



MARZO DE 2017

PRUEBA DE REFERENCIA

EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL
COLOMBIANO

YAMILÉ GAITÁN GONZÁLEZ

ESPECIALIZACIÓN EN SISTEMA PROCESAL PENAL
UNIVERSIDAD DE MANIZALES

RESUMEN

Al hablar de los casos particulares donde se sale del contexto tradicional, es cuando se pueden empezar a tener nuevas visiones y planteamientos, porque de este modo es como hacemos uso de aquellas herramientas poco tradicionales para buscar conseguir el fin común, es decir, hacer llegar al Juez, el conocimiento sobre un hecho, una conducta punible.

La violación o tal vez trasgresión a los principios consagrados en nuestra Carta Política, y en nuestra Ley Penal, puede considerarse una grave falta, pero en este caso y tema en específico “El Testigo de Referencia”, se abre la oportunidad de incorporar información que llega a ser de valiosa importancia para quien la presenta. Teniéndose en cuenta, que precisamente por lo reacio que se es a la variación de los principios, para darse paso a un cambio como la aceptación de este medio probatorio, se requiere el cumplimiento y la presentación de determinadas características y especificaciones, las cuales deben brindar un nivel de seguridad, tanto para las partes procesales, el Juez, y para el proceso como tal.

Todas estas virtudes deben ser detectadas y estudiadas por el Juez, quien decidirá la importancia que puede tener una prueba brindada por un Testigo que, por circunstancias especiales y específicas, no comparecerá a los estrados, y por consiguiente no se tendrá la inmediación con el mismo, el Juez no podrá tener contacto alguno con el mismo, y por consiguiente, no se aplicará el principio de contradicción debido a que la contraparte no tendrá la oportunidad de controvertir al momento aquellas palabras que sean dichas por el Testigo.

PALABRAS CLAVE: Testigo de Referencia, Excepción a la Regla, Medio Probatorio, Proceso Penal.

SUMMARY

When talking about the particular cases where it leaves the traditional context, it is when you can start to have new visions and approaches, because in this way is

how we make use of those little traditional tools to seek to achieve the common goal, To the Judge, knowledge about a fact, a punishable conduct.

The violation or perhaps transgression of the principles enshrined in our Political Charter, and in our Criminal Law, can be considered a serious fault, but in this case and specific issue "The Reference Witness", opens the opportunity to incorporate information that Becomes of invaluable importance for who presents it. Bearing in mind that precisely because of the reluctance to change the principles, to give way to a change as the acceptance of this evidence, it requires the compliance and presentation of certain characteristics and specifications, which must provide A level of security, both for the procedural parties, the Judge, and for the process as such.

The violation or perhaps transgression of the principles enshrined in our Political Charter, and in our Criminal Law, can be considered a serious fault, but in this case and specific issue "The Reference Witness", opens the opportunity to incorporate information that Becomes of invaluable importance for who presents it. Bearing in mind that precisely because of the reluctance to change the principles, to give way to a change as the acceptance of this evidence, it requires the compliance and presentation of certain characteristics and specifications, which must provide A level of security, both for the procedural parties, the Judge, and for the process as such.

All these virtues must be detected and studied by the Judge, who will decide the importance of a test provided by a Witness who, due to special and specific circumstances, will not appear on the pallets, and therefore will not have the immediate presence with the same , The Judge can not have any contact with it, and therefore, the principle of contradiction will not apply because the counterparty will not have the opportunity to dispute at the time those words that are said by the Witness.

KEYWORDS: Witness of Reference, Exception to Rule, Probation Medium, Criminal Procedure.

PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO

Según podemos encontrar en el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004 -, las pruebas¹ o los medios probatorios tienen un papel vital en el desarrollo del proceso, toda vez que su finalidad es la de ayudar al Juez a llegar a tener un conocimiento y tomar una decisión, basado en aquellas muestras que se den con la presentación de los elementos materiales probatorios, desde el momento de su descubrimiento, tanto cuando es realizado por la Fiscalía, como cuando lo realiza la defensa; y posteriormente en el juicio oral, cuando se hace la práctica de los mismos. Por eso, es considerado que la decisión y la verdad que es mostrada al juzgador, depende de los medios probatorios que sean usados y la forma en que le sean mostrados al mismo; toda vez que este será el conocimiento y la certeza que se intentará llevar por parte de quienes participan en el proceso. La posibilidad de que se de diversas interpretaciones al medio de prueba usado, es facultativo y depende de la astucia de quien lo presenta y de quien lo controvierte, lo cual hace parte misma del engranaje con el que se pretende usar e implementar cada día en nuestro ordenamiento, donde sea un enfrentamiento adversarial, el cual permita que los hechos que se pretendan probar y los medios o elementos probatorios con los cuales se quieran hacer valer, puedan ser conocidos y controvertidos por la contraparte en el momento procesal justo, adecuado, y con el tiempo pertinente para que se dé una preparación por parte del adversario, haciendo así que se presente:

¹ Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Art. 372: *“Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*.

1. Libertad Probatoria
2. Principio de Contradicción
3. Inmediación por parte del juez
4. Derecho a la Defensa

Teniendo en cuenta que se busca que las mismas cumplan con unos principios establecidos, los cuales puedan permitir que exista una igualdad de armas y que dentro del desarrollo del proceso , para que tenga validez y pueda ser tenido en cuenta, toda vez que debe presentarse una igualdad, y respetarse el debido proceso, el cual se encuentra consagrado tanto en nuestra Carta Política en su Art. 29², donde nos habla de forma extensa y enmarcando todos los aspectos importantes para ser garantes, como en el Código de Procedimiento Penal, los cuales se recalcan nuevamente al inicio del mismo, en sus Principios Rectores y Garantías Procesales³, poniendo presente de forma repetitiva, la necesidad y la obligación que se tiene de respetar estos enunciados, los cuales no pueden ser pasados por alto, al ser realmente los que direccionan y buscan permitir el desarrollo más oportuno, legítimo y transparente posible.

² Constitución Política de Colombia: Art.29: *Debido Proceso, legalidad, favorabilidad, derecho de defensa y presunción de inocencia* “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

³ Código de Procedimiento Penal – Ley 906 de 2004. Artículos: 4 – 6 – 7 – 8.

a) PRINCIPIOS INVOLUCRADOS

Y es en este punto donde concurren precisamente, según lo manifiestan Cuéllar & Lynett (2013) algunos principios constitucionales que son vitales, claramente, sin dejar de lado muchos otros que no serán mencionados; entre los que se pueden destacar en este tema en específico se encuentran:

- Controversia de la prueba: En lo que respecta a la controversia de la prueba, se manifiesta por los autores que según el modelo en el que se basa nuestro sistema penal, efectivamente durante la etapa de investigación existe ausencia de contradicción, teniendo en cuenta que siempre debe garantizarse y protegerse los derechos fundamentales; pero adicional a ello, se recalca que a pesar de tener esta postura, en el momento en que se hace el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, la Defensa puede ejercer tal derecho, pero haciendo manifestaciones claras, sobre los motivos por los cuales se opone a la práctica o incorporación del medio probatorio que se pretende hacer valer.

Pero para hacer esta controversia de la prueba, debe tenerse un conocimiento previo de la misma⁴, y así tener la oportunidad de sustentar

⁴ Vallejo, Manuel Jaén. (2000). Los principios de la prueba en el proceso penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia; Colombia, Bogotá, Centro de Investigadores de Derecho Penal y Filosofía del Derecho., pp. 21 y ss. La Corte Constitucional ha precisado sobre el punto lo siguiente “[...] La Corte Constitucional ha precisado que “el derecho de contradicción apunta a dos fenómenos distintos. Por una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra; desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus

claramente y con argumentos sólidos las razones por las que se considera que no es pertinente, conducente, útil o razonable para el proceso. Por esto, debe tenerse en cuenta la importancia que tiene el correr el traslado pertinente de los medios probatorios que se presentan o se pretenden hacer valer en el proceso, no sólo por parte de la Fiscalía, sino también por parte de la Defensa, para que su contraparte pueda hacer lo propio.

- Inmediación de la Prueba: Este principio se enmarca en la necesidad y el beneficio que acarrea tanto para las partes como para el Juzgador, poder conocer de primera mano y de forma directa, teniendo contacto e interacción con los medios probatorios, evidencia física, o aquellos testigos o peritos que formen parte del Proceso, toda vez que así podrá realizar un razonamiento claro y sin intermediarios⁵ sobre los conceptos y hechos que se buscan ratificar y sustentar con quienes o con los elementos que se allegan.

Aquí es donde entra jugar la importancia de la no contaminación del juez con anterioridad en conocer el proceso, sino que se tratará de llevar a la verdad y él mismo se hará una idea de lo sucedido, como fue, quienes intervinieron y el carácter o papel que jugó o pudo jugar cada persona implicada o no implicados, dentro de la situación que se encuentra en tela de juicio, conociendo en estos momentos procesales, Audiencia Preparatoria y Audiencia de Juicio Oral, aquellos elementos que se buscan incorporar para formar parte de la estructura de la resolución del caso, y adicional a ello para que se vean inmersos en la sentencia como tal, al buscar ser tenidos en cuenta con una finalidad definida y clara. Por esto es

argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”. Cfr. Sentencia T-461 del 2003, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

⁵ Sentencia C-830 del 2002, M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.: [...] “3.3. Entre los principios que inspiran la estructuración y la interpretación de las normas jurídicas procesales se encuentra el de la inmediación, en virtud del cual el juez debe tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos del mismo, es decir, las partes y los intervinientes, como con su contenido o materia, de principio a fin.”

que es considerado de tal importancia el conocimiento del juzgador en estos momentos, y que se tenga un contacto con los mismo, y se suma a ello, que esta es la regla general; sin perder de vista que para toda regla existe su excepción y precisamente en este punto se presenta.

- Concentración de la Prueba: El principal propósito de este precepto Constitucional es que en lo posible, la práctica de las pruebas y el desarrollo del juicio oral debe hacerse de forma seguida, de modo tal que pueda darse un hilo conductor en lo que respecta a cada uno de los temas, y es allí donde empieza a jugar un papel vital la práctica de los testimonios, toda vez que lo que ellos narran permite ubicar al juez en el lugar de los hechos, y le ayuda a poder revivir lo sucedido, y aquellas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que se dieron antes, durante y después, esto se pierde cuando de forma constante se ve interrumpido el juicio, la práctica de las pruebas y adicional a ello, cuando para su continuación se presentan largos lapsos de tiempo, haciendo perder la consecución del tema.

Lo anterior, obliga a que el Juez, deba nuevamente hacer uso de expedientes y poder refrescar memoria en el momento de tener que tomar decisiones, perdiéndose de detalles o de gestos y actitudes que pueden ser de vital importancia para el proceso, y tal vez para alguna de las partes, ya sea por quien haya sido solicitado o por quien controvertió o contra interrogó. Por eso existe una secuencia lógica para todo en el mundo, y en escenarios como este mucho más, donde el fin que se pretende conseguir debe ser llevado a cabo por el uso de diferentes medios.

Pero evidentemente existe excepciones, y en ocasiones la práctica y el conocimiento de estos elementos probatorios, testigos, evidencia física, no se hace directamente en el sitio, fecha y hora indicada para su realización; sino que por el contrario, puede presentarse situaciones como la necesidad de: prueba anticipada, prueba preconstituída y prueba de imposible práctica en sede de juicio.

b) EL TESTIMONIO COMO MEDIO DE PRUEBA

Aquí es donde entra a jugar un papel vital, un elemento que según manifiesta Tschadek (2010), el Testimonio, “[...] El medio de prueba más importante en el

juicio son los testigo.”⁶ Ya que según manifiesta el autor, de la forma cómo se desenvuelvan y la manera en que le transmitan la información al Juez, éste se hará una idea de los hechos y usará esto en su escrito de sentencia. Teniendo en cuenta que se presentan diferentes clases de testigos, con habilidades comunicativas diferentes, conocimientos variados, y personalidades que en el momento de rendir su testimonio pueden tener gran influencia en la decisión y postura que pueda tomar el Juez al momento de emitir sentencia. Por eso es de gran importancia el conocer con antelación la persona que se va llevar a un estrado y a un momento procesal tan importante, porque de ello podrá depender en gran medida, la favorabilidad que se tenga en el veredicto emitido por el juzgador.

La forma en como se acredita al testigo⁷, como se puede hacer ver confiable y transmitirle esa sensación al juez, es el arma o la mejor táctica, cuando es nuestro testigo, o por el contrario, buscar el medio más idóneo de desmentir y demeritar tal calidad cuando no se quiere que dicho testigo sea tenido en cuenta; todo según la perspectiva desde la que se esté viendo la situación, toda vez que varía sustancialmente. Es muy importante que desde el momento en que es anunciado, sean dadas las características más importantes, las cuales puedan dar crédito de la persona que se va a dirigir a la audiencia y que será llevada a los estrados para contar su versión de los hechos o posibles sucesos acaecidos⁸; pero además, se tendrá que ratificar dicha presentación en el momento en que sea llevado a juicio, porque es allí donde el juez tendrá el contacto directo y podrá ver la facilidad o la dificultad con la cual se desenvuelve, y la muestra de conocimiento o por el contrario, el desconocimiento que puede llegar a tener sobre muchos temas, y en

⁶ Tschadek, Otto. (2010), 2^{da} Edición. La Prueba, Colombia, Bogotá, Editorial Temis S.A.

⁷ Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Art. 402: *“El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo”*.

⁸ Carnelutti, Francesco, Reimpresión de la 2^{da} Edición (2015). Las Miserias del Proceso Penal, Colombia, Bogotá, Editorial Temis S.A, “[...] Las pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea para hacer o, mejor aún, para reconstruir la historia”.

especial si son descubiertas aquellas falencias y debilidades que puedan generar tropiezos en la convicción del juez.

Manifiesta a su vez el autor que, reviste tal importancia y exalta de tal manera este medio de prueba, dado que puede presentarse momentos y situaciones en que sólo existan aquellas versiones que sean dadas por las partes y por aquellos testigos que converjan al proceso. Surge así la duda como es manifestado Carnelutti (2015), donde expresa que: *“El cometido del Proceso Penal está en saber si el imputado es inocente o culpable”*.

c) LA PRUEBA DE REFERENCIA

Pero y qué sucede si en ese proceso si se presenta otro tipo de prueba la cual no pueda ser practicada y llevada a juicio, es decir, que el testigo no pueda presentarse a juicio, y por ende, no pueda llevarse a cabo el cumplimiento del principio de inmediación y contradicción, ampliamente relacionado anteriormente.

Este tipo de prueba, se define como: *“Art. 437: 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.”*⁹

Llegar a este precepto, nos muestra una visión totalmente diferente a la que se venía dando en lo que respecta a la valoración¹⁰ y presentación de la prueba y en especial al testimonio que se quiera hacer valer e incorporar en juicio oral, toda

⁹ Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

¹⁰ *Ibíd*em, Art. 372: *“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 conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”*.

vez que en este caso se nos muestra un precepto en el cual no se pone en práctica el principio de inmediación y de contradicción de la prueba, lo que lo hace ser una excepción a la regla general, toda vez que dentro del mismo se deben cumplir ciertos requisitos y lineamientos para que pueda ser aplicado, pero teniendo en cuenta que es discrecionalidad del juez el admitir¹¹ o no dicha prueba, al poder verse violentado en cierta forma el derecho que se tiene por parte de la contraparte, a conocer las armas probatorias del otro, y poder refutar e interrogar al testigo que se pretende hacer valer.

d) POSTURAS FRENTE A LA PRUEBA DE REFERENCIA

Al respecto, se han presentado diversas posturas sobre cuál sería la forma más sensata, correcta y debida de adoptar esta figura, dado las sensibilidades y los resquemores que la misma genera, pues recopila la Fiscalía General de la Nación, por el autor Bedoya (2008), exponen tres posturas que tienen relación y permiten definir una línea a seguir en este tema, teniendo en cuenta que suele ser muy común que adoptemos ciertas figuras procesales que se dan en ordenamientos jurídicos externos y pretendemos darle aplicación en el nuestro, sin tener ni claridad de los conceptos, en qué consisten, y sobre todo, la forma de implementación y acoplamiento a lo que actualmente existe en nuestro País.

- a) Admitir siempre: En este punto lo más importante es recibir y dar trámite a la prueba de referencia que es presentada, tomando como fundamento que la Valoración de la misma es diferente a la Legalidad, o en su defecto, cuenta más la valoración que la Valorabilidad de ésta¹². Evidentemente con

¹¹ Ibídem, Art. 379: *“El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional”*.

¹² Bedoya Sierra, Luis Fernando. Primera Edición, (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación, Pág.119: *“[...] 2.1.3.1. admitir en todos los eventos las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración de justicia todos los medios de conocimiento que hagan posible la realización de la justicia material, es una postura ligada con la consideración de que la*

esta opinión se rompen las barreras y se da vía libre al uso de la prueba de referencia, la cual se estudiaría y observaría por parte del juez y de las partes desde un ámbito diferente, considerando que es válida su presentación y que no se hace necesario que se satisfaga un cierto número de requisitos, toda vez que podría perderse la oportunidad de conocer y hacer valer información importante y valiosa en el proceso que se esté llevando a cabo, lo cual haría un gran daño a la justicia.

- b) Negar tal posibilidad: En contrario a lo anterior, en este aparte es considerado que no se puede tener confianza en lo que se manifiesta en declaraciones por fuera del juicio oral, y por ende el juez no debe basar y fijar sus decisiones en este tipo de medios probatorios, toda vez que no tiene la posibilidad de brindarse la confianza sobre los mismos, haciendo uso de la inmediación, sino que tendría que tener una confianza totalmente ciega en lo que se manifieste por parte del apoderado que presenta tal prueba. Es así como se controvierte la postura anterior, y en disonancia se considera que se debe pensar más en la Valorabilidad de la prueba que en la valoración de la misma.¹³
- c) Por último, se encuentra donde se brinda una división entre la existencia de una Regla General; la cual consiste en inadmitir la prueba de referencia, teniendo en cuenta los principios vulneratorios y demás aspectos mencionados; pero también cuenta con otro acápite donde se cuenta con Excepción a la regla, es decir, que en ciertos casos y con determinados puntos de cumplimiento, pueda ser viable la admisión y aceptación de la misma, siempre y cuando no se considere que se trasgreden derechos

prueba de referencia entraña un problema de valoración y no de legalidad, o siguiendo la tradición española, que el problema es de valoración y no de Valorabilidad”

¹³ *Ibídem, “2.1.3.2. Negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia, para garantizar la vigencia de los principios de inmediación y contradicción. Tal forma de ver las cosas está relacionada con serias reservas en torno a la confiabilidad de la prueba de referencia y con la postura de que los problemas de estos medios de conocimiento están más asociados con la Valorabilidad que con la valoración”.*

fundamentales, y que dentro del límite siguen siendo salvaguardadas y protegidas todas las garantías procesales.¹⁴

Como se puede denotar, y comparando con lo manifestado en nuestro Código, se manifiesta de forma clara que evidentemente se considera que existen casos en los que de forma EXCEPCIONAL, se puede hacer uso de la prueba de referencia, teniendo en cuenta que dentro de lo posible, lo que realmente se busca es que todas las pruebas y los medios que lleven conocimiento al juez sean realizados de forma presencial y que se en juicio, de forma que conozca directamente todas las circunstancias que rodean a tal elemento, y así es como adicional a ello, encuentra soporte al igual diferenciador pero aclaratorio, en la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional donde se da como precepto que: “La Corte Constitucional en la referida sentencia C-144 de 2010 explicó que aunque la prueba de referencia sea admitida excepcionalmente, *“su valor y aporte para esclarecer los hechos y definir la responsabilidad penal del acusado, siempre dependerá del soporte que encuentre en otros medios de prueba”*, como quiera que ninguna condena puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia (art. 381 L. 906/04).¹⁵

Efectivamente, se busca y se manifiesta además en esta sentencia, la necesidad y la discrecionalidad que tiene el juez al momento de aceptarla, pero adicional, la posibilidad que se tiene de poder sustentar la necesidad, pertinencia y conducencia de la misma, y como a su vez se valorará y deberá pasar aquellos filtros a los que debe ceñirse cualquier otra prueba, debido a que tiene que sustentarse su realización o incorporación, y se hará la respectiva valoración de la misma.¹⁶

¹⁴ Ibídem. “2.1.3.3. *Una tercera posición, ecléctica, orientada a consagrar como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia y a permitir su admisibilidad en eventos excepcionales con lo que se pretende la armonización de los intereses constitucionales relacionados en este acápite”*

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-177/2014 M.P NILSON PINILLA PINILLA.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-177/2014 M.P NILSON PINILLA PINILLA, De otro lado, la referida Ley 906 también permite cuestionar la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio, acorde con la impugnación del testimonio,

e) ADMISIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

Al respecto, la sentencia de la Corte Constitucional C-144/2010, Magistrado Ponente JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, se le es presentado un caso sobre el cual se demanda unos acápite relacionados con este tema, y en el cual se refieren a que el Art. 438 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se hace referencia a la Admisión Excepcional de la prueba de Referencia, contiene una palabra o expresión que es demandada, no amplía las posibilidades en que pueda ser aplicado tal artículo, sino que puede hacerse uso del mismo sólo en los casos que se establecen:

ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA¹⁷

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

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

Según es manifestado por el demandante en este caso, se expresa específicamente en este punto, que puede considerarse violatorio de derechos y se puede dar una interpretación más amplia a la norma y a esta palabra o palabras, cuando se dice en el literal b, que en casos de secuestro, desaparición forzada o similares, esto puesto que según él, da cabida a que existan más

siendo factible además que su admisibilidad y apreciación se efectúe por las reglas generales de la prueba, en especial lo relacionado con la testimonial y la documental (art. 441 ib.).

¹⁷ Ibídem,

posibilidades y oportunidades en las cuales pueda hacerse uso de la prueba de referencia¹⁸, aduciendo así la Corte y haciendo uso de lo manifestado a su vez por la Corte Suprema de Justicia que:

Sobre este último particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal apuntaba sobre esta expresión¹⁹:

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

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

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

“La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2010, M.P JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

¹⁹ Sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad.27477.

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”.

En este orden de ideas, considero que lo manifestado como respuesta y decisión de la Corte al declarar executable esta expresión, es totalmente válido y ajustado a la ley, al ordenamiento jurídico, y sobre todo, que dentro de la interpretación del artículo, son claras y explícitas las situaciones en las cuales se configura el mismo, debido a que se encuentran enunciadas no dejando espacio a duda alguna sobre el mismo, y por esto me permito transcribir un párrafo donde se manifiesta que lo primordial, al tener claridad en la ley, en los casos en que puede tenerse en cuenta la prueba de referencia, como algo opcional para ser admitido por el juez, debe siempre prevalecer:

*“Importancia de que el juez cuente con todos los medios de conocimiento posibles para tomar las decisiones que le compete, **salvo que la admisión de dichos medios implique la afectación desproporcionada de otros intereses constitucionales**”²⁰ (Negrita fuera del texto original).*

Por esto es considerado por el autor Bedoya, (2008) en su obra La Prueba en el Proceso Penal Colombiano que los elementos que deben concurrir para que se pueda aplicar la Prueba de Referencia son:

- Declaración de una persona por fuera del juicio
- Debe versar sobre aspectos que de forma directa o personal haya observado o percibido
- Que exista un modo o medio de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que importa la declaración
- La verdad que se pretende probar tenga como objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate.

En este orden de ideas, nuevamente se reitera y confirma, por quienes estudian la norma, que se deben cumplir al menos estos preceptos, incluidos adicionalmente

²⁰ Bedoya Sierra, Luis Fernando. Primera Edición, (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación. Pág.120.

los mencionados y estipulados en el Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta que es fundamental la valoración y la sustentación de esta prueba como cualquier otro medio probatorio que se pretenda hacer valer y que se pretende sea admitido dentro del proceso.

Es así como este tipo de pruebas deben ser tomadas y aceptadas por el juez como última opción, teniendo prioridad por aquellas que cumplen con todos los principios y preceptos Constitucionales y Legales, que dan igualdad de armas a las partes para desenvolverse durante el proceso.

CONCLUSIONES

Para finalizar, luego de haber podido profundizar más en este tema, poco conocido y mucho menos aplicado abiertamente haciendo uso de los conceptos y posturas que han sido adoptadas por las Altas Cortes, la Fiscalía General de la Nación, y lo que se encuentra taxativamente en nuestro Código de Procedimiento Penal, me permito concluir que:

Todos los medios de prueba deben cumplir con los principios establecidos tanto en la ley como en nuestra carta Política, razón por la cual deben permitir una igualdad de armas para las partes, teniendo en cuenta y respetando los principios de inmediación, a la defensa, a la contradicción; y que no sean violados los derechos fundamentales.

Existen excepciones a las reglas generales, y una de ellas es la Prueba de Referencia, la cual nos permite hacer uso de aquellas declaraciones que se den por fuera del juicio oral, pero que se hacen necesarias y pertinentes para el desarrollo de un proceso, donde se busca ayudar a corroborar o a verificar un hecho o suceso que se pretende comprobar.

Para ello debe existir una necesidad total de su admisibilidad, teniendo un sustento claro ante el Juez, para que se presente claridad sobre la pertinencia, conducencia y la utilidad, para que se le demuestre la importancia del uso de la misma, esto debido a que debe existir de su parte la seguridad necesaria para admitir este tipo de pruebas que son una excepción, razón por la cual son las últimas que deben tenerse en cuenta para hacer valer en el proceso.

La prueba de referencia debe cumplir adicionalmente unos requisitos para que la misma se pueda configurar, toda vez que no se puede dar en cualquier caso, no puede suponerse que se tenga en cuenta una declaración que se encuentra fuera del juicio, que es dado por una persona que el juez no podrá observar, ni podrá tener una inmediación o conocimiento de las actitudes y la forma como se manifiesta el declarante, y adicional a ello, no se tendrá la posibilidad de que la contraparte pueda contrainterrogar al testigo, y por lo mismo, perderá la oportunidad probatoria para refutar lo que sea dicho por el mismo. En la necesidad que se demuestre en el desarrollo del proceso es que se puede salvar la

presentación y admisión de la prueba de referencia, teniendo en cuenta las falencias y las ambigüedades que se puede encontrar a la presentación de la misma, sobre todo por la oposición que se pueda manifestar por la contraparte.

Cuando no se presenten otros medios de prueba que permitan llevar al juez a obtener un conocimiento del hecho que se pretende llevar al mismo, será una oportunidad probatoria adecuada para la presentación de este tipo de pruebas; por ello, debería permitirse por parte del juez su implementación y uso, de forma más continua, especialmente en aquellos casos donde el acervo probatorio es tan débil que no le permite llegar a tomar una decisión, para lo cual sería de gran utilidad poder poner en práctica la prueba de referencia, que si bien puede considerarse poco confiable, también debe hacerse énfasis en la falsa información que es obtenida por quienes se presentan al Juicio Oral, y que bajo juramento son interrogados y brindan datos que no son correctos. Por esto, considero que vale la pena correr el riesgo y confiar en esta posibilidad que se nos brinda, abriéndose una puerta para conocer la verdad, por parte de una persona que por ciertas limitaciones no puede asistir y hacer parte de la práctica de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

- Bedoya Sierra, Luis Fernando. Primera Edición, (2008). La Prueba en el Proceso Penal Colombiano, Fiscalía General de la Nación.
- Constitución Política de Colombia.
- Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.
- Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2010, M.P Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad.27477.
- Corte Constitucional, Sentencia C-177/2014 M.P Nilson Pinilla Pinilla.
- Cuéllar, Jaime Bernal & Lynett, Eduardo Montealegre. 6^{ta} Edición (2013) Colombia, Bogotá, Fundamentos constitucionales y teoría general el Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia.
- Carnelutti, Francesco, Reimpresión de la 2^{da} Edición (2015). Las Miserias del Proceso Penal, Colombia, Bogotá, Editorial Temis S.A.
- Sentencia C-830 del 2002, M.P: Jaime Araújo Rentería.
- Tschadek, Otto. 2^{da} Edición (2010). La Prueba, Bogotá, Editorial Temis S.A.
- Vallejo, Manuel Jaén. (2000). Los principios de la prueba en el proceso penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Bogotá, Centro de Investigadores de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.