

**LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL  
COLOMBIANO Y SU UTILIDAD**

**Autores:**  
DANIELA GALLÓN ZULUAGA  
ANDRES OSORIO BETANCOURT

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA “UCEVA”  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y HUMANÍSTICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
TULUÁ, VALLE DEL CAUCA  
2016**

**LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL  
COLOMBIANO Y SU UTILIDAD**

**Autores:**  
DANIELA GALLÓN ZULUAGA  
ANDRES OSORIO BETANCOURT

Monografía para optar al título de abogado  
**JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO**  
Director

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA “UCEVA”  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y HUMANÍSTICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
TULUÁ, VALLE DEL CAUCA**

**2016**

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

Firma del Presidente del jurado

---

Firma del Jurado

---

Firma del Jurado

## PÁGINA DE DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado a,

A Dios, a mis padres, por su amor, comprensión y dedicación, por creer en mí, por la lealtad, pero sobre todo a los profesores que me alentaron a seguir en este largo proceso quiero dedicarles a todos ellos, este momento y darles las gracias por sus aportes.

***Atentamente,***  
**DANIELA GALLÓN ZULUAGA**

A Dios, a mis padres por su amor y apoyo incondicional, por creer en mí, por la nobleza, pero sobre todo por sus ánimos que me alentaron a seguir en este largo proceso quiero dedicarles a ellos todos mis éxitos.

***Atentamente,***  
**ANDRÉS OSORIO BETANCOURT**

## **AGRADECIMIENTOS**

Queremos agradecerles a todas aquellas personas que nos brindaron su ayuda, sus conocimientos y su apoyo para que este proyecto saliera adelante de la mejor manera posible.

Quedamos especialmente agradecidos con el Director del proyecto, Dr. **JOSÉ JAIME VALENCIA CASTRO**, quien nos ha asesorado, guiado y apoyado en todo momento.

A los docentes de tan prestigiosa Unidad Central del Valle del Cauca, UCEVA por su aporte dándonos la posibilidad de mejorar, igualmente agradecer sus comentarios, direcciones y sugerencias, el cual con su gran conocimientos y experiencias hemos podido elaborar una adecuada memoria de todo lo aprendido en el transcurso de la carrera y a cada uno de los docentes por brindarnos la oportunidad de aprender y de encaminarnos en un nuevo mundo profesional, entregando su tiempo y sus conocimientos académicos, motivándonos cada día para alcanzar el título como profesional.

A nuestras familias quienes nos apoyaron sentimental y económicamente.

## CONTENIDO

	Pág.
1.0 TÍTULO	8
2.0 INTRODUCCIÓN	9
3.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
3.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	10
3.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	10
4.0 JUSTIFICACIÓN	11
5.0 OBJETIVOS	12
5.1 OBJETIVO GENERAL	12
5.2 OBJETIVO ESPECÍFICO	12
6.0 MARCO DE REFERENCIA	13
6.1 MARCO HISTÓRICO	13
6.2 MARCO TEÓRICO- CONCEPTUAL	15
6.3 MARCO JURÍDICO – LEGAL	25
6.3.1 Noción de la prueba de referencia:	25
6.3.2 Regulación de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano:	26
6.3.3 ¿Qué debe entenderse por prueba de referencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta los intereses constitucionalmente relevantes que giran en torno a dicho instituto?	27
7.0 ASPECTOS METODOLÓGICOS	28
7.1 TIPO DE INVESTIGACION	28
7.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	28
7.3 FUENTES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	
7.3.1 Fuentes primarias:	28
7.3.2 Fuentes secundarias:	28
7.4 TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN	29
7.5 ASPECTOS Y ANÁLISIS DE ENTORNOS	29
7.5.1 Aspecto geográfico:	29
7.5.2 Aspecto demográfico:	29
8.0 IDENTIFICAR CÓMO SE DEBEN SOLICITAR Y DECRETAR LAS PRUEBAS DE REFERENCIA	30
8.1 “NOCIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA LA LEY 906 DE 2004	30
8.1.1 Definición:	30
8.2 ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA	31
8.2.1 Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia:	31
9.0 ESTABLECER CÓMO SE PUEDEN VALORAR LAS PRUEBAS DE REFERENCIA	32

<b>9.1 “REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO”</b>	<b>32</b>
<b>9.2“ANÁLISIS SOBRE DIFERENTES POSTURAS DE JUECES Y MAGISTRADOS, SOBRE PRUEBA DE REFERENCIA COMO FUNDAMENTO PARA FALLAR”</b>	<b>35</b>
<b>10.0 DETERMINAR LA UTILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA</b>	<b>38</b>
<b>10.1 “VALORACIÓN DE LA PRUEBA</b>	<b>38</b>
<b>11.0 CONCLUSIONES</b>	<b>39</b>
<b>12. BIBLIOGRAFÍA</b>	

## **1.0 TÍTULO**

**LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL  
COLOMBIANO Y SU UTILIDAD**



## 2.0 INTRODUCCIÓN

La prueba de referencia es un tipo de declaración oral que hace un testigo por fuera del juicio oral, y que en un futuro inmediato sirve como testimonio, pero con el pasar de los años, ha contribuido a que se cometan errores judiciales y de paso injusticias, al ser utilizada de manera inadecuada por la falta de conocimiento referente a ella.

El problema radica concretamente en el ejercicio del derecho penal, ya que, en los estrados judiciales suele ocurrir que los litigantes, fiscales y jueces se equivocan cuando les corresponde solicitar y decretar lo que se denomina pruebas de referencia, ello por ser temática relativamente nueva y que implica un cambio de paradigma respecto al sistema judicial penal tradicional en el cual nada se regulaba respecto al trámite de la prueba de referencia, pues se la aceptaba y valoraba sin las limitaciones que contempla la Ley 906 de 2004, es por ello que al ser este medio probatorio introducido de manera novedosa en esta ley, también es una herramienta útil de la cual es necesario conocer, para de esta manera utilizarla de la mejor manera en los juicios, y para que sirva ya sea al ente juzgador o al imputado.

### **3.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **3.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

Con la Expedición de la Ley 906 de 2004, mediante la cual se establece la norma adjetiva penal, el legislador patrio introduce al ordenamiento penal la prueba de referencia, más concretamente, en su canon 437 y subsiguientes; empero, al ser una disposición novedosa, se requiere acudir al soporte de las fuentes generales del derecho como lo es la jurisprudencia para poder definirla, establecer su aplicabilidad y utilidad para el sistema penal acusatorio Colombiano.

En la práctica judicial, concretamente en el ejercicio del derecho penal en los estrados judiciales suele ocurrir que los litigantes, fiscales y jueces se equivocan cuando les corresponde solicitar, decretar y valorar lo que se denomina pruebas de referencia, ellos por ser temática relativamente nueva y que implica un cambio de paradigma respecto al sistema judicial penal tradicional en el cual nada se regulaba respecto al trámite de la prueba de referencia, ya que se la aceptaba y valoraba sin las limitaciones que contempla la Ley 906 de 2004, es por ello que al ser este medio probatorio introducido de manera novedosa en esta ley, es una herramienta que sirve de punto determinante en muchos casos para llegar a la convicción del juez de la comisión de algún delito, es así pues, como este y los otros medios probatorios que la ley contempla, la base fundamental de las decisiones en los estrados judiciales, pues “de nada sirve tener el derecho sino lo probamos” y de allí la necesidad de esta investigación en tanto que es un instrumento que servirá para esclarecer muchas dudas que se tienen con respecto a esta prueba y por qué no, ayudar que aquellos litigantes que se enfrentan a día con tan novedosos casos en audiencias para que así tenga la convicción de lo que conlleva esta figura.

#### **3.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Qué es la prueba de referencia en el proceso penal Colombiano y cuál es su utilidad?

## 4.0 JUSTIFICACIÓN

La Ley 906 de 2004, trajo a la vida jurídica el nuevo Código de Procedimiento Penal, y consigo, se introduce al sistema acusatorio colombiano, un reciente medio probatorio, esto es, la prueba de referencia, la cual se estructura en el apartado número 437, 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 intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio*”.

Se pudo observar que el legislador patrio se quedó corto en cuanto a la aplicabilidad de la mismas y esto conlleva a que en el ejercicio penal <audiencias> se cometan errores en lo que corresponde a su manejo, si bien, a través de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha empezado a desvanecer las dudas que se devienen del proceso penal, en especial, de este medio probatorio, por cuanto, es en la práctica que suelen presentarse múltiples circunstancias que impiden que los testigos presenciales comparezcan al juicio para ser sometidos al interrogatorio cruzado en presencia del juez, como por ejemplo, que el testigo haya muerto, que haya perdido la memoria o que se encuentre afectado por una enfermedad que le impide declarar u otro aspecto<sup>1</sup>, estas fuentes han servido de gran ayuda para llenar los vacíos que la Ley dejó frente al uso de este medio probatorio.

Así las cosas, por ser un reglamento relativamente nuevo, y por ende, un medio probatorio reciente, no existe a nivel educativo una investigación que ofrezca o permita a los estudiantes de la institución de educación superior, Unidad Central del Valle del Cauca “UCEVA”, tener las herramientas suficientes como para clarificar los conceptos y dudas que, sobre ella puedan surgir en un proceso de formación profesional y en la práctica que se realiza a través de los ejercicios de audiencias dentro de la materia de procesal penal, así como también, sobre su aplicabilidad. De acá que, en ese sentir, lo que se busca en éste trabajo de investigación, es precisamente estructurar una investigación académica que permita despejar todas aquellas inquietudes que nacen en ese proceso estudiantil y porque no, que sirva para terceros abogados, que deseen ampliar su conocimiento y compartir lo que aquí se pretende indagar.

---

<sup>1</sup>BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Bogotá: 2008.

## **5.0 OBJETIVOS**

### **5.1 OBJETIVO GENERAL**

Definir qué es la prueba de referencia y su aplicabilidad en la Ley 906 de 2004.

### **5.2 OBJETIVO ESPECÍFICO**

5.2.1 Identificar cómo se deben solicitar y decretar la prueba de referencia.

5.2.2 Establecer cómo se deben valorar las pruebas de referencia.

5.2.3 Determinar la utilidad de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano.

## 6.0 MARCO DE REFERENCIA

### 6.1 MARCO HISTÓRICO

Frente a un tema nuevo siempre nos preguntamos ¿Por qué nacen?, y consecuentemente surgen muchas incógnitas al respecto, este tema no podía ser la diferencia.

Entrando en materia referente a los diferentes medios probatorios con los cuales cuentan la fiscalía para acusar y el imputado para defenderse, encontramos diversos medios que la ley nos colige, pero saberlos utilizar es lo importante para crear la certeza del juzgador, quien en últimas es quien decide si alguien es culpable o no, “Uno de los aspectos más complejos en este sentido es el hecho de que las pruebas no pueden ser ilegales y eso lo determina el juez de control de garantías y en consecuencia hay un inconveniente con las pruebas de referencia, porque en muchas ocasiones no son consistentes y no se acogen a la verdad de los hechos y más cuando el testigo que supuestamente dio las declaraciones, no se<sup>2</sup> encuentra presente y hay que creer simplemente en lo que está referenciado, por ejemplo, en una grabación, que puede ser manipulada tecnológicamente o lo que otra persona dice, que supuestamente dijo el testigo, los abogados por lo general cuando las pruebas de referencia no sirven en su opinión las impugnan, fue esta una de las técnicas más usadas para desmontar los argumentos de los contradictores en este caso por ejemplo, ya sean fiscales o los investigadores que levantaron la información de campo y que por lo general son de la policía judicial.

Las manifestaciones de testigos hechas a terceros y que se consideran prueba de referencia, en entrevistas, exposiciones, declaraciones, que se llevan a un juicio pueden servir para impugnar ante el juez la credibilidad del testimonio en unas ocasiones pero cuando no se cuenta con más pruebas que estas, se solicita que se incorporen al proceso como prueba de referencia, hay un problema y es que el investigador de campo "debe acompañar "el registro de las entrevistas e interrogatorios" (Ley 906 de 2004, 2004, artículo 209, d), lo que implica que sus entrevistas deben constar por escrito o en grabación, mientras que las que realiza el imputado y/o su defensor no exigen ese rigor porque la norma es apenas facultativa, cuando señala que la entrevista se “podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo” (ley 906 de 2004, 2004, artículo 271)”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup>De castro Gonzales, Alejandro. (2008) de impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio p 7 de 10 que consta el documento [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

<sup>3</sup>De castro Gonzales, Alejandro. (2008) de impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio p 7 de 10 que consta el documento [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

Según este criterio, el defensor puede entrevistar a los testigos mediante simples conversaciones orales, sin soporte técnico adicional, pero de todas maneras los efectos de este planteamiento deben trascender la práctica forense y de todas maneras a la policía judicial, teniendo el caso que tengan conocimiento de estas entrevistas o de las opiniones, deben dejar notas en relación con el resultado de estas investigaciones, de manera muy clara y consolidada en su respectivo cuaderno, eso no supone que haya una obligación de descubrir ese material de trabajo del campo, como es el cuaderno de notas.

En este aspecto hay que hacer claridad en el hecho de que, las manifestaciones anteriores de un testigo hechas a terceros se consideran prueba de referencia, si se usan para probar la verdad de lo aseverado, como consta en la ley 906 de 2004 Art. 437, pero cuando se utilizan con fines de impugnación de la credibilidad, no se consideran prueba de referencia, sino pruebas de impugnación, porque su finalidad no es de ninguna manera probar la verdad de lo aseverado, sino por el contrario, impugnar la credibilidad de manera apropiada, estas pruebas no pueden ser utilizadas por las partes en sus alegaciones, ni por el juzgador para dictar sentencia, como prueba sustantiva de los hechos que ocurrieron. De todas formas, las pruebas de referencia se pueden utilizar, con fines de impugnación si se considera lo expresado en el artículo 438 de la ley 906 de 2004. Encuentra la prueba referencial que entonces, es necesario establecer que de acuerdo con lo expresado por Luis Fernando Bedoya Sierra, en el trabajo sobre La prueba en el Proceso Penal Colombiano (2008 p 117) se hace un estudio sobre la prueba referencial y la forma como ésta, se integra o no al proceso penal colombiano”<sup>4</sup>.

“Se ha convertido en un problema el hecho de que se pueda admitir en distintos elementos de manera mayoritaria las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración pública todos los medios de conocimiento posibles que permitan la realización de justicia material, en definitiva esto es un problema de valoración y no de legalidad, porque al momento de valorar cuando hay serias dudas, apela mucho la discrecionalidad del juez. Habría que pensar diría alguien en negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia para garantizar los principios de inmediaciones y contradicciones y entonces, sería necesario pensar hasta donde se puede mantener o no la figura de la prueba de referencia cuando, no se tiene confianza y hasta donde está más en un momento dado el criterio de legalidad que el criterio de valoración o puede ser más importante para poder establecer el verdadero significado de la prueba de referencia en un momento específico en que tengan incidencia clara y definida en un proceso.

Habría que tomar en consideración cuáles son los eventos excepcionales en los cuales puede admitirse, la prueba de referencia y hasta donde, la presencia de la

---

<sup>4</sup> Bedoya Sierra, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la nación, escuela de estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses [en línea] disponible en pdf [consultado el miércoles 7 de marzo de 2012].

misma si garantiza la armonización de los intereses constitucionales en lo referente al debido proceso; en síntesis la prueba de referencia se define como "toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza y extensión del daño, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio"<sup>5</sup>.

"En concreto, una prueba se considera de referencia cuando cumple con una serie de requisitos como los siguientes: una declaración realizada una persona por fuera del juicio oral, que verse sobre aspectos que en forma libre o personas que hayan tenido la ocasión de observar o percibir, que exista un medio un modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad, que deducen de los que se informan en la declaración, y que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate, es decir la tipicidad de la conducta, intervención de circunstancias de atenuación, agravación punitivas, la naturaleza como extensión del daño, entre otros aspectos que implica tener muy presente, que no cualquier aseveración realizada por fuera del juicio oral puede ser considerada como prueba de referencia, porque no cumple con estos elementos que le dan la importancia requerida"<sup>6</sup>.

## **6.2 MARCO TEÓRICO- CONCEPTUAL**

Una monografía documentada que lleva por título "PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO", cuya autora es CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116 para optar al título de Especialista en Derecho Probatorio Penal, de la UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE del año 2012, página 6 y 7, expone lo siguiente:

"Dada la importancia que tiene este tema en el contexto actual del país debido a que en muchas ocasiones los testimonios que se reciben, adquieren importancia como pruebas para algunos delitos y para ciertas personas y en otras ocasiones no tienen esa connotación de importancia y entonces es por esa razón que asumiendo con un sentido crítico este difícil trabajo se inicia el mismo introduciendo un texto en relación con lo que significa el derecho "el derecho no es una "cosa" si no un "espacio" donde suceden cosas, no es una transcripción estática de gran poder si no un lugar donde se definen los poderes a través de múltiples escaramuzas. En otras palabras, el derecho no es resultado del poder si no una etapa de la formación del poder y de su permanente cuestionamiento a través de luchas microscópicas y de guerras mayores, no puede ser concebido como el festín de los vencedores, como el acta de capitulación que se redacta

---

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Autor: CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116. UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL MEDELLÍN 2012. pág. 31.

dentro del clima de paz que sucede la victoria; por el contrario el derecho es la batalla misma, una batalla que nunca termina"<sup>7</sup>

“Y es en ese sentido que se le da más valor a la prueba de referencia de acuerdo con determinadas posiciones ideológicas, conceptuales y personales, por eso es tan importante establecer hasta dónde llega el valor de las decisiones de los jueces en los procesos basadas en el sistema de la oralidad, por qué en determinadas circunstancias, la autonomía y la discrecionalidad del juez, se impone de acuerdo con una serie de contenidos conceptuales ideológicos que se relacionan directamente con tres aspectos fundamentales: su forma de interpretar las normas establecidas, sus contenidos ideológicos, la forma como entiende la realidad que lo rodea y las relaciones sociales, políticas, jurídicas y culturales y es entonces una decisión bastante cuestionable para muchos o muy acertada para otros, eso significa que en este trabajo hay que considerar la posibilidad de que muchas reglas del derecho pueden ser manipulables por los jugadores sociales y que además estas reglas contienen una dinámica propia, les impone a los actores de los conflictos debido a que en circunstancias específicas cuando se habla de la prueba de referencia, o sea se relacionan a la declaración de una persona que suministre información y no le consta del propio conocimiento, sino que otra persona les contó, es también llamada testimonio indirecto o de oídas.

El elemento de mayor relevancia en la constatación de la verdad sobre la ocurrencia de un hecho por circunstancia y por eso es que se debate aquí, cuál es la verdadera realidad de los hechos para poder darles un valor lo suficientemente consolidado como para que sirva de prueba. Pero en estas circunstancias es que se abre debate para poder entender hasta dónde las reglas que conducen las decisiones muchas veces están siendo manipuladas bajo intereses diversos, por qué la ley tiene una textura abierta, es palabra y no escritura, no "es" sino que "se hace" se establece a cada momento, se concluye a través de innumerables relaciones, encuentros, debates, controversias, etc. es así que se prueban los saberes y los poderes en relación con la aplicación de la ley está insertada y los códigos y en los contratos y donde los tribunales adelantan los pleitos para saber en términos concretos como se establecen las problemáticas sociales por qué es, sobre esas problemáticas y sobre sus actores a los que se les aplica la ley. No es ni mucho menos el propósito del ejercicio del derecho hacer la paz, si no canalizar sus energías para extraer ciertos conocimientos y establecer las líneas que conducen al orden y a la disciplina como parte del ejercicio del poder judicial.

El hecho que se admita la prueba de referencia implica que se está dando paso a una situación contradictoria para muchos por qué de oídas es poco acertado pensar en la verdad entonces habría que preguntarse, porqué se permite este tipo de pruebas y es que el derecho, ante todo lo que persigue, es aclarar situaciones

---

<sup>7</sup> Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla (1987) Bogotá Colombia: universidad nacional de Colombia y fondo editorial CEREC, citando a Trazegnies pp. 30- 31



conflictivas que en muchas veces se convierten en defensa de unos contenidos supuestamente legales y por constitucionalidad y decisiones de los jueces se han convertido en verdaderos fetiches, que le prestan en muchas ocasiones más importancia y atención a la jurisprudencia y a los conflictos de derechos en los debates de los estrados judiciales y a la legislación, a la teoría procesal y a la demostración teórica concreta y consolidada de la verdad.

Todo el mundo es consciente que en el sistema oral, el fiscal "llena de sangre" el estrado judicial y le corresponde a los abogados defensores entrar a limpiar el mismo en las mejores condiciones, lo importante es crear el impacto necesario en el juez que toma en última instancia decisión así lo tenga que convencer de que en muchas ocasiones lo que aparenta ser cierto no es verdad, por esa razón este tipo de pruebas son tan utilizadas de acuerdo con la habilidad de los actores que son en parte de los procesos y que debaten los argumentos en los estrados judiciales, por qué de todas maneras pueden ser utilizadas de forma bastante habilidosas para demostrar ante el juez que se tiene la razón.

Y es ahí donde, se demuestra que el aparato jurídico en estos casos se comporta como un ritual que antecede a una contienda entre los individuos que, actores de un proceso se enfrentan utilizando sus mejores armas y en este caso, la prueba de referencia es una herramienta que puede ser importante, sino se tiene a la mano nada con que consolidar una posición de victoria y de demostración de la verdad en determinadas circunstancias”.

En consecuencia, lo importante entonces, es que el juez encuentre la regla de reconocimiento para poder aplicarla en un caso determinado y en especial en aquellas ocasiones en las cuales, las pruebas no tienen la fortaleza y la validez suficiente para ser contundentes al momento de demostrar la culpabilidad o la inocencia de una persona vinculada a un proceso jurídico.

En la teoría de Dworkin se ideó un juez hipotético, el "juez Hércules", un jurista que "está dotado de una gran habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas", que puede dar con la única respuesta correcta, pero esto es simplemente una aspiración ideal, es decir, un ideal relativo. Esto no es posible en el marco del discurso práctico, real y concreto y hay muchas dudas de que esto sea posible, esto simplemente es un ideal o un pensamiento regulador que incide para que los jueces que investigan, procuren por encontrar una respuesta correcta y no se concentren simplemente con cualquier respuesta y que la discrecionalidad está sujeta a unos límites, que tienen que ver con la unidad del derecho, con los principios y una parte muy importante, con una solución ajustada a la justicia y por eso no puede ser cualquier solución, bajo cualquier argumento.

Eso significa que de todas maneras los jueces deben ajustar sus decisiones a un modelo de universalidad de acuerdo con los principios y que no pueden por esta razón ser decisiones ocasionales y por fuera de la justicia, pero se entiende que

en muchas ocasiones los jueces seguían por principios y directrices políticas y no de naturaleza jurídica, moral, ética; esto implica que se excluya el reconocimiento del ideológico, del operativo y de la política, de lo que se trata es que en los tribunales se produzcan decisiones justas, con criterios jurídicos importantes. Si no es posible que un juez encuentre una única respuesta correcta, implicaría la terminación de la crítica y el análisis porque, no habría más que decir, si es de la única respuesta que hay aún caso determinado.

Habría que considerar hasta donde la teoría positivista formalista está en capacidad de poner en práctica, tratando de buscar un sistema jurídico cerrado y lógico para encontrar, por deducción la respuesta correcta y además cómo entender a quienes piensan que debe existir una teoría realista, donde las condiciones reales y los hechos, tal como se conoce son los que definen, asegura apreciaciones personales, las decisiones nicaragüenses y por qué no, en algunos casos y el espacio de los más difíciles, se puede presentar el hecho de que la ideología del juez, es la que define y es ahí donde se critica con mayor insistencia la teoría de Dworkin porque se le considera de que piensan que pueda existir un derecho justo y que este desglose, se entraría en un ordenamiento jurídico también orientado por la justicia, aplicado en todos los Estados y esto no están ciertos, por qué en muchos casos los diferentes gobiernos, en los distintos Estados, poseen opiniones distintas sobre lo que se considera dentro de sus relaciones sociales y políticas como justicia y esto implicaría desconocer, la lucha de clases, la presencia de las clases sociales y las divergencias ideológicas entre los distintos sectores sociales de un Estado.

Según, la “**ESTRUCTURA Y DEFINICIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA:** Uno de los aspectos más complejos en este sentido es el hecho de que las pruebas no pueden ser ilegales y eso lo determina el juez de control de garantías y en consecuencia hay un inconveniente con las pruebas de referencia, porque en muchas ocasiones no son consistentes y no se acogen a la verdad de los hechos y más cuando el testigo que supuestamente dio las declaraciones, no se encuentra presente y hay que creer simplemente en lo que está referenciado por ejemplo, en una grabación, que puede ser manipulada tecnológicamente o lo que otra persona dice, que supuestamente dijo el testigo, los abogados por lo general cuando las pruebas de referencia no sirven en su opinión las impugnan, fue esta una de las técnicas más usadas para desmontar los argumentos de los contradictores en este caso por ejemplo, ya sean fiscales o los investigadores que levantaron la información de campo y que por lo general son de la policía judicial. Por esto una de las cuestiones difíciles es poder valorar la prueba testimonial, porque comúnmente infunda su credibilidad y en muchas ocasiones, esta prueba se considera poco creíble o lograda arbitrariamente. Las manifestaciones de testigos hechas a terceros y que se consideran prueba de referencia, en entrevistas, exposiciones, declaraciones, que se llevan a un juicio pueden servir para impugnar ante el juez la credibilidad del testimonio en unas ocasiones pero cuando no se cuenta con más pruebas que estas, se solicita que se incorporen al

proceso como prueba de referencia, hay un problema y es que el investigador de campo "debe acompañar "el registro de las entrevistas e interrogatorios" (Ley 906 de 2004, artículo 209, d), lo que implica que sus entrevistas deben constar por escrito o en grabación, mientras que las que realiza el imputado y/o su defensor no exigen ese rigor porque la norma es apenas facultativa, cuando señala que la entrevista se "podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo" (ley 906 de 2004, artículo 271)"<sup>8</sup>.

Según este criterio, "el defensor puede entrevistar a los testigos mediante simples conversaciones orales, sin soporte técnico adicional, pero de todas maneras los efectos de este planteamiento deben trascender la práctica forense y de todas maneras a la policía judicial, teniendo el caso que tengan conocimiento de estas entrevistas o de las opiniones, deben dejar notas en relación con el resultado de éstas investigaciones, de manera muy clara y consolidada en su respectivo cuaderno, eso no supone que haya una obligación de descubrir ese material de trabajo del campo, como es el cuaderno de notas.

En este aspecto hay que hacer claridad en el hecho de que, las manifestaciones anteriores de un testigo hechas a terceros se consideran prueba de referencia, si se usan para probar la verdad de lo aseverado, como consta en la ley 906 de 2004 Art. 437, pero cuando se utilizan con fines de impugnación de la credibilidad, no se consideran prueba de referencia, sino pruebas de impugnación, porque su finalidad no es de ninguna manera probar la verdad de lo aseverado, sino por el contrario impugnar la credibilidad de manera apropiada, estas pruebas no puede ser utilizadas por las partes en sus alegaciones, ni por el juzgador para dictar sentencia, como prueba sustantiva de los hechos que ocurrieron"<sup>9</sup>.

"De todas formas, las pruebas de referencia se pueden utilizar, con fines de impugnación si se considera lo expresado en el artículo 438 de la ley 906 de 2004. Encuentra la prueba referencia que entonces, es necesario establecer que de acuerdo con lo expresado por Luis Fernando Bedoya Sierra, en el trabajo sobre La prueba en el Proceso Penal Colombiano (2008 p. 117) se hace un estudio sobre la prueba referencial y la forma como ésta, se integra o no al proceso penal colombiano"<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> De castro Gonzales, Alejandro. (2008) de impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio p 7 de 10 que consta el documento [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

<sup>9</sup> PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO", cuya autora es CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116, para optar al título de Especialista en Derecho Probatorio Penal, de la UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE del año 2012, pág. 29. Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/350/Prueba%20de%20referencia%20en%20el%20proceso%20penal%20colombiano.pdf?sequence=1>

<sup>10</sup> Bedoya Sierra, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la nación, escuela de estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses [en línea] disponible en pdf [consultado el miércoles 7 de marzo de 2012].

“Habría que tomar en consideración cuáles son los eventos excepcionales en los cuales puede admitirse, la prueba de referencia y hasta donde, la presencia de la misma si garantiza la armonización de los intereses constitucionales en lo referente al debido proceso, que por ese motivo que, se hace necesario abrir espacios de debate importantes, porque en varias posiciones y ha venido creciendo la jurisprudencia en la zona que permanentemente se hace necesario conceptualizar sobre este tema. En ese sentido, la corte constitucional ha hecho aportes fundamentales en lo que tiene que ver con la eficacia en el ejercicio de la acción penal, en especial en los aspectos relacionados con los derechos de las víctimas y de la sociedad para que se conozca en definitiva la verdad, se haga justicia y se repare el daño causado y en ese aspecto hay varias sentencias como por ejemplo la sentencia SU – 159 de 2002, la sentencia C-591 de 2005, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, ha expresado su preocupación por que en ocasiones son considerados injustificadamente, medios de comunicación importantes para lograr que se haga justicia y por eso se busca que el juez, cuente con todos los medios de conocimiento a su alcance para tomar las decisiones que le competen, claro está que es necesario hacer la salvedad sobre el hecho de que, cuando dichos medios impliquen la afectación de otros intereses constitucionales, no deben ser utilizados. En síntesis la prueba de referencia se define como "toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitiva, la naturaleza y extensión del daño, y cualquier otro aspecto sustancial del objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio"<sup>11</sup>.

Uno de los aspectos importantes sobre este tema, fuera de discusión, que se dio previo a la expedición de la ley 906 del 2004, fue donde se hizo alusión a la reducción del listado de excepciones, a la prohibición de la admisión de la prueba de referencia, precisamente por las dificultades que se acercaban frente al ejercicio del derecho de la contradicción y entonces se pensaba que no era lo más lógico abusar de la prueba de referencia y por eso, la Corte Suprema de Justicia ante la necesidad de dar claridad sobre estas circunstancias, manifestó que:

La admisibilidad excepcional del testimonio de referencia, y el valor menguado que la ley le asigna, se explica, de una parte, porque recorta el derecho a la defensa, en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra, porque al juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontarlo con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid, pág. 121.

En los artículos 437 a 441 de la ley 906 de 2004, se reguló la prueba de referencia en lo que tiene que ver con un cónsul de definición como los eventos del juez, se admiten todas sus limitaciones como fundamento exclusivo en relación con una sentencia condenatoria.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de marzo de 2008 y con el radicado 274 77, enfatizó en que el componente, si está presente en la regulación, y resulta fundamental para aclarar algunos aspectos relevantes sobre ésta materia en lo que concierne a poder diferenciar los eventos en los que el carácter de prueba de referencia es sólo aparente.

Puede decirse que la prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración, realizada al margen del proceso con 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, 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”<sup>13</sup>.

“Para comenzar, es fundamental analizar las diferentes concepciones que plantean tratadistas reconocidos con respecto al testimonio, por cuanto sería pertinente nombrar la percepción que desarrolla el ilustre autor colombiano Jairo Parra Quijano, en su obra *“Tratado de la prueba judicial. El testimonio”*, quien se refiere al testimonio como: *“...un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos en general.”*<sup>14</sup>, de forma que el autor plantea que la citada definición lleva consigo ciertos elementos que la complementan: “en primer lugar, la persona, es decir el tercero, debe ser una persona natural, puesto que es aquella que tiene la capacidad de percibir hechos, sucesos y situaciones de carácter general relevantes para una investigación en especial, por ende, sería absurdo aseverar que una persona jurídica pueda rendir una prueba judicial de ésta calidad; en segundo lugar, resulta claro, que la declaración que realice una persona que se constituya como parte dentro de un proceso determinado, no podrá ser considerada como una prueba testimonial, en el entendido en que el testigo debe ser una persona ajena al juicio, distinta de las partes y sin ningún interés de por medio, sin embargo, es posible la declaración de una de las partes del proceso, siempre y cuando, la misma no sea adversa a la persona que la rinde y favorable a la contraparte, pues de ser así, habría lugar a una confesión; en tercer lugar, el autor afirma que, para que un testimonio exista debe referirse a hechos de carácter general, de modo que el juez a lo largo del proceso debe analizar la conducencia y pertinencia del mismo para garantizar su

---

<sup>13</sup>Ibíd, pág. 125.

<sup>14</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. *“Tratado de la prueba judicial. El testimonio. Tomo I.”* Santafé de Bogotá, D.C. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 4ta edición, 1994, página 3.

eficacia y valdes dentro de la situación jurídica concreta; en cuarto lugar, el hecho de que un testigo sea llamado como tal a un juicio, no genera automáticamente la existencia de una prueba testimonial, por lo que es necesario que la persona realice un relato detallado de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conoció directa o indirectamente; en quinto y último lugar, el testimonio puede ser rendido por un sujeto que haya presenciado u oído los hechos, teniendo en cuenta que en ambos casos dichas declaraciones podrán ser controvertidas”<sup>15</sup>.

Sin embargo y en concreto el artículo 438 del Código de Procedimientos Penal, dispone que será únicamente admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- “Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.
- Padece de una grave enfermedad que le impide declarar.
- Ha fallecido”<sup>16</sup>.

“En el ordenamiento jurídico hay que partir del Código de Procedimiento Penal y de su artículo 402, que dispone “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”. En su segunda parte, la norma citada establece que el testimonio podrá ser objetado mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, siempre que exista controversia en torno al conocimiento personal”<sup>17</sup>.

**LA NOTICIA CRIMINAL:** “el fiscal tiene el primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes que se supone han ocurrido en la sociedad y frente a los que, utilizando los medios de acreditación obtenidos a través de actos de investigación”<sup>18</sup>, “tiene el deber de lograr el mayor conocimiento posible para tomar las decisiones que correspondan”<sup>19</sup>. Si decide ejercer la acción penal, esto es, someter la pretensión al juez de conocimiento mediante la acusación; tendrá que presentar al juez el conocimiento de los hechos.

En todo caso, es necesario recordar que “Los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba a realizar durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica correspondiente, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada”<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup>Ibíd 3, 4 y 5.

<sup>16</sup> Ibíd. Pág. 138.

<sup>17</sup> Código de Procedimiento Penal artículo 402 [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

<sup>18</sup> Actos de investigación que deben ser planeados por el fiscal y la Policía Judicial en un programa metodológico.

<sup>19</sup> 5 Para ordenar el archivo, formular imputación, solicitar preclusión, dar aplicación del principio de oportunidad, acusar, o, en su momento, pedir condena, e inclusive pedir absolución.

<sup>20</sup>Climent Durán, Carlos. La Prueba Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pág. 42.

**PRUEBA TESTIMONIAL:** según la Fiscalía General de la Nación, “La prueba testimonial está concebida como *“la exposición o relato que un tercero hace ante el juez sobre los hechos o circunstancias relacionadas directa o indirectamente con el delito que se investiga”*<sup>21</sup>. Si partimos del hecho de que el fallador no presencia lo ocurrido, los testigos son “como los auxiliares del juez, son los ojos y los oídos de la justicia”<sup>22</sup>.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en alusión al mismotema, ha reiterado: *“por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso”*<sup>23</sup>.

El testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario judicial, pues a través de este es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes (una agresión física, el desapoderamiento de un bien, el abuso sexual, entre otros), puede ser útil para demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o puede referirse a circunstancias que corroboren otro medio de acreditación. Es a través de este que el juez puede conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros; inclusive el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido en forma adecuada. Estos riesgos o dificultades de la prueba testimonial han sido objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera, y han sido tenidos en cuenta por el legislador para establecer los criterios de valoración de este tipo de prueba.

En efecto, el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal consagra los criterios de apreciación de la prueba testimonial, frente a los que cabe anotar, que buscan enfrentar de manera adecuada los problemas inherentes a este medio de acreditación: “Para apreciar el testimonio el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá: Editorial Temis, pág. 408.

<sup>22</sup> ELLERO, Pietro, De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968, s.p.

<sup>23</sup> Providencia del 19 de julio de 1991, reiterada en sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

<sup>24</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. El módulo de “la prueba en el proceso penal colombiano”. Consulta hoy, febrero 26 de 2016.

Con respecto al sistema de valoración de la prueba tenemos el siguiente dato referencial que ha sido tomado del trabajo de grado titulado “**VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN MATERIAL PENAL; EL PARADIGMÁTICO CASO DEL CORONEL ® LUÍS ALFONSO PLAZAS VEGA**” PROYECTO DEL AÑO 2012 en el que precisamente por las descripciones que plantean sobre el testimonio penal que sirve como prueba de referencia; donde plasmaron los autores de la tesis al tomar como referente el caso del autor Jorge Arenas Salazar en su libro “Pruebas penales”, plantea respecto del testimonio, lo siguiente: “...la esencia del testimonio consiste en que una persona que ha conocido un hecho le transmite ese conocimiento al funcionario judicial. La condición del testigo se adquiere fácticamente desde cuándo se ha tenido conocimiento de un hecho, y procesalmente, cuando mediante providencia judicial se ordene a esa persona deponer en el proceso”<sup>25</sup>, por lo anterior, el tratadista pretende enunciar dos momentos específicos en los cuales una persona adquiere la calidad de testigo, sin embargo se entiende con meridiana claridad que el único momento relevante para el derecho penal es en el que esa persona acude ante una autoridad judicial con el fin de que ésta le recepcione su declaración, puesto que de nada vale la simple percepción de unos hechos importantes dentro de una investigación, si la persona que los conoce no los exterioriza ante el juzgador.

Igualmente, el autor Colombiano Orlando Alfonso Rodríguez CH., en su obra “*el testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público*” plantea que el testimonio es: “*desde los tiempos inmemorables, el testimonio es el medio de prueba utilizado por la administración de justicia-tribal o institucionalizada-para dirimir los conflictos que surgen en el grupo social.*”

*Es esencial para reconstruir hechos no documentados, mediante la versión de quienes los conocieron por la percepción de los sentidos, fijados y grabados en la memoria, susceptible de ser evocada ante el juez.*”<sup>26</sup>

“Al recibir la noticia criminal<sup>27</sup> el fiscal tiene el primer acercamiento a los hechos penalmente relevantes que se supone han ocurrido<sup>28</sup> en la sociedad y frente a los que, utilizando los medios de acreditación obtenidos a través de actos de investigación<sup>29</sup>, tiene el deber de lograr el mayor conocimiento posible para tomar

---

<sup>25</sup> ARENAS SALAZAR, Jorge, “Pruebas penales”, Santafé de Bogotá, D.C, Editorial Librería, Doctrina y Ley, 1ra reimpresión, 1996, página 119.

<sup>26</sup> RODRIGUEZ CH, Orlando, “*el testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público*”, Bogotá-Colombia, editorial Temis, segunda edición, 2005, página 3.

<sup>27</sup> La dinámica del sistema implica que el Estado recibe la noticia criminal a través de la Policía Judicial. Hay un segundo estadio que genera el conocimiento del fiscal, que se da por el reporte de inicio o por el informe ejecutivo. Véase frente a este aspecto el módulo de estructura del proceso penal.

<sup>28</sup> Se tendrá mayor o menor probabilidad dependiendo de las evidencias allegadas por el denunciante y/o por los medios de acreditación obtenidos por los funcionarios de policía judicial al realizar los actos urgentes. A partir de ese momento debe elaborarse un plan de investigación o programa metodológico orientado a obtener las evidencias necesarias para cumplir las obligaciones probatorias a que haremos alusión en los párrafos siguientes.

<sup>29</sup> Actos de investigación que deben ser planeados por el fiscal y la Policía Judicial en un programa metodológico.



las decisiones que correspondan<sup>30</sup>. Si decide ejercer la acción penal, esto es, someter la pretensión al juez de conocimiento mediante la acusación; tendrá que presentar al juez el conocimiento de los hechos.

En todo caso, es necesario recordar que “Los hechos alegados como sucesos reales de la vida, son siempre e inevitablemente el punto de partida y constituyen tanto el objeto de la prueba a realizar durante el proceso, como el objeto de la calificación jurídica correspondiente, a partir de la que se extrae la consecuencia jurídica prevista en la norma aplicada”<sup>31</sup>. En este sentido el conocimiento jurídico, las habilidades retóricas, los recursos argumentativos o incluso el acierto en la escogencia de la norma jurídica aplicable al caso, resultan inútiles si no proporcionan un acercamiento suficiente a lo ocurrido en la realidad. Es necesario comprender que una actuación o un comportamiento del fiscal que descuide la prueba de los hechos no puede ser útil para solucionar el conflicto que esos hechos objetivos materializan.

“En lo que se refiere a la carga de la prueba en cabeza del acusador, el nuevo ordenamiento procesal penal reafirma que la Fiscalía General de la Nación debe obtener lícitamente y presentar en debida forma, las pruebas necesarias para convencer al juez más allá de toda duda razonable de que una conducta punible ha ocurrido, de que fue realizada por un determinado individuo y de que es procedente la imposición de una sanción. Un cambio fundamental en este aspecto, si se compara las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, es que de acuerdo con la primera, el fiscal tiene la obligación de investigar lo favorable y lo desfavorable, mientras que en la segunda, el fiscal asume claramente el rol de hallar la prueba requerida, sin perjuicio de que deba tener en cuenta los hallazgos de evidencia de descargo al momento de tomar las decisiones que le competen (formulación imputación, solicitar la imposición o revocatoria de una medida de “Fair trial”, como se denomina en el derecho anglosajón.

## **6.3 MARCO JURÍDICO – LEGAL**

**6.3.1 Noción de la prueba de referencia:** La ley 906 de 2004, define en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal lo que debe entenderse por prueba de referencia; al respecto indica:

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

---

<sup>30</sup> Para ordenar el archivo, formular imputación, solicitar preclusión, dar aplicación del principio de oportunidad, acusar, o, en su momento, pedir condena, e inclusive pedir absolución.

<sup>31</sup>Climent Durán, Carlos. La Prueba Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pág. 42.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 27477 del 06/03/08, indicó que por prueba de referencia debe entenderse:

“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)”<sup>32</sup>. Definición que en sentir de la Corporación permite inferir los elementos que deben concurrir para considerar que nos encontramos frente a una prueba de referencia a saber:”

“6.3.1.1 La existencia de una declaración rendida por una persona determinada, por fuera del juicio oral, la cual en sentir de la Corte, puede ser verbal, escrita o incluso estar contenida en medios tecnológicos, tales como una grabación; incluso provenir de otras formas de comunicación, como ademanes o expresiones gesticulares”<sup>33</sup> En consonancia con lo anterior, destaca la Corporación, que la prueba de referencia incluye al testimonio de oídas, así como otros medios a condición de que estos puedan ser reputados como legítimos.

6.3.1.2 Que verse sobre aspectos que el testigo percibió en forma directa o personal.

6.3.1.3 La existencia de un medio de conocimiento que se ofrece para probar la verdad de los hechos informados en la declaración.

6.3.1.4 Que la verdad que se pretende probar, sirva para acreditar aspectos sustanciales del debate (tipicidad, grado de intervención, circunstancias de atenuación agravación)”<sup>34</sup>.

### **6.3.2 Regulación de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano:**

“Tal como se ha dejado reseñado en la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia, en punto a la regulación de la prueba de referencia Colombia acogió la tesis según la cual se sienta como principio general la prohibición de admitir prueba de referencia, no obstante se establece un catálogo normado de excepciones fundamentadas en dos causales: La primera referida a la indisponibilidad del declarante y la segunda atinente a la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad; causales a las cuales se suma la

---

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>33</sup> Corte Suprema de Justicia. Ibídem. Id.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia. Ibídem.

cláusula residual incluyente que se ha implantado por vía jurisprudencial, en la interpretación que se ha ofrecido por la Corporación de justicia, en punto a la regla contenida en el inciso b del art. 438, concretamente el apartado que autoriza la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, expresión que ha sido reputada como una excepción residual admisible discrecional que defirió en el juez la posibilidad de establecer el recibimiento de la prueba de referencia en situaciones similares a las previstas en las excepciones tasadas, bien sea por su naturaleza o por las particularidades que le son comunes, como en aquellos supuestos en que el testigo no se encuentra disponible por razones de fuerza mayor que no puedan ser superadas”<sup>35</sup>.

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

“La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización”<sup>36</sup>.

**6.3.3 ¿Qué debe entenderse por prueba de referencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta los intereses constitucionalmente relevantes que giran en torno a dicho instituto?** “Como regla general, el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal dispone que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”. En su segunda parte, la norma citada establece que el testimonio podrá ser objetado mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, siempre que exista controversia en torno al conocimiento personal. La anterior norma se articula con los artículos 15, 16 y 372 y siguientes del Código de Procedimiento Penal que consagran, entre otros aspectos, los principios de inmediación y contradicción y se traducen en la regla general que establece que: sólo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción”<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>36</sup> Ibídem. id.

<sup>37</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. PRUEBA DE REFERENCIA. Pág. 117. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>

## 7.0 ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 7.1 TIPO DE INVESTIGACION

Descriptiva cualitativa. Descriptiva porque hace énfasis en las características y forma de aplicación de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano.

### 7.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Se emplea el método deductivo, por medio del cual se pretende a partir de conocimientos generales llegar al detalle de las pruebas de referencia para corregir las falencias en las actividades probatorias de las partes.

### 7.3 FUENTES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

**7.3.1 Fuentes primarias:** Está fundada en la Ley adjetiva Penal la cual la trajo a la vida jurídica, y las fuentes formales del derecho como lo es la jurisprudencia, la cual se ha encargado de identificar y resolver aquellas dudas en las que ha fallado este medio probatorio.

**7.3.2 Fuentes secundarias:** Estará generada por la búsqueda de datos contenidos en testimonios. El testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario judicial, pues a través de este es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes (una agresión física, el desapoderamiento de un bien, el abuso sexual, entre otros), puede ser útil para demostrar la autenticidad de un documento o de una evidencia física o puede referirse a circunstancias que corroboren otro medio de acreditación. Es a través de este que el juez puede conocer las actividades de los peritos que han ejecutado su labor para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos. Sin embargo, a pesar de su importancia, la prueba testimonial presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio, pues el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, problemas de rememoración o problemas de interpretación, entre otros.

## **7.4 TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN**

Luego de tener recogido toda la información acerca de la prueba de referencia, se procederá a establecer como se debe emplear el uso de este medio probatorio, y por ultimo determinar cuál es la utilidad de esta prueba para el proceso penal colombiano.

## **7.5 ASPECTOS Y ANÁLISIS DE ENTORNOS**

**7.5.1 Aspecto geográfico:** los sitios beneficiados con esta investigación sería los estudiantes del programa de derecho de la UCEVA; los terceros que quieran adquirir conocimientos frente al tema y aquellos abogados que no tengan la plena claridad acerca de este medio probatorio.

**7.5.2 Aspecto demográfico:** en el municipio de Tuluá convergen distintos tipos de profesionales del derecho; y en un futuro tendrán que presentarse frente a esta prueba en audiencias, que sirva esta investigación para nutrir de conocimientos y esclarecer aquellas dudas, para que sea útil de la mejor manera esta prueba.

## 8.0 IDENTIFICAR CÓMO SE DEBEN SOLICITAR Y DECRETAR LAS PRUEBAS DE REFERENCIA

### 8.1 “NOCIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA LEY 906 DE 2004

Define en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal lo que debe entenderse por prueba de referencia; al respecto indica: “Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 27477 del 06/03/08, indicó que por prueba de referencia debe entenderse: 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 María Victoria Parra Archila, 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).

**8.1.1 Definición:** Definición que en sentir de la Corporación permite inferir los elementos que deben concurrir para considerar que nos encontramos frente a una prueba de referencia a saber:

- a) La existencia de una declaración rendida por una persona determinada, por fuera del juicio oral, la cual en sentir de la Corte, puede ser verbal, escrita o incluso estar contenida en medios tecnológicos, tales como una grabación; incluso provenir de otras formas de comunicación, como ademanes o expresiones gesticulares<sup>38</sup>. En consonancia con lo anterior, destaca la Corporación, que la prueba de referencia incluye al testimonio de oídas, así como otros medios a condición de que estos puedan ser reputados como legítimos.
- b) Que verse sobre aspectos que el testigo percibió en forma directa o personal.

---

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. *Ibidem*.

- c) La existencia de un medio de conocimiento que se ofrece para probar la verdad de los hechos informados en la declaración.
- d) Que la verdad que se pretende probar, sirva para acreditar aspectos sustanciales del debate (tipicidad, grado de intervención, circunstancias de atenuación agravación)<sup>39</sup>.

## 8.2 ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA

### 8.2.1 Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia: “Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

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

---

<sup>39</sup> Ibídem. La prueba de referencia en la ley 906 de 2004. Abogada de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá, especialista en derecho penal y criminología de la Universidad Externado de Colombia, en derecho constitucional comparado en la Universidad Externado de Colombia y Autónoma de Madrid, en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Es Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Docente universitaria de pregrado y postgrado. Consulta: junio 16 de 2016. Pág. 580. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>

## **9.0 ESTABLECER CÓMO SE PUEDEN VALORAR LAS PRUEBAS DE REFERENCIA**

### **9.1 “REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

Expone la Doctora María Victoria Parra Archila, tal como se ha dejado reseñado en la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia, en punto a la regulación de la prueba de referencia Colombia acogió la tesis según la cual se sienta como principio general la prohibición de admitir prueba de referencia, no obstante se establece un catálogo normado de excepciones fundamentadas en dos causales: La primera referida a la indisponibilidad del declarante y la segunda atinente a la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad<sup>40</sup>.

La prueba de referencia en la ley 906 de 2004 causales a las cuales se suma la cláusula residual incluyente que se ha implantado por vía jurisprudencial, en la interpretación que se ha ofrecido por la Corporación de justicia, en punto a la regla contenida en el inciso b del art. 438, concretamente el apartado que autoriza la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, expresión que ha sido reputada como una excepción residual admisible discrecional que defirió en el juez la posibilidad de establecer el recibimiento de la prueba de referencia en situaciones similares a las previstas en las excepciones tasadas, bien sea por su naturaleza o por las particularidades que le son comunes, como en aquellos supuestos en que el testigo no se encuentra disponible por razones de fuerza mayor que no puedan ser superadas. En palabras de la Corporación: “La norma introdujo una excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares”.

«La expresión eventos similares, indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización»<sup>7</sup>.

---

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.



Así las cosas, se puede afirmar que frente a la prueba de referencia se prohíja por el derecho procesal Colombiano un sistema que se identifica por los siguientes rasgos: Se reconoce como principio general la inadmisibilidad de la prueba de referencia, en respeto a garantías como la inmediación, defensa y contradicción; no obstante se reconoce la vigencia a nivel normativo de varias excepciones, art. 438<sup>41</sup>, atinentes a que el declarante: i) Manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; ii) Sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; iii) Padezca de una grave enfermedad que le impida declarar; iv) Ha fallecido; o los casos en que la Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

La declaración se halle registrada en escritos de pasada memoria o archivos históricos; excepciones a las cuales se suma la vigencia de una cláusula residual que permite flexibilizar el catálogo de eventos en los cuales resulta admisible la prueba de referencia, los cuales si bien no aparecen regulados en la ley, ostentan características similares a uno de los supuestos en que se autoriza la admisibilidad exceptiva de la prueba de referencia. Facultad que se finca, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, en la necesidad que el juez ofrezca una interpretación constitucional al art. 438, atendiendo a los fines que se asignan al proceso penal, concretamente el atinente a la búsqueda de la verdad, como presupuesto necesario para la realización de la justicia material. En palabras de la alta Corporación:

Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

No obstante lo anterior la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia en eventos similares a los establecidos por el inciso b del art. 438 se encuentra sujeta al cumplimiento de varios presupuestos a saber:

9.1.1 Que se trate de situaciones similares a las consagradas por el ordenamiento procesal penal, como eventos en los que se admite la prueba de referencia, bien sea por su naturaleza o por que participan de las particularidades que le son comunes.

---

<sup>41</sup>Ibidem.

9.1.2 La admisión de la prueba de referencia se debe reducir a verdaderos casos de necesidad, habida consideración del carácter exceptivo que identifica su vigencia en el proceso y el carácter insuperable que deben ostentar los motivos que justifican su recepción, en aras a evitar que la excepción se torne en regla y que se adopte como un mecanismo para eludir la confrontación en el juicio.

Es así como se han ido ampliando por vía jurisprudencial los eventos en los cuales se autoriza la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, a saber:

9.1.2.1 Cuando se acredite en términos razonables la imposibilidad de recaudar el testimonio de la fuente directa, por motivos de fuerza mayor insuperables, eventos en los cuales se debe ofrecer cierto grado de validez al testigo de referencia, de oídas o indirecto. Excepción que se fundamenta en razones constitucionales vinculadas a la realización de la justicia material.

Supuestos en los cuales se incluye la indisponibilidad del testigo, siempre que la misma al decir de la Corte 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.

También se admite la prueba de referencia en aquellos casos en que el testigo no está disponible por razones de fuerza moral, como cuando el testigo o su familia son objeto de amenazas y consideran que su vida e integridad física se encuentra en peligro. Importa relevar como en aquellos eventos de indisponibilidad del testigo por razones justificadas e insuperables, se autoriza la incorporación al juicio del acta que documentó una declaración anterior del testigo directo que se realizó ante la policía judicial por parte del investigador que participó en dicho acto investigativo, otorgando eficacia probatoria a las entrevistas recepcionadas por el órgano persecutor en el curso de la indagación e investigación. Al respecto es necesario tener en cuenta que con la admisibilidad de declaraciones anteriores del testigo, no se pretende sustituir el testimonio de la persona en juicio, sino la incorporación de una evidencia relacionada con las manifestaciones efectuadas por el testigo fuera de la sede judicial, cuyo poder suasorio no dependerá de la confrontación que se haga de la misma, sino del respaldo y confiabilidad que le imprimen otros medios de conocimiento practicados en desarrollo del juicio oral.

9.1.2.2 “Cuando el testigo no puede acudir con uso y goce de sus facultades físico-mentales, evento en el cual es posible apoyarse en la prueba indirecta”<sup>42</sup>.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, sentencia del 17 de marzo de

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, sentencia del 17 de marzo de 2010, rad. 32829.

Al respecto se pronunció la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 19 de febrero de 2009, dentro del radicado No. 30598.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en los siguientes fallos: Sentencia proferida dentro del radicado 29609 del 17 de septiembre de 2008. Expone la fiscal, María Victoria Parra Archila “para que otros relaten lo que él expresó. Situaciones dentro de las cuales, se encuentra el testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales u otras formas degradantes de violencia, cuya versión sea requerida en juicio; caso en el cual se faculta al juez para que fundamentado en una argumentación razonable decida si prescinde de su testimonio directo en protección de sus derechos fundamentales y se autoriza que su versión sea ofrecida por medio de prueba de referencia, en aras a prevenir una re-victimización secundaria de la misma”<sup>43</sup>.

9.1.2.3 Si bien como regla general, se rechaza la procedencia de la prueba de referencia, la cual es prohijada de manera excepcional, ello se contrae a la prueba concerniente al acreditamiento de los elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación de la pena, la naturaleza y entidad del daño causado y cualquier otro asunto propio del juicio oral; en tanto que tratándose de la prueba referida a otros aspectos del proceso se admite su procedencia, a saber:

- Se admite la prueba de referencia para corroborar la credibilidad de otros medios, o para impugnar esa credibilidad;
- Para acreditar el hecho base que sirve de fundamento a inferencias indiciarias, de conformidad con lo establecido por los arts. 437 y 440 de la ley 906 de 2004.

## **9.2“ANÁLISIS SOBRE DIFERENTES POSTURAS DE JUECES Y MAGISTRADOS, SOBRE PRUEBA DE REFERENCIA COMO FUNDAMENTO PARA FALLAR”**

Se refiere a la forma como la existencia del defecto fáctico que convierte a una decisión judicial en vía de hecho, es uno de los asuntos que deben ser puestos en claro de acuerdo con el apoyo probatorio y ejercicio actual del juez para aplicar una determinada norma y porque en el caso específico esto puede ser totalmente inadecuado, por eso es tan importante establecer cuáles son los principios de

---

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia en los siguientes fallos: Sentencia proferida dentro del radicado 29609 del 17 de septiembre de 2008.

autonomía judicial, autonomía funcional del juez y cuando se aplica la favorabilidad de acuerdo con estos criterios.

La autonomía funcional del juez está referida en lo fundamental a las directrices y por eso no podrá apartarse del precedente fijado por las autoridades superiores, si se verifica que existen hechos en el proceso de crearse inaplicable el precedente al caso concreto, debe someterse a la jurisprudencia de los altos tribunales, salvo en materia constitucional, porque en este caso la doctrina es obligatoria, no se trata de que la jurisprudencia, se torne inflexible, sino por el contrario, tendrá oportunidad de entender algunos cambios sociales y es por esas razones que el juez está autorizado que mediante una suficiente justificación, se pueda apartar del órgano superior, cuando existen elementos de juicio que no fueron considerados en su oportunidad por el órgano superior y que de alguna manera puede ayudarnos otorgar una interpretación más coherente, armónica y orientada a la aplicación de la justicia.

Uno de los casos más complejos en este campo es el que tiene que ver con el principio de la favorabilidad, donde nos permite una postura absolutista, porque generaría un ciclón inconcebible en todo el sistema de la justicia, pero se requiere de un límite temporal y en ese sentido es que este límite corresponde a la forma como de oriente a la posición del juez en este sentido, para que de esta manera no aparezca la inseguridad jurídica como un elemento que puede deteriorar el verdadero criterios a ser aplicado.

Hay suficiente claridad y la jurisprudencia de la corte constitucional, que señala, sino toda interpretación judicial es constitucionalmente válida, obtiene como elemento de análisis el hecho de que existen indicaciones a la autonomía judicial en esta materia, estas restricciones se sustentan en que el derecho, al igual que la aplicación de la ley, existen disposiciones constitucionales particulares y fijan criterios de interpretación vinculantes para todo el funcionario judicial y por esa razón, existen unas condiciones específicas para poder masificar de qué manera el juez puede apartarse de los precedentes, cuando existen caso distintos y los precedentes no están ajustados al conocimiento que se requiere y cuando el juez, se aparta de manera abierta, debe contar con una suficiente y explicada justificación para demostrar con argumentos muy claros en que se fundamentó el no conocimiento de los antecedentes, para tomarlos en cuenta como parte de interpretación<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr.: SENTENCIA T-1625/00 [en línea] disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9335> [consultada el 8 de marzo de 2012] [Consulta junio 16 de 2016].

Para darle mayor precisión a esta argumentación se hace referencia a un texto que puede dar mucha claridad en ese sentido

En ese orden de ideas, la lógica consecuencia de lo anterior es que un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho<sup>45</sup>.

La importancia no radica entonces en el hecho de que el funcionario judicial se limite a interpretar en cierto sentido un conflicto normativo y si está respetando o no los precedentes fijados en un momento determinado, de lo que se trata es de analizar la interpretación, en las mejores condiciones posibles para entender hasta donde dice interpretación es o no constitucionalmente admisible o si se requiere de otros elementos y argumentos indispensables para obtener el mejor conocimiento. Por esto es tan difícil en un momento determinado, demandada la interpretación de un tribunal, de un juez o de cualquier otra instancia judicial, que tenga a su cargo realizar interpretaciones y acuerdo con el conocimiento que tiene de los hechos, pero donde de todas maneras, intervienen una serie de elementos de juicio, que provienen; de su ideología, de su forma de apreciar la realidad y de su forma de entender las normas y entonces en concreto, lo más importante es poder establecer que las interpretaciones si tienen en buena medida un alto nivel de discrecionalidad y que por consiguiente, no se puede esperar que los jueces, simplemente sean máquinas de escribir de textos ya definidos, sino que de hecho, tiene capacidad para interpretar, argumentar, controvertir y hasta para crear nuevas y diferentes teorías sobre aspectos tan importantes como la misma definición de derecho y es aquí donde se tiene que pensar en la definición inicial de derecho, cuando se habla de que de alguna manera, hay una relación directa entre derecho, la aplicación del poder y la forma como se entiende el papel de los legisladores<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero [Consulta junio 16 de 2016].

<sup>46</sup> PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116 Monografía presentada como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Probatorio Penal Asesor: CARLOS

## 10.0 DETERMINAR LA UTILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

### 10.1 “VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Por regla general, la valoración se realizará en la sentencia o en el auto que le ponga fin a una determinada actuación. La valoración es análisis que el juez realiza sobre el mérito de convicción de la prueba, pero, como afirmamos, el proceso de valoración comprende dos aspectos igualmente importantes para la formación del convencimiento y son: 1. La legalidad de la prueba, en la medida en que haya sido debidamente rituada en el proceso, y; 2. Eficacia. El mérito de convicción que ofrezca la prueba sobre la ocurrencia del hecho. La eficacia puede derivar de la imposibilidad de desconocer el valor probatorio de ciertos actos, como lo dicho en documento auténtico o público.

DEVIS afirma que “son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto”<sup>47</sup><sup>48</sup>.

---

ALBERTO MOJICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL MEDELLÍN 2012, pág. 48. Consulta: junio 16 de 2016. Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/350/pruebadereferenciaenelprocesopenalcolombiano.pdf?sequence=1>

<sup>47</sup>DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal*, Pruebas Judiciales, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 111.

<sup>48</sup>MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR. POR: NATTAN NISIMBLAT. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA. EDICIÓN: JUNIO DE 2016. PÁG. 10. CONSULTA: JUNIO 16 DE 2016.

## 11.0 CONCLUSIONES

1. La prueba de referencia debe acompañarse de un registro de entrevista e interrogatorio, según el artículo 209 de la Ley 906 de 2004; lo que implica que sus entrevistas deben constar por escrito o en grabación; así, un defensor puede entrevistar a los testigos mediante simple conversaciones orales, pero en la práctica forense deben dejar notas en relación con el resultado de las investigaciones; sin embargo, en el hecho de que, las manifestaciones de un testigo son hechos por un testigo a terceros, se utilizan con fines de impugnación según el artículo 437 de la misma ley.
2. Una prueba de referencia se debe valorar, si ésta garantiza la armonización de los intereses constitucionales en lo referente al proceso definido como “toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito.
3. En cuanto a la utilidad de la prueba de referencia es porque es una declaración que evidencia probar la verdad, de lo que se evidencia probar: la verdad, verdad de lo que se informa en la declaración y que se pretende probar por medio de un debate que tipifica una conducta, intervención de circunstancias, extensión del daño entre otros aspectos.

## 12. BIBLIOGRAFÍA

Actos de investigación que deben ser planeados por el fiscal y la Policía Judicial en un programa metodológico.

ARENAS SALAZAR, Jorge, "*Pruebas penales*", Santafé de Bogotá, D.C, Editorial Librería, Doctrina y Ley, 1ra reimpresión, 1996, página 119.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. Bogotá: 2008.

Bedoya Sierra, Luis Fernando. La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la nación, escuela de estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses [en línea] disponible en pdf [consultado el miércoles 7 de marzo de 2012].

Cfr.: SENTENCIA T-1625/00 [en línea] disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9335> [consultada el 8 de marzo de 2012] [Consulta junio 16 de 2016].

Climent Durán, Carlos. La Prueba Penal. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 pág. 42.

Código de Procedimiento Penal artículo 402 [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

Corte Suprema de Justicia en los siguientes fallos: Sentencia proferida dentro del radicado 29609 del 17 de septiembre de 2008.

Corte Suprema de Justicia. *Ibídem*.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.



Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, sentencia del 17 de marzo de 2010, rad. 32829.

De castro Gonzales, Alejandro. (2008) de impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio p 7 de 10 que consta el documento [en línea] disponible en pdf [consultado el 7 de marzo de 2012].

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994. Pág. 111.

ELLERO, Pietro, De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968, s.p.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. El módulo de “la prueba en el proceso penal colombiano”. Consulta hoy, febrero 26 de 2016.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. PRUEBA DE REFERENCIA. Pág. 117.  
Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>

La prueba de referencia en la ley 906 de 2004. Abogada de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá, especialista en derecho penal y criminología de la Universidad Externado de Colombia, en derecho constitucional comparado en la Universidad Externado de Colombia y Autónoma de Madrid, en derecho constitucional de la Universidad de Salamanca y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Es Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Docente universitaria de pregrado y postgrado. Consulta: junio 16 de 2016. Pág. 580. Disponible en: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>

La dinámica del sistema implica que el Estado recibe la noticia criminal a través de la Policía Judicial. Hay un segundo estadio que genera el conocimiento del fiscal, que se da por el reporte de inicio o por el informe ejecutivo. Véase frente a este aspecto el módulo de estructura del proceso penal.

MARTINEZ RAVE, Gilberto, Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá: Editorial Temis, pág. 408.

MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR. POR: NATTANNISIMBLAT. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA. EDICIÓN: JUNIO DE 2016. PÁG. 10. CONSULTA: JUNIO 16 DE 2016.

Para ordenar el archivo, formular imputación, solicitar preclusión, dar aplicación del principio de oportunidad, acusar, o, en su momento, pedir condena, e inclusive pedir absolución.

Para ordenar el archivo, formular imputación, solicitar preclusión, dar aplicación del principio de oportunidad, acusar, o, en su momento, pedir condena, e inclusive pedir absolución.

PARRA QUIJANO, Jairo. *“Tratado de la prueba judicial. El testimonio. Tomo I.”* Santafé de Bogotá, D.C. Colombia, Ediciones Librería del Profesional, 4ta edición, 1994, página 3.

Providencia del 19 de julio de 1991, reiterada en sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468.

PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116 Monografía presentada como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Probatorio Penal Asesor: CARLOS ALBERTO MOJICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROBATORIO PENAL MEDELLÍN 2012, pág. 48. Consulta: junio 16 de 2016. Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/350/pruebadereferenciaenelprocesopenalcolombiano.pdf?sequence=1>

PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO”, cuya autora es CAROLINA PELÁEZ RÍOS - 32.141.116, para optar al título de Especialista en Derecho Probatorio Penal, de la UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE del año 2012, pág. 29-31. Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/350/Prueba%20de%20referencia%20en%20el%20proceso%20penal%20colombiano.pdf?sequence=1>

RODRIGUEZ CH, Orlando, *“el testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público”*, Bogotá-Colombia, editorial Temis, segunda edición, 2005, página 3.

Se tendrá mayor o menor probabilidad dependiendo de las evidencias allegadas por el denunciante y/o por los medios de acreditación obtenidos por los funcionarios de policía judicial al realizar los actos urgentes. A partir de ese momento debe elaborarse un plan de investigación o programa metodológico orientado a obtener las evidencias necesarias para cumplir las obligaciones probatorias a que haremos alusión en los párrafos siguientes.

Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero [Consulta junio 16 de 2016].

Valencia Villa, Hernando. Cartas de batalla (1987) Bogotá Colombia: universidad nacional de Colombia y fondo editorial CEREC, citando a Trazegnies pp. 30- 31