

LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL EN COLOMBIA  
-ADECUACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE CONTRADICCIÓN-

Fabián Alonso Osorio Valencia<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Técnico en Criminalística y Estudiante de derecho de la Universidad Católica de Oriente. Correo electrónico fabian-osorio312@hotmail.com Artículo de reflexión para optar el título de abogado, Universidad Católica de Oriente.

## RESUMEN

La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial (Corte Constitucional, Sentencia T – 078 de 2010).

En materia penal existen diferentes medios de conocimiento, para que el juez fundamente su decisión, pero la llamada prueba de referencia tiene reglas, con lo cual es posible que se limite una importante garantía fundamental, el principio de contradicción. De ahí surge la excepción al principio de oralidad de las actuaciones, pues la prueba de referencia en muchos casos no se produce en juicio sino que se introduce al mismo.

Desde esa perspectiva, el presente trabajo se propone, analizar la prueba de referencia y su admisión al interior del proceso penal, así como el impacto al derecho fundamental de la contradicción.

La Corte Suprema de Justicia a través de los años ha creado una línea en la cual limita la prueba de referencia, pero se planteará que los fallos no deben estar por encima de los derechos fundamentales de las personas, en tal medida es preciso entonces aludir que la Corporación siendo respetuosa de estos principios aplica la prohibición prevista en el inciso 2° del artículo 381 de la ley 906 de 2004.

**PALABRAS CLAVE:** prueba, prueba de referencia, reglas de la sana crítica, juez, principio de contradicción, actuación procesal.

## ABSTRACT

The Constitutional Court has indicated that the right to proof constitutes one of the main ingredients of due process, just like the right of access to the administration of justice and the most important vehicle to reach the truth in a judicial investigation (Constitutional Court, Judgment T - 078 of 2010.)

In criminal matters, there are different means of knowledge, so that the judge can base his decision, but the so-called benchmark test has rules, which may limit an important fundamental

guarantee, the principle of contradiction. From there arises the exception to the principle of orality of the proceedings, since the benchmark test does not occur in court but is introduced to it.

From this perspective, the present work sets out to analyze the benchmark test and its admission into the criminal process, as well as the impact of the contradiction on the fundamental right.

The Supreme Court of Justice over the years has created a line in which it limits the benchmark test, but it will be argued that the rulings must not be above the fundamental rights of the people, to such an extent it is necessary then to allude that The Corporation, being respectful of these principles, applies the prohibition provided for in subsection 2 of article 381 of law 906 of 2004.

## INTRODUCCIÓN

Las decisiones judiciales han sido siempre un aspecto importante de la justicia, que lleva a preguntar ¿Cómo se toman? ¿Bajo qué presupuestos se ha decidido condenando o absolvido a una persona determinada? ¿Qué aspectos son tenidos en cuenta para emitir el fallo?

En este orden de ideas, ahondar en el conocimiento de las pruebas posibles en el ámbito penal Colombiano (Que tal vez alguna o algunas genera (an) controversia, en el entendido de que veda a la parte contra la cual se aduce, dejando así en mínima posibilidad de ejercer el derecho de defensa y el de contradicción) es encontrarnos con el estudio de aspectos procesales, pero también de normas cuyo contenido puede resultar contradictorio a algunos principios y derechos.

Sin más, con lo anterior estoy adentrándome en el enunciado de lo que fuere para nuestro ordenamiento penal colombiano LA PRUEBA DE REFERENCIA y con ello una simple apreciación inicial de lo que en el concepto esta conlleva. Hablar de prueba de referencia es realizar la observación directa de las garantías procesales que esta permite o no en su aplicación y, cuál o cuáles son los principios del derecho que con la aceptación de la misma dentro de un proceso penal pueden resultar vulnerados, haciendo un análisis exhaustivo de la naturaleza y alcances de la prueba de referencia y de los principios procesales.

Para el ordenamiento penal es claro que la pertinencia y aceptación de la prueba de referencia debe cumplirse bajo unos presupuestos que nos enumera la norma de procedimiento penal (Ley 906 de 2004, código de procedimiento penal Colombiano) en su artículo 438, así

como lo consagrado en el artículo 381 *ibídem*, siendo claro que el juez no puede condenar teniendo como sustento únicamente la prueba de referencia; no obstante, existen principios procesales que han de tenerse en cuenta al momento de tomar determinaciones por parte de un juez.

Por lo anterior es pertinente en este artículo de reflexión realizar un estudio de cada uno de los presupuestos que enmarca la prueba de referencia al interior del proceso penal en Colombia y las posibles circunstancias que puedan llegar a presentarse con su utilización.

## METODOLOGÍA

Para llevar a cabo este artículo de reflexión y análisis con relación a lo que en nuestro sistema colombiano denominamos prueba de referencia, tomaré el método cualitativo interpretativo y a través de él poder llegar a realizar un análisis de fondo de las implicaciones que este enunciado conlleva en la práctica.

Las técnicas más usadas en este tipo de investigaciones son: la observación, la entrevista, el estudio de casos, el análisis de contenidos, entre otros.

Por último, cabe destacar que este modelo también es denominado naturalista, fenomenológico y hermenéutico. Así mismo, cualitativo por la naturaleza de sus datos (Pérez S. Gloria, 2004).

### 1. PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO Y LA JURISPRUDENCIA

Colombia como Estado Social de Derecho, es un estado que se enmarca dentro de principios que son pilares de su democracia y de la búsqueda por la garantía de derechos a las personas (Constitución Política de Colombia, 1991, art.1).

En el Sistema Procesal Penal Colombiano, (que está regido por principios rectores conforme a la constitución política como norma de normas) podemos hallar dentro de los “medios de conocimiento, la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la

prueba de inspección (...)” (Ley 906, 2004, art.382). Todos ellos, tienen respeto por el principio de contradicción, sin embargo se encuentran algunas excepciones en la llamada prueba de referencia. Es así, que el artículo 437 de la ley 906 de 2004 regula sobre la prueba de referencia que:

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

La Corte Suprema de Justicia mediante decisión CSJSP, 06 Mar. 2008 Rad. 27477 definió así la 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 concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo). Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: i) Una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, ii) Que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, iii) Que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y iv) Que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27477, 2008).

Lo anterior indica que, a la luz del ordenamiento jurídico Colombiano, la prueba de referencia contempla la declaración de que trata el artículo, por fuera del juicio y puede ser de manera verbal o escrita, esto sin perjuicio de los adelantos tecnológicos actuales y que permiten

incluso la conservación de datos propios como información de este índole en tales medios, esta declaración cuya verdad se pretende probar no puede ser sino de una persona que esté debidamente identificada o individualizada de tal manera que pueda reconocérsele (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

La razón, no obstante tampoco finaliza allí, es de saber que toda información introducida al proceso penal colombiano, debe estar encaminada a lo que el testigo observó, o al menos percibió del lugar del suceso o de circunstancias concomitantes al hecho, todo lo cual responde al principio de inmediación objetiva (artículo 402 de la ley 906 de 2004) y que fortalece, el principio constitucional de contradicción.

Es válido también indicar que a raíz de lo anteriormente expuesto se deja por sentado que no serán objeto de prueba de referencia aquellas declaraciones que provengan de anónimos como lo establece la CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41667.

Por otra parte afirma la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en CSJSP, 06 Mar. 2008 Rad. 27477 que:

(...) Los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio al testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

En tal sentido, es claro que el tratamiento con respecto a su valoración no es el mismo que se le da a las demás pruebas, pues se puede inferir que la prueba de referencia, sólo opera en casos alternativamente expuestos en la norma penal, y que además es de libre voluntad del juez su admisibilidad dentro de tales supuestos por vía de excepción. Además, para su valoración debe cumplirse con los presupuestos del inciso 2° del artículo 441 de la ley 906 de 2004.

Con lo anteriormente dicho, se entiende que la utilización de la prueba de referencia ha de ser la excepción y no la regla general, pues bien, el juzgador será quien como director del proceso, halle pertinente la aducción de esta prueba y la acepte dentro de los casos determinados en la norma penal colombiana y en los que la ley llama “eventos similares” pero, siempre actuando dentro del marco de discrecionalidad reglamentada.

Para esbozar cuáles son esos casos que de manera enunciativa nos trae el Sistema Penal Colombiano (Ley 906 de 2004) se cita el texto completo del artículo 438 para luego y de una manera concreta contextualizar cada uno.

Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido (Ley 906, 2004, art. 438).

“También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos” (Ley 906, 2004, art. 438).

Para la Corte Suprema de Justicia el hecho de que existan tales literales dentro del articulado del código de procedimiento penal, hace una clara alusión al principio de exclusión o prohibición de la prueba de referencia, excepto en los casos previstos. De este entendido, es posible entonces y en palabras de la Corte congregar las excepciones en grupos:

Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

Adicionalmente a lo anterior la citada norma dispuso una excepción residual admisible en la hipótesis prevista en el literal b) del artículo, en cuanto a la posibilidad de permitir la incorporación al proceso de pruebas de referencia distintas a las nombradas, pero en eventos similares (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

En el mismo sentido es de tener en cuenta, que si se manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación la norma prevé ya la necesidad de confirmar esta situación con prueba pericial, pues bien, la necesidad del perito se requiere “con el fin de descartar que las afirmaciones del testigo obedezcan a una posible intención de no declarar en juicio y no a la pérdida de la facultad de la memoria” (Bedoya Sierra, 2008, pág. 139).

La importancia de corroborar pericialmente este evento, permite a la parte contraria ejercer el derecho de contradicción, es ahí donde se podrá controvertir el dictamen y en razón de éste, poder demostrar que la persona declarante no alcanza a estar inmersa en esta causal o que por tanto está tratando de eludir su comparecencia a juicio en razón, de no haber perdido la memoria y rehusarse a su asistencia por convicción personal u otros motivos.

En tratándose de la causal del literal b) han de tenerse en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en el entendido de que esta será una excepción de admisibilidad.

Para hablar de esta causal es necesario determinar que los delitos allí previstos están plenamente regulados en nuestro sistema penal Colombiano, en tal sentido, la parte que pretende hacer valer la prueba de referencia bajo el entendido de esta segunda causal le corresponde demostrar que el declarante no se encuentra disponible porque, en efecto ha sufrido o está privado de su libertad en cualquiera de las modalidades.

En evento similar según lo expone la Corte Constitucional de Colombia<sup>2</sup>, es permisible manifestar que, el legislador consintió una excepción residual en este aspecto, es decir, para el juez un evento similar puede ser objeto de aceptación de prueba de referencia al interior de un proceso penal, sin más, debe pensarse en ¿Que son eventos similares? ¿Cuáles son esas características que estos deben tener?.

Al respecto se suma la reflexión de la Corte Suprema de Justicia, sala penal en sentencia CSJSP, 06 Mar. 2008 Rad. 27477. La Corte Suprema de Justicia manifestó que:

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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27477, 2008).

Es de anotar y de conformidad con la línea que se trae en sentencia CSJSP, 06 Mar. 2008 Rad. 27477, que no podría entenderse la expresión eventos similares para el caso de que el testigo no quiera concurrir a juicio, esto por cuanto de su acción voluntaria no se encontraría relación

---

<sup>2</sup> El apartado subrayado fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en Sentencia C- 144 de 2010.



con la expresión evento similar tratada en el literal b) del citado artículo 438 de la ley 906 de 2004.

Se encuentran, por tanto, múltiples diferencias con respecto a la desaparición voluntaria del declarante del cual se desconozca su lugar de ubicación, evento en el cual podría ser similar a secuestro o desaparición forzada sólo en el entendido de la no disponibilidad para declarar, y el desconocimiento que permita su ubicación, no en el contexto del delito en mención.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Ha emitido varios pronunciamientos, principalmente sobre la interpretación del literal b) de dicha norma, concretamente sobre los eventos que pueden catalogarse como similares a los allí previstos, entre varios de los pronunciamientos se encuentran: (CSJ AP, 22 May. 2013, Rad. 41106; CSJ SP, 14 Dic. 2011, Rad. 34703; CSJ AP, 18 Abr. 2012, Rad. 38051.), entre otras (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 44113, 2016).

En sentencia, cuya línea se viene trabajando, la CSJSP estableció algunas características que debe cumplir la expresión, eventos similares con el fin de que esta sea aceptada como prueba de referencia, al respecto las condiciones son:

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 vió 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 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

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 (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

En el mismo sentido, la CSJSP, 19 Feb. 2009 Rad. 30598, se remitió en lo concerniente a las características que en proveído del 06 de marzo de 2008 se consintió sobre el caso del literal b) del artículo en mención; para lo respectivo, se analizó un caso en el cual el testigo presencial de los hechos no concurrió a juicio oral a emitir su testimonio, lo anterior, por cuanto manifestó encontrarse en situación de amenazas en su integridad y la de su familia, se anota que del testigo se lograron dos versiones, una de ellas justamente el día de la ocurrencia del acto – homicidio, delito por el cual se dió esta disputa jurídica pero que para el caso no asistió a juicio oral por lo anteriormente expuesto. También, vale aclararse que:

A instancia de la Fiscalía, se ordenó la conducción de Jhon Jairo Giraldo, recibiendo respuesta del Comandante de la Estación de Villatina, en el sentido de que pese a haberlo intentado en varias oportunidades, no fue posible ubicar al testigo en su residencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 30598, 2009).

Por lo anterior se solicitó por parte de esta entidad, que las declaraciones realizadas al testigo de referencia, fuesen introducidas a juicio oral, como prueba de referencia, acotando que la misma se enmarca dentro de lo previsto en el literal b) del citado artículo del código de procedimiento penal de Colombia.

En efecto, se trata de una situación de fuerza moral a la que se vio sometido el testigo, de manera que al concurrir al juicio ponía en peligro fundado no sólo su vida e integridad, sino, además, la de su hermana y su progenitora, todo lo cual fue demostrado con las constancias de la Fiscalía, la imposibilidad de lograr su conducción por parte de la policía, amén de lo que expresó a la asistente de la Fiscalía al rendir su segunda entrevista (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 30598, 2009).

Según la sentencia CSJSP, 21 Sep. 2011 Rad. 36023 los hechos concurren de la siguiente manera:

El 19 y 20 de noviembre de 2008, el primero en la casa de habitación del implicado y el segundo en la morada de la víctima, ubicadas en el barrio remanso del municipio de San José del Guaviare, cuando la menor H.C. de 9 años de edad, cautivada por los dulces y el dinero que JOSÉ VICENTE MARTÍNEZ le regalaba, fue objeto de abusos sexuales de parte de éste que se concretaron en besos, manoseos y manipulación de los órganos

genitales de la menor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 36023, 2011).

La madre de la menor quien fué la denunciante de los respectivos hechos no acudió a dar su testimonio a juicio, lo anterior derivó entonces en que se aportara una declaración de la misma y que se tomó en lo respectivo como prueba de referencia, sin más, para la Corporación en sede de casación la prueba enunciada se tornó ilegal.

En el contexto de las interpretaciones que pueda dársele al literal b) del citado artículo, es necesario colegir que no puede estas convertirse en una regla para la búsqueda de demostrar la verdad en los procesos penales, así lo advierte la Corte Suprema de Justicia, sentencia CSJSP, 21 Sep. 2011 Rad. 36023:

Empero, la imprecisión de la norma al acudir a la expresión “evento similar”, genera el peligro de que la excepción que implica la prueba de referencia, se convierta en la regla, pues en una sociedad como la Colombiana en donde no existe conciencia ciudadana sobre el deber de declarar, ni el compromiso social que ello implica, sumado a la influencia de la criminalidad que utiliza la amenaza para evitar que los testigos comparezcan al juicio, conduce a que sea bastante usual que los declarantes se muestren renuentes a atender el llamado de la justicia, constituyéndose ésta en una de las principales dificultades para la administración de justicia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 36023, 2011).

Por otro lado, es muy importante precisar que la falta de disponibilidad del testigo puede aceptarse para la incorporación a juicio de las declaraciones anteriores con ánimo probatorio y con ajuste al nombrado literal b), sin embargo, es también claro señalar que el deber de que comparezcan a juicio los testigos, le corresponde asegurarlo a cada parte en el proceso, por lo cual no puede dejarse tal responsabilidad al funcionario judicial. Se espera que la parte despliegue todas las acciones pertinentes, para que los testigos que quiera hacer valer en sede de juicio acudan a la audiencia, para tal situación se puede entonces poner en conocimiento del juez para que si es del caso obre de conformidad con el artículo 384 del código de procedimiento penal, pero no dejar la responsabilidad de la asistencia de testigos a los funcionarios judiciales. Ahora bien, en tratándose de los testigos que para el caso requiera la fiscalía, la carga se torna más exigente, en razón que la entidad cuenta con los medios para hallar de una manera más eficiente la localización de un testigo y si es del caso realizar todas las labores pertinentes

encaminadas a la comparecencia de este a juicio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 36023, 2011).

En esta perspectiva, allegar la declaración a juicio de manera irregular, como a través de la lectura que realizó el fiscal del caso, deviene ya, en una prueba ilegal. En la providencia, se especifica que una prueba ilegal, se conforma cuando “en su producción, práctica o aducción, se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 superior”<sup>3</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 36023, 2011).

Siguiendo con la línea que se viene planteando por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia en relación con la utilización de la prueba de referencia al interior del proceso penal en Colombia, se expone lo enunciado por la Corporación en sentencia CSJSP, 27 Feb. 2013 Rad. 38773 cuyos hechos se sintetizan así:

El 11 de febrero de 2009, siendo aproximadamente las 9:50 de la noche, cuando al establecimiento tipo miscelánea situado en la calle 2ª No. 8-78 de Bogotá, atendido por la señora Elisa Jiménez Herrera, ingresó un desconocido sujeto, quien preguntó por el precio de un juguete y salió. Poco después regresó acompañado de otro individuo, y en esta ocasión esgrimió un arma de fuego que disparó en varias ocasiones contra el señor Fabio Torres Gutiérrez, esposo de doña Elisa, tras lo cual los dos extraños emprendieron la huida en una motocicleta. La víctima murió cuando era atendida en el Hospital Santa Clara (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 38773, 2013).

En este caso, la Corte desestima el acervo probatorio y en su defecto casa la sentencia impugnada dejando absuelto al procesado, lo anterior por cuanto realizado un examen exhaustivo de todos los componentes característicos de cada una de los medios de prueba allegados al proceso, se encuentra que todos están encaminados a ser pruebas de referencia, y por tanto no podría fallarse en otro sentido, por cuanto no se cumplirían los presupuestos del artículo 381 ibídem y tampoco con los principios consagrados en los artículos 377, 378 y 379 del mismo estatuto procesal.

No obstante, y pese a que no se emitió el fallo desfavorable al procesado, las pruebas de referencia allegadas al proceso fueron declaradas admisibles, entendiendo que el no comparecer a juicio a declarar, por recibir amenazas contra la vida o la de un familiar corresponde a un caso de

---

<sup>3</sup> Auto del 23 de abril de 2008, radicación 29416.

evento similar al cual se refiere el literal b) del artículo 438 ídem (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 38773, 2013).

En el mismo sentido, en sentencia CSJSP, 22 Mayo. 2013 Rad. 41106 la Corte examina el recurso interpuesto por la fiscalía y Ministerio Público en contra del auto de decreto de pruebas por cuanto se adujo que la prueba que pretendía valer la defensa, en juicio, era una prueba de referencia inadmisibles. En esta resolución se confirmó la decisión apelada y al respecto la Corte sobre el testigo no presencial manifestó:

Con esta constancia resulta irrefutable que Soto Manotas es prófugo de la justicia, y cuya captura al parecer aún no se ha ordenado, y por tanto la defensa no lo encuentra disponible para hacerlo comparecer o pedir su conducción; lo cual, se insiste, no es atribuible, como se puede comprobar, a la negligencia o inactividad de dicho sujeto procesal y por tanto, sin duda, tal situación se encuadra en los eventos similares en que excepcionalmente procede la prueba de referencia, de acuerdo con el literal “b” del artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 41106, 2013).

La línea que se ha tratado de explicar, encuentra reiteración en proveído del CSJSP, 09 Oct. 2013 Rad. 36518 donde se precisa que la aceptación de la prueba de referencia, al interior del proceso penal, ha de ser solamente en casos sumamente excepcionales, y, frente al literal b) en mayor razón.

A través de decisión CSJSP, 31 Oct. 2018 Rad. 46995 la Corte dice que no existió tarifa negativa para emitir condena, pues bien, en lo concerniente a la valoración probatoria realizada se encontró que la prueba de referencia allegada a juicio se ajustó al literal b) del artículo 438. Para la sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el caso se concreta en las siguientes razones:

De acuerdo con la opción señalada, la fiscalía demostró, con la entrevista rendida por Nelson Javier Rivera por fuera el juicio, y cuya existencia y contenido acreditó con la declaración del agente César Miguel Castellanos Ortegón, que William Steven Obando, alias “Mono Patiño”, le disparó a Luis Eduardo Angulo Viveros. Este procedimiento corresponde a la cuarta alternativa mencionada en la providencia indicada, conforme a la cual, incumbe a la fiscalía, como lo hizo, realizar las gestiones para presentar en el juicio a los testigos que sorprendieron al acusado cuando ejecutaba el hecho, salvo que, como

está probado, medien circunstancias de veras excepcionales que impidan su comparecencia y que propicien la admisibilidad de la prueba de referencia, como ocurrió en este caso ante la imposibilidad de ubicar al testigo, quien según se probó, se fugó del penal en donde se encontraba recluso con posterioridad a la fecha de los hechos aquí investigados(artículo 438 literal b) de la Ley 906 de 2004) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 46995, 2018).

En el mismo sentido, la sentencia CSJSP, 10 Jul. 2019 Rad. 49283, expone en lo respectivo a la prueba de referencia y bajo la relación del citado literal b) del artículo en estudio, resalta todos los aspectos ya tratados en línea previamente establecida, pero también se hace alusión al valor que tiene este tipo de prueba al interior del proceso penal en Colombia, entre otros temas relacionados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 49283, 2019).

A través de la providencia CSJSP, 14 dic. 2011 Rad. 34703 la Corte resolvió el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia absolutoria emanada de la Sala Penal Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en la cual se revocó la condena que en su momento de instancia dictó el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Santa Marta y en la cual se había condenado “a los señores Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López por los delitos de secuestro extorsivo agravado, en concurso heterogéneo, con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego, agravado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 34703, 2011).

Los hechos objeto de la respectiva decisión se sintetizaron de la siguiente manera:

El 20 de junio de 2009, en las horas de la noche, el ciudadano español Emilio Sánchez Sierra arribó a la ciudad de Santa Marta , siendo recibido en el aeropuerto por un señor “Carlos”, persona a la que conocía por negocios hace aproximadamente dos años y quien le presentó a dos personas como socios; posteriormente fue trasladado hasta un apartamento en El Rodadero, sitio en que dos de ellos (eran cuatro en total) portando armas de fuego lo intimidaron y lo despojaron de sus pertenencias, exigiéndole el pago de ochocientos mil dólares por su liberación.

Al día siguiente, en horas del medio día, ante un descuido de sus captores, se lanzó por la ventana y se resguardó en una vivienda cercana ubicada en la carrera 1B No. 19-27 de propiedad de Telma Colina Pertúz, hasta donde llegaron dos de los sujetos que lo

mantenían retenido solicitándole a la moradora que lo entregara porque se trataba de un ladrón.

Acto seguido y mediando llamada telefónica por parte de la residente del lugar, hizo presencia el grupo del Gaula, quienes iniciaron las pesquisas de rigor y con la información suministrada por el plagiado y la aportada por el vigilante del edificio donde éste se encontraba, de nombre Nelson Fernández, capturaron en el sector a tres de los cuatro sujetos que lo habían mantenido retenido, identificados como Giovanni Vélez Valencia, Alexander Giraldo Parra y Héctor Fabio López, los que se movilizaban en el vehículo de placas UQO 362 en que el plagiado fue transportado y con dos armas de fuego, una de las cuales no tenía permiso para su porte (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34703, 2011)

Enuncia la sentencia que conforme al literal b) del artículo 438 de la ley 906 de 2004, es permisible y ajustado a la normatividad la aceptación de la entrevista que en su momento rindiera el señor Emilio Sánchez, lo anterior de conformidad con el segundo literal del enunciado artículo en el entendido que se ajusta al mismo por cuanto se está ante la imposibilidad de su localización por cuanto viajó a otro país (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 34703, 2011).

En tanto, en otro caso resuelto mediante sentencia CSJSP, 18 dic. 2012 Rad.38051 la Corte Suprema de Justicia inadmite la demanda de casación presentada por el abogado defensor del señor JUAN DAVID ARBELÁEZ RENDÓN por cuanto la misma carecía de sustento factico y jurídico, situación que deviene ajustada al inciso 2º del artículo 184 del estatuto procesal penal Colombiano. Lo anterior, no sin antes precisar que el ataque propuesto en el cargo primero carecía de toda fundamentación del recurrente, pues bien, el demandante manifestó que “la imposibilidad de localizar a un testigo no es razón suficiente para admitir de manera excepcional una entrevista anterior como prueba de referencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 38051, 2012). Situación que deviene no cierta en el entendido que “la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido de manera expresa que dicha circunstancia puede encajar en la causal prevista en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la modalidad de “secuestro, desaparición forzada o evento similar”” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 38051, 2012).

En esta misma línea, la Corte Suprema de Justicia, ha indicado con respecto de la excepción por enfermedad grave que:

El testigo directo pueda comparecer, no sólo implica que esté en posibilidad de asistir físicamente al juicio oral, o a través de un medio electrónico -televideo, conferencia- sino que, lo realmente importante es que pueda acudir con uso y goce de sus facultades físicas mentales, pues si no está en tales condiciones, quizá no sea idóneo como testigo y entonces será factible apoyarse en la prueba indirecta para que otros relaten lo que aquél expresó (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 24468, 2006).

Con respecto al literal d) muerte, se puede decir que la fiscalía en el sistema penal colombiano tiene los instrumentos necesarios para poder realizar una prueba anticipada, en este sentido podría la entidad acudir a esta figura procedimental en el evento que fuere una muerte previsible – con lo cual se podría de antemano garantizar principios tales como el de confrontación y contradicción al interior del proceso penal. Con todo lo anterior parece apenas obvio que este es el caso más claro de la no disponibilidad del testigo para su declaración, sin más, la parte que pretenda hacer valer una declaración anterior bajo la premisa de esta causal tiene además la obligación de demostrar la muerte de su testigo y debe por tanto establecer de una manera clara el medio por el cual hará llegar a juicio esa declaración anterior.

Es pertinente decir que las causales a la norma de la prueba de referencia, fueron adicionadas cuando:

“Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código” (Ley 1652, 2013, art.3).

Dicha regulación prevista en el citado artículo está sujeta a verificarse que en realidad se trata de un menor de (18) años el cual fue víctima de los delitos allí descritos.

Ahora bien, la regla general para que el testigo comparezca a juicio oral y público presenta una excepción, en declaraciones de niños y en los cuales se establecen algunos factores que corresponden por ejemplo a las características del menor,<sup>4</sup> en la naturaleza del delito, se pueden utilizar tales declaraciones como prueba de referencia y éste, si es del caso asistir a audiencia. Difiere entonces lo dicho anteriormente en relación a los demás casos de admisibilidad de prueba de referencia por cuanto aquí se expresa que el menor puede ser llevado como testigo a

---

4 Ejemplo la edad.



juicio oral (Corte Suprema de Justicia, AP, 30 de septiembre de 2015; rad. 46.153; CSJ SP14844-2015, rad. 44.056 de 28 de octubre de 2015).

Sin embargo, cabe precisar que no es el único criterio que los niños asistan a juicio oral, pues bien, así lo han manifestado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en sus proveídos:

De tiempo atrás la jurisprudencia ha decantado las razones de orden constitucional que justifican la admisión de las declaraciones anteriores de niños abusados sexualmente, en orden a evitar que sean nuevamente victimizados con su comparecencia al juicio oral. El tema ha sido tratado a profundidad por la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-078 de 2010 y T-117 de 2013, y por esta Corporación en las sentencias CSJ SP, 18 May. 2011, Rad. 33651; CSJ SP, 10 Mar. 2010, Rad. 32868; CSJ SP, 19 Agos. 2009, Rad. 31959; CSJ SP, 30 Mar. 2006, Rad. 24468, entre otras (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 44056, 2015).

Mediante sentencia de la Corte Constitucional, C-177 de 2014, se consolidó la anterior jurisprudencia, en la misma se pudo realizar un recorrido por todas las normas y tratados internacionales que dan cuenta de la obligatoriedad del estado constitucional de derecho a la protección de los menores, máxime si de delitos sexuales se trata.

De su contenido se pudo precisar que:

Resulta diáfano que acorde con diversos tratados internacionales, la Constitución y múltiples normas contenidas en el ordenamiento interno, existe un mandato general válidamente fundado para que se garantice el restablecimiento de los derechos de los niños que hayan sido víctimas de delitos, cualquiera que sea su naturaleza y en especial aquellos contra la libertad, integridad y formación sexuales, situaciones que de suyo afectan gravemente sus derechos fundamentales ampliamente reconocidos.

Acorde con algunos de los matices de los derechos de las víctimas brevemente reseñados, donde se recalca la preponderancia no sólo del acceso efectivo a la administración de justicia, sino de la salvaguarda de la dignidad humana para prevenir la revictimización, y en consonancia con el interés superior de los menores de edad, como quedo visto, constitucionalmente y legalmente se ha recalcado la importancia de adoptar medidas

dentro del proceso penal que no afecten a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, en particular aquellas afligidas por execrables conductas de carácter sexual.

Bajo esos derroteros, ha sido un querer común internacional proteger a los menores de edad víctimas de delitos sexuales, atendiendo básicamente dos aspectos. En primer lugar, la corta edad de la víctima quien está en formación física y psicológica y, en segundo, la ignominiosa naturaleza de esos comportamientos sujetos a reproche penal, la cual afecta negativamente el desarrollo personal, moral y psíquico del agredido (Corte Constitucional de Colombia, C-177, 2014).

Así mismo, vale decirse que la Corte a través de este providencia recalcó lo tortuoso que pueden llegar a ser los juicios para las víctimas de delitos sexuales, máxime si de menores de edad se trata, y el deber que tiene el estado de proteger con especial atención a los niños y niñas (Corte Constitucional de Colombia, C - 177, 2014).

También, es legítimo decir que a través de esta misma providencia se consideró ajustado a la Constitución y las normas los primeros artículos de la ley 1652 de 2013 en el contexto de su contenido:

En síntesis, el legislador al establecer en el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013 que la entrevista forense practicada a los menores de edad víctimas de los delitos sexuales señalados en el artículo 2º ibídem es un elemento material probatorio, materializó la prevalencia del interés superior del menor, sin que ello conlleve afectación de garantías integradoras del debido proceso como el derecho de defensa, contradicción, ni los principios de inmediación o el acceso a la administración de justicia, pues como se indicó, tal elemento puede no sólo ser descubierto, sino controvertido, acorde con lo hasta aquí consignado (Corte Constitucional de Colombia, C-177, 2014).

La ley 1652 de 2013, buscó entre otras cosas darle el carácter de elemento material probatorio a la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes. Es así como el párrafo del artículo 275 de la ley 906 de 2004 modificado por esta, reza lo siguiente: “También se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo código” (Ley 1652, 2013, art. 1).

Aunado a lo anterior es pertinente indicar que mediante el artículo 206A literal f) de la ley 906 de 2004 se estableció que el personal que realiza la entrevista deberá rendir un informe

detallado, y también se introdujo la posibilidad de que el profesional sea citado a prestar testimonio sobre la entrevista y el informe rendido, es de anotar que el profesional de que trata este enunciado alude a personal entrenado en entrevista forense y que debe acogerse a lo dispuesto en el artículo 209 *ibídem*.

Se debe manifestar así mismo que la disposición citada en el literal e) del artículo 438 de la ley 906 de 2004 como los demás literales, no deben ser aplicados de una manera automática, esto hace relación a que debe tenerse en cuenta disposiciones normativas tales como el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, artículos 8 (Defensa), 15 (Contradicción) y 16 (Inmediación) de la ley 906 de 2004 en pro de la búsqueda del cumplimiento del principio de confrontación pero también los instrumentos internacionales concernientes al tema.

Por otra parte, no basta con que sólo dentro del juicio oral se manifieste que el niño, niña y/o adolescente puede ser revitimizado y se confronte con el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia (Derechos fundamentales de los niños) sino que es deber de la parte demostrar que esa situación puede ocurrir a través de un incidente de demostración, es decir, que no quede duda que con el ejercicio de la prueba se perjudica al menor declarante y en tal caso es menester la admisión de la prueba de referencia.

Para reafirmar lo anterior, es posible manifestar que, si en sede de interrogatorio el juez constata el evidente perjuicio que se pueda causar al menor, este podrá optar por no recibir la declaración y en su caso aceptar la prueba de referencia.

En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, tienen un factor de justificación distinto: la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

Sobre escrito de pasada memoria, se entiende:

Toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el

testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria<sup>5</sup>. Y por archivo histórico aquel donde reposan documentos que, por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008)

## 2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL

Sobre la valoración de la prueba de referencia - es conveniente advertir del contenido del inciso 2 del artículo 441 del código de procedimiento penal que textualmente dice lo siguiente: (...). “Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental” (Ley 906, 2004, art. 441).

Ante este contenido lo que se busca es que no sólo se cumplan los presupuestos del artículo 438 ibídem, sino que el juzgador examine y determine que la prueba cumpla con exigencias como legalidad, oportunidad, pertinencia entre otras que le son aplicables a otros medios probatorios (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 27477, 2008).

En sentencia CSJSP, 06 Feb. 2013 Rad. 38975 en la cual se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del señor Carlos Alberto Montoya Vásquez se acata por parte de la Honorable Corte la petición y en su defecto, casa la sentencia impugnada. Los cargos propuestos, que se relacionan con prueba de referencia fueron los siguientes:

(...). Cargo Segundo. Falso juicio de identidad por haber cercenado apartes importantes de los testimonios del general Oscar Pérez Alvarán, Vidal Manosalva Niño y Milton Dorancé Díaz Casillas, quienes explicaron que el sindicado no tuvo participación alguna en el secuestro, pues el oficial, ratificando los descargos del sindicado, explicó que se buscó una reunión con el último con el único objetivo de que colaborara para lograr la liberación de la víctima, en tanto que Manosalva y Díaz Casillas señalaron que si bien el sindicado militó en el ELN, fue ajeno al delito investigado. Por haber dejado de estimar esos apartes de las declaraciones, los jueces no advirtieron la ajenidad del acusado con el delito, por lo cual las sentencias deben ser casadas y cambiadas por una de absolución.

---

<sup>5</sup> Chiesa Aponte Ernesto L., 1995, Volumen III, página 350.

Cargo Tercero (subsidiario). Falso juicio de existencia por suposición (aunque inicialmente lo anuncia como de identidad, al final corrige), en tanto el Tribunal se fundamentó en la entrevista rendida por Omar de Jesús Baquero Tovar, en el entendido equivocado de que esa versión fue estipulada y en ella se señala al sindicato como el encargado de cuidar a la víctima en su cautiverio. Sucede que el Tribunal supone que esa entrevista es medio de prueba, cuando no lo es, pues el testigo no declaró en juicio, además de que asume que la estipulación comprende lo referido en esa entrevista, cuando ello no es verdad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 38975, 2013).

Frente a la demanda estudiada por la Corporación, entiende que tanto el juzgador de primera como el de segunda instancia erraron en su decisión, pues bien, los fallos acaecidos se emitieron contrariando la disposición prevista en el artículo 381 de la ley 906 de 2004. Se itera que los elementos de prueba presentados no constituyeron más que pruebas de referencia pues las afirmaciones allegadas a sede de juicio sobre la presunta responsabilidad del procesado no fueron por percepción directa sino por referencias, por testimonios de oídas, y en tanto, las mismas no podían ser argumento suficiente para una sentencia condenatoria, además, éstas lo único que generaron fue dudas sobre lo que realmente sucedió y la responsabilidad del procesado en los hechos, por tal motivo se casó la sentencia impugnada y se ordenó la libertad del procesado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 38975, 2013).

Por su parte, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, CSJSP, 28 Mayo. 2014 Rad. 40105 se estudia un caso en el cual el defensor del señor Julio Lorenzo Yáñez, demanda la decisión que confirmó el fallo de primera instancia, en el cual, se condenó a su defendido por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego, ambos en modalidad agravada; el recurso se interpuso por cuanto para el actor las decisiones aludidas fueron únicamente tomadas y basadas en las pruebas allegadas al proceso, mismas que no pasaban de ser simples pruebas de referencia y que al ser fallos condenatorios violaban la disposición del artículo 381 ídem. La Corte por su parte luego de realizar los estudios pertinentes del caso halla acorde lo pedido y en tanto, manifiesta que sobre el tema la misma Corporación ya ha hecho relación en varios proveídos como lo son las decisiones (Corte Suprema de Justicia SP, 27 feb. 2013, rad, 38773 y SP, 9 oct. 2013, rad. 36518).

Y dice la Corporación:

En conclusión, una vez corregidos los vicios fácticos de estimación de la prueba de cargo y de descargo en los que incurrieron los juzgadores, la verdad objetiva que revelan esos elementos, al contrario de lo concluido en las instancias, no conduce a estructurar un conocimiento unívoco e inequívoco para afirmar en grado de certeza la responsabilidad del acusado YÁNEZ JULIO como coautor de las conductas punibles atribuidas en la acusación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad 40105, 2014).

Vale la pena señalar que hasta el año 2019 la Corte Suprema de justicia a través de sus sentencias ha sentado su postura frente a la utilización de la prueba de referencia al interior del proceso penal en Colombia y los riesgos de su utilización en juicio, es así, como en muchos de sus proveídos se ha determinado la violación directa del inciso 2° del artículo 381, tal es el caso de providencias Corte Suprema de Justicia. SP, 10 de junio de 2015, rad, 40478, SP, 16 de noviembre de 2016, rad. 44113, SP, 25 de enero de 2017, rad. 44950, entre otras.

Mediante auto interlocutorio de fecha 19 de junio de 2018 dentro del proceso con radicado 05001 60 00206 2009 (0573-17) el Tribunal Superior de Medellín revocó la decisión de primera instancia en contra del señor Wilman Alonso Saldarriaga Piedrahita por la supuesta comisión de los “delitos de Homicidio agravado en concurso homogéneo, y heterogéneo con tráfico, fabricación o porte de armas de fuego” (Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal, Auto interlocutorio del 19 de junio de 2018. Rad. 05001 60 00206 200981656 (0573-17)).

Encuentra la Corporación a través de su estudio que en el proceso se presentaron como testigos los investigadores Pedro Antonio Vargas y Walter Chalarca, sin más, la información allegada por estos al proceso debió catalogarse como de referencia, pues bien, los mismos no fueron testigos presenciales de los hechos y con su exposición cuanto llevaron a juicio fue la información recolectada a través de las entrevistas que en su momento realizaron a los señores José Ignacio Cardona y Juan Fernando Maldonado.

Se lee en el auto que al juicio asistió como tercer testigo el señor Jefferson Sosa, mismo que no otorgó elementos que permitan mas allá de toda duda determinar la responsabilidad del procesado en los hechos producto de estudio, pues bien, “su testimonio fue confuso, contradictorio y muy dubitativo” (Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal, Auto interlocutorio del 19 de junio de 2018. Rad. 05001 60 00206 200981656 (0573-17)).

Ahora, el Tribunal no puede desconocer que existió un error en la interpretación que la juzgadora les otorgó a las pruebas allegadas al proceso, pues, las mismas, no dieron cuenta de la

responsabilidad del imputado y tampoco puede concluirse que la contradicción del testimonio del señor Sosa Castro fue por cuanto estaba intimidado como se dejó dicho en sentencia de primera instancia.

Para concluir lo dicho, en la sentencia el Tribunal expresó: “Las estipulaciones celebradas entre las partes solo apuntan a la demostración de la materialidad de las infracciones pero la responsabilidad del acusado no fue certeramente demostrada” (Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal, Auto interlocutorio del 19 de junio de 2018. Rad. 05001 60 00206 200981656 (0573-17)).

También, si se analiza el auto interlocutorio de fecha 30 de octubre de 2018 dentro del proceso con radicado 05 001 60 00206 2018-05290 el Tribunal Superior de Medellín falla en este mismo sentido, es decir, absuelve al procesado por cuanto no se logró probar más allá de toda duda su responsabilidad en el hecho punible pero también afirma que la fiscalía no logró demostrar la causal por la cual encaminó la prueba de referencia allegada a juicio oral (Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal, Auto interlocutorio del 30 de octubre de 2018. Rad. 05 001 60 00206 2018-05290).

En igual sentido, El Juzgado Once Penal del circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, mediante decisión del 20 de noviembre de 2018 dentro del proceso con radicado 05001000206-2017-45527 (N. I. 2017- 196767) falló emitiendo una decisión absolutoria al procesado.

En relación con el análisis de caso por parte del Juzgado se halla que:

La sanción penal no resulta procedente en este evento, por basarse exclusivamente en prueba de referencia, pues nada de lo dicho por MARTHA ELENA HERRERA MUÑOZ, CÉSAR AUGUSTO CASTAÑO GONZÁLEZ, FANNY DEL SOCORRO GONZÁLEZ AGUDELO y CAMILA GISELLE PACHECO CASTAÑEDA respecto del tema de prueba, es decir, el lúbrico tocamiento del menor por parte de su bisabuelo, le consta directamente a ninguno de ellos, de ahí que sus relatos básicamente sean la reproducción de las declaraciones hechas por M.A.A.S. por fuera del juicio, inicialmente al momento de la captura, luego durante la anamnesis y finalmente a través de la entrevista practicada en el CAIVAS, pues recuérdese que el menor nada dijo durante el restablecimiento de

derechos (Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento, Sentencia 075. Rad 05001000206-2017-45527 (N. I. 2017- 196767)).

Y es que con estos testimonios lo que se pretende introducir son las declaraciones extraprocesales realizadas por el menor respecto de unos hechos de enorme incidencia sustancial, mediante una fuente distinta de la que en forma personal y directa los percibió [art. 437 C.P.P.], todo con el propósito de que esos deponentes (expertos o no), sean valorados como prueba de la veracidad del hecho jurídicamente relevante, aspecto improcedente a la luz de recientes pronunciamientos jurisprudenciales, incluso a pesar de que en este caso la entrevista fue proyectada a través de medio audiovisual e incorporada bajo el rótulo de prueba de referencia admisible [art. 438 lit. e) ídem], lo cual no obsta para mantener sobre ella una forma de tarifa legal negativa, dada la prohibición de estructurar sobre la misma una sentencia de condena [art. 381 inc. 2 íbidem] (Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento, Sentencia 075. Rad 05001000206-2017-45527 (N. I. 2017- 196767)).

Lo expuesto, tal y como se anunció en el acápite anterior, encuentra su sustento en el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emitido el pasado 11 de julio de 2018 (radicado 50637), en donde se precisó que si los expertos, en este caso en psicología y medicina legal, limitan su intervención a la práctica de una entrevista al menor, el alcance de su testimonio sirve para probar la existencia y contenido de la misma, sin que sus impresiones sobre los aspectos de la declaración constituyan en realidad evidencia adicional a la prueba de referencia. Cosa diferente es cuando esos mismos funcionarios advierten huellas de violencia física conformes con el relato del menor o síntomas compatibles con el “síndrome del niño abusado”, supuestos en los cuales, esos mismos profesionales, se convierten en testigos directos de un hecho indicador de la existencia del abuso (Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento, Sentencia 075. Rad 05001000206-2017-45527 (N. I. 2017- 196767)).

Para concluir refiere el fallador lo siguiente:

Así las cosas, aunque el Juzgado pudo obtener cierto grado de persuasión respecto de los hechos y la responsabilidad penal del procesado, en modo alguno puede desconocer que el estándar probatorio penal es mucho más exigente, en especial en un Estado Social de Derecho en el que, entre otras cosas, se exige un apego irrestricto al debido proceso



probatorio, aspecto que incluye un respeto por las garantías judiciales mínimas del procesado, entre las que se cuenta la prohibición de basar una condena exclusivamente en prueba de referencia. Obrar de otra forma, a juicio de esta instancia, implicaría incurrir en lo que el precedente tantas veces citado catalogó como una violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la modalidad de falso juicio de convicción (Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento, Sentencia 075. Rad 05001000206-2017-45527 N. I. 2017- 196767).

## CONCLUSIONES

Conforme a lo enunciado se dejó claro que es y cuáles son las causales en que puede fundarse y/o aceptarse la llamada prueba de referencia al interior del proceso penal colombiano.

Lo anterior permite indicar que esta (la prueba de referencia) es una institución jurídica cuya regulación la trajo consigo la ley 906 de 2004 y su uso se limita solamente a casos alternativamente expuestos en la ley penal, es decir, la utilización o admisión de la prueba de referencia al interior del proceso penal debe ser la excepción y no la regla general como se indicó líneas atrás, sobretodo porque desde el mismo concepto esta puede entrañar gran desconfianza en cuanto a su uso y así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia a través de sus sentencias.

La prueba de referencia es por tanto y según la Corte una prueba cuyas limitaciones y su poder suasorio está restringido y es clara esta posición de la corporación y que la comparto, en el entendido que la misma difiere en lo concerniente de la aplicación de los principios probatorios de todo juicio penal.

Es así, como la misma a través de su uso poco común y además restringido chocará con cuestiones claras como el derecho al debido proceso constitucional y principios de contradicción y confrontación. Aunado a lo anterior vale decirse también que esta es la razón clara de la existencia de la tarifa legal negativa prevista en la normatividad penal para su uso.

También, es necesario colegir que bajo la connotación del literal “b” del artículo 438 ibídem se deja la posibilidad de ser introducidas al proceso pruebas de referencia en eventos similares a los de la norma ya previstos; estos eventos similares de que trata el literal no son

determinados pero si determinables a través de las condiciones que para el fin ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia a través de su jurisprudencia.

Las condiciones de que habla el párrafo antecedente son dos: la primera que se trate de eventos en los cuales el declarante no esté disponible. La segunda que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor.

Vale además decir sobre la responsabilidad que tienen las partes de demostrar concretamente la imposibilidad de localización del declarante y la valoración por parte del director del proceso con especial cuidado para determinar que la situación se ajusta a la hipótesis prevista en el referido literal, porque no bastará sólo con la enunciación de las condiciones sino que las mismas deben ser claramente demostradas ante el juez de conocimiento.

A lo sumo, puede inferirse también grandes riesgos en cuanto a la valoración probatoria de cara a las garantías procesales, pues con la aplicación de la prueba de referencia en sede de juicio no se puede controlar de manera directa al testigo sobre lo que percibió, los recuerdos del evento, la narración del mismo y la sinceridad de sus palabras. En igual sentido no puede desarrollarse a cabalidad los derechos a la confrontación y la contradicción como pilares fundamentales de un debido proceso constitucional.

Frente a la tarifa legal negativa plasmada en la ley procesal penal vale decirse que aunque la misma está dispuesta para su uso no en todos los casos fallados se aplica; conforme a las sentencias relacionadas pudo evidenciarse que varios casos objeto de estudio en demanda de casación carecían del sustento fáctico y jurídico para llevar a fin una sentencia condenatoria pero que contrariando esta disposición normativa era esa la situación presentada, valga decir que esta es una situación poco ventajosa para el procesado, pues bien, pueden pasar muchos años mientras la Corte examina con fundamento legal una demanda de casación y mientras tanto se podría violentar el derecho a la libertad de una persona condenada por una sentencia basada exclusivamente en prueba de referencia, situación claramente prohibida en la ley procesal penal colombiana.

## REFERENCIAS

Auto del 23 de abril de 2008, radicación 29416

Constitución Política de Colombia, 1991, art.1.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (Sentencia del 06 de Marzo de 2008). Rad 27477, M, P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 19 de febrero de 2009). Rad 30598, M.P. María Del Rosario Gonzales De Lemos.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 21 de septiembre de 2011). Rad 36023, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Pérez, S. (2004) Investigación cualitativa. Retos e interrogantes. La Muralla S.A.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 27 de febrero de 2013). Rad 38773, M.P. María Del Rosario González Muñoz.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 22 de mayo de 2013). Rad 41106, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 31 de octubre de 2013). Rad 46995, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

Colombia. Corte Suprema de Justicia AP, (30 de septiembre de 2015). rad. 46.153; CSJ SP14844-2015, rad. 44.056 de 28 de octubre de 2015.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 06 de febrero de 2013. Rad 38975, M, P. José Luis Barceló Camacho.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 28 de mayo de 2014). Rad 40105, M, P. Eugenio Fernández Carlier.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. (Sentencia del 25 de enero de 2017). Rad. 44950. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de revisión, (Sentencia del 11 de febrero de 2010) T - 078, M. P Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena, (Sentencia del 2 de marzo de 2014) C - 177, M. P Nilson Pinilla Pinilla.

Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (Sentencia del 14 de diciembre de 2011). Rad. 34703 M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (Sentencia del 18 de diciembre de 2012). Rad. 38051. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Chiesa Aponte, E. L. (1995). Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edt. Forum, Volumen III, página 350.

Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento. (Sentencia 075. Rad 05001000206-2017-45527 (N. I. 2017- 196767).

Ley 906 de 2004, código de procedimiento penal Colombiano.

Ley 1098 de 2006. De conformidad con el numeral 8° del artículo 47 y el numeral 7° del artículo 193 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en la presente sentencia se omitirán los nombres completos de la víctima por ser menor de edad, en su remplazo se usarán las iniciales de sus nombres y apellidos.

Ley 1652 DE 2013, artículo 1° "Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales"

Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. (Auto interlocutorio del 19 de junio de 2018). Rad. 05001 60 00206 200981656 (0573-17).

Tribunal Superior de Medellín. Sala Penal. (Auto interlocutorio del 30 de octubre de 2018). Rad. 05 001 60 00206 2018-05290 M.P. Luis Enrique Restrepo Méndez.