

**PRUEBA DE REFERENCIA:
MARCO LEGAL, PRINCIPALES PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN Y SU
TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

**IVONNE ROCIO CHAVES GUEVARA
MARIA ALEJANDRA PABON VALENCIA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
FACULTAD DE DERECHO
PASTO
2012**

**PRUEBA DE REFERENCIA:
MARCO LEGAL, PRINCIPALES PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN Y SU
TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**

**IVONNE ROCIO CHAVES GUEVARA
MARIA ALEJANDRA PABON VALENCIA**

**Tesis de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
Abogado**

**Asesor:
DR. JOSE ANTONIO ALAVA VITERI
Docente Hora Cátedra Universidad de Nariño**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
FACULTAD DE DERECHO
PASTO
2012**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y las conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1.- El acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, Mayo de 2012

DEDICATORIA

Gracias a Dios mi fuente de sabiduría, a mi familia soporte de mis triunfos y fracasos y a todas aquellas personas que de una u otra manera siempre estuvieron apoyándome en la materialización de este logro.

Ivonne Rocio Chaves Guevara

Gracias a Dios y mis padres por su fortaleza, a mi familia por su comprensión y apoyo, a mis profesores y compañeros por cada enseñanza entregada y a todos esos seres queridos que siempre creyeron en mí.

María Alejandra Pabón Valencia

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	17
1. LA PRUEBA Y EL SISTEMA PROBATORIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	19
1.1 MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL Y PROBATORIO EN EL DERECHO COLOMBIANO	19
1.1.1 El Sistema procesal penal colombiano.	19
1.1.2 El sistema probatorio Colombiano	22
1.2 PRINCIPIOS PROBATORIOS.....	26
1.2.1 Legalidad de la prueba.	27
1.2.2 Derecho a la prueba.	28
1.2.3 Contradicción de la prueba.	29
1.2.4 Inmediación de la prueba.....	29
1.2.5 Libertad probatoria.....	30
1.2.6 Eficacia probatoria.	31
1.2.7 Oportunidad probatoria.	32
1.3 LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO ..	34
1.3.1 Elementos materiales probatorios y evidencia física.	34
1.3.2. El concepto de prueba.	35
1.3.3 Objeto de la prueba.	36
1.3.4. Medio de prueba.	36
1.3.5. Órgano de prueba.....	36
1.3.6. Fin de la prueba.....	36
1.3.7 Necesidad de la prueba.....	37

1.4	MEDIOS DE CONOCIMIENTO Y MEDIOS COGNITIVOS.....	38
2.	PRUEBA DE REFERENCIA: DEFINICIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN LEGAL	43
2.1	CONCEPTO DE PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	43
2.1.1	España.....	43
2.1.2.	Puerto Rico.	46
2.1.3.	Corte Penal Internacional	47
2.2	CONCEPTO DE PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO	50
3.	CARACTERISTICAS DE LA PRUEBA DE REFERENCIA	53
3.1.	DECLARACIÓN POR FUERA DEL JUICIO ORAL.....	54
3.1.1	Declaraciones que se vuelven parte integrante del delito.....	55
3.1.2.	Declaraciones utilizadas con fines de impugnación del testimonio o para refrescar memoria.....	55
3.1.3.	Declaraciones que al ser presentadas en juicio no reúnen las características de una prueba de referencia o declaraciones que no buscan demostrar la verdad de lo aseverado.	56
3.2.	DE ADMISIBILIDAD EXCEPCIONAL	57
3.3.	CON PODER SUASORIO RESTRINGIDO	64
3.4.	ENCAMINADA A PROBAR ASPECTOS SUSTANCIALES DEL DEBATE	64
3.4.1.	Probar o excluir varios elementos del tipo.	65
3.4.2.	Probar el grado de intervención.....	65
3.4.3.	Circunstancias de atenuación o agravación.	65
3.4.4.	La naturaleza y extensión del daño	65
3.4.5.	Corroborar la credibilidad de otros medios de conocimiento.	66

3.4.6.	Impugnar la credibilidad de otros medios de conocimiento	66
3.4.7.	Partida de inferencias indiciarias.	66
4.	PRODUCCIÓN Y ADUCCION DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL JUICIO ORAL.....	68
4.1	SOLICITUD DE INCORPORACION ANTES DE INICIAR EL JUICIO ORAL.....	69
4.2	EN EL DESARROLLO DE JUICIO ORAL.....	69
4.3	PRACTICA DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.....	70
5.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA	71
5.1.	CRITERIOS PARA VALORAR LA PRUEBA DE REFERENCIA	72
5.1.1.	La clase y origen de la prueba de referencia	73
5.1.2.	La aducción y práctica de la prueba de referencia.	74
5.1.3.	La eficacia de la prueba de referencia con el fin expuesto para su práctica.	74
5.1.4.	La naturaleza del medio de conocimiento complementario.	75
5.2	CRITERIOS PARA EJERCER EL CONTRADICTORIO A LA PRUEBA DE REFERENCIA.....	76
5.2.1.	En el desarrollo del juicio oral.	76
5.2.2.	En la sentencia	76
6.	PROBLEMAS DE LA PRUEBA DE REFERENCIA BAJO LOS LINEAMIENTOS Y RITUALES DE LA LEY 906 DE 2004	78
6.1	FRENTE A CÓMO IDENTIFICAR UNA PRUEBA DE REFERENCIA	78
6.1.1.	¿La prueba de referencia es sinónimo de testigo de oídas?.	78
6.1.2	¿La existencia de entrevistas, declaraciones juradas o interrogatorios previos al indiciado pueden considerarse pruebas autónomas y por ende incorporarse como pruebas de referencia, máxime cuando han sido objeto y fundamentación de medidas de aseguramiento?.	78

6.1.3.	¿La prueba pericial puede tornarse prueba de referencia?.....	80
6.1.4	¿Cuando el perito rinde su testimonio en audiencia pública anexando información suministrada por otros en documentos tales como historias clínicas o documentos reconocidos como científicos, actúa como testigo de referencia?.....	80
6.2	FRENTE A LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA	81
6.2.1.	¿Cómo se debe interpretar “eventos similares” como excepcionalidad de la prueba de referencia?.....	82
6.2.2.	¿En el proceso adelantado por violencia sexual u otras formas degradantes siendo víctimas menores de edad, la protección e interés superior de los menores se convierte en “evento similar” y por ende en excepcionalidad de la prueba de referencia?.....	83
6.2.3.	¿El último inciso del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal determina la necesidad de demostrar la imposibilidad que tiene el testigo de asistir al juicio?.....	83
6.2.4.	¿La demostración de la imposibilidad del testigo de asistir al juicio soportada en cualquiera de las cuatro causales mencionadas en el artículo 438 del estatuto procesal, es suficiente para declarar su admisibilidad?.....	83
6.3	LA PRÁCTICA E INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL JUICIO ORAL.....	84
6.3.1.	¿Frente a un testimonio directo, el entrevistado puede además de su percepción hacer referencia a percepciones captadas por otros; este tipo de declaración se convierte en ilegal?.....	84
6.3.2.	¿Los testimonios recaudados por fuera del juicio, pueden ser incorporados al juicio como prueba de referencia o prueba directa, sin considerar la exención del artículo 33 de la Constitución Política?.....	85
6.4	LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.....	85
6.5	LA IMPUGANCIÓN O REFUTACION DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.....	86

6.5.1. ¿Cómo se debe impugnar aquellos testimonios que se conforman de prueba directa y de referencia?	86
6.5.2 ¿En casación cómo se pueden atacar los errores en la aducción y producción en la prueba de referencia?.....	87
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	92

LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. Medios de conocimiento en el proceso penal acusatorio colombiano	39
---	----

LISTA DE GRAFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Representación gráfica de la transformación del EMP en prueba.....	35
Gráfica 2. Prueba Testimonial y Prueba de Referencia.	53

GLOSARIO

DECLARACIÓN: Es una manifestación que realiza una persona en el proceso judicial en busca de explicar o aclarar hechos o circunstancias que le es conocido y sobre los cuales se les interroga.

ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO: Es una fuente de conocimiento, que permite llegar a determinar la existencia de una conducta o fenómeno y llegar a identificar a los partícipes de la misma. (JIMENEZ MONTES, Fernando y VALDES MORENO, Carlos Eduardo. Colección Sistema Penal Acusatorio tomo I, Fundamentos constitucionales y técnicas criminalísticas. Ed. Alianza Service Ltda. 2009, pág. 91)

MEDIO DE PRUEBA: Es todo acto físico que realiza la persona o el instrumento utilizado para aportar el conocimiento al proceso que lleve al juez al convencimiento de un hecho, cumpliendo con las exigencias legales que por su naturaleza o particularidad se requieren para ser nominado posteriormente prueba; puesto que no por el simple hecho de ser medio va ser aceptado y valorado en el juicio.

ORGANO DE PRUEBA: El órgano de la prueba a diferencia del medio de prueba, comprende a la **persona** que lleva ese conocimiento y legitima la legalidad de la prueba que se pretende hacer valer en el juicio.

PRUEBA: Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. (OSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* Ed. Heliasta Argentina 1998. Pág.817.)

PRUEBA DE REFERENCIA: Es aquella declaración registrada en cualquier medio por fuera del juicio oral, que busque clarificar aspectos sustanciales e inherentes al debate, al narrar circunstancias que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de percibir de otra persona cuya presencia en audiencia se torne imposible; información que se encuentra sustentada en medios probatorios amparados de legalidad y bajo un riguroso control que permita declarar su admisibilidad.

SANA CRÍTICA: Sistema de valoración probatoria que se antepone al sistema de tarifa legal en el cual, los medios de prueba dejan de tener una tasación valorativa obligatoria, implicando en consecuencia que se deja al Juez en libertad al momento de proferir sus decisiones, las cuales deben estar soportadas en argumentos válidos que indiquen el grado de la conciencia de apreciación de los hechos, es decir se propugna por un juicio razonado. Couture manifiesta “*que el*

juicio de valor en la sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad". (OSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* Ed. Heliasta Argentina 1998. Pág.898.)

TARIFA LEGAL: Sistema de valoración probatoria que se constituyó en el primer mecanismo que tuvo la sociedad para fundamentar sus decisiones, en virtud del cual la ley es la que determina que es o no prueba y cuál es el valor probatorio que conlleva cada medio, es decir, cuáles medios son válidos para soportar las argumentaciones dentro del proceso y que valor debe darles el juez al momento de dictar la sentencia.

Gustavo Cuello Iriarte, la entiende como *"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"*

RESUMEN

El legislativo al prever la problemática que encierra la *prueba de referencia*, dentro del sistema acusatorio, buscó en el articulado de la ley 906 de 2004, entregar herramientas que garanticen la solución a problemas de *admisibilidad* y *valoración*. No obstante, del análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal años 2006-2010, se puede inferir que aunque la prueba de referencia es de admisibilidad excepcional, la búsqueda en que criterios de verdad y justicia sean los que reinen dentro del proceso, ha maximizado estas problemáticas, sin que los operadores jurídicos encuentren un esquema normativo satisfactorio.

Así las cosas, esta prueba puede definirse como una declaración registrada en cualquier medio por fuera del juicio oral, encaminada a probar aspectos sustanciales e inherentes al debate, al narrar circunstancias que en forma directa y personal, haya tenido la ocasión de percibir de otra persona cuya presencia en audiencia se torne imposible; así como, información que se encuentra sustentada en medios probatorios amparados de legalidad y bajo un riguroso control que permita declarar su admisibilidad, con poder suasorio restringido.

Lo anterior, está directamente relacionado con la confiabilidad de la prueba y la posibilidad de intermediación y contradicción por la contraparte. Sin embargo su controversia debe regirse:

- Atacando los elementos materiales probatorios que justifiquen la imposibilidad de asistencia en el juicio por parte del testigo directo.
- Controvertiendo previa valoración del Juez la incorporación de documentos o testimonios validados como pruebas de referencia, atacando entre otras la credibilidad del testigo.
- En los documentos históricos o escritos de pasada memoria, se puede atacar las condiciones del testigo al momento de insertar la información o al mismo documento en si (enmendaduras, autenticidad, maniobras).

ABSTRACT

The legislature by providing for the issue that holds the gold proof inside the adversarial system, found in the provisions of Law 906 of 2004, provides tools to ensure the solution to the problems of admissibility and assessment. However, the jurisprudence analysis of the Supreme Court of Justice, Criminal Cassation years 2006-2010, it infers that although the gold proof it has exceptional admissibility, the search criteria of truth and justice prevail in the process, has maximized these issues without legal operators find a satisfactory regulatory framework.

So, this proof can be defined as a recorded statement outside the trial, designed to test aspects inherent to the substantial debate, that relate circumstances directly and personally, that have had occasion to perceive another person audience whose presence becomes impossible; also is considered as information supported by means of proof of legality and protected under strict control to allows its admissibility with restricted power valuation.

Above, is directly related to the reliability of proof and the possibility of immediacy and contradicted by the counterparty. However, its dispute should be governed.

- Facing the proving material evidence that justified the impossibility of assistance at trial by the witness.
- Making a controversial, previous judge valuation, the incorporation of documents or testimonies validated as references proofs, including attacking the credibility of the witness.
- In historical documents or writings of past memory, may facing suitability of the witness at the moment of inserting the information, as well as make change to the document itself (corrections, authenticity, maneuvers).

INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de dilucidar los problemas que los operadores jurídicos colombianos tienen frente al proceso penal, se concluye que gran parte de éstos se presentan en el ámbito probatorio, los cuales se agudizan con la implementación del nuevo sistema procesal penal que en virtud del acto legislativo 03 del año 2002 se consolidó en la ley 906 de 2004.

No obstante, se considera que de todos los elementos probatorios que generan dificultades, *la prueba de referencia* es quizás la que más problemas abarca por sus características y naturaleza excepcional, de allí que el presente trabajo titulado **PRUEBA DE REFERENCIA: MARCO LEGAL, PRINCIPALES PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**, trate de delimitar a nivel conceptual lo que debe entenderse como tal, al igual que despejar los interrogantes que gracias al análisis jurisprudencial se pudieron distinguir, buscando el convertirse en un elemento de estudio y principalmente de debate.

El presente trabajo se centra en las directrices jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal ha promulgado durante los años 2006 a 2010 siendo válido el afirmar que en la actualidad las reglas implantadas no han variado; providencias que permitirán distinguir las diversas interpretaciones que han dinamizado el esquema probatorio, siendo las sentencias hito dentro del presente trabajo los radicados No. 24.468 de 2006, 25.920 de 2007 y 22747 de 2008.

Para lograr el fin del presente trabajo que debe centrarse en la prueba de referencia, se hace necesario para poder conceptualizar, desarrollar y clarificar con mayor precisión los pronunciamientos que frente a la misma se han originado; el empezar de manera sumaria por recordar el desarrollo histórico que el sistema procesal penal colombiano ha experimentado en forma general, distinguiendo las principales diferencias que los dos modelos que la humanidad ha desarrollado y ha implementado ostentan: El inquisitivo y el acusatorio, haciendo especial énfasis en el denominado **sistema penal acusatorio**, analizando sus principios y fundamentos, que una vez delimitados permiten continuar con el estudio del sistema probatorio, decantando la evolución y obviamente los principios que lo erigen, el concepto de prueba, su clasificación, sus principales características; para que al continuar con el concepto de *prueba de referencia* se pueda con mayor facilidad decantar sus problemáticas y finalmente toda su contextualización. En el análisis del derecho comparado se ha optado por escoger a Puerto Rico y España como referentes normativos que permiten decantar la naturaleza de la prueba de referencia en los diferentes esquemas procesales del mundo, finiquitando la o no aplicabilidad de este medio probatorio en la Corte Penal Internacional.

Finalmente, como un mecanismo que dinamice el estudio de la prueba de referencia se optará por entregar las respuestas que a nivel jurisprudencial se han otorgado, mismas que nacen del análisis de jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal durante los años 2006-2010, las cuales entre otros aspectos permitirán determinar cuál es el alcance real que este medio probatorio tiene en el proceso, el cual se dirige muchas veces en contravía a los postulados internacionales pero cuya permisibilidad se centra en la búsqueda ante todo del encuentro de criterios que permitan que conceptos de verdad y justicia material sean los que triunfen finalmente en el desarrollo del proceso penal.

1. LA PRUEBA Y EL SISTEMA PROBATORIO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

1.1 MARCO CONCEPTUAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL Y PROBATORIO EN EL DERECHO COLOMBIANO

1.1.1 El Sistema procesal penal colombiano. La estructura socioeconómica y la concepción de política de cualquier país y en especial el colombiano han trazado las pautas que en diversas oportunidades el poder legislativo convierte en su política criminal, el ideal de estado y los principios y valores que deben rescatarse o fundarse; y para garantizar su efectivización las constituyen como parte integrante de la constitución, así estos postulados se vuelven soporte de todo el ordenamiento normativo. De allí que se permita el inferir que el proceso penal se convierte en el escenario perfecto para determinar las relaciones entre el estado y los sujetos de derechos.

Los modelos procesales que en occidente han sido utilizados para investigar y juzgar a la población por conductas que en consenso han sido consideradas erróneas, inmorales o delictuales, han sido dos: “*El sistema acusatorio y el inquisitivo*”¹, mismos que conllevan en su interior nociones y esquemas valorativos probatorios diferentes cuyas principales contradicciones se centran en la noción de prueba, su origen, creación, desarrollo y valoración.

La cultura jurídica colombiana contemplaba en sus inicios un esquema procesal inquisitivo soportado en el principio de legalidad entendiéndolo como un límite al *ius puniendi*, así que la creación de la norma y en especial de aquella de connotación penal se encuentra formalizada por la ley, por ende los esquemas valorativos de la tarifa legal y la determinación de los medios de conocimiento eran el pilar del proceso penal, no obstante a partir de la constitución de 1991, se empezaron a gestar modificaciones que permiten inferir que el imperio de la ley terminó cediendo a la primacía de la carta fundamental, así la potestad punitiva dejó de ser monopolio del estado, se abrió paso a nuevos integrantes del mecanismo penal colombiano que permiten velar por los intereses del conglomerado social fundados en el *respeto por la dignidad humana*.

La ley 600 del 2000 que se constituyó en el primer intento por finiquitar este esquema inquisitivo, seguía albergando grandes ejemplos de sus postulados lo cual terminó por sucumbir al sistema en la ritualidad del escrito, la permanencia de

¹ ARCINIEGAS MARTINEZ, G. Augusto. Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005. Pp.1-20

la prueba y una tarifa legal determinada aunque ya se encuentre cabida a sistemas de valoración no tan exegéticos como la sana crítica.

El sistema que se instauró con la ley 906 de 2004 es un modelo procesal que encierra el híbrido entre las nociones y costumbres anglosajonas, europeas, americanas y los rezagos de un sistema inquisitivo colonial; tal como lo expone la Corte Constitucional cuando indica que “... *En la interpretación del nuevo código de procedimiento penal se debe partir de la premisa que no corresponde a ningún modelo extranjero puro, por lo cual estos sistemas extranjeros podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, o de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal...*”² pero que a su vez se encuentra claramente definido por posturas positivistas normativistas, cuya estructura es tripartita y se encuentra soportada en la no permanencia de la prueba, la creación del principio de oportunidad, el reconocimiento especial a las víctimas, los principios de oralidad, separación de funciones, prevalecía del derecho sustancial, contradicción, concentración e intermediación de la prueba; en el cuál, a pesar de que la función investigativa sigue al mando de la Fiscalía General de la Nación³ como un mecanismo para lograr el esclarecimiento de los hechos y responsables en los delitos perseguidos por el estado, se le priva de potestades restrictivas de los derechos fundamentales en especial los de la libertad personal e intimidad, a tal punto que sus actuaciones en la mayoría de oportunidades cuando las trasgreden deben someterse a un control riguroso ante un juez de la república denominado *juez de control de garantías*.

De igual manera este sistema no niega la posibilidad como el anterior, al procesado y la víctima para obtener sus propios elementos de defensa y finalmente; consolida en la figura del juez, un agente imparcial, que se soporta en la legalidad y prevalencia de los derechos sustanciales, es decir, se lo instituye como un garante de los derechos y deberes de las partes por mandato constitucional instaurando un juicio público, oral y concentrado en el cual el ejercicio de defensa y contradicción conforme sus bases.

La inclusión del principio de oralidad fortaleció los fines del estado democrático, ya que convirtió el proceso en un instrumento garante de derechos colectivos e individuales de los ciudadanos, porque el contar con un sistema oral genera dinamismo y seguridad en el desarrollo de los actos procesales; como también economía, contradicción, igualdad, concentración e intermediación; siendo estos los principios que rigen el proceso penal. Así las cosas, el cambio más importante

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 del nueve (09) de junio del año 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Artículo 250.- Modificado. Acto legislativo 03 de 2002, art. 2º. *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 (...)*

dentro de esta estructura procesal recayó en la supresión del principio de permanencia de la prueba; ya que por mandato constitucional solo tendrá carácter de prueba la que haya sido incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción ante el juez de conocimiento en el juicio oral.

Como el concepto del “juez” paso a ser más garantista, se le revistió de amplias facultades constitucionales pero cuidando que las mismas no entraran en conflicto con el principio de igualdad de armas que rige este proceso; en el entendido de ser el representante de la soberanía del pueblo, concluyendo finalmente que se convirtió en el árbitro del conflicto presentado entre la fiscalía y el procesado o como lo ha explicado más claramente la Corte “*el Juez como director del proceso, pero sobre todo, como dador de la justicia y la equidad, ha de estar atento a que estas marquen la pauta en la aplicación del derecho...*”⁴

Se concluye entonces, que la introducción de un nuevo esquema con tinte acusatorio en el proceso penal colombiano trajo consigo la materialización de los derechos fundamentales consagrados en la carta política, especialmente el concepto de debido proceso y el respeto por los principios que se desprenden de aquel, como lo son, la presunción de inocencia, el respeto por la integridad y libertad del indiciado, en últimas el acto legislativo 03 de 2002 abrió la puerta a un esquema altamente garantista en el que jurídicamente se cambió el concepto de “*hacer justicia*” al de “*búsqueda de la verdad*”; soportado en el respeto de los derechos humanos y fundamentales de los intervinientes del proceso.

Como dinámica de este trabajo se dividirá el esquema procesal en tres fases conforme el objetivo final que cada una conlleva:

- *Recolección y embalaje de EMP y EF*: Tiene lugar en la etapa de investigación⁵ (indagación e investigación formal)⁶ la cual no es ajena a ninguno de los intervinientes⁷, quienes buscan y recolectan⁸ la mayoría de elementos probatorios y/o evidencia física que soporte su teoría del caso y que en el momento del juicio oral y por el ejercicio del contradictorio puedan convertirse en plena prueba que lleve al juez al conocimiento del hecho y

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Exp. 6154 de 5 agosto de 1991

⁵ Etapa modificada por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 en la cual se otorga un periodo mínimo para su ejecución de dos (2) años exceptuándose delitos considerados de lesa humanidad los cuales gozan del carácter de imprescriptibles.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL .Sentencia C-591 del nueve (09) de junio del año 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

⁷ Ibídem. Sentencia C- 797 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentarías.

⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 205

pueda con base en ellos soportar su decisión. Etapa cuyo principal objetivo es consolidar todos los *actos de investigación*⁹.

- *Descubrimiento y fijación de la actividad probatoria*: Se concentra en las audiencias de formulación de acusación¹⁰ y preparatoria¹¹ en las cuales se busca que las partes den aplicación al principio de igualdad de armas al enunciar al adversario todos los EMP que sustentaran sus teorías del caso, planteen estipulaciones probatorias para que el juez de manera posterior consolide cuales serán aquellos EMP que soportados en criterios de pertinencia, conducencia (admisibilidad) serán practicados en la audiencia de juicio oral.
- *Producción y práctica de pruebas*: Se realiza en la audiencia de juicio oral¹², audiencia en la cual gracias a los principios de contradicción e inmediatez todos los EMP y/o EF recolectadas y descubiertas se convierten en pruebas que permitan al juez sustentar su decisión, es decir se consolidan los *actos de prueba*¹³.

1.1.2 El sistema probatorio Colombiano. La unidad que se presenta entre el derecho y la prueba es innegable, más aún si se habla del derecho penal, el cual es reconocido como el instrumento idóneo para consolidar el poder coercitivo y potestativo del estado, que por su misma connotación exige una serie de formalismos que garanticen el correcto ejercicio de la función pública, y por ende, se instituye como el único ente capaz de regular cualquier conflicto que se genere en la sociedad por el surgimiento de un hecho considerado jurídicamente relevante cuyos efectos no lesionen únicamente al individuo como tal, sino que tienda a colocar en duda su facultad protectora.

Es por lo anterior, que la tesis que indica que el concepto de prueba ha evolucionado de la mano del derecho penal se vuelve incontrovertible, al punto de considerar el **derecho probatorio** como otra rama del derecho, en este caso, encargada de la verificación de los hechos.

Los esquemas penales y el derecho probatorio no han sido ajenos a la evolución socio-política de las naciones en que rigen, tanto así, que éstos han mutado acorde al tipo de estado en el que se han desarrollado; sin embargo, y pese a que

⁹ DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Declaraciones previas al juicio oral y sus implicaciones en el descubrimiento probatorio Ley 906 de 2004. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín - Colombia 2011, Pp. 29-30.

¹⁰ *Ibidem.*, Artículo 337

¹¹ *Ibidem.*, Artículo 356

¹² *Ibidem.*, Artículo 366

¹³ *Ibidem.*, Pp. 29-30.

el sistema probatorio de tinte garantista es el resultado de la modernidad; en toda la dinámica procesal se ha exigido un esquema que permita al fallador justificar su decisión apoyado en una valoración objetiva que le permita inferir la responsabilidad que en caso penal, tiene el procesado frente a la sociedad y al posible perjudicado.

Colombia que en primer lugar manejaba un sistema altamente inquisitivo recurre para que funcione al sistema de valoración denominado el de **tarifa legal** que se constituyó en el primer mecanismo que tuvo la sociedad para fundamentar sus decisiones, en virtud del cual la ley es la que determina que es o no prueba y cuál es el valor probatorio que conlleva cada medio, es decir, cuáles medios son válidos para soportar las argumentaciones dentro del proceso y que valor debe darles el juez al momento de dictar la sentencia, estableciéndose las siguientes características:

- La ley es la única encargada de determinar que es prueba y como debe valorarse dentro del proceso, en especial dentro del proceso penal.
- La confesión es considerada la prueba más importante y por ende, con mayor valor probatorio dentro del sistema.
- La variedad probatoria era limitada, se centraba en el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.
- Los conceptos y nociones de tarifa legal e íntima convicción regían el esquema probatorio.
- El juez al emitir sus fallos no podía alejarse de la ritualidad que el proceso y el sistema legal de valoración le imponía, salvo en el manejo del indicio y la solicitud de pruebas oficiosas en el cual la apreciación del fallador era relevante.
- El juez se consolida como el encargado de resolver de oficio la práctica de pruebas.
- Las pruebas son valoradas por la cantidad y no por la calidad de las mismas.
- El juez no tiene la obligación de explicar o fundamentar su decisión gracias al concepto de íntima convicción.
- La aparición del indicio permitía realizar valoraciones subjetivas que se veían afectadas por la posición del juez.

A pesar de que Colombia se aleja de algunos de sus postulados como el hecho de desaparecer como elemento probatorio al indicio; buscar que la sentencia se encuentre en su mayoría soportada en otros medios de prueba y determinar la libertad probatoria, se mantiene en éste al imprimir al juez la posibilidad de que decreta las pruebas que considere necesarias de manera oficiosa, de allí que la permanencia de la prueba, la extrema ritualidad y el apego a la escritura; el impedir el ejercicio del contradictorio y la violación a las más simples garantías defensivas sean imperantes hasta la ley 600 del 2000.

Con el cambio procesal instaurado en la ley 906 del año 2004, se obligó a los operadores jurídicos a examinar un sistema probatorio que permitiera garantizar el debido proceso y las garantías mínimas ofrecidas a los coasociados, así, que el acto legislativo 03 del año 2002, instauró grandes institutos probatorios que consultaron estos estándares mínimos impuestos.¹⁴

La creación de las diferentes etapas en el nuevo esquema procesal penal, así como también el grado de participación de los intervinientes en el proceso, la figura del juez entendido como aquel arbitro activo que está en la obligación de garantizar el correcto desarrollo del proceso trajo consigo un mecanismo más dinámico y rápido que sin duda absorbió los estándares mínimos en materia de derechos fundamentales que eran válidos en Colombia gracias al bloque de constitucionalidad, exigió al legislador el reconsiderar y derogar los conceptos que antes eran prioritarios como permanencia de la prueba y la obligatoriedad del inculcado a demostrar su inocencia.

La noción de igualdad de armas exigió la existencia y consolidación de un juez imparcial que buscará por encima de todo acercar el proceso a las garantías que un estado social y democrático de derecho implementaba para así poder desentrañar el concepto de verdad; así las cosas, la regulación de los actos que hacen parte de una investigación penal adquieren subordinación de carácter constitucional; la protección a los derechos de contradicción, intermediación y defensa exigen la participación activa de los integrantes del proceso enfocados en dos puntos a resolver; primero, garantizar el adecuado desarrollo del proceso penal y, segundo, basado en un análisis de proporcionalidad ponderar los derechos del acusado versus el procedimiento que debe seguir y el resultado, para determinar si en realidad son adecuados a los fines del proceso los cuales se circunscriben en la búsqueda de la verdad y el desarrollo de la justicia, conceptos acorde a los lineamientos de los organismos internacionales así como de la carta política, por eso, debe entenderse el concepto de “*justicia como una función*

¹⁴JIMENEZ MONTEZ, Fernando; SACHICA MORENO, Carolina y MOYA VARGAS, Manuel. Colección. Sistema Penal Acusatorio. Tomo II. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2009. p.48

*primordial para el estado de derecho y estructural en el estado social y democrático*¹⁵.

Por ello, no es difícil entender que se imprimió una mutación al concepto de prueba la cual se traduce como *“un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes”*, de allí que la apreciación o valoración que se debe dar a la prueba igualmente se transformara; mientras que en el antiguo sistema procesal imperaba el concepto de tarifa legal e íntima convicción, con el nuevo esquema, el concepto de sana crítica y libertad probatoria se consolidan como el eje central entendidos éstos, como la oportunidad de realizar un raciocinio lógico y ponderado de las diferentes pruebas que presentan las partes y determinar qué valor tendrá cada una de ellas en el proceso.

Así, una vez entendida la evolución que ha sufrido el sistema procesal penal colombiano, se hace necesario resaltar cuales son las principales necesidades que se pretende finiquitar con el esquema probatorio, ya que a pesar de estar encaminado a garantizar la correcta aplicación y desarrollo de la normatividad en vigencia del sistema procesal acusatorio, se pueden rescatar como sus principales fines los siguientes:

- Una vez se ha determinado la ocurrencia de unos hechos, las pruebas permitirán identificar los aspectos relevantes de interés judicial, entendido como las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los acontecimientos, el grado de participación y el tipo penal que dará inicio al proceso. Es decir, permitirá identificar todos los elementos estructurales de una conducta punible.
- Permitirá transmitir el conocimiento adquirido en iguales condiciones a los jueces y demás intervinientes del debate oral, especialmente, lo que se ha considerado como un hecho penalmente relevante.
- Facilitar la identificación y fortalecer los hechos que las partes han descrito al inicio del proceso.
- Propender por la materialización de la justicia.
- Generar certeza en la posición del juez al momento de emitir su decisión, en la cual se procura garantizar los fines del estado y la protección de todos y cada uno de los bienes jurídicos.
-

¹⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 396 del 2007 M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

- Generar confiabilidad de cada medio probatorio especialmente al momento de acreditarlo, situación que permite que el juez en el momento de valorarlo, tenga suficientes argumentos de confiabilidad y eficacia frente al contenido de la información que se suministra con aquel.
- Garantizar el correcto desarrollo de todo el sistema procesal penal.
- Dar a la decisión judicial certeza frente a los administrados.
- Evitar que el Juez falle de manera subjetiva acorde a sus vivencias y no a lo probado.
- Busca garantizar la equidad de los intervinientes en la presentación del caso.

En síntesis, el realizar un adecuado razonamiento basado en un sistema probatorio proporcionado, garantista y eficiente; permitirá la apertura dentro del esquema a un correcto ejercicio y aplicación de los derechos constitucionales, cediendo entre otros al reconocimiento y aceptación de los coasociados al momento de la imposición de la sanción. De todos modos, este raciocinio no sería eficaz si este nuevo sistema no contase con unas pautas y principios que dieran una adecuada interpretación a la prueba que se ha incorporado al proceso.

1.2 PRINCIPIOS PROBATORIOS

El bloque de constitucionalidad y su permeabilidad dentro del sistema probatorio exigió grandes cambios en la constitución, los cuales se ejecutaron a partir del acto legislativo del año 2002 mediante el cual, se fijaron las pautas necesarias para el correcto desarrollo de los actos de investigación, limitando aquellos que puedan llevar a la vulneración de derechos fundamentales por cuanto, en ocasiones se hacía necesaria la utilización de mecanismos refutables para el esclarecimiento de los hechos, sobrepasando los límites que imponía el respeto al ciudadano y a su integridad.

Así las cosas, la carta política consagra de manera implícita el *principio de proporcionalidad* como un modelo que servirá de interpretación para verificar la necesidad del procedimiento, el cual se soporta en la comprobación de los siguientes ítems:

- Que el procedimiento a utilizar sea el idóneo para llegar al concepto de verdad.
- Descartar que exista otro tipo de mecanismos que puedan ser menos lesivos frente a los derechos de los intervinientes.

- Realizar una ponderación entre el fin que se persigue con la conclusión del proceso y la posible afectación de derechos fundamentales.

Finalizada esta ponderación, se debe tener en cuenta, que el sistema probatorio se rige por una serie de principios de corte constitucional amparados en el bloque de constitucionalidad.

1.2.1 Legalidad de la prueba. Es uno de los principios más importantes que pueden regir el sistema probatorio ya que lo podemos visualizar desde el primer momento que se interviene un proceso penal, en el entendido que una prueba para que tome vida en el proceso y permita su correcta valoración y el juez llegue a una decisión adecuada, debe cumplir con las exigencias que el legislador ha interpuesto en cada uno de los medios probatorios, así como también, el respeto por las etapas y reglas para su incorporación, práctica y valoración. Dicho así la prueba debe respetar los mecanismos procedimentales y sustanciales que se han interpuesto, caso contrario se convertiría en una prueba que no puede ser valorada en un proceso ya que su obtención se entiende como una violación a los derechos de las partes.

Cuando se parte de la necesidad de probar un hecho relevante en el ámbito penal, todos y cada uno de los elementos materiales probatorios deben demostrar que fueron legalmente obtenidos con el fin de dar seguridad jurídica a los intervinientes. Se puede observar que el principal fin que persigue este principio, es evitar que exista duda en la decisión judicial, así como también garantizar derechos de rango constitucional y el correcto funcionamiento del aparato judicial. El problema más inquietante que entrega este principio es la existencia de pruebas lícitas que se derivan de una que fue declarada ilícita en el desarrollo del proceso. La principal respuesta a este dilema se la encuentra al ponderar los conceptos de seguridad jurídica y verdad a la luz de la Carta Política y su artículo 29, decretando la nulidad de pleno derecho al existir violación del debido proceso.

Particularmente se deduce, que la creación de un nuevo esquema procesal penal basado en el respeto y la vinculación de derechos reconocidos de manera constitucional e internacional, exigió la armonización de procedimientos que llevaran a una verdad aunque no absoluta, si garantista, en donde el estado se compromete a garantizar el ejercicio de una acción penal fundada en la correcta aplicación del proceso; motivo por el cual, mal se haría en interpretar el concepto de verdad y seguridad jurídica de manera autónoma, al contrario estos dos conceptos son totalmente complementarios en su concepción ya que para poder llegar a la *verdad jurídica* se debe garantizar que el procedimiento aplicado cumpla con las exigencias que el sistema ha impuesto y no por la suerte y pasiones del juzgador.

1.2.2 Derecho a la prueba. El sistema procesal penal trajo consigo importantes progresos referentes a la intervención de los interesados en la investigación penal, puesto que, permitió en igualdad de condiciones participar activamente a las partes¹⁶, consideradas estas, la Fiscalía General de la Nación, la defensa, el investigado, las víctimas y el Ministerio Público, para poder así demostrar y probar su teoría del caso y la ocurrencia de los hechos que dieron vida a la actividad judicial; en donde el juez se convierte en un tercero mediador y árbitro, el cual regula y controla la correcta y equitativa intervención de los sujetos procesales.

En el artículo 29 constitucional se ve consagrado y elevado a rango constitucional este principio, convirtiéndolo en un derecho, el derecho a que las partes puedan presentar pruebas que demuestren la inocencia o culpabilidad, los grados de participación del procesado, acorde con unas “*reglas de juego*” específicas que permiten que las pruebas sean valoradas en idénticas condiciones y conforme a la naturaleza de aquellas.

La ley 906 de 2004 instituyó el derecho a la prueba como un concepto obligatorio para la correcta aplicación y ejecución del proceso, en el entendido de evitar a toda costa el juzgamiento fundamentado en procesos subjetivos que no garantizan ni permiten la seguridad jurídica que exige para estos tiempos, la evolución del derecho garantista penal.

Este principio probatorio verifica que se respeten los derechos que tienen las partes a:

- “Solicitar u ofrecer medios de conocimiento durante la investigación procesal, respetando las directrices ofrecidas para el descubrimiento e incorporación.
- Que después de un minucioso examen por parte del fallador, los elementos de conocimiento que se consideren pertinentes y admisibles, sean admitidos siempre y cuando no exista ninguna violación legal o constitucional en su obtención.
- Que el elemento de conocimiento una vez admitido y sometido a contradicción con base en su naturaleza y poder de representación sea valorado.
- Que la prueba se forme de manera correcta, es decir, que la misma haya sido objeto de contradicción”.¹⁷

¹⁶CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Artículo 8. EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, artículo 14.

¹⁷ Óp. cit. Pp.50-51

1.2.3 Contradicción de la prueba. El nuevo esquema procesal penal acusatorio, exige la intervención activa de la fiscalía y defensa durante todo el desarrollo del proceso investigativo como un mecanismo que garantice los derechos de todas las partes.

Para lograr este objetivo dentro del esquema procesal, el legislativo lo estipuló dentro del articulado de la ley 906 de 2004, más claramente en el artículo 15 del estatuto procesal, en el cual se reconoce el derecho constitucional que tienen las partes, “*no solo conocer las pruebas sino también a contradecirlas e 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 de forma anticipada...*”; el cual se encuentra en concordancia con el artículo 29 constitucional al ser un derivado del concepto y precepto del debido proceso.

Lo que se pretende en este principio, es generar la búsqueda razonable de la verdad; porque existe la necesidad de que toda prueba sea creada y recogida en condiciones de credibilidad, que le permita al juez inferir más allá de toda duda razonable la culpabilidad o inocencia del indiciado, garantizando así, un sistema procesal penal más equitativo y confiable, para lo cual, se faculta a las partes, a contradecir todos los medios de conocimiento existentes, catalogando como prueba sólo aquella que haya sido objeto de debate permitiendo en últimas, generar seguridad y convencimiento frente a la decisión judicial.

1.2.4 Inmediación de la prueba. Para que un elemento material probatorio, evidencia física legalmente obtenida o medio de prueba adquiera la connotación de prueba dentro del proceso penal se exige, que éste verifique las reglas que a partir del libro primero, artículo 16 del estatuto se contempla, es decir, “*...se estimará como prueba la que haya sido producida e incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el Juez de conocimiento...*”¹⁸

Como se ha mencionado en repetidas oportunidades, los fines perseguidos por el nuevo esquema requieren de la celosa valoración por parte del juez de conocimiento, quien debe respetar las condiciones y pretensiones del legislador al comprender que con este principio se materializan los derechos a la prueba y a la contradicción; puesto que el juez está en la obligación de basar su decisión en todas las pruebas que sean producidas e incorporadas correctamente en el desarrollo del juicio oral; de no tener esta certeza, es obligación del operador judicial no valorar y no tener en cuenta aquella prueba que no cumpla las características específicas que le permita ingresar de manera correcta al juicio, a menos de que se tratasen de aquellas excepciones plasmadas en el mismo

¹⁸ CODIGO PENAL. Ley 906 de 2004 Art. 16

código procesal penal como la prueba de referencia, que se tratará en el siguiente capítulo.

1.2.5 Libertad probatoria. El nuevo estatuto procesal instauró en las partes facultades que no le eran absolutamente propias al momento de comprobar o argumentar sus intereses jurídicos dentro de un sistema de corte inquisitivo.

Así que, la interpretación correcta que se debe dar en materia probatoria al concepto de *libertad* es el comprender que el estatuto procesal describe dentro del sistema una serie de eventos o mecanismos, que aplicados adecuadamente en la medida en que se desarrolla el proceso, surgirán pruebas jurídicamente acertadas y que la libertad probatoria se moverá en aquellos medios de conocimiento o evidencias que cumplan con las exigencias que el código establece.

De todos modos, el concepto de libertad probatoria empezó a gestarse en la ley 600 de 2000 en la cual:

Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales¹⁹

No obstante, esta concepción se vio transformada en el nuevo estatuto procesal al establecerse que “*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos*”²⁰

De allí la importancia que tiene para la ciencia el poder incorporar en el proceso judicial medios de conocimientos técnicos o científicos que garanticen el acercamiento a la verdad, eso sí, respetando los conceptos de dignidad humana.

La libertad probatoria conforme lo establece el estatuto procesal trae consigo el **sistema de la sana crítica** como mecanismo de valoración, aunque en muchos medios de conocimiento siguen presentándose reglas de rígida observancia siendo coherente el afirmar que aún existen rezagos del sistema de tarifa legal, de allí el suasorio valor probatorio que la prueba de referencia reviste en todo este esquema procesal.

¹⁹ Ley 600 del 2000 Art. 273

²⁰ *Ibidem.*, Art. 373.

Concluyendo así, que el desarrollo probatorio en últimas, se verá limitado única y exclusivamente por los derechos fundamentales de las partes, cuya vulneración debe ser menor a los derechos que se pretenden hacer valer a lo largo del proceso; cuyos medios permitan alcanzar una inferencia razonable en el fallador mediante la utilización del sistema de valoración de la sana crítica y las reglas que le proporciona la experiencia, con el fin de determinar si con los medios de conocimiento se logra un acercamiento a la verdad o por el contrario se aleja de ella.

Se expresa “*menor vulneración*” por cuanto existen situaciones en las cuales la extracción o recolección de estos elementos pueden verse enfrentadas a derechos de tal magnitud como son el de libertad e intimidad personal y es aquí en donde se observa la primacía del juez constitucional – juez penal municipal o promiscuo municipal de la república con funciones de control de garantías-, como el encargado de vigilar mediante un test estricto de proporcionalidad, si la actuación desplegada en busca de este elemento es proporcional, razonable y necesaria.

Gracias a todo este engranaje procedimental, se puede garantizar que en el desarrollo del juicio oral, los EMP o EF que sean practicados habrán respetado los derechos y garantías de las partes e intervinientes dentro del proceso oral.

No obstante la libertad probatoria que reina en materia penal, los elementos materiales probatorios utilizados por los operadores jurídicos, siguen siendo los seis (6) que la ley 600 del 2000 instituyó es decir: ***el documento, el testimonio, el peritazgo, la inspección, el indicio, y la confesión*** aunque expresamente en el artículo 382 del estatuto procesal se mencione a los cuatro primeros.

1.2.6 Eficacia probatoria. “A diferencia de los anteriores, este principio debe ser analizado acorde a dos puntos de vista”²¹:

Desde la perspectiva meramente procedimental. La prueba debe dar sentido al proceso, puesto que es la que permite al juzgador dentro del marco legal imponer una pena al procesado o determinar su exoneración, todo acorde a los hechos que fueron probados dentro de la etapa del juicio oral, eso sí, respetando las reglas impuestas por el legislador. En conclusión todos los hechos y circunstancias que rodean el proceso deben ser llevados con claridad y con certeza por diferentes medios de conocimiento que le permitan al juez fundamentar su decisión en argumentos válidos y confiables que eviten a toda costa la violación de derechos fundamentales de las partes.

²¹ JIMENEZ MONTES, Fernando; SÁCHICA MORENO, Carolina. MOYA VARGAS, Manuel Fernando. Colección Sistema Penal Acusatorio. Tomo II. Sistema Procesal y metodología de investigación criminal. Alianza Servicie Ltda. Bogotá. D.C.:s.n. 2009. p. 63 y ss.

No obstante lo anterior, el elemento material que se escoja para probar determinado hecho debe ser proporcional, claro, conciso, pertinente y admisible, es decir, debe estar acorde al esquema procesal penal como tal; se debe enfatizar que la parte no debe incorporar elementos por el simple hecho de probar, sino, que lo incorporará porque considera que el medio escogido es el más acertado para demostrar o convencer al juez sobre la teoría del caso.

Desde el punto de vista de las partes. La prueba debe estar destinada a generar en el juez un convencimiento sobre la veracidad de la teoría del caso de la parte, ya sea, propiedad de la fiscalía, la defensa, o en criterios actuales, de la víctima; en otras palabras, el juez debe considerar que todos los elementos materiales probatorios o evidencias físicas legalmente obtenidas, incorporadas en el juicio oral, han sido proporcionadas y acordes a los planteamientos de los intervinientes; razón por lo cual, el sentido de la prueba radica en la pertinencia y el convencimiento que tenga el juez frente a los hechos materia de investigación y que por medio de estos elementos se quisieron probar en el debate oral.

Finalmente, la verificación de la pertinencia, conducencia o admisibilidad de todos los medios de conocimientos que se buscan incorporar por las partes para integrar los argumentos de debate, adquieren especial importancia al propender de manera especial por la economía procesal. En este último aspecto, el estatuto procesal ha creado un nuevo concepto, **las estipulaciones probatorias**, las cuales se entienden como “...los acuerdos entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias...”²², que en otras palabras significa, la facultad que tienen las partes para acordar previamente que hechos presentaran ante el juez como probados para que no sean tenidos en cuenta en el juicio como objeto de debate, claro está, sin que éstas alteren la estructura de la conducta penal, para concentrar el debate en lo importante para cada teoría del caso según el interviniente.

1.2.7 Oportunidad probatoria. La división de funciones que nació del nuevo esquema procesal penal, exigió una implementación más ordenada del sistema probatorio, no sólo en la forma como se debe recaudar y valorar un medio de conocimiento sino, como debe ser incorporada y en qué momento al proceso; con la eliminación del concepto de permanencia de la prueba, se obliga que los interesados sean cautelosos al incorporar en el momento indicado la evidencia física o los elementos materiales probatorios legalmente obtenidos para que logren convertirse en prueba y sea adecuadamente valorados por el juez de conocimiento en el proceso.

²² Ibídem., Art. 356 Parágrafo.

Este principio se desarrolla desde la instalación de la audiencia de acusación y culmina en la audiencia preparatoria, razón por la cual se encuentra íntimamente relacionado con el **principio de igualdad de armas**, que supone que “...la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenara, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres días para su cumplimiento...la fiscalía a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio...”²³, es decir, toda la actuación procesal penal, trae consigo una serie de actos concatenados que aplicados de manera ordenada permitirá que la prueba tenga validez y cumpla su función dentro del proceso, por ende, es el mismo código el que define cuál es el momento adecuado para empezar a incorporar cada elemento que haya sido legalmente obtenido y que cumpliendo con los demás fines y reglas deba ser incorporado al proceso.

Si alguna de las partes incumple estos postulados, se atiene a severas sanciones como la imposibilidad de presentar los elementos no descubiertos en el desarrollo del juicio oral y por ende la no valoración de los mismos por parte del fallador al momento de emitir sentencia, siendo la única excepción a esta regla, cuando el medio de conocimiento haya sido encontrado en el desarrollo del juicio oral.

Puntualizando que la importancia de desarrollar una serie de principios en el orden probatorio, es garantizar la correcta implementación y funcionamiento de cada una de las etapas del nuevo esquema procesal penal.

La evolución de este sistema busca en primera medida garantizar los preceptos constitucionales que se han implementado de manera gradual en nuestro país; en donde los fines por alcanzar la verdad han pasado de la necesidad de castigar a buscar una decisión que no afecte los derechos fundamentales, en el entendido de evitar la judicialización que tiempos atrás era común de una persona penalmente no responsable.

La falta de garantías y el concepto de prueba encaminado a demostrar la responsabilidad, llevaban en indeterminadas oportunidades a un fracaso procesal puesto que no existía el respeto por preceptos tan importantes como el debido proceso que empezaban a exigir los entes internacionales. Pese a que ya no se implementa un régimen de tarifa legal y da la oportunidad a una libertad probatoria entendida como la posibilidad de incorporar diferentes elementos o información al proceso para ser valorada como prueba, si exige un mínimo de características que debe contener este elemento material probatorio o evidencia

²³ Ibídem., Art. 344 párrafo 1. y 2.

física así como información para poder ser incorporada en su debido tiempo al proceso y permita el esclarecimiento de un hecho penalmente relevante que afecta a la sociedad.

1.3 LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Se enunció con anterioridad que para determinar la posible comisión de una conducta punible, el principio de libertad probatoria establecía que las partes podían valerse de cualquier tipo de elemento con esta vocación para comprobar la veracidad de sus manifestaciones y que la mayoría de estos elementos se encuentran descritos en el código procedimental, el cuál atendiendo a una filosofía futurista y modernizadora, no impide la presentación y practica de otros medios de carácter científico o técnico producto del trabajo e inventiva del ser humano, siempre y cuando, en cualquiera de los medios que se utilice en su aplicación se presente la menor vulneración de derechos fundamentales. De igual manera, que cuando estos elementos hayan sido incorporados en el proceso judicial respetando las reglas del juego, sean sometidos a contradicción en un debate público y oral se pueden denominar prueba.

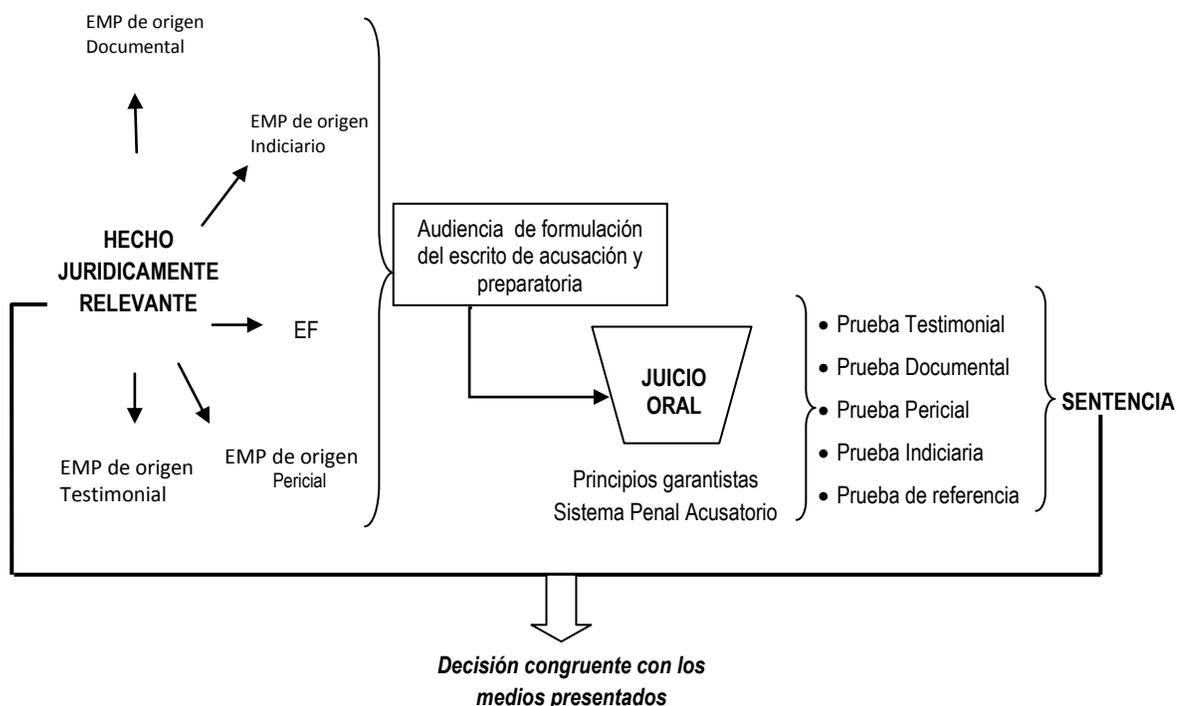
1.3.1 Elementos materiales probatorios y evidencia física. *“Ante la ocurrencia de una conducta jurídicamente relevante, la escena de los hechos concentra elementos cuyo estudio y análisis permite realzar su capacidad demostrativa y así encontrar la descripción de circunstancias de tiempo, modo y lugar e identificar a los partícipes de la conducta. Estos elementos se conocen como **elementos materiales probatorios** los cuales deben tener una relación estrecha y directa con la conducta investigada, pues es bueno advertir que no todos los elementos que se encuentren en la escena son susceptibles de adquirir este nombre, los cuales pueden concentrarse en diferentes formas y estados y si bien, en el nombre se concentra el término “material”, éstos no pueden ser limitados por esta característica, al contrario, gracias a los avances tecnológicos existen aquellos que pese ser intangibles, pueden en muchas ocasiones generar mayores certezas, sin que por ello se manifieste que no son susceptibles de materialización, la que muchas veces se realiza con base en la posición o postura de expertos como los peritos. La huella, el rastro y el vestigio, son los nombres que se dan a ciertos elementos materiales probatorios que por su naturaleza no son de fácil percepción y que requieren para su aseguramiento de técnicas e instrumentos más especiales”²⁴.*

²⁴JIMENEZ MONTES, Fernando y VALDES MORENO, Carlos Eduardo. Fundamentos constitucionales y técnicas criminalísticas. Colección Sistema Penal Acusatorio. Tomo I. Bogotá. D.C.: Alianza Servicie Ltda, 2009. Pp. 91 y ss.

Por su parte el concepto de **evidencia física** hace relación a aquel elemento material probatorio que posee una gran capacidad demostrativa, al punto de generar certeza y en forma inmediata sobre un hecho.

1.3.2. El concepto de prueba. Respetando las directrices anteriores, prueba en el nuevo sistema penal acusatorio acogiendo la postura de Gustavo Cuello Iriarte, se entiende como “*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*”²⁵ 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*”²⁶

Gráfica 1. Representación gráfica de la transformación del EMP en prueba



Fuente: Esta investigación

²⁵ CUELLO IRIARTE, Gustavo. La Sana Crítica. Sistema de Valoración de la Prueba Judicial. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2007. p. 24

²⁶ SATIS MELARDO, Santiago. Citado por: DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Pp. 5-6.

Por lo tanto, para que una evidencia física legalmente obtenida, o elementos probatorios adquieran la calidad de prueba, deberán practicarse en el juicio oral y gozar del ejercicio de la contradicción, intermediación y demás principios del sistema probatorio, y sobre todo, para que éstos sean llevados deberán cumplir con algunos componentes que el interesado deberá identificar antes de incorporarla al proceso como soporte de su teoría del caso.

1.3.3 Objeto de la prueba. Toda prueba tiene como finalidad demostrar la versión que de los hechos jurídicamente relevantes realicen las partes. Así las cosas, el desarrollo exitoso del proceso funciona siempre y cuando todo lo acontecido o aquello que se considera como hecho se lo pueda probar; siendo imprescindible dar un orden a la versión de los hechos e igualmente a los medios de conocimientos o evidencia física obtenidas o recaudadas; por lo tanto, el éxito implica que la parte en el transcurso del proceso oral pueda obtener por cada hecho relevante que afecte el curso del mismo o la decisión judicial una prueba que genere certeza al juez frente al discurso que se está exponiendo.

1.3.4. Medio de prueba. El medio de prueba es todo acto físico que realiza la persona o el instrumento utilizado para aportar el conocimiento al proceso, que lleve al juez al convencimiento de un hecho, cumpliendo con las exigencias legales que por su naturaleza o particularidad se requieren para ser nominado posteriormente prueba; puesto que no por el simple hecho de ser medio va ser aceptado y valorado en el juicio. Así por ejemplo, medio será en la prueba testimonial, el testimonio que se rinde cumpliendo las exigencias que el código ha indicado para este tipo de prueba.

1.3.5. Órgano de prueba. El órgano de la prueba a diferencia del medio de prueba, comprende a la **persona** que lleva ese conocimiento y legitima la legalidad de la prueba que se pretende hacer valer en el juicio; toda evidencia física o elemento legalmente obtenido debe contar con un órgano que incorpore la prueba al proceso y así de fe de su autenticidad para generar certeza y confianza en el desarrollo del juicio.

La regla general es que aquel que conoció directamente del hecho y dio vida al medio es quien debe incorporarla al proceso, sin embargo por la necesidad de llegar a la verdad judicial se pueden presentar excepciones que pese a no estar directamente ligadas por su pertinencia pueden ser valoradas y acertadas en el juicio como más adelante se analizará.

1.3.6. Fin de la prueba. Como el propósito del proceso y de las pruebas es generar certeza para una adecuada decisión judicial, se entenderá como fin, que

el juez pueda obtener los conocimientos para llegar a una sentencia concordante entre lo demostrado a lo largo del proceso y los fines perseguidos por la Constitución y el nuevo esquema procesal penal. Concluyendo finalmente, que los EMP, EF y demás medios de conocimiento que se sometieron a los principios de contradicción, publicidad, oralidad, inmediación y concentración al interior del juicio oral se convierten en prueba porque a pesar de tener o no la relevancia jurídica que se le adujo en principio por la parte que la incorporó, su valoración en conjunto desencadenó bajo los criterios de la sana crítica el fallo definitivo que resolvió la controversia presentada.

1.3.7 Necesidad de la prueba. En el nuevo sistema procesal penal, el esquema probatorio se instituye como uno de los contenidos más importantes en el proceso, esto con el fin de dar vida y sentido a los principios que el estado social de derecho se ve obligado a desarrollar para el correcto funcionamiento de la nación; por lo tanto el punto más importante a resolver de manera armónica entre la prueba y el sistema acusatorio es la capacidad de proporcionar el pleno convencimiento al juez de una conducta jurídicamente relevante que se ha presentado en determinado caso, para que éste falle acorde a la situación y hechos que todo el compendio probatorio demostró. Es decir la prueba debe ser capaz de demostrar y convencer que hay un hecho que dio vida a un tipo penal, así como también los grados de participación y sus amplificadores.

En conclusión el desarrollo probatorio debe estar ligado al desarrollo del proceso, por lo tanto los fines que persiguen las pruebas se entenderán como los mismos fines que persigue el proceso; entre ellos la búsqueda de una verdad equilibrada que respete los límites que la normatividad vigente exige en donde la solución de un conflicto debe promover la paz social y consolide un orden social justo.

La necesidad de la prueba surge como una obligatoriedad a los principios, que la nueva constitución implemento en Colombia, reconocidos como derechos fundamentales que se debe respetar a toda persona que se encuentra vinculada a un procedimiento penal.

La presunción de inocencia y la carga probatoria transmitida al ente acusador son claros ejemplos del nuevo esquema procesal, por lo tanto todo girara en torno a la prueba que reviva los hechos acontecidos, siendo necesaria la prueba en el entendido de que es el mecanismo trascendental para demostrar y estructurar la teoría del caso de las partes.

Si bien es cierto, existen posturas que consideran que **prueba** debe llamarse únicamente a aquellos elementos que una vez agotada su práctica, alcanzaron su objetivo en el sentido de convencer al juez de la certeza de su información, el hecho de que un EMP o EF haya sido desvirtuado, no implica necesariamente que

haya perdido su valor suasorio, al contrario, en muchas ocasiones abre un sinnúmero de posibilidades que pueden ser más ventajosas que las inicialmente concebidas.

Así las cosas, “*el resultado o decisión de la controversia judicial depende de la idoneidad y eficacia de las diferentes construcciones probatorias que en forma inmediata, concentrada, oral y contradictoria le presentan los adversarios, además de las contribuciones que concurren en virtud de la intervención eventual de los representantes de la sociedad y la víctima alegada*”²⁷

1.4 MEDIOS DE CONOCIMIENTO Y MEDIOS COGNITIVOS

Se enunció con anterioridad que para determinar la posible comisión de una conducta punible el principio de **libertad probatoria** establecía que las partes podían valerse de cualquier tipo de elemento con esta vocación para comprobar la veracidad de sus manifestaciones y, que la mayoría de estos elementos se encuentran descritos en el código procedimental, el cuál atendiendo a una filosofía futurista y modernizadora, no impide la presentación y practica de otros medios de carácter científico o técnico producto del trabajo e inventiva del ser humano, siempre y cuando, en cualquiera de los medios que se utilice en su aplicación, se presente la menor vulneración de derechos fundamentales

A pesar de que el trabajo que se realiza a continuación se centra en el estudio y análisis de la prueba de referencia, es necesario enunciar las principales características de las diferentes pruebas que pueden sustentar una sentencia condenatoria y que nacen en el transcurso del proceso penal, las cuales se consolidan en el siguiente cuadro ilustrativo.

En cuanto al **indicio**, debe considerárselo como aquel EMP que tiene una menor capacidad demostrativa que de manera unitaria no permite generar certeza de la comisión de la conducta o de sus elementos y características principales, no obstante lo anterior, su importancia radica en que sirven de fundamento de partida por cuanto permiten inferir la existencia de otros hechos o EMP o EF que lleven a acrecentar su valor probatorio. Si bien del análisis del artículo 382 de nuestro estatuto procesal, el indicio no se encuentra en el listado de los medios de convicción, la mayoría de EMP y EF relacionados en el artículo 275 del C.P.P., son indicios universalmente aceptados, de allí por ejemplo, las huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares dejados por la ejecución de la actividad delictiva.

²⁷ ALBARRACIN DURAN. David. Dinámica y acción probatoria de la Defensa. Defensoría del Pueblo. Bogotá D.C.: s.n. 2009. p. 16.

Tabla 1. Medios de conocimiento en el proceso penal acusatorio colombiano

EMP	CONCEPTO	CARACTERISTICAS	MÉTODO DE INCORPORACION	CRITERIOS DE VALORACION
<p>DOCUMENTO Art. 424 a 434 C.P.P.</p>	<p>Todo medio que contenga información plasmada por el hombre o sea producto de la naturaleza, razón por la cual tiene un listado amplio y abierto.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Puede ser producto del hombre o la naturaleza. • Debe ser auténtico o debe ser susceptible de autenticación. • Existe amplitud frente a los elementos que pueden ser documentos: videos, imágenes, fotografías, papelería y otros. 	<p>Se deberá realizar mediante la lectura o proyección a todo el auditorio, por una persona de acreditación, que puede ser aquella que produjo el documento o por quien fue encontrado.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El criterio de originalidad y autenticidad del documento. • El nivel de alteración en la forma y contenido del documento. • El nivel y condiciones que ofrece el documento para lograr el acercamiento al conocimiento del hecho. • La coherencia que ofrece el documento en relación con el objeto que busca demostrar.

TESTIMONIO
Art. 383 a 404
C.P.P.

Es la declaración realizada en el interior de juicio oral por una persona que ha tenido un conocimiento directo y personal sobre los aspectos principales de la controversia, hechos objeto del juicio oral o relativas a la credibilidad del testigo.

- Toda persona está obligada a rendir testimonio salvo las excepciones constitucionales y legales
- Se rinde bajo la gravedad del juramento.
- Se somete al interrogatorio y conainterrogatorio que versarán sobre los aspectos principales de la controversia, hechos objeto del juicio o relativas a la credibilidad del testigo.
- La declaración debe versar sobre el conocimiento personal del testigo.
- Es la prueba más idónea, eficiente y directa para acercar al juez al conocimiento de los hechos.

Se formaliza mediante la realización del interrogatorio y conainterrogatorio que realicen las partes dentro del juicio oral.

- Criterios técnico – científicos sobre la percepción y la memoria.
- La naturaleza del objeto percibido.
- El estado físico de los sentidos por los cuales se produjo la percepción.
- Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó la percepción.
- Los procesos de rememoración.
- El comportamiento del testigo en la práctica del el interrogatorio y conainterrogatorio.
- La calidad e intereses del testigo.

PERITAZGO
Art. 405 a 423
C.P.P.

Es la unidad indivisible entre la base del peritazgo (dictamen pericial o concepto) y la declaración realizada por un experto en la técnica, ciencia o arte al interior de juicio oral frente aquellos aspectos principales de la controversia, hechos objeto del juicio oral o relativas a la credibilidad del testigo que conforme el criterio del juez o de las partes requieren de explicación por parte de expertos.

- La base del peritazgo o dictamen pericial debe ser entregada a la contraparte en un término no inferior a cinco (5) días antes de la iniciación del juicio oral.
- La idoneidad del perito puede demostrarse por cualquier medio probatorio.
- No existe límite salvo por impertinencia o inconducencia.
- Pueden servir de peritos, policía judicial, Instituto de Medicina Legal y demás entes públicos y privados con conocimientos especializados.
- La base pericial no sirve como prueba sino se realiza la declaración al interior del juicio oral- No prueba de referencia.

Se entrega el concepto del experto el cual se denomina como base del peritazgo para que la contraparte pueda prepararse en el momento de realizar el contrainterrogatorio

El experto se presenta en el juicio oral y se somete a la técnica del interrogatorio y contrainterrogatorio que se soporta especialmente en el informe pericial.

- Se valora en conjunto la base del peritazgo y lo expuesto por el perito en el desarrollo del juicio oral.
- Calidad e intereses del perito: Idoneidad técnico – científica y moral del perito.
- La claridad y exactitud de sus respuestas
- El comportamiento del perito en la práctica del interrogatorio y contrainterrogatorio
- Mecanismos, instrumentos, herramientas y métodos utilizados para soportar el dictamen pericial.
- El grado de aceptación de los principios técnicos, científicos o artísticos utilizados.

<p>INSPECCION Art. 435 a 436 C.P.P</p>	<p>Diligencia de reconocimiento, examen y análisis directo realizado por el juez a petición de parte, la cual se decreta ante la imposibilidad de exhibir o autenticar determinado EMP o EF y son de vital importancia para adquirir un nivel de conocimiento más acorde frente a la existencia de los hechos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se realiza únicamente por el juez en los siguientes casos: • Ante la imposibilidad de exhibir o autenticar EMP y EF. • Para determinar el estado de las personas y/o cosas. • Para averiguar la existencia de otros rastros y elementos materiales que puedan ser de utilidad para la precisión del delito e identificación física de los partícipes. • Que no exista otro medio para adquirir el conocimiento o que éste sea más económico. 	<p>La inspección se realiza en presencia del juez y depende de la naturaleza del objeto a inspeccionar.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los resultados de la inspección entran al arbitrio del juez, no obstante se debe valorar: • El nivel de conocimiento aportado en la inspección • La naturaleza del objeto bajo análisis • El debate probatorio realizado en su práctica.
---	--	--	---	---

Fuente: Esta investigación.

2. PRUEBA DE REFERENCIA: DEFINICIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN LEGAL

2.1 CONCEPTO DE PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COMPARADO Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El derecho comparado en Colombia siempre ha sido un punto de partida importante para que los legisladores determinen el camino jurídico que guiará a la justicia, entendiéndola para este trabajo, como el conjunto de aforismo de valor que definen las conductas desviadas y el reproche que debe darse a éstas; así que para entender el proceso penal que rige en este momento, se deba contar con conocimientos frente al manejo que países ibéricos, anglosajones y americanos han ejecutado, ya que el proceso penal colombiano tal como se desprende del análisis y sus características tiene tintes inquisitivos y acusatorios que devienen de los sistemas procesales anteriormente enunciados.

Bajo estas directrices al hablar de *prueba de referencia* se puede afirmar que ha sido casi unánime el concepto o definición que se ha esgrimido en el mundo, asimilándolo en ocasiones con el famoso “*testigo de oídas*” que se considera como “*la declaración de un testigo, quién 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*”²⁸

No obstante, esta aseveración no guarda completa armonía con lo expuesto por el código de procedimiento penal colombiano y lo desarrollado a nivel jurisprudencial por las altas cortes, por cuanto la prueba de referencia no se circunscribe únicamente al conocido “*testigos de oídas*”, sino que el mismo se convierte en un simple ejemplo de ésta.

Para lograr soportar la anterior declaración, se tomaran como pauta toda la información que frente a la prueba de referencia existe en los sistemas procesales penales de origen español de connotación inquisitiva y el puertorriqueño que encarna el sistema acusatorio de origen americano para finiquitar en determinar su o no aplicabilidad en instancias internacionales como la Corte Penal Internacional.

2.1.1 España. País ibérico que mantiene como modelo procesal penal uno de connotación inquisitiva, pero que al igual que el modelo colombiano, no es puro, sino que se encuentra mezclado con principios democráticos y de carácter

²⁸VELAYOS MARTINEZ V., El testigo de referencia en el proceso penal. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1998. Pág. 24 En: Tesis Doctoral MONTOLIU, Ana Beltrán. El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional visitado el 10 de agosto de 2009 en <http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/10432/beltran2.pdf?sequence=1>.

acusatorio, de allí, que entre los pilares fundamentales que lo soportan se encuentre la inmediación probatoria.

Como el afán que se propugna en materia penal es la consolidación de la justicia material, uno de los mecanismos para alcanzarla ha sido la permisibilidad de la prueba de referencia, en especial del *testigo de referencia u oídas*, no obstante, ese elemento probatorio tiene un mayor control debido a la imposibilidad de ejercer el contradictorio y derecho de defensa.

En la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*²⁹ 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 calumnia³⁰.

*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*³¹

Lo anterior permite sostener que los problemas principales que se centran en la prueba de referencia en el país ibérico, no se centralizan en torno a su posible admisibilidad, sino que se concentran en torno a su práctica y valoración, de allí que sea definida 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 inmediación 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 que plantea la prueba de referencia es como cualquier otra prueba, el relativo a la veracidad y credibilidad*³² (Subrayado fuera del texto)

²⁹ Código de Procedimiento Penal Español, Artículo 710

³⁰ *Ibíd.*, Artículo 813.- “No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra”

³¹ CLIMENT DURAN, Carlos. La prueba Penal – Doctrina y Jurisprudencia. Valencia: Ed. Tirant La blanck libros, 1999, p. 1231.

³² *Ibíd.*, p. 1231.

En definitiva, para que un elemento de prueba pueda ser admitido en el sistema procesal penal español debe reunir los conceptos de legalidad, pertinencia y utilidad; criterios que se someten a un mayor control y estudio cuando se trata de pruebas de referencia, las cuales, no son fiables en el sentido de que se considera que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral³³, estableciéndose como justificación a este tipo de pruebas, es decir posibles excepciones a la admisibilidad de la prueba de referencia las siguientes:

- 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.

No obstante lo anterior, esta prueba tiene un valor suasorio restringido, por cuanto como se ha establecido en innumerables sentencias, entre ellas el expediente 35 del 6 de Febrero de 1995, caso Rodríguez- Piñero y Bravo Ferrer *“la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo a la llamada del juicio oral”*.

De allí que aunque es admisible, se considera *“poco recomendable”* porque debe estar confirmado por otro elemento material probatorio, que conforme con los planteamientos jurisprudenciales, puede ser de carácter indiciario. Es decir se presenta una búsqueda ardua y permisiva para garantizar la satisfacción de la justicia material.

En cuanto a la valoración de este tipo de pruebas, en España en primer lugar se entra a valorar el grado de referencia de la prueba, es decir se debe analizar si se trata o no de una *referencia primaria* ya que el testigo de referencia debe haber escuchado de manera directa la declaración que se rendirá en juicio por la fuente directa de la misma, teniendo un menor valor si el testigo no ha tenido contacto directo con la fuente de la información aunado a la valoración que se otorgue al medio de convicción que se aduce para confirmar su veracidad, el cual se centra en el análisis de su naturaleza y poder probatorio independiente, siendo directrices de valoración los ítems del testimonio

³³ Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200001-testimoniojpenal.html> visto en marzo de 2011.

2.1.2. Puerto Rico. Todo el sistema procesal penal se soporta en *Las Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia, aprobado en 1979* cuyo fin último es el descubrimiento de la verdad en todos los procedimientos judiciales. Conforme estas directrices se asumen como medios de prueba, los documentos, el testimonio, el peritazgo o demás pruebas demostrativas y el conocimiento judicial.

En cuanto a la *prueba de referencia* que enmarca a todas las declaraciones “*que se hacen fuera de la vista o juicio en el que se ofrecen para probar que tal declaración es verdadera*”³⁴, 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*
- (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 coconspirador de dicha parte durante el curso de la conspiración y en la consecución del objetivo de ésta.*³⁵

Entonces, las entrevistas ofrecidas con anterioridad por el testigo que permitan refrescar memoria se enmarcan en el primer numeral siempre y cuando sean utilizadas con fines distintos a la impugnación de credibilidad o para refrescar memoria.

No obstante lo anterior, a diferencia del modelo colombiano, las reglas de Puerto Rico, evidencian una diversidad de posibilidades que permiten la utilización de este medio de prueba, a pesar de que vulneren derechos fundamentales 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:

³⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DE PUERTO RICO, Sentencia del día 20 de noviembre de 2008, Caso No. CP-2006-7 Querellado. José R. Ríos Ríos. Pág. 13.

³⁵ *Las Reglas de Evidencia para el Tribunal General de Justicia*. Regla 62

“(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.

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) testifica 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:*

- (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 declarante³⁶.*

Lo que más llama la atención de estas directrices es la posibilidad de admitir la excepción de prueba de referencia cuando el declarante se encuentra disponible³⁷, entregando como causales para su admisión que las declaraciones versen sobre:

- Aspectos contemporáneos a la percepción del hecho narrado
- En momentos de excitación fruto de la experiencia del hecho narrado
- Condiciones físico-mentales y emocionales del declarante
- Diagnósticos o tratamientos médicos
- Los escritos de pasada memoria
- Record del negocio o actividad (informes financieros)
- Informes oficiales del declarante
- Certificados de estado civil
- Declaraciones en escritos antiguos

2.1.3. Corte Penal Internacional. A pesar de que en la mayoría de estados se propugna por la admisibilidad de la prueba de referencia como un instrumento idóneo para lograr la materialización de la Justicia, en la Corte Penal Internacional

³⁶ *Ibidem.*, Regla 64

³⁷ *Ibidem.*, Regla 65

este tipo de pruebas se vuelven inadmisibles por cuanto lo que se busca al momento de valorar la prueba es que esta sea pertinente, admisible siendo un pilar fundamental la exigencia de que el testigo que rinda su declaración en el transcurso del proceso sea directo, con el fin de garantizar la existencia de reglas que permitan establecer un espacio de debate justo para las partes.

Es por lo anterior que para la Corte Penal Internacional:

La prueba testimonial deberá rendirse en persona en el juicio, salvo cuando se apliquen las 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 prueba. Estas medidas no podrán redundar en perjuicios de los derechos del acusado ni serán incompatibles con estas³⁸

Tesis que nuevamente se confirma cuando se analiza que las declaraciones anteriores del testigo sólo pueden ser admisibles, si en el desarrollo de las mismas la contraparte tuvo la oportunidad de realizar el contrainterrogatorio o cuando el declarante se encuentre presente en la audiencia, de su autorización y pueda ser este elemento sometido a los principios de inmediación, concentración y contradictorio.³⁹

Sin embargo, en el *Tribunal Penal Internacional de la Ex - Yugoslavia*⁴⁰, la prueba de referencia no es inadmisibile de entrada, pero no se descarta su carácter de poco fiable por cuanto:

- La declaración de referencia en este tribunal no se realiza bajo la gravedad del juramento.

³⁸ SANCHEZ, Hernando; SANCHEZ, Raúl Eduardo. Código de Derecho Penal Internacional. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario Bogotá, 2007. p. 203.

³⁹ REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA, Nueva York. UN Doc. PCNICC/2001/I/Add.1 (2001). Regla 68. *Testimonios grabados anteriormente. Cuando la sala de cuestiones preliminares no haya adoptado medidas con arreglo al artículo 56, la Sala de primera instancia podrá de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 69, permitir que se presente un testimonio grabado anteriormente en audio o video o la transcripción de ese testimonio u otro documento que sirva de prueba de él, a la condición de que:*

- *Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente no está presente en la sala de primera instancia, tanto el fiscal como la defensa hayan tenido ocasión de interrogarlo en el curso de la grabación, o,*
- *Si el testigo que prestó el testimonio grabado anteriormente está presente en la sala de primera instancia, no se oponga a la presentación de ese testimonio y el fiscal, la defensa y la sala tengan ocasión de interrogarlo en el curso del proceso.*

⁴⁰ Aprobado mediante Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el día 25 de mayo de 1993, visto en: www.unict.org/portals/o/English/Legal/ROP/100209.pdf, el día 30 de marzo de 2011.

- La declaración es susceptible de albergar errores de información gracias a los vicios de la transmisión oral
- Las partes no pueden ejercer un debate probatorio garantista como el que se realiza a un testigo directo y,
- Se priva a la sala y demás intervinientes del análisis comportamental, emocional, físico del declarante primario, ya que el de referencia no está sujeto a manifestar si es verdad o no lo expresado, sino que es verdad o no la recepción de la información.

Según las regla 88 en sus numerales C y D, la Sala del Tribunal puede admitir cualquier prueba que considere pertinente y con valor probatorio, el cual nunca debe ser sobrevalorado, todo tendiente a garantizar la existencia de un juicio justo.⁴¹

Por ende, la sala

*... determinará si la prueba es pertinente y tiene valor probatorio centrándose en su fiabilidad. La sala podrá guiarse pero no estará vinculada a las excepciones a la prueba de referencia reconocidas generalmente por algunos sistemas nacionales, así como por la sinceridad, voluntariedad y veracidad pertinentes*⁴²

Siendo considerados como elementos para su declaratoria:

- El carácter de fiabilidad de la prueba
- La sinceridad en su otorgación
- La voluntariedad en su otorgación
- La veracidad de su origen y lo narrado

⁴¹ Ibid. **Rule 89: General Provisions**

(A) The rules of evidence set forth in this Section shall govern the proceedings before the Chambers. The Chambers shall not be bound by national rules of evidence.

(B) In cases not otherwise provided for in this Section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law.

(C) A Chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value.

(D) A Chamber may request verification of the authenticity of evidence obtained out of court.

⁴² CTY, Decision on the Defense. Motion on Hearsay, Prosecutor vs. Tadie. (IT-94-1-T), 5 august 1996, par. 14. Citado en Tesis Doctoral MONTOLIU, Ana Beltrán. El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional visitado el 10 de agosto de 2009 en <http://www.tesisred.net/bitstream/handle/10803/10432/beltran2.pdf?sequence=1>

- Excepciones legales de carácter nacional (sin que ello sea vinculante)

Elementos estos que son susceptibles de valoración al igual que:

- El contenido, contexto y carácter de la prueba haciendo especial análisis al origen de la prueba.
- La falta o no del interrogatorio cruzado para determinar la validez o no de la declaración.
- La demostración que haya hecho el contrario frente a la violación de garantías que repercuten en la existencia de un juicio justo.

En conclusión a pesar de que 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 garanticen la idoneidad, pertinencia, confiabilidad y valor probatorio, en aras de garantizar el descubrimiento de la verdad y la materialización de la justicia.

2.2 CONCEPTO DE PRUEBA DE REFERENCIA EN EL DERECHO COLOMBIANO

La prueba de referencia fue incluida en nuestro ordenamiento penal como una forma de mitigar la necesidad de entregar al juez todos los elementos materiales posibles que le permitan inferir más allá de toda duda la responsabilidad, grado de participación y demás situaciones en las que se encuentra el acusado. Sin que esto implique que este tipo de pruebas puedan soportar de manera exclusiva la teoría del caso de cualquiera de las dos partes, pues de ser así, realmente no existirían elementos suficientes que permitan el adecuado desarrollo de un juicio oral colmado de las garantías que a nivel mundial y recogidos en la Constitución Nacional se imponen, y mucho menos soportar una sentencia condenatoria, la cual debe estar basada en hechos y pruebas contundentes. De ahí su carácter excepcional en todo proceso.

La ley 906 de 2004 regula en sus artículos 437 a 441 la concepción que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido frente al concepto de prueba de referencia, tomándola como *“toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”*

Definición que ha sido ampliamente discutida por nuestras Altas Cortes y que gracias a la jurisprudencia que se ha emitido se puede aseverar que no toda

declaración dada fuera del juicio oral constituye prueba de referencia, sino que debe considerarse como tal:

“(...) 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).”

Definición que implica, que aquella reúna las siguientes características o condiciones fundamentales⁴³:

- Que sea una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral.
- Que verse sobre aspectos que en forma directa o personal hayan tenido la ocasión de observar o percibir.
- 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.
- Que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate.

Así también como lo señala la Corte frente a la doctrina comparada de la que se aparta un poco, tal vez por lo reciente del nuevo esquema procesal penal o por el intenso fundamento en garantías procesales, *“...con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentamiento, negación o respuesta...”*⁴⁴

El manejo jurisprudencial, doctrinal y legal que el caso colombiano le ha dado a la prueba de referencia permite garantizar unas reglas de juego más claras para los intervinientes; en el entendido de limitar la posibilidad de extender cualquier manifestación verbal y corporal como aquella declaración que pueda llevar a inferir

⁴³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado No. 24468 de 2006. M.P. Dr. Edgar Lombana. Radicado 25920 de 2007 M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz

⁴⁴ Ibídem., Sentencias Radicado No. 28257 M.P Augusto J. Ibáñez

o ser parte de los indicios en los que el Juez se pueda basar para tomar una decisión.

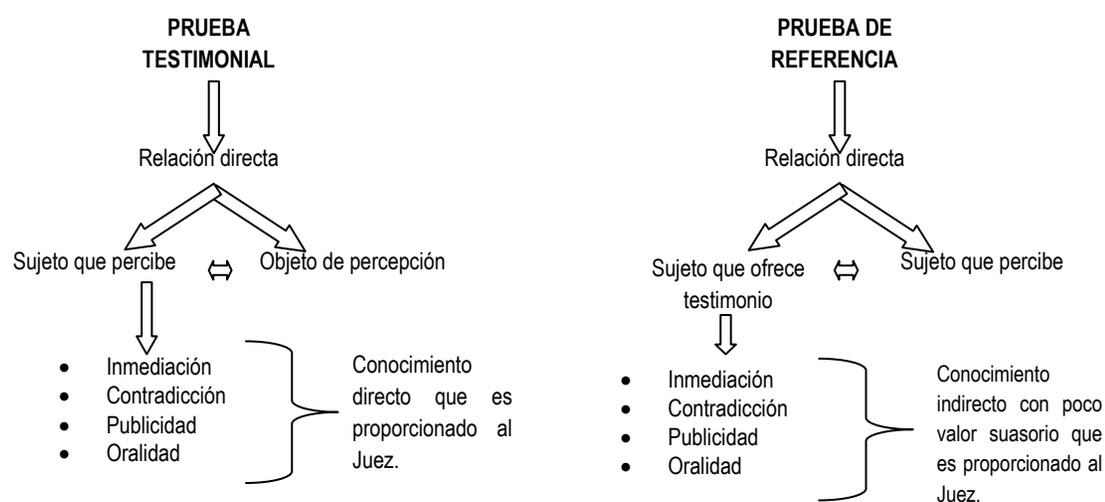
Mal se haría al permitir que la manifestación gesticular coadyuvara a determinar el grado de intervención que tiene un agente o las circunstancias de agravación o atenuación, naturaleza o lo concerniente a la parte sustancial del debate ya que la finalidad del derecho penal en el nuevo esquema procesal se fundamenta en el respeto por los derechos inherentes al hombre, motivo por el cual la prueba de referencia es catalogada como excepcional, en la que el juez debe determinar y justificar su validez e incorporación al caso, realizando una valoración proporcional y razonable de aquella prueba que se desea incorporar versus los derechos que pueden afectar al ser aceptada dentro del proceso; recordemos que la finalidad del derecho penal es la resocialización y no el castigo, por ende la búsqueda de la verdad se fundamenta en una verdad material sin desconocer las garantías procesales.

Concluyendo que la prueba de referencia se concentra en *“aquella declaración registrada en cualquier medio por fuera del juicio oral, que busque clarificar aspectos sustanciales e inherentes al debate, al narrar circunstancias que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de percibir de otra persona cuya presencia en audiencia se torne imposible; información que se encuentra sustentada en medios probatorios amparados de legalidad y bajo un riguroso control que permita declarar su admisibilidad”*.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Aunque como se analizó, la prueba de referencia no se circunscribe únicamente al “*testigo de oídas*”, es válido determinar que las características que la ley 906 de 2004 otorga a la prueba testimonial es un punto de partida importante para determinar las principales diferencias que ostenta la prueba de referencia frente a los demás medios de prueba.

Gráfica 2. Prueba Testimonial y Prueba de Referencia.



Fuente: Esta investigación

Cuando una persona se presenta ante un estrado judicial para presentar su declaración, después de haberse decretado su práctica en la audiencia preparatoria, instancia en la cual la posible declaración fue sometida a un examen de pertinencia, conducencia y admisibilidad; debe acudir en pleno uso y goce de sus facultades físico-mentales; permitiendo al juez acceder mediante su testimonio y el ejercicio que la contraparte ha realizado del contradictorio, a un conocimiento directo y real frente a lo percibido por aquel.

Es por lo anterior que se busca en lo posible, que las personas que comparezcan al juicio revistan la calidad de testigos presenciales o directos o en su defecto que los EMP o EF que se proporcionen tengan iguales connotaciones, sin embargo, no siempre es posible contar con estos elementos, adquiriendo así, principal relevancia el decreto, práctica y valoración de la prueba de referencia.

Ya se definió a la prueba de referencia como “*aquella declaración registrada en cualquier medio por fuera del juicio oral, que busque clarificar aspectos*”

sustanciales e inherentes al debate, al narrar circunstancias que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de percibir de otra persona cuya presencia en audiencia se torne imposible; información que se encuentra sustentada en medios probatorios amparados de legalidad y bajo un riguroso control que permita declarar su admisibilidad”, sentido que permite determinar las principales características que a este medio circundan y que se pueden clasificar en:

- Declaración por fuera del juicio oral
- De admisibilidad excepcional
- Con poder suasorio restringido
- Encaminada a probar aspectos sustanciales del debate.

3.1. DECLARACIÓN POR FUERA DEL JUICIO ORAL

El doctrinante Donaldo Del Villar Delgado quién rescata los pensamientos de Chiesa Aponte, ha concluido que la postura jurisprudencial que infiere que *“la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, específicamente, como la que permite el recaudo o acopio de las entrevistas, los interrogatorios y las exposiciones que se incorporan al juicio oral a través de testigos de acreditación, son pruebas potenciales en el juicio, toda vez que su lectura y contradicción garantiza los principios que rigen las pruebas en este sistema”,* ha agrupado el avance jurisprudencial bajo el siguiente esquema:

- Declaraciones previas como complemento del testimonio.
- Declaraciones previas como diálogo que se ofrece durante el proceso e ingresa al juicio articuladamente a través del testigo de acreditación.
- Declaraciones previas como prueba de referencia.
- Declaraciones previas como mecanismos de impugnación y rehabilitación de testigos.⁴⁵

Parte de un error, por cuanto estas actividades constituyen *actos de investigación*, siendo simplemente informaciones, que deben ser asumidos única y exclusivamente *para refrescar memoria o impugnar credibilidad* y *“no pueden ser incorporadas al juicio oral para que sean tenidas en cuenta como prueba sustantiva”* situación que se analizará con mayor detenimiento.

⁴⁵ DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Declaraciones previas al juicio oral y sus implicaciones en el descubrimiento probatorio Ley 906 de 2004. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín - Colombia 2011, pág. 35

A pesar de lo anterior, la posición jurisprudencial permite determinar que la prueba de referencia es una declaración anterior al juicio, sin embargo, debe entenderse con claridad que no toda declaración realizada por fuera del juicio constituye prueba de referencia, de allí la importancia que tiene el clarificar lo que debe o no considerarse prueba de referencia, así en el manejo sistemático del ordenamiento jurídico se resumen algunas situaciones que no constituyen tal medio de conocimiento a pesar de ser declaraciones realizadas fuera del juicio oral:

3.1.1 Declaraciones que se vuelven parte integrante del delito. Sigue el mismo ejemplo que el sistema procesal español, en el sentido de determinar que en estos delitos muchas veces consumados de manera verbal, ejemplos típicos la injuria, calumnia, extorsión, el declarante que percibió la manifestación injuriosa o calumniosa debe ser el que comparezca a la audiencia de juicio oral; pero no sobra advertir que está impedida la comparecencia de declarantes de segundo y tercer nivel referencial para evitar procesos jurídicos innecesarios.

Estos grados de subordinación son necesarios en el sentido de evitar judicializar conductas que devienen de procesos erróneos de comunicación o cuando la fuente primaria de ésta no puede determinarse con claridad.

Ejemplo: Rosa manifiesta en frente de Clara que Julia tiene una vida desordenada y le es infiel al esposo. (Injuria, la declaración de Clara en el proceso es evidencia de la injuria)

3.1.2. Declaraciones utilizadas con fines de impugnación del testimonio o para refrescar memoria. Hay que tener cierta reserva frente a este tipo de afirmaciones que se concentran en las entrevistas, declaraciones juradas o exposiciones realizadas con antelación al juicio oral, porque el operador jurídico a quién se opone este elementos, debe estar atento a que los mismos sean utilizados para fines de impugnación o también para *refrescar memoria*, conforme lo establece el artículo 347 del estatuto procesal, por cuanto no puede posteriormente alegarse su ilegalidad con relación a elementos referenciales introducidos en ellos y no objetados en el desarrollo de los interrogatorios y contrainterrogatorios.

En este caso, la jurisprudencia aunque existen aclaraciones de voto⁴⁶ ha sido taxativa en enunciar que las entrevistas no son prueba de referencia si se acogen

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Radicado 26727 y 25738 del año 2006, en las que se expone entre otros que las entrevistas, declaraciones juradas o exposiciones no tienen identidad propia, la cual es otorgada por la oralidad e inmediatez; que constituyen prueba de referencia inadmisibles de entrada para su valoración soportadas en una postura exégeta basada en la lectura del artículo 347 C.P.P., lo cual les permite concluir que las pruebas practicadas en juicio son las

a estos fines, sino que complementan el testimonio ofrecido por el declarante en la audiencia de juicio oral, siendo indivisibles al momento de su valoración por cuanto la entrevista por sí sola no adquiere valor probatorio si el testigo directo está disponible para someterse a un interrogatorio y la contraparte no ha manifestado la existencia de estas entrevistas, siendo necesario su descubrimiento en las audiencias de acusación o preparatoria según corresponda, así “*la entrevista al ser utilizada como elemento de refutación se somete a la contradicción, inmediación y publicidad haciéndola merecedora de valoración*”⁴⁷ o lo que es lo mismo:

*Aun cuando ellas (entrevistas, declaraciones juradas o exposiciones) no tienen el carácter de prueba autónoma e independiente, según los términos del artículo 397, si pueden ser valoradas en su contenido por el juez cuando frente a las mismas se haya ejecutado el derecho de contradicción durante el juicio oral, mediante la impugnación de credibilidad del testigo, pues en el caso, esas exposiciones se entenderán incorporadas al testimonio rendido en dicha fase procesal*⁴⁸

Igual situación se presenta con relación a las declaraciones previas utilizadas por la parte, cuando el testigo se hace renuente a contestar el interrogatorio y contrainterrogatorio pese a las advertencias dadas por el juez no implica que se esté frente a una prueba de referencia por cuanto, su negativa a contestar se valorará en conjunto con la entrevista dada en el juicio oral por el oficial que recolectó la información y por el testigo renuente a la declaración.

*Es palmario que si ante el órgano de indagación e investigación dijo una cosa y en la audiencia del juicio oral y público dijo otra (u optó por no responder absolutamente nada- aquí algún testigo tuvo esa actitud), el testimonio como evidencia del juicio que es, articulado con la evidencia que suministre al proceso (entrevista, documento, acta, reconocimiento, video, etc.), y con el dicho del órgano de investigación e indagación (Policía Judicial, experto técnico o científico, testigo acreditado, etc.), ofrecen de hecho un diálogo a partir del cual es legítimo hacer inferencias probatorias a la luz de la contemplación material de la prueba testimonial, documental, etc.. **¡Esa es la esencia del papel del juez***⁴⁹

3.1.3. Declaraciones que al ser presentadas en juicio no reúnen las características de una prueba de referencia o declaraciones que no buscan

relevantes al momento de determinar el fallo, volviendo un contrasentido la valoración de estos elementos probatorios.

⁴⁷ Ibídem. Sentencia Radicado 25738 de 2006 M.P. Dr. Sigifredo Espinosa.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Fiscalía General de la Nación, 2009. Pág. 154-155

demostrar la verdad de lo aseverado. Para que una prueba de referencia sea considerada como tal, la exigencia consiste en que la declaración realizada por fuera del juicio oral tienda a demostrar la veracidad de lo narrado, en este orden de ideas, hechos sobre los cuales la persona que hace la declaración ha tenido conocimiento personal, respondan a los requerimientos del principio de intermediación objetiva.

No obstante las declaraciones que se analizan en este punto, recae en aquellas informaciones legalmente obtenidas que no están encaminadas a probar aspectos sustanciales del debate sino a establecer circunstancias específicas del mismo que pueden ser objeto de reparo por parte de la contraparte en el ejercicio del contradictorio, tales como estados de ánimo, expresiones, conductas desplegadas por los participantes del proceso; en definitiva a acreditar circunstancias de tiempo, modo y lugar ajenos a la conducta investigada pero relacionados con ella, que no pretenden demostrar la veracidad de lo manifestado o analizado pero si, generar argumentos de convencimiento. Claro ejemplo de esto lo expone Chiesa Aponte:

Raúl es acusado de matar a Juan. El fiscal presenta a Pedro como testigo para que testifique que el día anterior a la muerte de Juan, oyó a Ernesto decirle a Raúl que Juan había agredido a Raulito, el hijo de Raúl. En este caso no se trata de prueba de referencia, pues la evidencia no se ofrece para establecer la verdad de la declaración – Que Juan agredió a Raulito- , sino para probar el posible efecto que tuvo la declaración sobre Raúl, y el motivo de éste para agredir o matar a Juan. La declaración sería prueba de referencia si se ofrece para probar que Juan agredió a Raulito⁵⁰

3.2. DE ADMISIBILIDAD EXCEPCIONAL

La excepcionalidad de este tipo de pruebas radica en la imposibilidad de ejercer plenamente los principios de contradicción y en especial el de intermediación en el desarrollo de su práctica, lo que impide que el juez pueda elaborar raciocinios adecuados para sustentar sus decisiones.

Es por lo anterior, que el problema de la admisibilidad o no de este medio de conocimiento embarca diferentes posturas⁵¹ en el mundo, las cuales se encuentran claramente definidas y abarcan desde aquellas altamente liberales que propenden por su inclusión como medio de conocimiento, hasta aquellas que niegan cualquier posibilidad de admisión.

⁵⁰ CHIEZA APONTE, citado en LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Fiscalía General de la Nación, 2009, pág. 117

⁵¹Ibidem., Pp. 110- 115

No obstante, existe una postura ecléptica, la cual es acogida por Colombia, que parte de la regla general de inadmisión pero deja ciertas circunstancias de índole excepcional que permiten insertarla en el desarrollo del juicio oral. Como se observa en España, la admisión de la prueba de la referencia se da *“por la satisfacción de la justicia material, cuando no se cuenta con más medios probatorios para enjuiciar en determinado caso, aunque siempre condicionando la valoración del medio probatorio a unas mayores exigencias que las que habitualmente se aplican para valorar la modalidad ordinaria de la prueba testifical y su justificación”... al igual que en el caso colombiano se desarrolla en el entendido que en términos generales acompasa con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.(...) es cierto que la regulación de la Ley responde, como tendencia, al principio de inmediación 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 deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad...”*⁵² a diferencia del sistema anglosajón que propende por una doctrina de admisibilidad excepcional y altamente restringida.

Si bien es cierto, ante las altas cortes, *“la problemática de la prueba de referencia gira en torno a su credibilidad, no en torno a su pertinencia o admisibilidad. Por cuanto es válida si se aduce para corroborar la credibilidad de otros medios de prueba, para impugnar esa credibilidad y especialmente como elemento de partida de inferencias indiciarias”*⁵³ se ha determinado en repetidas oportunidades, que los operadores jurídicos deben tener especial cuidado al momento de solicitar o impedir la práctica de la prueba de referencia, porque a instancia de casación no puede alegarse su exclusión por ilegalidad, más aún, la misma corte sostiene como se verá más adelante, que lo que debe atacarse es su mérito o eficacia, siendo la objeción a las respuestas de naturaleza de referencia, el camino correcto para evitar que ese tipo de contenidos por ejemplo, ingresen al conjunto probatorio definiendo en últimas el manejo de la prueba de referencia *como un problema que atañe esencialmente a los adversarios*⁵⁴, pero que afianza su utilización en la concreción de postulados de verdad y justicia frente a las víctimas, frente al procesado y frente a la sociedad.

Así las cosas, como la prueba de referencia es un medio de conocimiento especial, además de realizar el análisis que frente a todo EMP o EF se efectúa

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 24468 de 2006. M.P Dr. Edgar Lombana.

⁵³Ibídem. Sentencia No. Radicado 26089 de 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa.

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado No. 25920 de 2007. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

para determinar su admisibilidad y práctica en el juicio oral, se exige que el EMP que vaya a ser utilizado como prueba de referencia identifique claramente las características que la desarrollan en el marco normativo colombiano y aunado a esto, teniendo especial énfasis en su condición de excepcional, sea utilizado para impugnar credibilidad o para corroborar la credibilidad de otros EMP y como un elemento de partida para crear inferencia indiciarias; todo lo cual depende como se ha expresado en varias oportunidades, del manejo que las partes le otorguen.

Se requiere entonces, que todo practicante jurídico conozca aquellas excepciones que deben analizarse bajo los lineamientos legales y jurisprudenciales, siendo indiscutiblemente necesario el dirigirse al análisis del artículo 438 del estatuto procesal y las diferentes sentencias que frente a la materia se han proferido.

En el escrito de justificación de la ley 906 de 2004, se pretendió incorporar como excepciones legales a la inadmisibilidad de la prueba de referencia, aquellas que se encasillen en:

- Eventos de no disponibilidad del testigo
- Eventos de disponibilidad del testigo
- Pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad
-

Acorde a lo anterior, el artículo 438⁵⁵ acogió las posturas de no disponibilidad del testigo y las pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad, las cuales también son imperativas conforme el lineamiento jurisprudencial.

En este orden de ideas, 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 o práctica de pruebas de referencia solo 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 de los archivos históricos que quedo incluida. “la segunda (que la disponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter de insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en

⁵⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 438: *Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

- a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación,*
- b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) *Ha fallecido.*
- e) *También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos*

*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(...)*⁵⁶.

La prueba de referencia entonces, es admisible cuando:

- ***El testigo no esté disponible o se encuentre incapacitado para declarar en el juicio.*** Las principales situaciones que se pueden enmarcar dentro de esta condición, se sustraen a la muerte no confirmada, secuestro o desaparición forzada del testigo.
- ***Que se encuentre imposibilitado para acudir al juicio en uso y goce de sus facultades físico mentales;*** pues no será idóneo como testigo, presentándose en los casos de haber perdido la memoria sobre los hechos o padecer de grave enfermedad que permita suministrar su testimonio con completo control de su personalidad o funciones vitales (estado de inconsciencia, vegetativo, coma).
- ***Sea necesaria la inclusión de registros de pasada memoria y archivos históricos,*** justificándola, al reconocer la relación que tienen la existencia de garantías indiciarias o circunstancias de credibilidad.
- ***Que las circunstancias derivadas de la imposibilidad sean por fuerza mayor o racionalmente insuperables.*** Situación que es analizada especialmente en los eventos similares.

Al respecto, es necesario advertir que el artículo 438 otorga un nivel de discrecionalidad al juez, en tanto le otorga la posibilidad de admitir pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, cuando se establezcan como “eventos similares”; situación que para muchos determina la existencia de una norma en blanco antitécnica y vulneradora de los principios de igualdad de armas y debido proceso.

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 29609 M.P Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

Conforme las altas cortes estos sucesos deberán interpretarse como aquellas situaciones parecidas a las previstas taxativamente en el artículo, sea por su naturaleza o porque sus particularidades las hacen comunes a las nombradas ya en el código, siendo necesario a nivel jurisprudencial analizarse e *“interpretarse no aisladamente, sino el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen procedimental penal”*⁵⁷

Diversas han sido las discusiones frente a cómo se debe interpretar lo escrito por el legislador, ya que para unos, el fin fue no limitar la admisibilidad de la prueba de manera taxativa, esto en el entendido de que existen una serie de eventos diferentes a los mencionados que impedirán la presencia del testigo en el momento del juicio oral, eventos en los cuales para las Altas Cortes se hace necesaria para su admisión, *“pues debe tratarse de una situación equiparable a las contenidas en la norma, es decir, que la indisponibilidad del testigo 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”*⁵⁸ de allí que se sienta como pautas para lograr su declaración⁵⁹:

- Que la no disponibilidad del declarante o testigo debe equiparse con las establecidas en la norma
- Que esta indisponibilidad sea por fuerza mayor
- Que no sea racionalmente superada su no disponibilidad

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia Sentencia Radicado 27477 de 2008 M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez En esta sentencia se expone: *“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”.

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 32829 de 2010 M.P Dr. Sigifredo Espinosa.

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 31614 M.P Dr. Sigifredo Espinosa.

- Que no se enfrente con derechos fundamentales de las partes en conflicto o que busque la protección de derechos de mayor jerarquía

Y es que la expresión de “*evento similar*” tal cual fue analizado por la Corte Constitucional con base en el poder de configuración normativa reconocido en cabeza del legislador en materia procesal; la inexistencia de bienes jurídicos absolutos, el desarrollo del principio de legalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en materia penal aunado a la función del juez de conocimiento respecto de la prueba, estableció que el legislador al introducir estos argumentos:

*... 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*⁶⁰

Cumplidas estas exigencias, es imprescindible que la parte interesada en ingresarla al juicio demuestre mediante documento o cualquier otra prueba idónea dicha circunstancia, además debe después de haber identificado como se incorporará la prueba, establecer la credibilidad tanto del testigo presencial como del medio a través del cual se pretende llevar la versión del testigo ausente, oportunidad que permite tanto al juez analizar la posibilidad o no de admisión, como a la parte contraria controvertir la misma. Por lo anterior se puede afirmar que tanto el debido proceso materializado en la contradicción continua vigente a lo largo de toda la actuación.

Si estudiamos el uso de una prerrogativa constitucional o legal para no declarar, como argumento para catalogarlo como *evento similar* de entrada debe partirse de su negación, porque esa indisponibilidad se encuentra respaldada en la protección de otros derechos de carácter fundamental como lo son la presunción de inocencia y el derecho de no autoincriminación, que no pueden dejarse obsoletos por obtener un resultado favorable a la parte que quiere aducirlo; contrario sensu, cuando nos enfrentamos con derechos de mayor protección como son los de menores de edad, especialmente cuando el fin es garantizar la no revictimización, las pruebas de referencia admisibles y justificadas se convierten en regla general y por ende en el mayor ejemplo de eventos similares.

Por lo anterior, la circunstancia que busca encasillarse en la categoría de “**evento similar**” debe analizarse a la luz de todos los preceptos constitucionales y legales.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-144 de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Finalmente, el tan estudiado artículo 438 establece en su último párrafo otros medios que pueden catalogarse como pruebas de referencia: los **escritos de pasada memoria y archivos históricos**; casos en los cuales la admisibilidad de la prueba procede independientemente si el declarante se encuentra disponible o no, pues lo perseguido por esta situación es la confiabilidad de la prueba sometida a incorporación al juicio; en caso contrario, se podrá alegar otra circunstancia de excepción mencionada como regla general.

Por **escrito de pasada memoria** se entiende “a 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 testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria” y por **Archivo histórico**, “documentos que por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente”⁶¹

Se está al frente del anterior evento que es tomado de las reglas de Puerto Rico, cuando el testigo tuvo conocimiento del hecho pero por las circunstancias presentadas de manera particular, no puede recordar la información que presencio, por ejemplo, cuando el testigo tiene registros sea por el desarrollo de su actividad o por la presencia en los hechos y resuelve plasmar datos de relevancia para el caso concreto sometido a juicio⁶².

Eventos en los cuales el testigo se encuentra disponible para asistir al juicio, pero está en incapacidad de recordar con exactitud hechos o circunstancias penalmente relevantes; características que deben darse a conocer plenamente al juez para determinar la objetividad de los documentos que se quieren incorporar, es decir demostrar que si bien es cierto el testigo no está en capacidad de recordar ciertos hechos y posteriormente narrarlos tuvo la intención de consignarlos en un documento, y esa intención fue siempre de plasmar datos verdaderos, aunado a la autenticidad del documento la cual debe versar sobre el testigo que se lleve al juicio.

De allí que la presencia del testigo se hace necesaria para determinar:

- Las circunstancias bajo las cuales se obtuvo la información y se consignó en un informe
- Para sentar las bases de la prueba de referencia

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 27477 M.P Dr. Augusto J. Ibáñez

⁶² Las recepcionistas que anotan los datos de llamadas telefónicas, los vigilantes que anotan las placas de vehículos que ingresan a los edificios custodiados, etc.

3.3. CON PODER SUASORIO RESTRINGIDO

La prueba de referencia tal como está catalogada en el código de procedimiento penal tiene tarifa legal negativa, por cuanto su eficacia probatoria es precaria al ser incapaz por sí sola sin importar el número de producir certeza racional frente al delito, por lo tanto requiere de otro elemento material probatorio para sustentar una sentencia de condena, el cual teniendo en cuenta el principio *mini factum ego tibi jus* debe tratarse de un medio legítimo mediante el cual se aspire a llevar al proceso un conocimiento personal ajeno de un tercero.

Acorde a la Corte Suprema de Justicia que define ese poder suasorio no solo por la escasa certeza que se pueda producir sino también *“por la dificultad de controvertir su contenido...así que la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias...”*⁶³

No obstante ese valor suasorio restringido, se hace necesario advertirle al operador jurídico que se ve enfrentado a este tipo de pruebas que debe centrar su oposición buscando entre otros⁶⁴:

- Atacar la credibilidad del testigo que percibió los hechos y cuyas aseveraciones buscan obtener el grado de verdad, este ataque deberá soportarse en los lineamientos de valoración de la prueba testimonial (Ver cuadro No. 1)
- Atacar la confiabilidad del medio a través del cual se lleva la prueba de referencia, especialmente en criterios de fidelidad, cadena de custodia, manipulación, acogiendo los criterios de valoración de las pruebas documentales y periciales. (Ver Cuadro No. 1)

3.4. ENCAMINADA A PROBAR ASPECTOS SUSTANCIALES DEL DEBATE

La prueba de referencia debe utilizarse para:

- Probar o excluir varios elementos del tipo.
- Probar el grado de intervención.
- Determinar circunstancias de atenuación o agravación punitivas.
- Determinar la naturaleza y extensión del daño ocasionado con la conducta punible.

⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal. Sentencia Radicado No. 24468 de 206.M.P Dr. Edgar Lombana.

⁶⁴ *Ibidem.*, Pp. 139 a 141

- Corroborar la credibilidad de otros medios de conocimiento.
- Impugnar la credibilidad de otros medios de conocimiento.
- Como partida de inferencias indiciarias.

3.4.1. Probar o excluir varios elementos del tipo. Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, el nuevo esquema probatorio pretende llegar en primera medida a determinar si la acción u omisión de un individuo sobrepasa el plano de lo permitido y su actuar se convierten en un hecho reprochable por la sociedad determinado a través del legislador plasmado en el Código Penal Colombiano. La prueba de referencia permite entre tantos aspectos determinar si la conducta de determinada persona se transforma en ese hecho jurídicamente relevante; tal es el caso de los niños víctimas de delitos sexuales, en donde su inocencia no les permite claramente determinar frente a qué clase de vejamen pudieron estar expuestos, mientras que el testigo de referencia con su conocimiento podría colaborar a esclarecer que elementos del tipo se desarrollaron en la acción del individuo.

3.4.2. Probar el grado de intervención. La prueba de referencia, permite dinamizar el proceso; cuando se busca determinar el grado de intervención de los sujetos procesales es de frecuente uso esta prueba, casos por ejemplo, en los delitos de secuestro, ya que este tipo de agresiones por lo regular son ejecutadas por varios sujetos lo que dificulta determinar a simple vista el grado de intervención de los acusados, sin embargo la prueba de referencia idónea en dicho delito sería la entrevista tomada con los requisitos de ley con antelación al proceso de la víctima, que facilitaría determinar la intervención de los inculpados.

3.4.3. Circunstancias de atenuación o agravación. Como es de regular ocurrencia en los procesos penales, los elementos materiales probatorios de mayor soporte son los testimoniales, peritajes o documentales, pero en algunos momentos estos elementos no permiten razonar o determinar ciertos hechos que afectan la imputación al testigo, motivo por el cual se hace necesario recurrir a otro tipo de pruebas que permitan más allá de toda duda determinar si existen en el hecho reprochado circunstancias de conciencia del imputado que atenúen o agraven su comportamiento; tal es el caso de los delitos de homicidio en donde se podría alegar un grado de agravación por sevicia o desvirtuar este concepto acorde a la percepción de un tercero frente a un hecho narrado o visto.

3.4.4. La naturaleza y extensión del daño. Toda conducta punible trae consigo consecuencias para la víctima y sus familiares, por tanto la prueba de referencia permitiría encontrar el daño que el actuar del inculpado pudo generar y así

fácilmente reconocer qué camino seguir para llegar a la verdad y a la reparación de la víctima y de sus familiares. Claro ejemplo sería el delito de hurto, en el cual podría cuantificar el daño producido al bien jurídico tutelado y este podría sustentarse por medio de una prueba de referencia, sin que la prueba se rechace o se inadmite, pues el alcance de la misma está encaminado a la búsqueda de una verdad material basada en el respeto de los derechos de los intervinientes y se encontraría dentro de los límites legales.

3.4.5. Corroborar la credibilidad de otros medios de conocimiento. La prueba de referencia por sí sola no podría subsistir en ningún proceso; pues está encaminada como lo hemos desarrollado a probar uno o varios aspectos del debate penal. Siendo esta su naturaleza de gran utilidad podría ser para confirmar la veracidad de algún otro medio de conocimiento que se pretenda hacer valer en el juicio. Como lo sería el confirmar un medio fotográfico en su veracidad o la no mutación, cercenamiento, incremento o distorsión de entrevistas o documentos.

3.4.6. Impugnar la credibilidad de otros medios de conocimiento. Es tal vez la alternativa más utilizada en la prueba de referencia en el proceso penal, pues entre sus principales características y usos esta en refrescar la memoria e impugnar la credibilidad de testigos que en juicio pueden no recordar su argumento o algún punto específico de algo relatado en entrevistas tomadas con antelación. Por lo que frente a un testimonio con fines diferentes al proceso, podría ser desvirtuado o puesto en duda por este medio probatorio. Fácilmente se puede observar el uso de esta prueba de referencia al momento de introducir o refutar un testimonio en el proceso, donde se podría en caso de existir un contradictorio de los hechos ocurridos y el testimonio recibido antes de juicio desvirtuar al testigo; es esta prueba la idónea para encaminar adecuadamente el proceso.

3.4.7. Partida de inferencias indiciarias. Pese a que el nuevo esquema procesal no especifica de manera explícita el indicio como prueba, es una realidad que el Juez debe realizar el ejercicio mental al determinar la tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros, a partir de los testimonios, pruebas, documentos que las partes lleven al proceso, por tanto la prueba de referencia podría colaborar a que el Juez concluya o determine que un hecho posible ha sido probado.

De fácil observancia de esta situación se presenta en los delitos contra menores de edad donde el testimonio de un tercero permite inferir al Juez que la capacidad de disociar en algunos temas de tipo sexual, de los menores es consecuencia de las actuaciones de persona mayor determinada y no por las conclusiones del

diario vivir, no obstante el problema del indicio será asumido al tocar el tema de la valoración.

3.5. PRUEBA DE REFERENCIA MULTIPLE

A diferencia de la regla 66 de las *Reglas de Evidencia de Puerto Rico*⁶⁵, que maneja la prueba de referencia múltiple atendiendo el grado de subordinación a la prueba de referencia principal, el artículo 439 del código de procedimiento penal colombiano establece con precisión que la *prueba de referencia múltiple* se presenta cuando “*una declaración contenga apartes que constituyan prueba de referencia admisible y no admisible*” estableciendo como directriz principal que los apartes no cobijados por las excepciones de admisibilidad “*deberán suprimirse*” y si esa exclusión vuelve inteligible la prueba “*se excluirá la declaración en su totalidad*”, de allí que lo que se analice no es la multiplicidad de prueba de referencia sino las condiciones de admisibilidad que soportan a las mismas, y soportadas en criterios de seguridad jurídica y respeto por garantías fundamentales como el derecho de defensa, no autoincriminación entre otros, se determine como directriz general la exclusión de la totalidad de la prueba de referencia.

⁶⁵ REGLAS DE EVIDENCIA PARA EL TRIBUNAL GENERAL DE JUSTICIA, 1979 (32 L.P.R.A. Ap. IV). Regla 66. Prueba de referencia múltiple. *Es admisible prueba de referencia que contiene a su vez prueba de referencia si tanto la prueba de referencia principal como la subordinada o incluida caen en el ámbito de alguna excepción a la regla de prueba de referencia.*

4. PRODUCCIÓN Y ADUCCIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL JUICIO ORAL

Para tener mayor claridad, en el sistema acusatorio colombiano, todo elemento probatorio debe introducirse al acerbo probatorio a través del famoso testigo de acreditación, esto es un factor novedoso que encarna los principios de oralidad e inmediación.

En ese orden de ideas, el testigo de acreditación no es más que aquella persona que colaboró en la elaboración, recolección o embalaje del medio de conocimiento. Determinando en cada caso con claridad cuál fue el papel que tiene, por cuanto de allí se extraerán los elementos o mecanismos que deben tenerse en cuenta al momento de su impugnación o refutación.

Serán los mecanismos de impugnación distintos del tipo de persona que produjo la prueba hoy considerada de referencia, sea este el caso del escrito pasado de memoria (vigilante que tiene un cuaderno de anotaciones que permite determinar con precisión el ingreso y salida de automotores de un parqueadero), y que por razones implícitamente relacionadas en el artículo 438 del estatuto procesal no pueden recordar con claridad lo allí consignado; como también el investigador (defensa o fiscalía) que haya encontrado o recolectado el medio de conocimiento plasmado en un vídeo, documento, entrevistas y demás.

No obstante lo anterior, en el caso bajo estudio (prueba de referencia), esto se puede tornar complejo por cuanto la naturaleza de la persona que produjo la prueba (llámese entrevista, archivo histórico, escrito de pasada memoria) puede verse rodeada de principios y garantías fundamentales que impidan su introducción, por ejemplo, la protección de un derecho legal (no autoincriminación) o no puede llevarse a juicio por los mismos motivos (menor de edad en calidad de víctima o coautor), al igual que las circunstancias especiales de no disponibilidad que en el contorno colombiano se pueden presentar dada la naturaleza del delito o de los partícipes de la conducta. De allí que la solicitud de incorporar al plenario probatorio una prueba de referencia no se circunscriba únicamente a la audiencia preparatoria, sino que de manera excepcional y bajo unas premisas muy definidas pueda darse en el curso del juicio oral.

Ahora bien, como el problema de la práctica y aducción de estos medios de prueba está en el juego de las partes, y como se ha enunciado su incorporación debe estar sujeta al testigo de acreditación, la práctica de este medio de conocimiento goza de múltiples facetas que pueden ser asimiladas sin mayor dificultad con las particularidades de la prueba testimonial o documental, por ende todo el conocimiento que se debe poseer se centrará en los conocimientos que frente a estos medios probatorios ostenta la parte.

4.1 SOLICITUD DE INCORPORACION ANTES DE INICIAR EL JUICIO ORAL

Si tanto la fiscalía como la defensa conocen de antemano la existencia de circunstancias que impiden la comparecencia del testigo directo conforme las directrices del sistema penal acusatorio, y aún así, la primera desea presentar escrito de acusación y la segunda objetar la misma, deben de conformidad con el artículo 337, 438 y 359 del estatuto procesal penal:

- Transcribir el video, documento o declaración que desee incorporar como prueba de referencia haciendo la respectiva aclaración.
-
- Indicar el fin de la prueba
- Indicar las calidades del testigo de acreditación
- Exhibir la prueba que soporte el cumplimiento de las directrices del artículo 438 C.P.P., en caso de ser un informe pericial y aunque no se encuentre en audiencia de juicio oral, permitir que la base pericial esté en poder del contrario no con menos de cinco (5) de anticipación a la audiencia preparatoria, para que allí se defina su o no admisibilidad (Recordemos que en este momento no se está discutiendo sobre la o no validez de la prueba de referencia, sino sobre las condiciones que hacen posible su admisibilidad)

No obstante, valga la pena aclarar que las entrevistas descubiertas por el ente fiscal o defensa, pueden en determinado momento ingresar con fines de impugnación o como mecanismos para refrescar memoria por parte del testigo, situación que tiene que tenerse en cuenta al momento de la impugnación, porque en estos casos, aunque existen salvamentos de voto, la entrevista se constituye en una parte del testimonio, el cual debe ser analizado en conjunto.

4.2 EN EL DESARROLLO DE JUICIO ORAL

No se puede negar, que la formalidad y ritualidad de los procesos no es ajena a las circunstancias especiales de los procesos, de allí que se presenten varias anomalías en su práctica.

Puede acontecer que aunque hayan sido decretados en oportunidad testigos presenciales de los hechos, su comparecencia al proceso se torne gravosa y se encuentren cumplidos los lineamientos y estándares establecidos en el artículo 438 C.P.P., surgiendo como interrogante el hecho de saber si *¿se abre un nuevo espacio de solicitud probatoria?*

La respuesta tiende a ser afirmativa, en aras de consolidar los fines del proceso penal, es decir la búsqueda de satisfacer la verdad y si bien estaría en contradicción con los derechos del procesado (cuando sea el fiscal quién haga uso de esta solicitud) o de las víctimas y el estado (cuando sea la defensa quien solicite este criterio), esta presunta vulneración se resguarda bajo una mayor exigencia argumentativa y probatoria.

Nuevamente vuelve a insistirse en que los lineamientos anteriormente mencionados, se vuelven más exigentes, por cuanto no se aspira a volver del juicio un nuevo estadio procesal propio de la audiencia preparatoria, sino por el contrario que esta admisibilidad excepcional de la prueba de referencia adquiera un mayor esfuerzo argumentativo de la parte. Recordemos que la carga de la prueba de responsabilidad recae en el acusador, de allí que si la prueba que sostiene la teoría del caso de la fiscalía no puede presentarse y el ente se queda sin elementos de valor, principios como el indubio pro reo deben aplicarse de manera tajante en el desarrollo del proceso judicial.

Contrario sensum con la defensa, a quién la contradicción de los elementos de acusación en este sistema de igualdad de armas, puede convertirse en el principal argumento para solicitar su inclusión en el acervo probatorio.

4.3 PRACTICA DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

En la práctica de la prueba de referencia, debe darse plena observancia a las pautas para la prueba testimonial y documental, de allí que el interrogatorio y conainterrogatorio deba dirigirse al cómo se produjo, cómo se recolectó o cómo se embaló el respectivo elemento material probatorio en este caso la declaración por fuera del juicio oral.

De allí que su práctica puede ser objeto de varias objeciones atinentes a excluirla del acervo probatorio dada su imposibilidad de contradicción. Es claro que este tipo de situaciones se torna más común de lo que se podría esperar, pero no por eso que la prueba podría determinarse como ilegal o improcedente, pues está en la pericia del interesado ejercer su posibilidad de objetar o impugnar en su momento para evitar que se le dé un valor más alto al permitido a este tipo de pruebas, es por esto que la Corte reitera que *“la problemática de la prueba radica en la posibilidad de ser controvertida y de la valoración o fuerza que de ella pudiera derivarse”*⁶⁶

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 24468 de 2006. M.P Dr. Edgar Lombana

5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Inicialmente se planteó que la problemática principal en torno a la prueba de referencia no se circunscribe a su o no admisibilidad, la cual como se observó tiene carácter excepcional, sino a la valoración y la fuerza que adquiera en la decisión proferida por el fallador.

Esta situación especial que debe ser atacada por el operador jurídico al cual se le enfrenta, no debe caer en silogismos generales o en la búsqueda de lograr su exclusión. Cabe recordar que jurisprudencialmente y a instancia de casación, la incorporación al plenario probatorio de este tipo de medios de conocimiento recae en la pericia y destreza de la parte.

Así las cosas,

La verdad, esa necesidad existencial y casi orgánica de la humanidad, no es atributo de la realidad sino del juicio que permite establecer si la noción ideológica concuerda con la objetividad. Pero como ella dimana del conocimiento de los hechos, es mediante la prueba como se conquista y materializa, porque el hombre y mucho menos el jurista jamás pueden contentarse con la creencia en su existencia puramente metafísica.⁶⁷

De allí que debe recordarse que la verdad que se busca en el proceso penal deba responder al análisis de los planteamientos enervados por las partes y el apoyo con elementos de prueba que fueran aducidos en el desarrollo del juicio oral.

En este orden de ideas y conforme al pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal (*radicación 24323 de septiembre de 2006*) el sistema de valoración de la prueba:

“... sigue siendo el de la persuasión racional o de la sana crítica, como se deduce, vr.gr., de distintos pasajes normativos de la Ley 906 de 2004: art. 308, sobre requisitos para la medida de aseguramiento, la cual será decretada cuando el Juez de control de garantías “pueda inferir razonablemente” que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta punible que se investiga; art 380, “los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto”; y, arts. 7 y 381, para proferir sentencia condenatoria deberá existir “convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda”

⁶⁷ GOMEZ GALLEJO, Jorge Aníbal. La prueba indiciaria y su manejo jurisprudencial. Disponible en: <http://www.richardgorky.com/ensayos/lapruebaindiciariaysumanajejurisprudencial.pdf>. visto en mayo de 2010.

No obstante lo anterior, el sistema de la sana crítica no puede ser óbice para la arbitrariedad, de allí que deba incluirse en este sistema al *método técnico científico* que busca que:

..el camino hacia la reconstrucción de la verdad histórica (hechos) se recorra de la manera más acertada posible y del modo menos subjetivo posible, utilizando para ello todos los recursos que las ciencias y las técnicas ofrecen.... persigue eliminar en la mayor medida posible el empirismo y la subjetividad personalísima del Juez, efecto para el cual, deberá a la vez analizar con perspectiva técnico científica las condiciones del sujeto que percibe (por ejemplo, el testigo y el perito), del objeto percibido (por ejemplo, las evidencias y los elementos materiales probatorios) y de la manera cómo se trasmite lo percibido (por ejemplo, la declaración y la experticia).⁶⁸

Ahora bien, con todo este esquema de valoración, cuando se habla de prueba de referencia debe hacerse énfasis en la tarifa legal negativa que el artículo 437 y 381 del estatuto procesal le impuso, es decir como ya lo habíamos estudiado el contar con un poder suasorio restringido, de allí que ésta no pueda generar certeza por sí sola, ni pueda soportar una sentencia de condena o desvirtuarla de manera tajante, o expresado de otra manera, no puede generar certeza absoluta acerca de los hechos que pudieron dar origen a un conflicto jurídico, esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria.

Si así son las cosas, el Juez de conocimiento tiene ante sí, una serie de elementos de valor que en conjunto y bajo unas reglas de interpretación claras, pueden generar certeza argumentativa para proferir su decisión así la misma sea dada por la duda, lo lógico es que después de analizar todo el engranaje probatorio dado por las partes, se haya visualizado la teoría del caso de la parte y se esgrima una sentencia de condena o de absolución.

5.1. CRITERIOS PARA VALORAR LA PRUEBA DE REFERENCIA

Para definir los criterios que todo operador jurídico tiene que apreciar al momento de valorar la prueba de referencia, debe necesariamente remitirse a lo consignado en el marco legal (artículo 437 y ss. C.P.P) y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, es decir, se debe atender de manera especial a su poder suasorio restringido y a su necesidad de complementación probatoria de allí que

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de Decisión Penal. Sentencia Radicado No. 24468 de 2006. M.P. Dr. Yesid Bastidas.

se pueda extractar que frente a la prueba de referencia tenga que dirigirse su análisis bajo los siguientes aspectos:

- La clase y origen de la prueba de referencia,
- La aducción y práctica de la prueba,
- La eficacia de la prueba de referencia con el fin expuesto para su práctica y,
- La naturaleza del medio de conocimiento complementario.

Ya no se habla entonces, de los derechos fundamentales protegidos o de su pertinencia, se recordará que a instancias de juicio oral, la prueba de referencia ya obtuvo un examen de admisibilidad demasiado exhaustivo y que por ende, volver a retomar estos aspectos convierte al juicio oral en un proceso desgastante. Sin que sobre advertir que en todo momento debe refutarse elementos nuevos que ostenten la condición de prueba de referencia sin que cumplan los objetivos y características especiales para su admisión, ya que si ingresan al acervo probatorio, no puede solicitarse su exclusión, por cuanto a nivel jurisprudencial, su ingreso recae en la impericia del contrario.

5.1.1. La clase y origen de la prueba de referencia. La naturaleza de la prueba de referencia es un indicador necesario que garantiza una adecuada valoración. Los aspectos principales que deben entonces tenerse en cuenta se concentran en:

- *El tipo de prueba de referencia.* Es decir, si es testimonial (testigo de oídas) o si es un archivo histórico o un escrito de pasada memoria. Por la experiencia, la valoración de un archivo histórico difiere dadas sus circunstancias de fidelidad y confianza al partir de un esquema positivo, que atender el análisis del famoso testigo de oídas dadas las particularidades que puede ostentar el testigo y que la valoración incluye al hecho declarado y el testimonio del testigo de acreditación. Salvo el caso en que se concentran los testimonios de menores de edad, en los cuales el análisis pericial puede engendrar un mayor poder de convencimiento.
- *El origen de la prueba de referencia y su cercanía con la fuente directa de información.* En este caso, se hace especial alusión al concepto de prueba de referencia múltiple asumido en Puerto Rico y España, es decir, a determinar el grado de subordinación con la fuente directa o de referencia principal. Entre más cercana este la prueba a la fuente de conocimiento directo, mejores circunstancias de valoración tendrá. Así, el testigo que escuchó al confidente del procesado a quién reveló su actuación, tendrá un mayor porcentaje de credibilidad por parte del fallador una vez se agote el contradictorio, que aquel testigo que se presenta en juicio con la versión dada en cadena por personas que manifiestan haber escuchado sobre la presunta confesión (rumor) del procesado.

5.1.2. La aducción y práctica de la prueba de referencia. Está en el juego de las partes, la aducción recae en la parte que busca su incorporación y la contradicción se concentra principalmente en los hombros del contrario, ya que una vez agotada la posibilidad de impugnación o refutación de la prueba de referencia, los argumentos que se expresen para solicitar su exclusión no pueden ser los mismos que para el decreto de su admisibilidad.

La prueba de referencia goza de múltiples facetas (testimonial o documental), es entonces, que la permisibilidad en su aducción como prueba autónoma, se encuentra soportada en los conocimientos que frente al sistema procesal y probatorio ostenta la parte. *“De igual manera, la forma en cómo debe surtirse su incorporación y que también entran a considerarse para realizar el ejercicio del contradictorio, tanto así que para ambos casos se hace necesario establecer como armas importantes las que se exponen para la prueba documental y testimonial, siendo prevalente conforme mandamiento legal la prueba testimonial”⁶⁹.*

De igual manera, debe impedirse por ejemplo, que elementos de referencia sean aducidos al proceso como prueba autónoma cuando el fin era por ejemplo, en el caso de las entrevistas previas el refrescar memoria o impugnar credibilidad. O por el contrario, que prueba de referencia autónoma sea valorada por el juez como un complemento a una prueba testimonial o documental, por cuanto la valoración que se realiza de una u otra forma tienden a transfigurar el sentido que desde un inicio se les imprimió pudiendo caer en yerros de derecho o hecho como más adelante se expondrán.

5.1.3. La eficacia de la prueba de referencia con el fin expuesto para su práctica. Se expresó anteriormente que los fines de la prueba de referencia se circunscriben en:

- Probar o excluir varios elementos del tipo,
- Probar el grado de intervención,
- Determinar circunstancias de atenuación o agravación punitivas,
- Determinar la naturaleza y extensión del daño ocasionado con la conducta punible,
- Corroborar o impugnar la credibilidad de otros medios de conocimiento y
- Como partida de inferencias indiciarias.

De allí que deba determinarse por parte del operador jurídico la eficacia de la prueba de referencia en estos postulados, si bien tiene un valor suasorio restringido, esto no es óbice para desatender la valoración al cumplimiento de los fines propuestos y los cuales fueron determinantes para decretar su admisibilidad,

⁶⁹ Dirigirse a Tabla No. 1 (Prueba documental y prueba pericial)

es así que una vez practicada la prueba de referencia, debe determinarse cuál es el aporte que otorga al proceso, porque al ingresar al esquema probatorio el fallador no debe con base en su supuesta inutilidad dejar de enunciarla.

5.1.4. La naturaleza del medio de conocimiento complementario. Como un elemento de juicio, se ha expresado que la excepcionalidad de la prueba de referencia, reside en la necesidad de un complemento para otorgar validez a su pronunciamiento, no obstante, la norma no tasa ni clasifica la clase de prueba que debe ejercer su complementación como sucede en otras legislaciones (en las que prima la documental y testimonial), gracias a que en Colombia rige el principio de libertad probatoria, de allí que se entienda que cualquier medio de prueba ya sea testimonial, documental, pericial, de inspección o cualquier evidencia o EMP legalmente obtenido puede coadyuvar a lograr su objetivo, eso sí, siempre y cuando respete los siguientes criterios:

- Ser de naturaleza distinta y
- Que el conjunto probatorio permita sustentar una decisión judicial⁷⁰.

Sin duda alguna, los elementos de conocimiento que adquieran un nivel técnico o científico gozan de mayor observancia y seguimiento, de no ser así, la prueba de ADN en algunos procesos (especialmente filiación) no sería tomada como *prueba reina*.

El informe pericial, también reviste gran importancia, especialmente en el tratamiento de los menores de edad, por cuanto la entrevista psicológica no se asume como una prueba de referencia (aunque debería serlo), sino que el psicólogo se vuelve un testigo directo que informa a las partes las conclusiones que pudo percibir del trato y entrevista del menor. De allí que estas informaciones no puedan atacarse como prueba de referencia sino que busquen en los criterios de valoración del peritazgo la mejor manera para encausar su acción.

Por otra parte, debe atacarse al *indicio* como un elemento que ayude a generar convencimiento dentro del proceso ya sea de absolución o de condena, por cuanto, este medio no ha sido considerado como PRUEBA, porque implican un gran contenido subjetivo, sin que se considere proscritas las inferencias lógico jurídicas a través de procesos u operaciones indiciarias:

En la Ley 906 de 2004, también atinadamente, el indicio no aparece en la lista de las pruebas -elevadas a la categoría de medios de conocimiento- que trae

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 29656 M.P Dr. Augusto. J. Ibáñez. Guzmán. Sentencia Radicado No. 32829 M.P Dr. Sigifredo Espinosa Pérez

el artículo 382. Ello no significa, empero, que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas⁷¹

Así que aritméticamente prueba de referencia más indicio nunca podrán sostener una sentencia de condena o absolución, por cuanto *“la prueba es percepción...Ahora bien, la percepción, definida de la manera más sencilla, se entiende como un proceso cognoscitivo sensorial y su resultado es un conocimiento sensorial, más o menos empírico, fundamento del conocimiento racional, conceptual y esencial. Por esto es por lo que el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba...”⁷²*

5.2 CRITERIOS PARA EJERCER EL CONTRADICTORIO A LA PRUEBA DE REFERENCIA

Así como se han enunciado los criterios que son sujeto de valoración por parte de los operadores jurídicos, existen juicios de valor que permiten atacar de fondo la eficacia o mérito de la prueba de referencia.

5.2.1. En el desarrollo del juicio oral. En estos casos, el interesado en la censura debe impugnar la credibilidad del testigo de acreditación con el cual se incorpora la prueba de referencia, debiendo acogerse a los postulados establecidos en los artículos 308 a 404 ó 424 a 434 del estatuto procesal penal, especificando por ejemplo, las circunstancias de percepción, el origen de la prueba, la claridad de la información o en caso de los testigos directos mediante el uso de las objeciones impedir que los contenidos narrados que ostente la condición de referencia en el momento que se percibe la declaración sean incorporados en el plenario probatorio.

5.2.2. En la sentencia. Se puede atacar el incumplimiento en la valoración de la tarifa legal negativa que se encuentra regulada en el Artículo 381 del estatuto procesal⁷³. No obstante, no debe simplemente enunciarse, sino que debe demostrarse resaltando los apartes del fallo en que se sobrevalora la prueba de referencia, indicando con ejemplos claros que de excluirse esta situación, el fallo cambiaría su naturaleza.

⁷¹ *Ibíd.*, Sentencia Radicado No. 24468 M.P Dr. Yesid Bastidas

⁷² OSORIO ISAZA Luis Camilo. MORALES MARÍN Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, p. 22.

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 25920 M.P Dr. Javier Zapata Ortiz.

Es totalmente natural que al atacar el fallo de segunda instancia se permita a la Corte reconocer la existencia de valoración privilegiada o desproporcional otorgada a las pruebas de referencia; pero para esto, es obligación del casacionista identificar con claridad cuál fue el efecto que tuvo el medio cuestionado, relacionando el apartado o apartados de la sentencia en los cuales se le tomó en consideración incluyendo el valor particular dado a los mismos y como se relacionó con los demás medios de prueba, en aras a soportar la decisión que se cuestiona, declarando que analizado de otra manera o expurgado del acopio probatorio el elemento ilícito o ilegal, la decisión no se soportaría.⁷⁴ De allí que “no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni el recurso extraordinario de casación, que una prueba es de referencia, y por ende, reclamar sus exclusión del acopio probatorio sin más argumentos”⁷⁵.

A instancias de casación cuando se busca atacar una determinada prueba, se aduce a los *errores de derecho o hecho* como una forma *indirecta* de violación de disposiciones de derecho sustancial⁷⁶, de allí la importancia de conocer las implicaciones, naturaleza y conceptualizaciones doctrinales que la *prueba de referencia* tiene, ya que de estos conceptos se puede determinar si se ataca este medio probatorio como un *error de hecho* o *error de derecho*.

El *error de hecho* que implica una *indebida contemplación material de EMP O EF* que deviene de:

- *Un falso juicio de existencia*: Cuando se deja de valorar un EMP practicado o se valora uno que no ha sido practicado.
- *Un falso juicio de identidad*: Cuando se distorsiona el contenido de EMP al cercenar o adicionarle elementos no contemplados en el mismo.
- *Un falso juicio de raciocinio*: Cuando en su valoración se aparta de los criterios técnicos y científicos establecidos para ello, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (Sana crítica)

Por su parte *el error de derecho* indica una apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador cuando este incurre:

- *Un falso juicio de legalidad*: Cuando el EMP ha sido aportado al juicio con vulneración de derechos humanos y el derecho internacional humanitario o ha desconocido las formalidades legales para su aducción o práctica o considera que no las complementa cuando sí.

⁷⁴ Ibídem. Sentencia Radicado No. 27108 M.P Dr. Sigifredo Espinosa.

⁷⁵ Ibídem. Sentencia Radicado No. 31614 M.P Dr. Sigifredo Espinosa.

⁷⁶ Ibídem. Sentencia Radicado No. 29424 de 2008 M.P. Dr. Leonidas Bustos M.

6. PROBLEMAS DE LA PRUEBA DE REFERENCIA BAJO LOS LINEAMIENTOS Y RITUALES DE LA LEY 906 DE 2004

Las particularidades de la prueba de referencia aunado a su carácter excepcional, genera grandes y diversas dificultades no solo al determinar por parte de los operadores jurídicos su o no admisibilidad, el modo de interpretarlas, sino también en su aplicación y eficacia al momento de definir si se incorpora o no al proceso como fundamento de la teoría del caso, por lo tanto se anexarán las respuestas que frente a estos dilemas la Corte Suprema de Justicia ha aportado en sus diferentes pronunciamientos.

6.1 FRENTE A CÓMO IDENTIFICAR UNA PRUEBA DE REFERENCIA

La importancia de determinar para un operador jurídico cuando se está en presencia o no de una prueba de referencia es vital en la medida en que determina los argumentos y movimientos dirigidos a su ataque, y en consecuencia los argumentos jurídicos y mecanismos utilizados para refutarlos en los diversos recursos que la ley procesal colombiana otorga.

6.1.1. ¿La prueba de referencia es sinónimo de testigo de oídas?. Tal como lo define la Corte el testigo de oídas es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). “Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero)”⁷⁷

6.1.2 ¿La existencia de entrevistas, declaraciones juradas o interrogatorios previos al indiciado pueden considerarse pruebas autónomas y por ende incorporarse como pruebas de referencia, máxime cuando han sido objeto y fundamentación de medidas de aseguramiento?. Todas las pruebas que se pretenden hacer valer en el momento del juicio deben ser incorporadas en esta etapa procesal, pues el hecho de que hayan servido para imponer medidas de aseguramiento o cautelares no les da el carácter de pruebas dentro del juicio. Eso sin, son en su mayoría potencialmente utilizables como prueba para adelantar la respectiva teoría del caso, siempre y cuando su incorporación se haga a través

⁷⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 28257 M.P Dr. Augusto J. Ibáñez.

del encargado de recolección y se guarden plenas observancias frente a la cadena de custodia. No obstante, como cualquier elemento probatorio debe someterse al contradictorio.

“Ahora bien para que estos elementos puedan considerarse prueba de referencia se hace necesario que en primera medida la parte interesada en incorporarla demuestre la incapacidad o la causal que justifica la admisión de la misma y en segundo lugar, recae en el juez la determinación de la necesidad o no de su incorporación dentro del juicio”⁷⁸.

Tal como en varias oportunidades la corte ha mencionado, la frecuencia en la cual los testigos se reúsan a dar información por temor es grande y más aún por los problemas coyunturales que por origen económico, social o político soporta la sociedad colombiana, de allí que *“... si la persona que representa al órgano de indagación e investigación se acredita como testigo y aporta evidencias legalmente suministradas por la fuente primaria del conocimiento, acude al juicio oral y rinde una versión coherente, seria, demostrable de los hechos objeto del proceso penal, su aporte tiene la validez de la prueba en el juicio porque es un testigo de oídas... por lo anterior la máxima virtud del buen Juez es la apreciación correcta de la prueba para proferir una decisión que sea expresión adecuada de la justicia material...por tanto las entrevistas deben tratarse a través de las reglas que rigen cada medio de convicción en concreto...”⁷⁹*

Por otro lado sin que implique la existencia de prueba de referencia, este tipo de información legalmente obtenida servirá en un proceso para refrescar la memoria (art. 392 C.P.P), en donde fundamentará los aspectos centrales del debate al interior del interrogatorio cuando se busca que el testigo recuerde lo dicho con anterioridad, por lo tanto el testigo no entra en contradicción y el juez se limita a valorar un único testimonio.

Esta misma información podrá ser utilizada para impugnar la credibilidad del testigo (art. 403 C.P.P), caso en el cual se utiliza en el contrainterrogatorio y permite medir la credibilidad de las afirmaciones del testigo. *“En caso que el contrainterrogatorio no resulte exitoso sin perjuicio de la facultad de contemplar la prueba legítima, entendida en su contexto de medio de conocimiento, legalmente aportado como prueba en la audiencia del juicio oral y público...”⁸⁰*

“En conclusión, cuando las entrevistas o interrogatorios previos son manejados como prueba de referencia, deben someterse a los criterios establecidos en la normatividad legal y jurisprudencial, pero cuando son utilizados como mecanismos

⁷⁸ Ibídem., Sentencia Radicado No. 25738 M.P Dr. Sigifredo Espinosa P.

⁷⁹ Ibídem., Sentencia Radicado No. 28078 M.P Jorge Luis Quintero.

⁸⁰ Ibídem., Sentencia Radicado No. 28078 M.P Dr. Jorge Luis Quintero.

*que permitan refrescar memoria o impugnar la credibilidad del testigo, nunca pueden valerse como prueba autónoma”.*⁸¹

6.1.3. ¿La prueba pericial puede tornarse prueba de referencia?. La Corte frente a la prueba de referencia ha establecido frente al informe base que puede según algunos operadores jurídicos convertirse en prueba de referencia que *“... tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analiza la información suministrada por los mismos”.*

Entonces al analizar la prueba parcial se ha expresado que es la unión indivisible entre el informe pericial y el testimonio del perito en el juicio oral, de allí que lo correcto para su ataque sea, dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no únicamente al informe base; valga decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

*“Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras...”*⁸²

6.1.4 ¿Cuando el perito rinde su testimonio en audiencia pública anexando información suministrada por otros en documentos tales como historias clínicas o documentos reconocidos como científicos, actúa como testigo de referencia?. Con relación a este problema se hace necesario advertir que la corte comienza su análisis definiendo los conceptos de informe pericial y prueba pericial. En cuanto a informe pericial lo sustenta como *“la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba”.* Mientras que la prueba pericial es *“un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediatez; y se rige por las reglas del testimonio. En ningún caso el informe pericial será admisible como evidencia,*

⁸¹ *Ibíd.*, Sentencia Radicado No. 25738 M.P Dr. Sigifredo Espinosa P.

⁸² *Ibíd.*, Sentencia Radicado No. 31950 M.P Dr. Sigifredo espinosa Pérez

si el perito no declara oralmente en el juicio⁸³, en conclusión el informe pericial es la base que toma el perito para dar una explicación técnica a lo recaudado o entregado en un documento como lo podría ser una historia clínica en donde el especialista de la materia plasma sus conocimientos para orientar de manera correcta en la práctica profesional.

Por lo anterior el informe pericial no podría subsistir sin quien dé una explicación clara sobre los hechos que en él se relatan. La Corte cita como ejemplo a CHIESA (pág. 522 tomo I) en su Tratado de Derecho Probatorio mencionado los casos concretos conocidos por el tribunal Supremo de Puerto Rico que se transcribe:

..en Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de toros médicos, o records de hospital, o en records de la oficina del Fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia” como se admite en Riviera Robles, esto ya no es sostenible bajo la regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibile para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermisible...” la restricción, sin embargo, evoluciono hacia la admisión de ese tipo de prácticas, en los eventos en que estos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión...⁸⁴

La base fundamental de descartar este tipo de documentos como prueba de referencia se fundamenta en la creación y necesidad de los mismos; ya que si estos documentos son utilizados en el ejercicio profesional de un médico o científico mal se haría en descartarlos y no darles la calidad de veracidad y seguridad que merecen⁸⁵. Importante definición que permite a la Corte por vía Jurisprudencial tomar esta misma guía para los casos señalados en el problema antes planteado.

6.2 FRENTE A LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Una vez identificada la naturaleza de la prueba y conocer que se está frente a una de carácter referencial, se hace necesario determinar cuáles son las circunstancias y situaciones fácticas que permiten su admisibilidad, de allí que a

⁸³ Ley 906 de 2004 Artículo 415

⁸⁴ *Ibidem.*, Sentencia Radicado No. 29609 M.P Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

⁸⁵ *Ibidem.*, Sentencia Radicado No. 25920 M.P Dr. Javier Zapata Ortiz.

continuación se enuncien de manera breve algunos interrogantes frente a posibles causales de admisibilidad de la prueba de referencia.

6.2.1. ¿Cómo se debe interpretar “eventos similares” como excepcionalidad de la prueba de referencia?. La Corte realiza un análisis frente a la admisibilidad de la prueba en el cual concluye que el Art. 438 del C.P.P enlista unos casos de excepcionalidad, pero esta norma no puede ser interpretada de manera aislada, sino en un marco Constitucional y de procedimiento Penal. De allí que la incorporación de esta prueba está ligada a la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material.

La expresión “*eventos similares*” indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas dentro del estatuto procedimental penal, 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*”⁸⁶.

El desarrollo probatorio y la posibilidad de incluir la prueba de referencia al proceso penal busca “*distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando este frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas...*”⁸⁷

De allí que cuando se busque incorporar al plenario probatorio una prueba de referencia bajo estas circunstancias se determine:

- Que la no disponibilidad del declarante o testigo debe equiparse con las establecidas en la norma
- Que esta indisponibilidad sea por fuerza mayor
- Que no sea racionalmente superada su no disponibilidad
- Que no se enfrente con derechos fundamentales de las partes en conflicto o que busque la protección de derechos de mayor jerarquía

⁸⁶ Ibídem., Sentencia Radicado No. 28257 M.P Dr. Augusto J Ibáñez.

⁸⁷ Ibídem., Sentencia Radicado 29609 M.P Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

6.2.2. ¿En el proceso adelantado por violencia sexual u otras formas degradantes siendo víctimas menores de edad, la protección e interés superior de los menores se convierte en “evento similar” y por ende en excepcionalidad de la prueba de referencia?. En situaciones como la enunciada en la cual las víctimas son menores de edad, el juez del caso entra a considerar la pertinencia de pruebas de carácter referencial, fundado básicamente en el artículo 44 de la Constitución Política, conforme el cual se debe proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia física y moral; *“más aun cuando la exigencia se hace extensible a, toda entidad o funcionario sea público o privado deberá velar por el interés superior del niño o niña.”*⁸⁸.

En efecto la prueba de referencia en este tipo de situaciones puede convertirse en regla general, pero no por esto se debe perder los lineamientos que el código ha exigido para la incorporación de la prueba, así como también la necesidad de demostrar la imposibilidad de escuchar al testigo de forma directa.⁸⁹

6.2.3. ¿El último inciso del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal determina la necesidad de demostrar la imposibilidad que tiene el testigo de asistir al juicio?. Es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante este o no disponible para declarar en el juicio, pues dicha hipótesis exceptiva a la regla de prohibición de la prueba de referencia tienen un factor de justificación distinto: *la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.*

Si se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma - *registro de pasada memoria y archivos históricos*- es necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere.

6.2.4. ¿La demostración de la imposibilidad del testigo de asistir al juicio soportada en cualquiera de las cuatro causales mencionadas en el artículo 438 del estatuto procesal, es suficiente para declarar su admisibilidad?. Se hace necesario determinar que la admisibilidad a práctica de la prueba de referencia no opera por la mera circunstancia de concurrir los presupuestos señalados en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto,

⁸⁸ Convención sobre los derechos del niño-Asamblea general de las Naciones unidad-Adoptada en Colombia por la Ley 12 de 1991 Art. 3 Núm. 1

⁸⁹ *Ibidem.*, Sentencia Radicado No. 24468 de 2006. M.P Dr. Edgar Lombana

paralelamente a ello, el juzgador debe examinar si la prueba satisface las exigencias de legalidad, oportunidad, pertinencia objetiva, pertinencia funcional, conducencia y conveniencia exigidos por el código para la admisión de las distintas categorías probatorias⁹⁰, conclusión que se obtiene de interrelacionar no solo las disposiciones generales que regulan la admisibilidad de las pruebas, sino del claro texto del artículo 441 inciso segundo.

En sentencias de la Corte se hace una analogía de los casos en los cuales se pueda necesitar la prueba de referencia con lo referido en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (español) *“que permite la lectura en el juicio de las declaraciones sumariales, cuando por causas independientes a la voluntad de las partes no pueden ser reproducidas en el juicio oral”*, concluyendo que el fundamento de la admisibilidad de esta modalidad probatoria es el mismo que el del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no es otro que el de la satisfacción de la justicia material cuando no se cuenta con más medios probatorios para enjuiciar un determinado caso, aunque siempre condicionando la valoración del medio probatorio a unas mayores exigencias que las que habitualmente se aplican para valorar la modalidad ordinaria de la prueba testifical(...)⁹¹

6.3 LA PRÁCTICA E INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL JUICIO ORAL

6.3.1. ¿Frente a un testimonio directo, el entrevistado puede además de su percepción hacer referencia a percepciones captadas por otros; este tipo de declaración se convierte en ilegal?. Es claro que este tipo de situaciones se torna más común de lo que se podría esperar, pero no por eso la prueba podría determinarse como ilegal o improcedente, pues está en la pericia del interesado ejercer su posibilidad de objetar o impugnar en su momento para evitar que se le dé un valor más alto al permitido a este tipo de pruebas, es por esto que la Corte reitera que *“la problemática de la prueba radica en la posibilidad de ser controvertida y de la valoración o fuerza que de ella pudiera derivarse”*⁹²

⁹⁰ Ley 906 de 2004 Artículos 360, 374, 375 y 376

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Radicado 29609 M.P Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

⁹² Ibídem., Sentencia Radicado No. 24468 de 2006. M.P Dr. Edgar Lombana

6.3.2. ¿Los testimonios recaudados por fuera del juicio, pueden ser incorporados al juicio como prueba de referencia o prueba directa, sin considerar la exención del artículo 33 de la Constitución Política? Para resolver el presente interrogante se hace necesario recordar el artículo 206 constitucional, en el cual se da la posibilidad a la policía judicial que como actos urgentes realice entrevistas a las personas, cuando considere que una persona ha sido víctima o testigo presencial de un delito o que tiene información útil para la indagación o investigación que se adelanta.

Este tipo de informaciones legalmente obtenidas deben adelantarse observando las reglas técnicas aconsejadas por la criminalística, empleando los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

Por ello la Corte recuerda que:

Aunque la entrevista, declaración jurada y el interrogatorio no son pruebas por sí mismas, por que como ya se vio se practican fuera de juicio, sin embargo cuando son recogidas y aseguradas por cualquier medio pueden servir en el juicio para dos fines específicos. A) Refrescar memoria B) para impugnar la credibilidad del mismo (...)

Para la situación expuesta a estudio es claro que si bien es cierto las entrevistas fueron válidamente practicadas, por si solas no tiene vocación probatoria, deben ser incorporadas debidamente con el testimonio de las personas que la suministraron...cuando la víctima o testigo cumple cualquiera de los grados de parentesco consagrados en el Art. 33 Constitucional, la exención del deber de declarar, no habilita la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues, no es una de las hipótesis que expresamente consagra el Art. 438 de la Ley 906 de 2004, ni puede catalogarse como un “evento similar” al secuestro o desaparición forzada.⁶⁶

6.4 LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Debe partirse como se ha enunciado en acápites anteriores, que la valoración de todos las pruebas que se plantearon en el desarrollo del juicio oral corresponde al sistema de la sana crítica, no obstante lo anterior, de la lectura del estatuto procesal se puede advertir, que existe una tarifa legal negativa con relación a la prueba de referencia de allí que por mandato legal, no pueda una sentencia soportarse en pruebas de referencia.

Para los operadores jurídicos el conocer como se valora un elemento probatorio y en especial de naturaleza referencial implica la guía o dirección para el ataque o defensa de estos elementos al momento de ejercitar los diferentes recursos legales.

¿Por qué motivo la sentencia condenatoria no puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia?

En varias sentencias la corte ha manifestado la excepcionalidad de la prueba de Referencia, argumentando con peso el cuidado y la valoración que debe dársele a este tipo de pruebas; ya que no puede generar certeza absoluta acerca de los hechos que pudieron dar origen a un conflicto jurídico, esto significa que la prueba de referencia, en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad del acusado, y que para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria.

La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, concluyendo finalmente que no es posible condenar con fundamento únicamente en pruebas de referencia, por el poco valor suasorio intrínseco en ellas⁹³.

6.5 LA IMPUGNACIÓN O REFUTACION DE LA PRUEBA DE REFERENCIA.

6.5.1. ¿Cómo se debe impugnar aquellos testimonios que se conforman de prueba directa y de referencia? *“En el desarrollo del interrogatorio puede ocurrir en algunos casos que los testigos en su afán de contar o narrar su percepción pueden caer en la necesidad de relatar o informar aquellos hechos que se les contaron o fueron percibidos por un tercero; más no por esto, el testimonio de aquella persona puede alegarse como ilegal, para este tipo de casos el interesado en la censura debe impugnar su credibilidad especificando cuál de los contenidos narrados son de referencia en el momento que se percibe la declaración; o en caso de impugnar un fallo debe demostrarse que la eficacia probatoria que se le está dando a dicho testimonio contraria la tarifa legal negativa prevista en el Artículo 381 del estatuto procesal”.*⁹⁴

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de casación Penal. Sentencia Radicado No. 29656 M.P Dr. Augusto. J. Ibáñez. Guzmán

⁹⁴ Ibídem., Sentencia Radicado No. 32829 M.P Dr. Sigifredo Espinosa Pérez

⁹⁵ Ibídem., Sentencia Radicado No. 25920 M.P Dr. Javier Zapata Ortiz.

6.5.2 ¿En casación cómo se pueden atacar los errores en la aducción y producción en la prueba de referencia?. Es totalmente natural que al atacar el fallo de segunda instancia se permita a la Corte reconocer la existencia de valoración privilegiada o desproporcional otorgada a las pruebas de referencia; pero para esto, es obligación del casacionista identificar con claridad cuál fue el efecto que tuvo el medio cuestionado, relacionando el apartado o apartados de la sentencia en los cuales se le tomó en consideración incluyendo el valor particular dado a los mismos y como se relacionó con los demás medios de prueba, en aras a soportar la decisión que se cuestiona, declarando que analizado de otra manera o expurgado del acopio probatorio el elemento ilícito o ilegal, la decisión no se soportaría.⁹⁵ De allí que “*no es atinado ni suficiente alegar en las instancias, ni el recurso extraordinario de casación, que una prueba es de referencia, y por ende, reclamar sus exclusión del acopio probatorio sin más argumentos*”⁹⁶

A instancias de casación cuando se busca atacar una determinada prueba, se aduce a los *errores de derecho o hecho* como una forma *indirecta de violación de disposiciones de derecho sustancial*⁹⁷, de allí la importancia de conocer las implicaciones, naturaleza y conceptualizaciones doctrinales que la *prueba de referencia* tiene, ya que de estos conceptos se puede determinar si se ataca este medio probatorio como un *error de hecho o error de derecho*.

El *error de hecho* que implica una *indebida contemplación material de EMP O EF* que deviene de:

- *Un falso juicio de existencia:* Cuando se deja de valorar un EMP practicado o se valora uno que no ha sido practicado.
- *Un falso juicio de identidad:* Cuando se *distorsiona el contenido de un EMP al cercenar o adicionarle elementos no contemplados en el mismo*.
- *Un falso juicio de raciocinio:* Cuando en su valoración se aparta de los criterios técnicos y científicos establecidos para ello, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (Sana crítica)

Por su parte *el error de derecho* indica una apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador cuando este incurre:

- *Un falso juicio de legalidad:* Cuando el EMP ha sido aportado al juicio con vulneración de derechos humanos y el derecho internacional humanitario o ha

⁹⁶ *Ibidem.*, Sentencia Radicado No. 27108 M.P Dr. Sigifredo Espinosa.

⁹⁷ *Ibidem.*, Sentencia Radicado No. 31614 M.P Dr. Sigifredo Espinosa.

⁹⁸ *Ibidem.*, Sentencia Radicado No. 29424 de 2008 M.P. Dr. Leonidas Bustos M.

desconocido las formalidades legales para su aducción o práctica o considera que no las complementa cuando sí.

- *Un falso juicio de convicción:* Cuando el juez desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley o la eficacia que se le asigna.

7. CONCLUSIONES

El esquema procesal penal en Colombia junto al sistema probatorio ha evolucionado permitiendo dar dinamismo al proceso. Las luchas sociales, los reconocimientos de derechos en el ámbito Nacional e Internacional han permitido a los integradores del poder público tanto legislador como jueces, fiscales y defensores generar una dinámica más activa que permite dar credibilidad al proceso penal, así como también pautas que permitan la correcta aplicación del derecho.

El legislador cuando añade a la prueba de referencia el carácter de excepcional para su *incorporación*, trató de solucionar el principal problema que la misma encarna y aunado al anterior el dilema de *su valoración*.

Cabe resaltar que la prueba de referencia pese a tener un comportamiento restringido, puede en algún momento acorde a las características del conflicto generado, esclarecer dudas y permitir al juez llegar a una verdad material, que garantice la correcta aplicación de los principios y esquemas procesales. Este tipo de pruebas no deben ser generadas al azar así como también su escogencia, ya que como se vio en el desarrollo jurisprudencial es este tipo de pruebas las que han permitido esclarecer dudas y generar en la figura del juez certeza al momento de fallo.

La jurisprudencia desplegada por la Corte Suprema de Justicia permite comprender cuál es el alcance real, que muchas veces va en contravía de los postulados internacionales, frente a lo que debe entenderse o no como prueba de referencia, siendo su máxima, que la misma debe darse dentro del marco constitucional y en armonía con los diversos métodos probatorios, buscando ante todo que criterios como son el de verdad y justicia material sean los que triunfen finalmente en el desarrollo del proceso penal.

Así las cosas, la restricción a la prueba de referencia definida como “*aquella declaración registrada en cualquier medio por fuera del juicio oral, que busque clarificar aspectos sustanciales e inherentes al debate, al narrar circunstancias que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de percibir de otra persona cuya presencia en audiencia se torne imposible; información que se encuentra sustentada en medios probatorios amparados de legalidad y bajo un riguroso control que permita declarar su admisibilidad*”, permiten determinar cómo sus principales características el hecho de ser:

- Una declaración por fuera del juicio oral
- De admisibilidad excepcional
- Con poder suasorio restringido

- Encaminada a probar aspectos sustanciales del debate.

Características que están directamente relacionadas con la confiabilidad de la misma y la negación a la posibilidad de intermediación y contradicción por la contraparte. Sin embargo es posible que dicha prueba se pueda controvertir en el desarrollo del proceso:

- Atacando los elementos materiales probatorios que justifiquen la imposibilidad de asistencia en el juicio por parte del testigo directo.
- Controvertiendo previa valoración del Juez la incorporación de documentos o testimonios validados como pruebas de referencia, atacando entre otras la credibilidad del testigo.
- En los documentos históricos o escritos de pasada memoria, se puede atacar las condiciones del testigo al momento de insertar la información o al mismo documento en si (enmendaduras, autenticidad, maniobras).

No obstante lo anterior y a pesar de existir herramientas legales, el juez al momento de valorar la prueba de referencia ya sea para incorporarla o darle valor probatorio se enfrenta muchas veces a los derechos fundamentales de la contraparte, especialmente con el debido proceso y el derecho de defensa y sumado a esto, en consuno con los otros operadores jurídicos se evidencian en la actualidad graves inconvenientes frente al manejo que debe dársele a la misma.

De gran importancia es recordar que la prueba de referencia al igual que todo el compendio normativo encaminado al sistema probatorio, busca principalmente evitar el choque entre derechos de procesado y víctimas, por tanto toda prueba que se pretende hacer valer en un juicio debe ser armoniosa con todo los EMP o EF que se hayan obtenido y deben estar encaminadas a demostrar y generar más allá de toda duda confianza en la decisión del juez.

Es así, que este trabajo apuntó a consolidar en primer lugar las soluciones que frente a los diversos problemas que esta temática engendra, especialmente en los operadores jurídicos (fiscalía, defensa y jueces de la República), quienes hasta el momento no han generado pautas propias para el manejo de estos medios de prueba y se han mantenido incólumes frente a las posturas que la jurisprudencia nacional emite.

8. RECOMENDACIONES

Las pautas que se establecieron en este trabajo frente al manejo de la prueba de referencia ante los diferentes operadores jurídicos, sean jueces, fiscales o defensores dentro de la dinámica del proceso penal de tinte acusatorio, enmarcado por la ley 906 del año 2004, se encuentran establecidas como *doctrina judicial probable*, de allí que deba estarse atento a los diferentes pronunciamientos que la Honorable Corte Suprema de Justicia emita y sobre todo a las directrices que la Corte Constitucional profiera, ya que a pesar de que muchos sectores consideren lo contrario, constituyen en sí un precedente de absoluto cumplimiento.

Así las cosas, la fuerza normativa que la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia ostenta, ha sido establecida a nivel constitucional como:

La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.⁹⁸

Lo anterior se realiza con el fin de imprimirle al trabajo su verdadero alcance, por cuanto a pesar de la evolución normativa que hasta el momento ha experimentado Colombia, el sistema probatorio y en especial lo relacionado con la prueba de referencia ha permanecido casi incólume durante estos seis (6) años.

No obstante lo anterior, se hace necesario decantar la conceptualización que la prueba de referencia puede engendrar en procesos ajenos al sistema penal acusatorio pero que en Colombia gracias al conflicto armado que vive, se han generado. Tal ejemplo es el proceso que se consolidó con la ley 975 de 2005 o mejor denominada como la *ley de justicia y paz*, porque en los procesos que desarrolla, la mayoría de elementos probatorios se circunscriben a la confesión y a la prueba de referencia, elementos que no pueden por sí solos de acuerdo a las directrices de la ley 906 de 2004 sustentar una sentencia de condena.

Tal como se mencionó en las conclusiones, cabe resaltar que la prueba de referencia, puede en algún momento acorde a las características del conflicto generado, convertirse en un elemento de vital importancia para el esclarecimiento

⁹⁸ Sentencia Corte Constitucional C-537 del 30 de junio de 2010. M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

de los diferentes y diversos interrogantes que se puedan suscitar, permitiéndole al juez llegar a una verdad material, que garantice la correcta aplicación de los principios y esquemas procesales.

Sin embargo, debe advertirse que la prueba de referencia no puede utilizarse de manera apresurada y como una fórmula de escape frente a los diferentes problemas que se puedan suscitar, sino que por sus implicaciones y confrontaciones con derechos de carácter fundamental, debe volverse la a la generalidad de su excepción probatoria, generando en el juez de conocimiento la práctica de un riguroso control para su admisibilidad. Por cuanto como se ha expresado en el contenido del trabajo, la prueba de referencia al igual que todo el ordenamiento jurídico en materia probatoria se encuentra encaminado especialmente a la protección y la consolidación de las garantías que a nivel constitucional se implementaron con la constitución de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

ALBARRACIN DURAN, David. Dinámica y acción probatoria de la Defensa. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2009. 68 p.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal anotado. Bogotá: Leyer, 2007. 867 p.

ARCINIEGAS MARTINEZ, G. Augusto. Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005. 365 p.

BELTRAN, Ana. El derecho de defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional. Tesis Doctoral MONTOLIU en: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/10432/beltran2.pdf?sequence=1> Visitado el 10 de agosto de 2009 en

CLIMENT DURAN, Carlos. La prueba Penal – Doctrina y Jurisprudencia. Ed. Tirant La blanck libros. Valencia, 1999, p. 1231.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA 1991.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

CUELLO IRIARTE, Gustavo. La Sana Crítica. Sistema de Valoración de la Prueba Judicial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2007

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-218 de mayo 16 de 1996. M.P Dr. Fabio Morón Díaz.

----- . Sentencia C-591 del nueve (09) de junio del año 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

----- . Sentencia C- 797 de 2005. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentaría

----- . Sentencia C-1194 de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

----- . Sentencia C- 396 del 2007 M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Exp. 6154 de 5 agosto de 1991

----- . Expediente 12987 del 21 de mayo de 1996 M.P Fernando Arboleda

----- . Sentencia Radicado No. 24468 del 30 de marzo Del año 2006. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

-----, Sentencia Radicado No. 24533 del 6 de abril de 2006. M.P. Dra. Marina Pulido de Baron.

-----, Sentencia Radicado No. 25565 del 7 de septiembre de 2006. M.P. Dra. Marina Pulido de Baron.

-----, Sentencia Radicado No. 26089 del 2 de noviembre de 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 25738 del 9 de noviembre de 2006. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez

-----, Sentencia Radicado No. 25136 del 30 de noviembre de 2006. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----, Sentencia Radicado No. 26727 del 7 de febrero de 2007. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón.

-----, Sentencia Radicado No. 25929 del 21 de febrero de 2007. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

-----, Sentencia Radicado No. 26128 del 11 de abril de 2007. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

-----, Sentencia Radicado No. 27108 del 3 de mayo de 2007. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 26716 del 16 de mayo de 2007. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 28059 del 23 de agosto de 2007. M.P. Dra. María Del Rosario Gonzalez.

-----, Sentencia Radicado No. 26726 del 29 de agosto de 2007. M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

-----, Sentencia Radicado No. 28078 del 10 de octubre de 2007. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

-----, Sentencia Radicado No. 26411 del 8 de noviembre de 2007. M.P. Dr. Alfredo Gomez Quintero.

-----, Sentencia Radicado No. 28432 del 5 de diciembre de 2007. M.P. Dra. María Del Rosario Gonzalez.

-----, Sentencia Radicado No. 28616 del 23 de enero de 2008. M.P. Dr. Julio Socha Salamanca.

-----, Sentencia Radicado No. 27192 del 30 de enero de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 28257 del 21 de febrero de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 27477 del 6 de marzo de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 28887 del 31 de marzo de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 29560 del 28 de mayo de 2008. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 29117 del 2 de Julio de 2008. M.P. Dr. Alfredo Gomez Quintero.

-----, Sentencia Radicado No. 29374 del 7 de Julio de 2008. M.P. Dr. Yesid Ramirez Bastidas.

-----, Sentencia Radicado No. 24424 del 7 de Julio de 2008. M.P. Dr. Jose Leonidas Bustos Martinez.

-----, Sentencia Radicado No. 24920 del 2 de septiembre de 2008. M.P. Dr. Jose Leonidas Bustos Martinez.

-----, Sentencia Radicado No. 30171 del 9 de septiembre de 2008. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 29329 del 16 de septiembre de 2008. M.P. Dr. Alfredo Gomez Quintero.

-----, Sentencia Radicado No. 29609 del 17 de septiembre de 2008. M.P. Dr. Julio Socha Salamanca.

-----, Sentencia Radicado No. 30214 del 17 de septiembre de 2008. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 30410 del 30 de octubre de 2008. M.P. Dr. Yesid Ramirez Bastidas.

-----, Sentencia Radicado No. 31049 del 26 de enero de 2009. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----, Sentencia Radicado No. 18903 del 4 de febrero de 2009. M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

-----, Sentencia Radicado No. 30598 del 19 de febrero de 2009. M.P. Dra. María Del Rosario Gonzalez de Lemos.

-----, Sentencia Radicado No. 30787 del 26 de marzo de 2009. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 31103 del 27 de marzo de 2009. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 31073 del 1 de Julio de 2009. M.P. Dr. Augusto J. Ibañez.

-----, Sentencia Radicado No. 28935 del 1 de Julio de 2009. M.P. Dr. Jose Leonidas Bustos M.

-----, Sentencia Radicado No. 31614 del 22 de Julio de 2009. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa.

-----, Sentencia Radicado No. 31950 del 19 de agosto de 2009. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 31001 del 21 de octubre de 2009. M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

-----, Sentencia Radicado No. 32863 del 3 de febrero de 2010. M.P. Dra. María Del Rosario Gonzalez Lemus.

-----, Sentencia Radicado No. 32868 del 10 de marzo de 2010. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

-----, Sentencia Radicado No. 32829 del 17 de marzo de 2010. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Perez.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Víctimas en el sistema procesal penal acusatorio a partir del acto legislativo 03 de 2002. Bogotá: Universidad Libre de Colombia- Alvi Impresores Ltda., 2006. 94 p.

------. El juicio oral como principal escenario del debate probatorio. Bogotá: Universidad Libre de Colombia- Stilo Impresores Ltda., 2007. 86 p.

DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Declaraciones previas al juicio oral y sus implicaciones en el descubrimiento probatorio Ley 906 de 2004. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011, 144 p.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. pág. 5-6

EI PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

GOMEZ GALLEJO, Jorge Aníbal. La prueba indiciaria y su manejo jurisprudencial. En:
<http://www.richardgorky.com/ensayos/lapruebaindiciariaysumanejojurisprudencial.pdf>. Visto en mayo de 2010.

GOMEZ VELASQUEZ, Gustavo y CALDERON CADAVID, Leonel. Código de Procedimiento Penal concordado: Bogotá: Ediciones Librería del profesional 2001. 1000 p.

JIMENEZ MONTES, Fernando y VALDES MORENO, Carlos Eduardo. Fundamentos constitucionales y técnicas criminalísticas. Colección Sistema Penal Acusatorio. Tomo I. Alianza Servicie Ltda. Bogotá. D.C. 2009

JIMENEZ MONTES, Fernando; SÁCHICA MORENO, Carolina. MOYA VARGAS, Manuel Fernando. Colección Sistema Penal Acusatorio. Tomo II. Sistema Procesal y metodología de investigación criminal. Alianza Servicie Ltda. Bogotá. D.C. 2009. p. 63 y ss.

KELSEN, Hart. Teoría pura del Derecho. México: Porrúa, 1979. pág. 352

http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/ley/1931/ley_0105_1931.html el día 06 de junio de 2010.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200001-testimoniojpenal.html> visto en marzo de 2011.

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Fiscalía General de la Nación, 2009.

LEY 1453 DE JUNIO 24 DE 2011

LEY 890 DE 2004

LOPEZ MORALES, Jairo. Nuevo Código de Procedimiento Penal. Sistema Penal acusatorio. Tomo I. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005. 1074 p.

-----, Tomo II. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005., 906 p.

-----, Tomo III. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005., 1202 p.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Décima séptima edición ampliada y actualizada. Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda., 2009., 864 p.

PEÑA VANEGAS, Jaime. El derecho de defensa en el proceso penal colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001. 85 p.

UPRIMNY, Rodrigo. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL. En: "Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Acusatorio en Colombia - Los grandes desafíos del juez penal colombiano" que integra el Programa de Formación Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal impartido a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Colombia"

RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. Sistema Acusatorio Colombiano. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005., 447 p.

REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA, Nueva York. UN Doc. PCNICC/2001/I/Add.1 (2001) En: [www.unictr.org/portals/o/English/legal/ROP\(100209.pdf](http://www.unictr.org/portals/o/English/legal/ROP(100209.pdf) Visto en marzo de 2011.

SANCHEZ, Hernando; SANCHEZ, Raúl Eduardo. Código de Derecho Penal Internacional. Ed. Universidad del Rosario Bogotá, 2007. 203 p.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PUERTO RICO, Sentencia del día 20 de noviembre de 2008, Caso No. CP-2006-7 Querrellado. José R. Ríos Ríos.

VARGAS VARGAS, Pedro Pablo y VARGAS JIMENEZ, Pedro Pablo. Los intervinientes en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2006. 180 p.

VARGAS VARGAS, Pedro Pablo y LONDOÑO HERRERA, Taylor. Las pruebas en el sistema penal acusatorio colombiano en 276 preguntas con sus respuestas y notas. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005., 144 p.

VARGAS VARGAS, Pedro Pablo y VARGAS JIMENEZ, Germán G. La actuación en el sistema acusatorio colombiano. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005. 90 p.