadas, se indica la forma como deben ser abordados los niños, las niñas y los adolescentes, cuando de ellos se requiera un testimonio. Advirtiéndose, que en el ejercicio de la práctica testimonial, debe ceñirse a los parámetros legales, para no vulnerar los derechos constitucionales y legales de los infantes.

**b. Valoración de los testimonios de los niños, las niñas y los adolescentes, en las investigaciones Contra la libertad, integridad y Formación Sexuales.**

Los niños, las niñas y los adolescentes, cuando son testigos de la comisión de conductas punibles, son citados a la investigación penal, a fin de que rindan testimonio, sobre lo que hayan observado, indicando las circunstancias, de tiempo, modo y lugar, independientemente de que la actuación se siga en contra de un adulto y/o menor. En la solicitud de tal medio de conocimiento, la fiscalía y el juez, tendrán en cuenta la ritualidad legal prevista por el legislador para tal eventualidad.

En la apreciación del testimonio bien sea de mayores y/o menores los operadores judiciales, deberán tener en cuenta los principios de la sana crítica, especialmente lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, a la forma como expone y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

En ese orden de ideas, en la valoración de la prueba testimonial independientemente de la edad del deponente, debe tener el mismo tratamiento, no existe razón para que se le reste credibilidad a lo expuesto por una niña, niño y adolescente, sobre todo en los delitos sexuales, por tener tal condición, si bien la psicología del testimonio, recomienda analizar con cuidado la versión de los menores, toda vez que pueden ser sugestionables, estar incapacitados para apreciar lo que se encuentra a su entorno, pero tal punto de punto de vista no es óbice para que se les reste credibilidad a su dicho, toda vez que su exposición debe ser confrontada con las demás pruebas que obren en la actuación y su apreciación debe fundarse en los postulados de la sana crítica, por parte del juez de conocimiento.

Sobre la credibilidad que se le debe dar al testimonio del menor, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“(…)

5.7 Con todo, no sobra recordar que la Sala de Casación Penal, en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (*radicación 23706*), retomó, ratificó y complementó sus líneas jurisprudenciales en cuanto a la impropiedad de descalificar *ex ante* el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez; y sobre todo si se trata de niñas y niños víctimas de abuso sexual:

*En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores, así como el de ninguna otra persona por su mera condición, como suele ocurrir con los testimonios rendidos por los ancianos y algunos discapacitados mentales, con fundamento en que o bien no han desarrollado (en el caso de los niños o personas con problemas mentales) o han perdido algunas facultades sico-perceptivas (como ocurre con los ancianos). Sin embargo, tales limitaciones per se no se ofrecen suficientes para restarles total credibilidad cuando se advierte que han efectuado un relato objetivo de los acontecimientos.*

...

*De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.*

...

*De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:*

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o pueden emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias)

presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. El uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. Los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

*A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.*

*La Corte Constitucional, en la referida sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en este tipo de delitos adujo:*

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor”.

Las anteriores referencias contribuyen a ratificar la improsperidad del cargo, aunque son sólo algunas de las razones que la Sala de Casación Penal expuso en la Sentencia del 26 de enero de 2006 (*radicación 23706*), para ahondar en el mismo sentido de la línea jurisprudencial, que rechaza por infundada la tendencia a desechar el testimonio de un menor alegando sin mejor fundamento científico la supuesta inmadurez, y en especial cuando el declarante es un menor que ha sido víctima de delitos sexuales.”<sup>2</sup>

Por otra parte, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en fallo del año pasado, hace una crítica al testimonio de menores, que no se les puede revictimizar haciéndoles evocar su situación traumática vivida, por lo cual hace la siguiente apreciación:

“Incluso, a este respecto no argumenta el motivo por el cual considera que no resultarían lesionados los derechos de los niños víctimas de delitos sexuales al instar en sus testimonios actitudes histriónicas para representar los vejámenes de los que han sido objeto, menospreciando así la protección que desde el bloque de constitucionalidad se les ha de prodigar, como por ejemplo la

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468. M. P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos (artículo 16), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3.1), instrumentos que imponen la obligación de evitarles una segunda victimización ante el daño que implicaría evocar y relatar una previa situación traumática, clara correspondencia que se encuentra en el artículo 44 del texto superior que impone la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás.

Precisamente, en desarrollo de tales postulados el sistema acusatorio colombiano faculta al juez para decidir si recepciona el testimonio del menor en audiencia o fuera del recinto en las voces del artículo 383 de la Ley 906 de 2004 y aún la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) traza los lineamientos de cómo se debe recibir el testimonio de niños..”<sup>3</sup>

De lo analizado se concluye, cuando la Fiscalía necesite entrevistar y/o recibir testimonio a los niños, niñas y adolescentes para sustentar su teoría del caso, en asuntos sexuales, los investigadores deben abordarlos con mucho cuidado y respeto, sin vulnerarles en ningún momento sus derechos protegidos por la Constitución, por ende las preguntas deben estar construidas acorde con el conocimiento y el vocabulario que maneje (que dependerá de la edad que ostente para ese momento), para impedir que sean revictimizados.

### **c. La prueba de referencia, cuando los menores son sujetos pasivos de conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y Formación Sexuales.**

En el actual sistema acusatorio (Ley 906 de 2004), incluyendo por supuesto a los niños, niñas y adolescentes infractores del Código de la Infancia y la adolescencia (Ley 1098 de 2006), de manera excepcional se admite la prueba de referencia, reglada en el artículo 438 del Código adjetivo, toda vez que es imperativo que las pruebas deben practicarse en la audiencia de juicio oral y público con intermediación del juez de conocimiento, sometidas a la ritualidad de la confrontación y contradicción, por parte de los sujetos procesales.

Si bien la prueba de referencia debe ser admitida de manera excepcional en la investigación penal, no se está cumplido con tal postulado, cuando se trata de

---

<sup>3</sup> Corres Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 18 de abril del 2012, radicado 38.499. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. Jurisprudencia Penal Extractos. Iván Velásquez Gómez. Primer semestre de 2012. Pág. 387

investigaciones adelantadas por la comisión de conductas punibles atentatorias contra la libertad, integridad y formación sexuales, donde los menores son víctimas, donde ya no se les permite en algunos eventos que acudan a la audiencia de juicio oral a exponer la versión de los hechos, para no atentar contra sus derechos protegidos por el bloque de constitucionalidad y evitar de esta manera ser revictimizados.

Por otra parte, en las investigaciones por delitos sexuales adquiere relevancia la prueba indiciara, toda vez que en esta clase de delitos dadas las circunstancias que se ejecutan, con la presencia del menor (víctima) y el sujeto activo, por lo general en lugar solitario, donde no pueden ser vistos, debiéndose aceptar en el juicio los testimonios de los familiares y de los psicólogos, aunque no son testigos presenciales del acontecer delictivo, ayudan corroborar la existencia de la ejecución de la conducta punible atentatoria contra la libertad, integridad y formación sexuales, por el comportamiento asumido posteriormente por el infante, ante las manifestaciones de temor y angustia al observar a su agresor.

Respecto al tema objeto de estudio, La honorable Corte Suprema de justicia ha hecho el siguiente pronunciamiento:

“(…)

En este punto, además se ofrece pertinente recordar que, contrario a lo adverbado por el jurista, el ordenamiento adjetivo penal no inhabilita la posibilidad de valorar medios de conocimiento indirectos, como en este caso, lo son –frente a algunos aspectos- los testimonios de CLAUDIA MARCELA CHACÓN, LAURA ISABEL OROZCO y MARIELA PAREDES GALARZA –en cuanto reproducen lo narrado a ellas por la niña en relación con la agresión sexual-; la restricción se circunscribe a que el fallo se fundamente exclusivamente en medios probatorios de dicha jaez, lo que no sucede en este caso, pues no obstante que la menor ofendida no compareció al juicio para contar por sí misma lo que había padecido a manos del esposo de su tía, a la audiencia pública de juzgamiento concurrieron las referidas deponentes para relatar lo que ella les contó sobre el particular así como precisas situaciones fácticas sobre el comportamiento asumido con posterioridad por la niña e, igualmente, asistieron los peritos que la valoraron clínicamente y advirtieron que la infante había sido sometida a conductas inadecuadas de carácter sexual”.<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Corte suprema de Justicia. Sala Penal. Auto de 11 de diciembre de 2013, radicado 39449, M. P. Éyder Patiño Cabrera. Jurisprudencia Penal Extractos. Iván Velásquez Gómez. Segundo Semestre de 2013. Pag. 361

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **ANÁLISIS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL**

#### **1. ¿La aplicación de la prueba de referencia, está ajustado al marco Constitucional y legal?**

Pues se itera, que a través del acto legislativo 003 del 19 de diciembre de 2002, se modificó los artículos 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, publicado en el Diario Oficial 45.040, nació a la vida jurídica el sistema acusatorio, instituido el procedimiento en la Ley 906 de 2004.

En la normatividad enunciada, opera la regla general según la cual todas las pruebas deben practicarse en la audiencia de juicio oral y público, ante el juez de conocimiento y sujetas a la confrontación y contradicción por parte de las partes. Tal ritualidad es en acatamiento de los principios de publicidad, contradicción e inmediación, previsto en los artículos 377, 378 y 379 de la normatividad procesal penal, preceptos que a su vez dan cumplimiento a las directrices consagradas en las normas rectoras (artículos 15, 16 y 18) de la norma en cita.

El procedimiento penal acusatorio vigente en Colombia, se encuentra refrendado constitucionalmente en el numeral 4° del artículo 2 del acto legislativo No. 3 de 2002, conforme al cual el acusado tiene derecho a “un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

El legislador previendo que se presentaría eventos, en los cuales se imposibilitaría la presencia del testigo en la audiencia de juicio oral, instituyo por excepción la prueba de referencia, que se encuentra reglamentada en la Ley 906 de 2004, en los artículos 437 a 441, entendida como toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que será utilizada para probar o excluir uno o varios elementos de la conducta punible investigada, el grado de participación, las circunstancias de atenuación o agravación, las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Pero solamente es viable la admisión excepcional de la prueba de referencia, cuando se verifique que el declarante se encuentra en cualquiera de los presupuestos del artículo 438 ibídem, normatividad que se encuentra respalda por los diferentes fallos jurisprudenciales, con miras a prevenir que los procesos no se estanquen y de paso impedir la impunidad, para cumplir con tal cometido, el legislador no la prohibió de manera absoluta.

Finalmente, el éxito de la aplicación de la prueba de referencia, depende del acatamiento de la norma legal y de las directrices propuestas en los diferentes fallos jurisprudenciales, que deben ser tenidos en cuenta por el operador judicial, al momento que toma la determinación de admitirla.

En síntesis, la aplicación de prueba de referencia se encuentra ajustada al marco constitucional y legal.

## **2 ¿La prueba de referencia sinónimo de justificación por inasistencia del testigo a la audiencia?**

Lo que no admite discusión, es que la prueba de referencia es admitida de manera excepcional en el sistema acusatorio que rige en Colombia, siempre y cuando se cumpla con los postulados constitucionales y legales, destinado a que las investigaciones no tengan tropiezos y finalicen con decisiones bien sean condenatorias y/o absolutorias, sobre todo evitando patrocinar la impunidad.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “o evento similar”, contemplada en el art. 438 literal b) del Código de Procedimiento Penal, con la convicción de que no se presentarán excesos en la facultad excepcional del juez de conocimiento para decretar tal tipo de prueba, para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre que se cuente otros medios de prueba para proyectar su decisión, toda vez que el fallo condenatorio no puede estar estructurado con fundamento exclusivo en prueba de referencia (art. 381 C. de P.P.).

Pero en la práctica judicial con fundamento en la hipótesis prevista en el literal b) del art. 438 del C, de P. P., al dejar en manos del operador judicial la posibilidad de admitir en el juicio oral la prueba de referencia distintas de las eventualidades en las que declarante no puede presentarse al juicio, con apoyo en “frente a eventos

similares”, termina aceptando la incorporación de este tipo de prueba con el encargado de la recolección, ante la imposibilidad de hacer comparecer a la audiencia de juzgamiento al testigo presencial, (sin hacer ninguna labor de búsqueda) y muchas veces por cuanto el declarante no cuenta con los recursos económicos para asistir. O también puede ser utilizada como estrategia por parte de la defensa (indicándole al testigo de cargo que emigre del lugar de ocurrencia de los hechos), para evitar ser confrontado.

En la medida de que el juez no haga comparecer al testigo directo propuesto por la fiscalía para sustentar su teoría del caso y usando su discrecionalidad acepte la introducción de tal medio de conocimiento a través de la prueba de referencia, no se podría desvirtuar la presunción e inocencia, primando por tanto, la sentencia absolutoria, toda vez que los fallos condenatorios no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia, patrocínándose de esta manera impunidad.

La anterior reflexión tiene su soporte, en el hecho de que cuando se implantó el sistema acusatorio en Colombia, no se contaba con la infraestructura, con los recursos económicos y más aún la población civil no estaba preparada para el cambio. El hecho más notorio, es que los testigos directos por lo general no permanecen en el lugar de ocurrencia de los hechos, viajan para otras ciudades e incluso salen del país. Cuando se necesitan de su presencia en el juicio, no lo hacen por cuanto no cuentan con dinero para el transporte, (puede también acontecer que el testigo se hace negar), entrando en escena la prueba de referencia a través del investigador, evento en el cual se desnaturaliza el sistema acusatorio implementado, imposibilitando al ente investigador desvirtuar la presunción de inocencia.

La circunstancia anotada la advirtió el suscrito cuando laboró como Fiscal Seccional en el municipio de El Charco Nariño, las investigaciones con escritos de acusación enviados al Juzgado de conocimiento con sede en Tumaco Nariño, no prosperaban por cuanto los testigos no acudían al juicio, por no contar con el dinero para el transporte vía marítimo y la estadía que superaba los dos cientos mil pesos, recurriendo a la prueba de referencia a través del investigador que recibía la entrevista, redundando finalmente en favor de los intereses de los investigados y en perjuicio de las víctimas, por la ausencia de los testigos presenciales en la audiencia de juicio oral.

Concluyendo que se debe replantear el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, para admitir la prueba referencia con ocasión “evento similar”, toda vez que para mi manera de ver, se lo está remplazando por la imposibilidad de localización, cuando la realidad es que los declarantes no comparecen por no ser citados, no localizados, son objeto de amenaza y por lo general no cuenta con recurso económico para solventar los gastos de transporte y alimentación, cuando tienen que desplazarse para atender la diligencia judicial.

## CONCLUSIONES

La prueba de referencia es admitida de manera excepcional en el sistema acusatorio que actualmente cursa en nuestro país, reglamentada en los artículos 438 y s. s. del Código de Procedimiento Penal.

Si bien la prueba de referencia se encuentra refrendada por la Corte Constitucional, es donde al parecer dio vía libre para ser admitida, en cumplimiento de la expresión “evento similar” (literal b) del art. 438 del C. de P.P.), cuando haya imposibilidad de localizar al declarante, para lo cual la Corte hace el siguiente razonamiento “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”.

Estimo que al autorizar la admisión de la prueba de referencia equiparando la expresión “evento similar” por la imposibilidad de localizar al testigo, no se ajusta a la normatividad constitucional y legal, toda vez que tal enunciado no puede tener semejanza o tributos similares al secuestro o a la desaparición forzada.

La principal dificultad que se encuentra enfrentada la prueba de referencia, es al momento de ser valorada por el operado judicial, cuando la confronta con las otras pruebas obrantes en la investigación, en lo concerniente al grado de credibilidad que pueda otorgarle a esta clase de prueba, toda vez que en estos casos los testigos son exponentes de lo que otros ojos y oídos han percibido, por tanto, se hace necesario que se complemente con otros medios de prueba, para que la decisión se encuentre ajustada a derecho.

Para la jurisprudencia el testimonio de referencia constituye un medio de prueba, más no una prueba válidamente considerada, distinción que se ofrece necesaria en la medida en que solamente son consideradas como tales las que han sido practicadas en el juicio y con pleno acatamiento a los principios que rigen el sistema acusatorio, entre estos, el de intermediación, contradicción y defensa. Según esa apreciación, con mayor razón se debe poner mayor atención cuando se admite este

medio de prueba, solamente ciñéndose a los eventos previstos en la norma (art. 438), no extendiendo situaciones no previstas en la norma como la imposibilidad de localizar al declarante.

Finalmente considero que la admisión de prueba de referencia, tal como está concebida actualmente se ajusta a la Constitución y la ley, pero al momento de su aplicación se está desbordando el querer del legislador, por cuanto se está autorizando su práctica a eventos no autorizado por la norma (imposibilidad de localización del testigo), teniendo implicaciones en la sustentación del caso por parte de la Fiscalía, por cuanto muchas veces, el testigo renuente, es el único presencial del acontecer delictivo, debiendo por tanto, el operador judicial lograr su comparecencia, inclusive ordenando su conducción, en caso contrario la decisión, siempre será absolutoria.

En síntesis si se sigue admitiendo la prueba de referencia, en las condiciones anotadas, se está desnaturalizando el sistema acusatorio, toda vez que fue instituido para que las pruebas antes de ser introducidas a la causa investigativa, sean practicadas ante el juez de conocimiento y debatidas ante los sujetos procesales, en acatamiento de los principios de contradicción, publicidad e inmediación.

Debiendo por tanto, el legislador aclarar la interpretación “evento similar” (literal b) del art. 438 del C. de P.P.), para que los operadores judiciales la apliquen conforme a derecho, toda vez que por ahora dicha expresión se la está asimilando a la imposibilidad de localizar al testigo, que dista mucho de la situación jurídica de secuestro o desaparición forzada.

## BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia

ZULETA CANO José Abad, LOIZA GUERRA Gloria Patricia, NOREÑA CASTRILLÓN Lina María. Código de Procedimiento Penal, Sistema Acusatorio, Ley 906 de Agosto 31 de 2004. Sentencias de las Altas Cortes y Tribunales de Antioquía. Edición 2009. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Medellín. 1353 p. ISBN 978-958-8336-34-3

GONZÁLES NAVARRO Antonio Luis. LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Primera Edición: Diciembre de 2008. Bogotá D.C. Leyer Editores. 2008. 274 p. ISBN 978-958-8374-10-9

BEDOYA Luis Fernando. La Prueba en el Proceso Penal Colombiano: Módulo de Formación para Fiscales. Fiscalía General de la Nación. Bogotá D.C. Leyer Editores. 2011. 1191 p. ISBN 978-958-711-800-1

Velayos Martínez V. El testigo de referencia en el proceso Penal. Ed. Tirant Loblanch, Valencia 1998, Pág. 24.

Código de la Infancia y la Adolescencia. SARMIENTO ZALAZAR EUNICE. LEYER. Año 2010.

Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia