

**Universidad Militar  
Nueva Granada**

**La prueba de referencia en el Sistema Penal Acusatorio a la luz de los  
principios de inmediación y contradicción**

**Artículo de reflexión realizado para acceder al título de Maestría en  
Procesal Penal**

**Carmen Pérez Caez**

**Bogotá, Colombia  
2017**

# **La prueba de referencia en el Sistema Penal Acusatorio a la luz de los principios de inmediación y contradicción<sup>1</sup>**

**Carmen Pérez Caez<sup>2</sup>**

**Resumen.** El presente artículo tiene como objeto evaluar la admisión de la prueba de referencia, teniendo en cuenta la controversia que suscita dentro del sistema penal acusatorio colombiano. Se ha considerado, que dicho elemento probatorio afecta los principios de inmediación y contradicción, acentuando la necesidad de instituir la forma en cómo se deberá valorar esta prueba a partir de la observancia de las garantías constitucionales dentro de la etapa probatoria para impedir que puedan eludirse en el proceso penal, cercenándole a las partes el derecho a apreciar de manera directa la práctica de declaraciones y entrevistas recepcionados por fuera del juicio oral. Por tanto, ¿En qué medida puede ser admitida la prueba de referencia y cuáles son las exigencias para su aceptación dentro del proceso penal? Interrogante que será resuelto a través del método de investigación analítico, observando las principales posturas sobre la validez de esta prueba y sus limitaciones obligatorias.

**Palabras Clave:** Prueba de referencia, inmediación, contradicción, derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup>Artículo de reflexión realizado para acceder al título de Maestría en Procesal Penal, Universidad Militar Nueva Granada.

<sup>2</sup>Abogada egresada de la Universidad del Atlántico. Especialista en Derecho Procesal Penal, Universidad de Ibagué.

## **Test reference to light procedural principles of immediacy and Contradiction in the Accusatory System**

**Abstract.** The purpose of this article is to evaluate the admission of the reference test, taking into account the controversy that arises within the Colombian accusatory criminal system due to the impingement of the principles of immediacy and contradiction, emphasizing the need to institute the way in which Should assess this evidence from the observance of constitutional guarantees within the probationary stage to prevent them from being circumvented in criminal proceedings, cutting off the parties the right to directly assess the practice of some evidence. Therefore, why exceptionally apply the principle of contradiction in potential impairment of the rights to truth, justice and reparation of victims? A question that will be solved through the method of analytical research through which the main positions on the validity of this test and its mandatory limitations are known.

**Key words:** Benchmark, immediacy, contradiction, fundamental rights.

## **Introducción**

El sistema procesal penal con tendencia acusatoria ha realizado transformaciones relevantes en la delineación del procedimiento penal, con un colosal impacto en la manera de vislumbrar el alcance de las garantías judiciales. Se trata así, de un cambio que ha irradiado materias que no habían tenido escenario para su desarrollo doctrinal y jurisprudencial a nivel nacional. Dicha situación, ha propiciado que jueces y tribunales se enfrenten a nuevos acontecimientos obligándolos a ensanchar el marco habitual, bajo las garantías del debido proceso. Ello ha significado una notoria expansión de dichas garantías y un desarrollo jurisprudencial progresivo.

La Constitución Política de Colombia consagra el derecho del procesado a presentar el acervo probatorio a su favor y a controvertir las pruebas que se reúnan en su contra, siendo la prueba de referencia una aparente vulneración a ese derecho, pues no tiene la oportunidad de controvertir ese testimonio, toda vez que el testigo no tuvo conocimiento directo de los hechos que se le imputaron.

La prueba de referencia es una herramienta de modulación de derechos y principios tan importante como la inmediación y la contradicción. ya que la aplicación de ellos en el sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente el juicio oral el escenario ideal en el que se debate la admisión de la prueba de referencia, amparándose en los principios de legalidad y proporcionalidad, que son justamente los moduladores de la actuación procesal. De esta manera, es el juez quien debe evaluar haciendo un juicio de proporcionalidad y legalidad al momento de decretar la prueba de referencia que, unida a otros medios de pruebas, servirán de soporte al juez de conocimiento para edificar una condena o por el contrario decretar una absolución.

Así, según el modelo procesal penal adoptado en Colombia, es el juicio la oportunidad donde habrán de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, con la aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Por lo tanto, se abandona el principio de permanencia de la prueba, rigiendo ahora los principios anotados. Lo anterior, quiere decir que en la etapa de investigación no se practican realmente pruebas, sino que tanto la Fiscalía como la defensa recaudan elementos materiales probatorios y evidencias físicas

que habrán de descubrirse en el momento de la acusación para ser practicadas en juicio, por lo que no puede considerarse que se violen los principios de publicidad y defensa.

Ahora bien, aun cuando estas premisas se encuentran en principio claras, es de suma importancia evaluar y estudiar estas inquietudes ligadas a la idea de contribuir en la elaboración de una teoría constitucional, en torno a la problemática que representa el aseguramiento del acervo probatorio recolectado. Este aspecto es pertinente con la novedad estipulada en la Carta Política de 1991, referente a la nulidad de *pleno derecho* de la prueba obtenida con violación al debido proceso, premisa de la cual surge la siguiente pregunta de investigación: ¿En qué medida puede ser admitida la prueba de referencia y cuáles son las exigencias para su aceptación dentro del proceso penal?

### **Metodología**

Con el fin de dar respuesta al interrogante planteado se empleó una metodología apoyada en un tratamiento esencialmente cualitativo, donde se aplicó el método de investigación científica del análisis, a través del cual se conocieron las posturas de doctrinantes y sentencias de altas cortes que permiten determinar el alcance de los principios de contradicción e intermediación en la práctica probatoria dentro del proceso penal, y la aplicación y aceptación de la prueba referencia en este mismo escenario. De esta forma, se establecen los objetivos propuestos: a) entender el nivel de protección de los principios y derechos rectores del derecho procesal penal en Colombia; b) revisar el cumplimiento de los estándares internacionales por parte de la legislación procesal penal colombiana; y, c) establecer el funcionamiento de la prueba de referencia dentro del proceso penal en Colombia.

### **Resultados**

El punto de partida de la problemática radica en el momento en que se decreta la prueba de referencia por parte del juez de conocimiento en el proceso penal, por ser el escenario donde se quebranta el principio de contradicción<sup>3</sup>. Es deber de los operadores judiciales y de los abogados litigantes amparar los principios constitucionales en desarrollo de los

---

<sup>3</sup>El principio de contradicción tiene soporte constitucional directo en el artículo 29 constitucional. En dicha norma se apoya la legitimidad de toda la actuación judicial, pues una prueba no controvertida es una prueba incompleta, es una prueba nula.

procesos en los que participan, y en lo que respecta específicamente a la prueba de referencia observando, además, el derecho que le asiste a las víctimas a que se conozca la verdad<sup>4</sup>.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 se consagra el testimonio como prueba directa, al establecer en el artículo 402 que: “(...) el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir”. Dichos aspectos se armonizan con el artículo 16 de la misma normatividad que desarrolla el principio de inmediación, y que en materia probatoria hacen que el contenido de la exposición del testigo se suscriba a lo escuchado, visto de manera personal y sin intermediarios, para no eliminar la conexión directa que debe existir entre el sujeto que percibe y el objeto de percepción.

Con fundamento en el principio mencionado, solo se considerarán pruebas aquellas que se hayan practicado dentro de una audiencia de juicio oral en forma pública ante el juez de conocimiento, habiendo ejercido por tanto el derecho de contradicción, y teniendo en cuenta la excepción de admitir residualmente la prueba de referencia, vulnerándose con ello las garantías y los principios legitimadores de dicho sistema, como aquellos que se reflejan tanto en el artículo 250, numeral 4 que indica: “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”, como en el artículo 4 de la

---

<sup>4</sup>Artículo 23. **Derecho a la verdad.** Las víctimas, sus familiares y la sociedad en general tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero. La Fiscalía General de la Nación y los organismos de policía judicial en garantizar el derecho a la búsqueda de las víctimas mientras no sean halladas vivas o muertas. El Estado debe garantizar el derecho y acceso a la información por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el material de información confidencial.

Artículo 24. **Derecho a la justicia.** Es deber del Estado adelantar investigación efectiva que conduzca al esclarecimiento de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley, la identificación de los responsables y respectiva sanción. Las víctimas tendrán acceso a las medidas de atención, asistencia y reconciliación contempladas en esta ley o en otros instrumentos legales sobre la materia, sin perjuicio de su ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

Artículo 25. **Derecho a la reparación integral.** Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones de que trata artículo 3 de la presente Ley. La reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante (Ley 1448 de 10 de junio de 2011).

Constitución Política, cuando expresa: “*La Constitución es norma de normas*”. Y así, ante cualquier caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Siendo importante recalcar en este momento, lo presupuestado en los artículos 15 y 16 del Código Procedimiento Pena, que rezan respectivamente:

Contradicción: Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación, la Fiscalía General de la Nación deberá por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.

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

Aunado a lo anterior, a partir del artículo 26 de la Ley 906 de 2004 que reza así: Prevalencia. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código, serán utilizadas como fundamento de interpretación, se tiene que las normas descritas son rectoras del proceso penal.

El principio de contradicción, inmerso en el estatuto procedimental penal, se ve reducido por la agregación al ordenamiento jurídico procesal penal de los artículos 437 y 438, específicamente en el literal b de esta última norma, pues el punto neurálgico de la prueba de referencia se presenta en aquellos eventos similares en los que el testigo, a llevar a juicio, es víctima de secuestro o desaparición forzada, por ejemplo.

Según lo anteriormente expuesto, cabe advertir que no siempre se cuenta con la presencia de los testigos en el juicio oral, caso en el cual, una vez acreditada razonablemente la imposibilidad de recaudar la prueba testimonial de la persona que percibió de manera directa los hechos, por razones de orden constitucional y en torno a la

realización de la justicia material, se confiere cierto grado de validez<sup>5</sup> a la prueba de referencia o al conocido testigo de oídas, (que es una especie del género de prueba de referencia admisible en el artículo 438, literal b de la Ley 906 de 2004), siempre y cuando se acredite la imposibilidad del testigo inmerso en las exigencias de la norma, condicionando así la pertinencia, admisibilidad y la práctica excepcional de ese testimonio por parte del juez de conocimiento.

Lo anterior, pese a que en el artículo 375 de la Ley 906 de 2004 se manifiesta que el acervo probatorio será pertinente cuando indique de manera directa o indirecta los hechos o circunstancias relativas a la comisión del tipo penal y a sus consecuencias, así como a la identidad o responsabilidad del acusado que sirvan para hacer más o menos probable circunstancias derivadas del mismo.

El no poder controvertir lo dicho por el testigo de referencia<sup>6</sup> sobre el contenido de la declaración recibida, y por parte del funcionario de policía judicial, hacen que a ese tipo de prueba, en el ordenamiento procesal penal, se consagre una especie de tarifa negativa al contemplar en el artículo 381 que la sentencia condenatoria no podrá edificarse únicamente en prueba de referencia.

---

<sup>5</sup> “El testimonio de oídas utilizado como única prueba carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, advirtió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo con la corporación, este testimonio, también denominado indirecto o de referencia, acredita el relato que otro hizo respecto de un suceso, pero no su veracidad. Y aunque esto no implica que deba ser rechazado, hace necesario estudiar cada caso en particular para analizar de manera razonable su credibilidad, de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del testigo, así como las de la fuente de su conocimiento, pues no presenció el desarrollo de los sucesos y, por ende, no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar.

La Sala reiteró que para apreciar este medio probatorio como idóneo, serio y creíble, se debe tratar de que un testigo dé fe de lo escuchado directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos. Además, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, o al testigo directo del evento, de quien recibió o escuchó la respectiva información.

En tercer lugar, se deben establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien da referencia de esa circunstancia. Finalmente, debe existir coincidencia entre el relato y otros medios de prueba analizados durante el proceso ([Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-10694-14 \(37924\), ago. 13/14, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero](#))

<sup>6</sup> La corte ha precisado que la excepcionalidad de la prueba de referencia se fundamenta en su poca confiabilidad, pues los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, por ejemplo, la ausencia de intermediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria. (Sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación 27477. M.P. José Leónidas Bustos Martínez).

En ese orden de ideas, la prueba de referencia al ser admitida de manera excepcional, resta al acusado el pleno ejercicio del derecho a la defensa al no poder interrogar al responsable directo del relato que se pretende incorporar como prueba. De otra parte, se encuentran las víctimas a la espera de justicia, verdad y reparación<sup>7</sup> y, muchas veces, la no comparecencia del testigo obedece a situaciones propiciadas por los mismos acusados (en torno a que no se conozca la verdad), situación que hace que el principio de contradicción, inmediación y publicidad se extralimite frente a sus derechos.

Por estas consideraciones, el derecho a la confrontación en Colombia necesita de un minucioso estudio que deberá evaluar la manera cómo puede ser restringido este derecho, cuando entra en tensión con los derechos de las víctimas. Es imprescindible no olvidar el interés del Estado en la búsqueda de la verdad, la investigación del delito y la responsabilidad que de ello se derive, sin olvidar la tutela de la libertad y la dignidad humana y la sociedad en combatir las formas de delincuencia, así como a una efectiva protección a los testigos con el fin de lograr su comparecencia en un juicio oral. Si bien con la admisibilidad excepcional de la prueba<sup>8</sup> de referencia se vulneran los principios de contradicción, inmediación, publicidad y defensa, también es cierto que las víctimas tienen derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Conforme a lo hasta aquí plasmado, se entiende que es una obligación de los operadores judiciales investigar sobre la admisión de la prueba de referencia, los principios rectores que se vulneran al decretarla, los alcances de la misma al momento de valorarla por parte del juez de conocimiento y, finalmente, proferir una sentencia además de la imperiosa necesidad de las víctimas de conocer la verdad<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> La verdad tiene una relación íntima con el derecho y la justicia, tanto como fundamento filosófico o como un requisito condicionante de la legitimidad de los fallos. La verdad es un elemento que precede la aplicación del derecho y es indispensable para hacer justicia, -podría hablarse de verdad judicial pero, finalmente, el derecho siempre busca la verdad real-, en especial, el derecho penal, tal como lo sostiene Naqvi (2006).

<sup>8</sup> Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como: la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba o el interés de la justicia. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 29416 de 2008).

<sup>9</sup> En la práctica suelen presentarse múltiples circunstancias que impiden que los testigos presenciales comparezcan al juicio para ser sometidos al interrogatorio cruzado en presencia del juez. Es posible, por ejemplo, que el testigo haya muerto, que haya perdido la memoria o que se encuentre afectado por una

En la práctica, suelen encontrarse inconvenientes en ciertos delitos, en especial en aquellos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado, dada la gravedad de las conductas investigadas y el perfil de los acusados. Los testigos suelen alejarse del proceso una vez instauran la denuncia, y se ve obligado el policía judicial a una búsqueda exhaustiva de esa víctima o testigo para escucharla en declaración jurada, a efecto de conocer las circunstancias en que ocurrieron los hechos, sus autores o partícipes, y así facilitar la tarea del fiscal para edificar una solicitud de condena.

Es importante anotar que en algunos casos los acusados propician las condiciones para que estas víctimas y testigos directos de los hechos no comparezcan a las audiencias de juicio oral, viéndose avocados los fiscales a hacer uso de lo plasmado en el artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004, en algunas oportunidades denegada dicha solicitud por parte de los jueces de conocimiento, dejando en el limbo el derecho a la verdad y a la justicia.

## **Capítulo I: Las garantías judiciales en el proceso penal colombiano**

Las garantías judiciales están consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, encerrando un cúmulo de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que los sujetos procesales estén en capacidad de defender de manera acertada sus derechos ante cualquier acto estatal.

Así mismo, este aspecto reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su senda jurisprudencia,<sup>10</sup> y siendo fundamento de estas garantías el principio

---

enfermedad que le impide declarar u otro aspecto. En circunstancias como estas, el alcance de los principios de inmediación y contradicción resulta limitado por otro postulado constitucional: la justicia material. En este contexto, se hace alusión a la justicia material enfocada al esclarecimiento y la sanción de las conductas punibles; sin embargo; debe tenerse en cuenta que en la realización de un juicio con todas las garantías también está ligado al concepto de justicia material, como lo resaltó la Corte Constitucional en la sentencia C-209 de 2007.

La Prueba en el Proceso Penal Colombiano 119 relacionada generalmente con otros intereses trascendentales como el derecho de la víctima a que se esclarezca la verdad, a que se haga justicia y a que le sea reparado el daño causado. Básicamente debe resolverse el siguiente interrogante: cuando no es posible lograr la comparecencia de la persona que directa y personalmente presenció los hechos con el fin de que haga su declaración en presencia del juez y con plenas posibilidades de contradicción, ¿es admisible como prueba de un hecho o circunstancia penalmente relevante, una declaración rendida por fuera del juicio oral? © Luis Fernando Bedoya Sierra, 2008 Con la colaboración de: Jaime Ángel Londoño © Fiscalía General de la Nación, 2008. Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra.

<sup>10</sup> CIDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, párr. 74; 2006, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, párr. 116)

de presunción de inocencia, el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana, que establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”<sup>11</sup>

De otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en argumentar que este principio implica que el procesado no tiene la carga probatoria de demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, pues ese *onus probandi* corresponde al aparato estatal encargado de acusar.<sup>12</sup> De esta forma, la evidencia irrefutable de culpabilidad constituye un requisito indispensable para la aplicación de la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en el ente acusador, y no en el acusado<sup>13</sup>.

Aunado a lo anterior, es importante resaltar que la afirmación anterior encuentra asidero legal en el contenido del artículo 29 constitucional, el cual consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las esgrimidas por el ente acusador. Del mismo modo, se indica que estamos frente a una de las dimensiones más trascendentales del derecho fundamental a la defensa, ya que se pueden utilizar los medios probatorios legítimos, necesarios, idóneos y pertinentes, además de tener la posibilidad de controvertir la evidencia física y los elementos materiales probatorios presentados por los otros sujetos procesales, pues la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-537 de 2006 ha considerado que:

(i) El juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer

---

<sup>11</sup> CIDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, párr. 77; 2005. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, párr. 160; 2007. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, párr. 145

<sup>12</sup> CIDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, párr. 154

<sup>13</sup> CIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párr. 182

pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía 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 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 exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.

Los principios de concentración y de inmediación de la prueba, dentro del sistema acusatorio, tienen relevancia por cuanto la inmediación permite al juez percibir directamente las pruebas y las alegaciones de las partes, y la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un periodo de tiempo corto y sin interrupciones injustificadas. Lo anteriormente enunciado, tiene como fin que lo entronizado por el juzgador no se disipe con el paso del tiempo, en aras de que la tarea del juzgador para convencerlo, más allá de toda duda razonable, no se vea soslayada por la inobservancia de este principio. Estos pilares del debido proceso deben ser cumplidos de manera irrestricta, aunque no sean absolutos, bajo el entendido que la repetición de un juicio oral para preservar los principios de inmediación y concentración debe ser excepcional, y estar fundada en motivos muy serios y razonables (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-205 de 2011).

Precisamente, la naturaleza y alcance de los principios de concentración y de inmediación de la prueba ha sido examinada en muchas oportunidades, dentro del ámbito del sistema acusatorio colombiano. Así, en Sentencia C-873 de septiembre 30 de 2003, se reconocieron las características esenciales del sistema penal acusatorio de la siguiente manera:

(...) En efecto, bajo el sistema preexistente, es durante la investigación que lleva a cabo la Fiscalía que se practican y valoran las pruebas que obran dentro del proceso, por parte de un funcionario que ejerce funciones judiciales e investigativas al mismo tiempo.

En virtud del Acto Legislativo, el trabajo investigativo de la Fiscalía constituye más una preparación para el juicio, que es público y oral, durante el cual (i) se practicarán y

valorarán, en forma pública y con participación directa del imputado, las pruebas que se hayan podido recaudar, en aplicación de los principios de inmediación judicial y contradicción de la prueba, (ii) se aplicará el principio de concentración, en virtud del cual las pruebas serán evaluadas en su integridad y de manera global durante una etapa procesal de corta duración que otorgue al juez... una visión de conjunto y le permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas existentes, y (iii) se adoptarán, con igual publicidad, las decisiones definitivas a las que haya lugar respecto de la responsabilidad penal del acusado.

En Sentencia C-591 de 2005, cuando se analizaba la constitucionalidad de las denominadas pruebas tomadas por fuera del juicio oral, se efectuó la siguiente precisión:

(...) el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad ‘que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal’. De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin, el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de las pruebas practicadas en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales.

Más adelante, en Sentencia C-1260 de 2005, la Corte Constitucional reiteró en el mismo sentido lo siguiente: “(...) es la etapa del juicio la oportunidad en que habrán de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba”.

Por lo tanto, según el nuevo sistema, al haberse abandonado el principio de permanencia de la prueba y regir los de concentración e inmediación de la misma en el curso de un juicio público y bajo todas las garantías procesales, lo cual significa que en la etapa de investigación no se practican pruebas sino que, tanto el ente investigador como la defensa,

recaudan elementos materiales probatorios y evidencias físicas que habrán de descubrirse en el momento de la acusación para ser practicadas en el juicio, por lo que no puede considerarse que se violan los principios de publicidad y defensa. (Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2005)

En otras palabras, los principios de concentración y de inmediación de la prueba resultan fundamentales, por cuanto apuntan a que las pruebas practicadas durante el juicio oral sean apreciadas directamente por el operador judicial, con el propósito de que forme su criterio con mayor probabilidad de acierto.

De igual manera, las restricciones sobre la suspensión de la audiencia de juzgamiento y la eventual obligación de repetirla, son manifestaciones de dichos principios rectores que no pueden resultar absolutos en sí mismos, pues deben ser ponderados estrictamente por el juzgador penal:

Sin lugar a dudas, el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas es un componente del derecho al debido proceso, consagrado en los artículos 29 Superior y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en nada se opone a ello, el deber de repetir una audiencia de juzgamiento cuando quiera que el paso del tiempo pueda alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas; más grave aún, cuando el funcionario encargado de emitir un fallo ni siquiera ha presenciado la práctica y controversia de las pruebas.

Ahora bien, frente al argumento del recurso a los medios tecnológicos (audios y videos), la Corte considera que, si bien se trata de herramientas valiosas que han permitido la implementación de un sistema penal fundado en la oralidad, también lo es que se trata de simples instrumentos que no reemplazan la percepción directa que tiene el juez sobre las pruebas. (Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 2010)

Igualmente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de enero 30 de 2008 proferida dentro del asunto de radicación 27192, indicó lo siguiente:

(...) La etapa del juicio se constituye en el eje fundamental del nuevo proceso penal, donde los principios de inmediación y concentración de la prueba se manifiestan en el desarrollo de un debate público y oral, con la práctica y valoración de las pruebas recaudadas y con la

participación directa del imputado. El principio de concentración se materializa con esa evaluación en un espacio de tiempo que le permita al juez fundamentar su decisión en la totalidad del acervo probatorio que se ha recaudado en su presencia.

(...) Desde esta perspectiva resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, tales parámetros se verían afectados si en determinado momento del debate el juez que instaló la audiencia pública debe ser reemplazado por otro.

Dentro de lo presupuestado como esquema penal acusatorio, la posibilidad jurídica de reanudar un juicio oral presidido por un juez diferente al que instaló la diligencia, puede llegar a desconocer y vulnerar los principios procesales de inmediación y concentración, y a distorsionar el papel que el juez está obligado a cumplir dentro del juicio oral que concibe su permanencia de manera imperativa.

Si bien es cierto, la inmediación que se exige del juez va concatenada de manera irremediable con el uso de la tecnología en comunicaciones, está estipulado en el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal, el cual determina:

Que para el registro de la actuación se dispondrá de medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, lo cual quiere decir que es la misma ley la que posibilita que la inmediación del juez no se circunscriba de manera exclusiva a la práctica probatoria en su presencia, sino que es posible acudir a medios tecnológicos garantes del registro cuando circunstancias excepcionales así lo exijan.

El numeral 4º de la norma en comento dispone que el juicio oral deberá registrarse por cualquier medio de audio-video que asegure fidelidad, con el fin servir de elemento probatorio de lo ocurrido en el juicio oral para efectos del recurso de apelación. Así pues, el nuevo sistema faculta a los funcionarios de segunda instancia y a la Sala de Casación Penal a obtener el conocimiento indispensable para resolver sobre el caso en particular, a través de medios técnicos que permitan dirimir los aspectos impugnados, sin que la valoración probatoria que corresponda se vea afectada, por no haber presenciado directamente la práctica de las pruebas.

En Sentencia del 30 de enero de 2008, emitida dentro del asunto de radicación 27192, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia anunció también que:

(...) La oralidad convertida en principio, la inmediación y la concentración, no presentan ruptura. Y no existe ruptura cuando, además, son asegurados por el empleo de medios técnicos que permiten la fidelidad de lo acontecido en los diversos pasos procesales. Medios que, sin asomo de lesión, permiten en segunda instancia y en sede de Casación su examen y valoración.

De igual manera, inexistente es la ruptura, cuando de manera excepcional se acepta la prueba anticipada. Y, con todo, de imposible consideración es la lesión, cuando de una parte se observan los principios mencionados –oralidad, inmediación y concentración- y, de otra, el ejercicio del derecho de defensa tanto del sujeto pasivo de la acción penal, como de la víctima, sin que ellas sientan asomo de vulneración alguna; en este caso, se ha de realizar un delicado juicio de ponderación, sacando adelante el derecho de defensa, pues nos encontramos con el deber de protección de los derechos fundamentales, que no de las formas por las formas mismas.

Es evidente, según las condiciones señaladas, que durante el desarrollo del juicio oral es posible el surgimiento de excepciones circunstanciales que causan el cambio del juez que instaló la audiencia. Por consiguiente, es posible que se imposibilite el cumplimiento de las diligencias con la permanencia requerida y el cabal cumplimiento de los principios de inmediación y concentración que impregna el proceso penal.

Cabe precisar, además, que con el fin de obtener la verdad, durante el desarrollo del juicio oral no se puede someter en exclusiva al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman, puesto que el procedimiento penal no es una diligencia de formas superfluas ni un fin en sí mismo. Por esta razón, con el fin de no destruir la validez del debate, se debe evaluar en cada caso concreto si un error alcanza a perturbar los principios orientadores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías judiciales de los sujetos procesales.

En Sentencia de marzo 4 de 2009 radicación 30645, en el mismo sentido se puntualizó que si bien los principios mencionados hacen parte fundamental del sistema acusatorio, es deber del juez ponderarlos frente a derechos que pueden resultar afectados:

Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias.

Tratándose propiamente de la prueba de referencia, el código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004), define en el artículo 437 dicha figura en los siguientes términos:

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.

Concepto o definición que bajo el análisis de la Corte Suprema de Justicia permite dilucidar los caracteres que deben coexistir, para considerar que se está en presencia de la prueba de referencia:

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. 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.
2. Que verse sobre aspectos que el testigo percibió en forma directa o personal.
3. La existencia de un medio de conocimiento que se ofrece para probar la verdad de los hechos informados en la declaración.
4. Que la verdad que se pretende probar sirva para acreditar aspectos sustanciales del debate como: tipicidad, grado de intervención o circunstancias de atenuación agravación. (Corte Suprema de Justicia, 2008, radicado núm. 27477)

Bajo esta perspectiva, se puede colegir que en la legislación colombiana está prohibido aceptar prueba de referencia, empero se establece un catálogo específico de excepciones cimentado en dos causales: La primera, hace referencia a la falta de

disposición de quien declara; y la segunda, relativa a la existencia de garantías indiciarias de confiabilidad. Dichas causales se suman a la cláusula residual establecida vía jurisprudencial, contenida actualmente en el inciso b del artículo 438, específicamente en el texto que permite la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, cuando quien declara es víctima de un delito como el secuestro, la desaparición forzada o evento similar; es decir, se consagra como una excepción residual de admisión discrecional o facultativa por parte del juez, funcionario que pudiera establecer el recibimiento de la prueba de referencia en situaciones similares a las previstas en las excepciones, como en aquellos casos en que el testigo no se encuentra a disposición de la autoridad judicial por razones de fuerza mayor, aspecto establecido por la Corte Suprema de Justicia en decisión de la Sala Penal así:

La norma introdujo una excepción residual admisiva o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b) al dejar en manos del Juez de conocimiento la posibilidad de admitir la 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. (Corte Suprema de Justicia, 2008, radicado núm. 27477)

Por consiguiente, el derecho procesal colombiano adopta un sistema que se caracteriza por reconocer con generalidad la inadmisibilidad de la prueba de referencia, en procura de respetar siempre garantías procesales como la inmediación, la defensa y la contradicción, reconociendo la vigencia normativa de varias excepciones estipuladas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, dirigidas a que el declarante:

- a) Bajo juramento exprese que no tiene memoria sobre los hechos, afirmación que debe ser corroborada pericialmente; b) Sea víctima de secuestro, desaparición forzada o circunstancia similar; c) Padezca enfermedad grave que le impida declarar; o d) Ha

fallecido. En este sentido, también aplican aquellos casos en que la declaración dada se halle registrada en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Excepciones a las cuales se adiciona la cláusula residual que flexibiliza el inventario de acaecimientos en los que la prueba de referencia resulta admisible, teniendo en cuenta que se cimienta en la necesidad de una interpretación constitucional al artículo 438, atendiendo por consiguiente a los fines fijados al proceso penal; concretamente, a la búsqueda de la verdad como supuesto necesario para la realización de la justicia material:

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. (Corte Suprema de Justicia, 2006, radicado núm. 24468)

Bajo el escenario descrito, la excepcional admisibilidad de la prueba de referencia en situaciones análogas a las establecidas por el inciso b del artículo 428 se sujeta a la observancia de presupuestos como:

- a. 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, y b. Su admisión se debe reducir a verdaderos casos de necesidad, bajo la 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. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de marzo de 2008, Rad. 27477, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán)

De esta manera, se han ido ampliando jurisprudencialmente aquellas circunstancias en las que se faculta la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia:

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. (Corte Suprema de Justicia, 2008, radicado núm. 27477)

Supuestos en los cuales se incluye la indisponibilidad del testigo, siempre que la misma obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización. (Corte Suprema de Justicia, 2010, radicado núm. 32829)

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. (Corte Suprema de Justicia, 2009, radicado núm. 30598)

Dicha indisponibilidad de quien rinde testimonio por razones justificadas debe ser incorporada al juicio mediante acta en la que fue documentada la declaración preliminar del testigo directo, y ante el investigador que participó en dicho acto investigativo y quien pertenece a la policía judicial, lo cual le otorga eficacia probatoria a las entrevistas recibidas por el ente persecutor y acusador en el curso de la indagación e investigación (Corte Suprema de Justicia, 2008, radicado núm. 29609).

No obstante lo anterior, con la admisibilidad de la entrevista dada al policía judicial, no se pretende sustituir el testimonio de la persona en juicio, sino la incorporación de material probatorio relacionado con las manifestaciones perpetradas por el testigo fuera del espacio judicial. El poder persuasivo no penderá de la comparación que se haga de la misma, sino de la confiabilidad que le otorguen otros medios de conocimiento practicados en juicio oral.

El segundo evento a figurar es aquel cuando el testigo no puede atender la diligencia en pleno uso de sus facultades físico-mentales, circunstancia en la cual es posible apoyarse en la prueba indirecta con el fin de que otros relaten lo que él expresó. Como ejemplo, en la situación cuando los menores víctimas de delitos sexuales deben entregar su versión en juicio, caso en el cual se faculta al juez para que con base en una razonable argumentación,

decida si relega el testimonio directo en protección de sus derechos humanos, y se autoriza que sea la versión ofrecida por la prueba de referencia, aquella que se tenga en cuenta, en aras de prevenir la revictimización de la misma (Corte Suprema de Justicia, 2006, radicado núm. 24468).

Es importante resaltar de nuevo que se rechaza la procedencia de la prueba de referencia, salvo en aquellas oportunidades en las que de manera excepcional proceda dicha prueba, en lo que respecta a la acreditación de los elementos del delito como: grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitiva, naturaleza y entidad del daño causado y demás asuntos propios del juicio oral. Por tanto, cuando se trata de la prueba que referencia otros aspectos del proceso, se admite su procedencia con el fin de corroborar la credibilidad de otros medios, en aras de impugnar esa credibilidad, o para acreditar el hecho base que sirve de fundamento a conjeturas indiciarias, conforme con lo establecido en los artículos 437 y 440 de la Ley 906 de 2004 (Corte Suprema de Justicia, 2006, radicado núm. 24468).

Vale la pena advertir, que con la admisión de la prueba de referencia, se afecta el derecho a la contradicción como garantía inquebrantable y protegida a nivel internacional e interno, siendo este el motivo por el que el margen de protección ha aumentado en Colombia por parte de la Corte Suprema de Justicia, a través de sus diferentes fallos:

Destaca la Corporación que el nuevo régimen procesal consagra como regla general la admisibilidad de la prueba testifical directa, es decir aquella que se fundamenta en el conocimiento personal que el testigo haya adquirido en torno un suceso, materia e investigación, acorde con lo dispuesto en el artículo 402 que a la letra reza: Conocimiento personal. 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 la credibilidad del testigo. (Corte Suprema de Justicia, 2006, radicado núm. 24468)

En armonía con lo dicho anteriormente, se releva la vigencia probatoria de principios como la inmediación, en virtud del cual únicamente sólo se apreciarán los contenidos probatorios que se deriven de los medios de conocimiento producidos en juicio,

bajo la oralidad y la contradicción, con la excepción hecha para aquellas pruebas que se generan de manera anticipada (artículo 284 de la ley 906 de 2004), y la prueba de referencia a que aluden los artículos 437 al 441 (Corte Suprema de Justicia, 2007, radicado núm. 25920). De allí, que sea precisamente el principio mencionado el que resulta afectado, así como el derecho a la defensa, especialmente si se considera que la prueba de referencia libera a la parte contra la cual se aduce la posibilidad de su derecho a interrogar al testigo directo de los hechos, lo que genera, por tanto, una trasgresión al derecho de contradicción por la ausencia de confrontación del testigo por la parte contra la cual se aduce este medio de conocimiento.

## **Capítulo II: Aspectos esenciales de la prueba de referencia**

Con el fin de esclarecer la vulneración del principio de no contradicción, una vez se decreta dentro del proceso penal la prueba de referencia por parte del operador judicial, resulta forzoso establecer el concepto de prueba de referencia: la forma en que la autoridad judicial competente le otorga a la prueba y el contenido el principio de contradicción.

La prueba de referencia radica en recoger como evidencia una declaración que se hizo por fuera de la vista a quien se ofrece legítimamente para probar que esa declaración es verdadera, resaltando que no está sujeta a confrontación, motivo por el cual generalmente se excluye dicha prueba del juicio, ya que quien resulte afectado con la declaración no ha tenido oportunidad de confrontar al declarante. Y así, por no existir confiabilidad, y en virtud de su precario valor probatorio, es que dicho elemento no goza de las garantías necesarias que en otras circunstancias produciría un testimonio como las siguientes:

- i) elaborada dentro del tribunal en el que se ofrece como evidencia, ii) bajo juramento, iii) frente a la parte perjudicada por la declaración, iv) frente al juzgador que ha de aquilatar su valor probatorio y, v) sujeta al conainterrogatorio por las partes que tengan a bien hacerlo. (Chiesa, 2005, p.565)

En este orden de ideas, Bedoya Sierra hace un análisis de la sistemática inquisitiva en la que se aplica la tarifa legal y de la sistemática acusatoria, afirmando que:

El derecho a la confrontación integra sin duda el proceso debido, así la mera literalidad de la norma no permita leer, probablemente porque siempre se ha abordado en infecundo procedimentalismo toda vez que la doctrina y la jurisprudencia nacionales poco se han ocupado de él; siendo importante analizar aspectos como la consagración formal y material del Derecho a la Confrontación, así como sus elementos estructurales, límites y alcances, incidencia, credibilidad que puede surgir de su ejercicio y resultados de la confrontación de la prueba anticipada, lo cual permitirá concluir que el decreto excepcional de la prueba de referencia vulnera sin dubitación alguna el principio de no contradicción e intermediación. (Bedoya, 2013, p.156)

Del mismo modo, Nisimblat (2012) indica:

El juez debe tener inquebrantable contacto con el proceso y las partes que allí participan, es decir, el juez tiene la responsabilidad de socializar todo aquello que hace parte de la actividad judicial, lo cual no expresa que el juez deba realizar ciertas actividades propias de la parte, pero sí constituye un deber de conocimiento, permeabilización y por supuesto de sensibilización, en la medida en que es él quien tendrá la facultad de zanjar a favor de una parte o de otra, aquello que no ha sido resuelto fuera de la litis. De ahí que la doctrina ampare la existencia de una audiencia con intermediación, donde en abierto respeto por la dignidad humana, aparece el juez como rector y conductor de la actividad procesal, ya que el juez que no conoce el proceso no tiene las herramientas necesarias para fallar". (Nisimblat, 2012, p. 35)

### **Principio de contradicción**

Toda persona tiene el derecho a controvertir acontecimientos y alegaciones que se manifiesten en su contra y, en tal sentido también, las decisiones judiciales, los dictámenes especializados, los procedimientos utilizados en pruebas periciales y, en general, toda actuación que se genere en perjuicio o beneficio de la parte (Nisimblat, 2012). Motivo por el que en el ordenamiento penal interno se garantiza, que mediante la realización de determinados actos procesales como: la posibilidad de interponer recursos, los peritajes, las pruebas aportadas y las alegaciones, entre otras, se garantiza el derecho a la contradicción mediante la raigambre constitucional que hace parte inescindible del debido proceso. Esto significa que un alegato o prueba no controvertida o un dictamen no socializado, impide la

realización efectiva del derecho al debido proceso, siendo este el motivo que conlleva a preguntar: ¿Cómo solucionar el conflicto: prueba de referencia contra principio de no contradicción?

Interrogante que es resuelto inicialmente por Alexy así: “Las normas de derecho fundamental son aquéllas directamente establecidas por la Ley Fundamental, indicando además que existen normas de derecho fundamental que no están señaladas directamente dentro del texto constitucional, sino que están adscritas a las normas expresas” (Alexy, 2012, p. 48). Así mismo:

Una norma de derecho fundamental, puede ser principio o regla; y así, se puede decir que los principios son normas que ordenan que algo se realice dentro de las posibilidades jurídicas existentes; en cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige, concluyéndose así que las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. (Alexy, 2002, p. 83-87)

De acuerdo a lo expuesto, cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo: de un lado, introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto; y de otro, declarando inválida una de las reglas a través de dogmas como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. “En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas” (Alexy, 2012, p.88-89). Entretanto, el conflicto entre principios es un problema que se resuelve ponderando a cual principio se le debe dar un mayor peso, motivo por el cual se habla de que bajo ciertas circunstancias, un principio *precede* a otro, o lo que Alexy llama la *ley de colisión*.

Para Zarate: “Esta *ley de colisión* es fundamental ya que irradia que los principios son mandatos de optimización entre los que no existen relaciones absolutas de precedencia y, por tanto, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables, denotándose de esta manera que la Ley Fundamental alemana establece por lo menos un principio absoluto:

"La dignidad humana será inviolable"<sup>14</sup>, indicando entonces que la dignidad humana puede ser tratada o bien como regla o bien como principio. (Zarate, 2007, p.367-106),

Entonces, cuando la norma de la dignidad humana es tratada como regla, la cuestión a analizar es si la norma es violada o no. Sin embargo, y teniendo en cuenta que dicha norma es vaga, existe un amplio espectro de respuestas viables a esta pregunta, aseverándose que no es posible dar una respuesta general a la pregunta, de en qué circunstancias se viola la dignidad humana, sino tener en cuenta el caso concreto, indicando por tanto que existe la posibilidad de ponderación (Alexy, 2002). Así mismo, el autor asevera enfáticamente que:

“La dignidad humana en sí misma no es absoluta, pues el hecho de que bajo determinadas condiciones, dicho principio preceda a todos los demás, no implica que éste sea absoluto sino que casi no existen razones jurídicas y constitucionales impávidas para una relación de preferencia en favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones”. (Alexy, 2002, p. 107-109)

De otro modo, “para que la ponderación entre diversos principios siga siendo racional, se formula una *ley de ponderación*, motivo por el cual la medida de satisfacción o de afectación de uno de los principios deberá pender del grado de valor que se le otorga a la satisfacción del otro (Zarate, 2007, p. 368); esto, a partir de la definición de principio, es decir, de aquello que es ordenado por el principio que fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos y en tal modo, se trata es de una tarea de optimización con cuya ayuda pueden ser resueltos los casos.

## **2.1. La prueba como derecho fundamental**

En la prueba como derecho subjetivo, en el que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro, es el juez quien actúa como

---

<sup>14</sup>Indica el alto Tribunal Constitucional que: el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881 de 2002).

funcionario judicial garante obligado a ello. Esta exigencia, de conformidad con el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución Política, consiste en la exposición de pruebas y en la contradicción de las que se alleguen en su contra, en aras de obtener el interés material que se demanda o se defiende. Dicho aspecto permite fijar la validez tanto formal como material de las normas jurídicas procesales del orden legal.

El carácter fundamental de la prueba tiene soporte en la inherencia del derecho a la persona, lo que comporta su aplicación directa debiendo ser regulado mediante la ley, y de los que no pueden ser objeto de suspensión durante los estados de excepción. Puede decirse que este derecho tiene un contenido esencial, que consiste en la facultad de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los supuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio.

Inexcusablemente, la prueba como medio de convicción se construye dentro del contenido del derecho a probar, que agrupa ingredientes como: asegurar las fuentes de prueba, solicitar medios de prueba y su práctica y valoración por parte del juez de conocimiento, incluyendo además la posibilidad de plantearle a este argumento de prueba y contradecir los que aduzca como fundamento de su convicción. Siendo entonces el contenido esencial de este derecho, el enlace o la unión entre el derecho adjetivo y el derecho material, son las instituciones procesales y sus garantías los condicionamientos de legitimidad de la determinación del juez sobre la verdad jurídica y fáctica. Por tanto, dichas garantías suelen ser, sin duda alguna, herramientas de validez constitucional que soportan la decisión del juez sobre la verdad jurídica y fáctica.

La confrontación de testigos y peritos es el eje fundamental del derecho al debido proceso y una de las principales manifestaciones del derecho a la defensa. De esta manera, se constituye en un instrumento de carácter probatorio fuerte en favor de los procesados por un delito; oportunidad que se describe como aquella posibilidad de interrogar o examinar a los testigos o peritos que aportarán información que involucre su responsabilidad.

El núcleo central de este derecho consiste, entonces, en conceder la posibilidad al procesado de controvertir la información aportada por testigos y/o peritos opuestos en juicio, cumpliendo este derecho dos funciones: La primera, asegurar que el acusado participe activamente dentro del juicio y pueda influir en el convencimiento de la autoridad competente, es decir, que la decisión en relación con la prueba presentada reafirme su

defensa; y la segunda, se constituye para asegurar una decisión de mejor calidad del juzgador, puesto que la información aportada en el interrogatorio del acusado permitirá contar con más elementos y mejorar la apreciación de credibilidad del testigo y/o perito, para favorecer una decisión judicial apoyada en información de una calidad mayor.

En tal sentido, el derecho a la confrontación juega un papel institucional propio, asegura el cumplimiento adecuado de su deber de establecer la verdad y resuelve las controversias existentes. Así, se constituye en un motivo por el que la transgresión de este derecho no sólo perjudica al inculcado sino a la sociedad, toda vez que entorpece las condiciones de producción de la prueba, restando la posibilidad de error en la decisión judicial.

De modo similar, es deber del operador judicial y de los defensores prever por la aplicación de los principios constitucionales promovidos y consagrados en la Ley 906 de 2004, en lo que respecta específicamente a la prueba de referencia, pero también, debiendo observar el derecho de las víctimas a que se conozca la verdad. En esta instancia, se debe corroborar el cumplimiento de los estándares internacionales mediante un control de convencionalidad sobre en la aplicación de estos, pues este es la herramienta que permite a los estados concretar la obligación de garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 que consagra el testimonio como prueba directa, al establecer en el artículo 402, que: "...el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir", disposición entrelazada con el artículo 16 de la misma normatividad en el que se consagra el principio de inmediación, resaltándose que en materia probatoria el contenido de la exposición del testigo se asienta en lo escuchado y visto personalmente sin intermediarios, en aras de no fragmentar el vínculo inmediato y directo que debe existir entre quien percibe y el objeto de percepción.

En cuanto a la experiencia adversarial chilena, que se ajusta al caso colombiano, podemos citar:

La primera cuestión en despejar, aun cuando sea un tanto obvia en la lógica de un sistema acusatorio, es que la regla general del sistema sólo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, sometiéndose a las reglas de examen y contra examen. Su declaración personal no puede ser sustituida o reemplazada por la lectura de actas anteriores en las que consten versiones previas de la misma. En este esquema, un testigo o la prueba testimonial jamás podrá ser la lectura de un acta o protocolo en el cual consta una declaración prestada en forma previa ante algún órgano del sistema (fiscalía o tribunal, por ejemplo). Solo es testigo y puede ser valorada como prueba testimonial la declaración prestada en juicio por la persona que comparece al tribunal bajo el formato de presentación de la prueba testimonial (examen directo y contra examen). (Baytelman & Duce, 2005, p. 108)

Amparado en el principio mencionado, únicamente se considerarán pruebas aquellas que se han practicado en desarrollo del juicio oral y público, a través del ejercicio del derecho de contradicción, salvo cuando se admite de manera residual la prueba de referencia que vulnera las garantías y principios legitimadores del proceso penal, consagrados en los artículos 250 numeral 4 y 4 de la Constitución Política de Colombia, cuando expresa: *La Constitución es norma de normas*, lo que hace que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se apliquen las disposiciones constitucionales.

Es por lo anterior, que el derecho a ejercer contradicción en el proceso penal colombiano se ve menguado con la incorporación de los artículos 437 y 438 de la Ley 906 de 2004, concretamente en lo que respecta al literal b del artículo 438, siendo este el punto neurálgico de la prueba de referencia, sobre todo en aquellos sucesos en los que el testigo es víctima de secuestro o desaparición forzada, más aun si se tiene en cuenta lo manifestado por Parra Quijano: “Si percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción estará regida por la atención; la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio” (Parra, 2011, p. 67), quien insiste en la percepción inmediata y directa de la prueba por parte del juez para llegar a la verdad.

El principio de inmediación hace parte del procedimiento instituido por la Ley 906 de 2004 soportado en el artículo 250 superior, que alude que el juez deberá tener en cuenta

como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. Exigencias que surgen de los principios de publicidad, contradicción e inmediación (artículos 377, 378 y 379 de la Ley 906 de 2004), los cuales a su vez tienden a aplicar los principios rectores de que tratan los artículos 15, 16 y 18, cuyo establecimiento acaece del precepto constitucional definido por numeral 4 del artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002, conforme al cual el acusado tiene derecho a un juicio público oral con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y rodeado de todas las garantías.

Sin embargo, se disminuye su efecto cuando es permitida la prueba de referencia y según lo preceptuado por el artículo 437 CPP, solo es admisible en casos excepcionales enunciados rigurosamente en la ley y, en este sentido, al restringir su admisibilidad, la sentencia condenatoria no podrá cimentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Teniendo en cuenta que no siempre se cuenta con los testigos en la audiencia de juicio oral, deberá acreditarse en términos razonables la imposibilidad de recaudar la prueba testimonial de la persona que percibió los hechos. De esta manera, y por razones constitucionales en torno a la justicia material, se concede cierto grado de validez a la prueba de referencia que se conoce también como testigo de oídas, y es admisible en el artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando se acredite la imposibilidad del testigo en esas exigencias de la norma, condicionando la pertinencia, el decreto y posterior práctica excepcional de ese testimonio.

Lo anterior, pese a que el artículo 375 de la Ley 906 manifiesta que el elemento material probatorio o la evidencia física es pertinente cuando se refiera a circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible y a sus consecuencias, ya sea directa o indirectamente, así como a la identidad o responsabilidad del acusado. y solo sirvan para hacer más o menos probable los hechos derivados del mismo.

Es relevante anotar que la prueba indirecta resulta inválida para desvirtuar la presunción de inocencia, pues siempre será necesaria la existencia de otros medios de conocimiento; es decir, aunque la norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, no basta por sí misma o junto con otros medios probatorios de la misma naturaleza para edificar un fallo de condena, pues se ha instituido una tarifa legal negativa (Corte Suprema de Justicia, Proceso núm. 30598 de 2009). Lo que se quiere decir es que para emitirse una sentencia, deben existir otras pruebas que permitan soportar la sentencia

condenatoria que conllevaría a la configuración de un error de derecho. La premisa anterior tiene asidero en la siguiente afirmación:

En el sistema penal con tendencia acusatoria no pueden aceptarse verdades incompletas ni imponer sanción con fundamento en suposiciones, por ello, su contenido debe ser analizado de manera conjunta con otros medios de conocimiento y bajo los lineamientos de la sana crítica, ello tiene soporte en la no confiabilidad de la prueba de referencia, lo que significa que probatoriamente, pierde eficacia ya que es una evidencia precaria, incapaz por sí sola de producir certeza. (Corte Suprema de Justicia, proceso número 30598 de 2000)

Por otra parte, están las víctimas a la espera de justicia, verdad y reparación que no logran materializar el goce efectivo de sus derechos, en razón, por ejemplo, a la no comparecencia de los testigos por situaciones propiciadas por los mismos acusados en torno a que no se conozca la verdad, lo que hace que el principio de contradicción, inmediación y publicidad sea superior a sus derechos generando impunidad.

Es por estas consideraciones que el derecho a la confrontación necesitará de un proceso cuidadoso y paulatino, que deberá estudiarse sobre la manera cómo puede ser restringido este derecho cuando entra en tensión con: los derechos de las víctimas, el interés del Estado y de la sociedad en combatir las diferentes formas de delincuencia y la efectiva protección a los testigos para lograr su presentación en la audiencia de juicio oral (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371 de 2011).

Bajo esta perspectiva, es una necesidad para los operadores judiciales investigar sobre la admisión de la prueba de referencia en lo que respecta a aspectos como: principios rectores que se vulneran al decretarla, alcances de la misma al momento de valorarla por parte del juez de conocimiento en el momento de proferir una sentencia y en la imperiosa necesidad de conocer la verdad por parte de las víctimas.

Al mismo tiempo, se encuentran inconvenientes en ciertos delitos, especialmente en los de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializado, debido a la gravedad de las conductas investigadas y el perfil de los acusados. Lo anterior, en razón a que los testigos una vez instauran la denuncia y se practican actos de investigación por parte de la policía judicial (como las entrevistas) y se formula la acusación (etapa en la que se hace el descubrimiento probatorio en algunos casos), los acusados propician las condiciones para

que tanto víctimas como testigos directos no comparezcan a las audiencias de juicio oral, viéndose avocados los fiscales a hacer uso del artículo 438 literal b de la Ley 906 de 2004. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 24468 de 2006)

Para determinar si se está frente a una prueba de referencia, se debe tener en cuenta que la declaración sea realizada fuera del juicio oral, y sobre aspectos que en forma personal haya percibido el declarante; que exista, además, un medio de prueba como evidencia para probar la verdad de los hechos que se pretenden hacer valer, y esta verdad tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate, relacionados con: la tipicidad de la conducta, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas y el grado de intervención en la conducta delictiva. (Corte Suprema de justicia, Proceso 19561 de 2006)

En esta misma línea advierte la Corte que frente a una prueba de referencia se deben analizar los siguientes presupuestos:

1. Debe ser un testigo de primer grado, es decir, debe poder narrar lo que escuchó directamente;
2. Es necesario que el testigo identifique a su fuente de conocimiento, para que en desarrollo del proceso el juez intente su comparecencia al juicio;
3. Se deben instituir las condiciones en que el testigo directo transmitió los hechos; y finalmente,
4. Deberán concurrir otra clase de medios que acrediten que lo referido al testigo indirecto le fue transmitido en la forma como este lo rotulo. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 40702 de 2013)

En este sentido, solo será admisible la prueba de referencia cuando el declarante exteriorice bajo juramento que ha perdido la memoria, afirmación que debe ser corroborada mediante un peritaje; así por ejemplo: cuando es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; cuando padece de enfermedad grave que le impide declarar; cuando es menor de edad y víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; o cuando ha fallecido, mostrando además que la admisión excepcional de la prueba de referencia no afecta el espíritu de los principios de inmediación y contradicción, ya que su incorporación en el juicio atiende a parámetros que a través de la jurisprudencia limitan su uso y aplicación.

Entretanto, (Decastro, 2005) manifiesta que no deben ser introducidos los documentos relacionados por el testigo que declara en juicio, ya que el uso del documento como prueba sustantiva se da cuando el hecho en él contenido, se pretende comprobar como fin en sí mismo, y no con la declaración de testigo que funge como medio para acreditar el documento. De igual forma, asevera que los documentos se pueden utilizar para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad de los testigos, y tratándose de peritos, sirve para fundamentar o aclarar sus respuestas; situaciones en las que no se introducen al juicio sino que se simplemente se utilizan con esas expresas finalidades, siendo la declaración o testimonio la prueba como tal.

Resulta entonces erróneo interpretar los precedentes de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que respaldan la incorporación al juicio oral mediante la simple lectura de manifestaciones anteriores como prueba de referencia. Es decir, para probar la verdad de lo allí señalado, toda vez que el sentido de dichos precedentes es aprobar las manifestaciones previas como complemento del testimonio cuando el testigo, en un interrogatorio siguiente a la lectura de las mismas, retoma en el juicio oral el contenido de verdad plasmado allí y lo hace parte de su declaración. Esta afirmación significa que la prueba no es la declaración previa autónomamente, sino que su contenido fue retomado por el testigo en el testimonio rendido en el juicio oral.

(Elizabeth Hincapié & Julián Peinado, 2009) indican que la apreciación permite efectivizar el fin de la prueba, la cual le muestra al juez la preeminencia de los elementos probatorios y el nivel de confianza que ellos dan. Muchas veces la prueba falla al imprimirle certeza al juez, por lo cual se debe optar por la absolución, pero es la apreciación de la prueba la que revela al juez en qué estado se encuentra; si está en duda o es certero, por eso, el fin de la interpretación de la prueba siempre se logra.

Nunca un conjunto de elementos de juicio, por grande y relevante que sea, permitirá lograr convicciones racionales sobre la veracidad de una hipótesis, así, el estándar: *Más allá de duda razonable*, se ha convertido en una premisa superflua, adquiriendo el contenido de la certeza objetiva. Hablar de estándar de prueba más allá de toda duda razonable resulta utópico, sobre todo si se tiene en cuenta la impredecibilidad de los hechos, las pruebas y las demás circunstancias que dan lugar al sometimiento de un ilícito.

Nos preguntamos entonces, ¿Qué es lo que sucede en segunda instancia? (Urbano Martínez, 2009) advierte que la pilastra infranqueable del nuevo proceso penal colombiano está determinada por una revolución probatoria, que impone una ruptura con el principio de permanencia de la prueba y que exige apoyar la sentencia únicamente en la prueba practicada en el juicio, respetando los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración. Sin embargo, se admiten situaciones excepcionales en las que se pueden allegar pruebas practicadas fuera del juicio, lo cual no determina la dinámica de las audiencias preliminares cumplidas ante los jueces de control de garantías, volviéndose su alcance limitado tratándose de la segunda instancia de audiencias preliminares y del juicio.

Sin discusión alguna, la prueba de referencia constituye una excepción a la regla general del procedimiento penal colombiano, ya que contraría el principio de inmediación, dificultando la materialización de la contradicción y alterando las exigencias de la concentración para que en un tiempo continuo de audiencia oral, se lleven los hechos al proceso a través de pruebas recibidas de manera directa. (Velayos Martínez, 1998, p. 88)

Excepción que el Alto Tribunal Constitucional ha admitido junto con la prueba anticipada, motivo por el que ambas figuras podrán ser estimadas por el juez de conocimiento en juicio oral, aun cuando incompatibles con el sistema acusatorio que indica que no se podrán admitir constitucionalmente excepciones al principio de inmediación como pilar fundamental del sistema. (Riveros & Encinales, 2011, p. 10)

El hecho de aducir una prueba como de referencia no implica que se deseche su contenido probatorio, inclusive la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de febrero de 2007, estableció que en desarrollo de la prohibición contenida en el artículo 381 del ordenamiento procesal penal en virtud del cual una sentencia condenatoria no podrá tener como base una prueba de referencia, es posible determinar que dicha prueba no carece de contenido probatorio, pero sí tiene un valor probatorio menor.

Así las cosas, el soporte normativo internacional de la garantía de la segunda instancia, del fallo condenatorio, no dice nada en relación con la práctica probatoria en dicha instancia, motivo por el cual ese aspecto queda librado a la normatividad interna de

cada uno de los Estados. De cualquier manera, la competencia del superior se amplía a los aspectos jurídicos, fácticos y, por supuesto, a los probatorios del fallo recurrido.

Urbano Martínez afirma que:

El principio de inmediación se ajusta en segunda instancia pues el superior no refrenda las pruebas ni practica nuevas, pero se cumple respecto de las intervenciones tanto recurrentes como de no recurrentes; por consiguiente, las bases probatorias para resolver el recurso de apelación son las mismas del a quo, y por tal motivo, el recurso de apelación no constituye únicamente una instancia de revisión de la validez del proceso sino también un escenario apropiado para establecer la rectificación de los elementos fácticos y jurídicos de la decisión; postura que resulta conforme con los estándares internacionales del derecho a la segunda instancia y es coherente con el hecho de que en el ordenamiento jurídica interno, la valoración probatoria no ha sido ajena a los medios de impugnación de las decisiones judiciales, aunque con la existencia de los límites obvios. (Urbano Martínez, 2009, p.110)

En Colombia, el recurso de apelación no constituye sólo una instancia de revisión de validación del proceso, sino además un espacio apto para determinar la corrección de los fundamentos fácticos probatorios y jurídicos de la decisión, reconociéndose en este caso que: “Dado que estamos en un sistema de civil *law*, la valoración de la prueba es controlable por un juez superior, tanto en apelación sin límites, como en casación con límites” (Gómez, 1985, p. 13).

Así como también expresa Urbano frente a la idea que el superior tiene una profunda competencia para solventar el recurso de apelación:

(...) el recurrente aspira a que el superior del juez de primer grado determine si la prueba practicada en el juicio verdaderamente acredita la estructura típica del comportamiento por el que se procede y si desvirtúa más allá de toda duda razonable la presunción de inocencia del acusado. En ello consiste la garantía que le asiste al procesado en primera instancia ya que si la competencia se circunscribiera a la determinación de la validez del proceso, en estricto sentido no habría segunda instancia sobre la condena impuesta por el juez de primer grado pues, acreditada esa validez, su decisión se tornarían definitiva.

(...) el superior puede soportar la apelación pronunciándose sobre la validez de la actuación y sobre la procedencia de la absolución o la condena con fundamento en las pruebas practicadas en primera instancia. (Urbano, 2009, p. 105)

Bajo esta misma orbita, el juicio oral y la inmediación judicial deben ceder ante la garantía del derecho al recurso, y no al revés, como señala Valenzuela citando a Luigi Ferrajoli: "Es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista" (Valenzuela, 2013, p.727). Dicha premisa se afianza en lo asentado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando hace referencia a la idea que el medio de impugnación debe ser eficaz, de tal manera que se pueda observar lo fáctico, lo probatorio y lo jurídico.

De lo anterior se desprende que:

No es de fácil concreción probatoria las exigencias del proceso justo que contiene todas las garantías judiciales estipuladas en la ley. No obstante, es necesario equilibrar los intereses contrapuestos atendiendo a los derechos fundamentales y a los valores superiores que participan en el ordenamiento jurídico, para lo cual es esencial tener en cuenta los lineamientos de proporcionalidad y ponderación, con lo cual en ningún caso podrá haber restricciones excesivas e injustas. (Bujosa Vadell, 2008, p. 70)

## **2.2. Características de la prueba de referencia**

Conforme lo previsto en el artículo 437 del ordenamiento procesal penal, son pruebas de referencia las declaraciones recibidas por fuera del debate oral que se utilizan para: a. Acreditar o excluir elementos de configuración del delito, b. El grado de intervención en la comisión del mismo, c. las circunstancias de atenuación o agravación que condicionarán la imposición de la pena, d. La naturaleza y entidad del daño y e. Cualquier otro asunto propio del juicio oral, siempre que no sea posible su consolidación en condiciones de normalidad ante el juez en la audiencia del juicio oral.

Así, la prueba de referencia encarna una deleznable excepción a la regla general establecida en la legislación procesal penal, pues es contraria al principio de inmediación, entorpeciendo de forma aguda la contradicción y perturbando las exigencias del principio

de concentración, para que, en un tiempo perenne de la audiencia oral, se transporten los hechos al proceso a través de pruebas que los establezcan de modo directo. (Velayos Martínez, 1988, p. 88)

Por lo anterior, uno de los contenidos que suscita incertidumbre en el funcionamiento del sistema penal colombiano, lo constituye la admisibilidad de la prueba de referencia. De una parte, se encuentra la ineludible aplicación de garantías fundamentales como: el debido proceso, la defensa, la contradicción, la inmediación, la concentración y la oralidad, que gobiernan el proceso de tendencia acusatoria. De otra parte, los derechos de abolengo constitucional de las víctimas, especialmente el derecho que se reconoce a las mismas para acceder a la verdad y a la justicia, así como a la realización de un fin constitucionalmente legítimo, como lo es la realización de la justicia material.

De allí la necesidad de esclarecer las reglas para orientar la admisibilidad de la prueba de referencia, ello de la interpretación que se desprende de lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia, pues dicha prueba debe atender a los fines constitucionalmente perseguidos y la observancia de las garantías debidas a todos aquellos que participan en el proceso; es decir, aun cuando se erige como medio de conocimiento válido, no es incondicionada su admisibilidad y debe estar fundamentada en razones, motivos o argumentos que justifiquen su acogimiento.

Los derechos fundamentales, como bien lo ha reconocido el alto Tribunal Constitucional, no pueden ser absolutos, toda vez que los mismos admiten restricciones que dentro de la proporcionalidad y ponderación posibilitan la obtención de un fin que es constitucionalmente legítimo. De esta forma, se deduce que frente a la actividad legislativa, siempre que se emitan disposiciones que introduzcan una limitación a un derecho fundamental, se debe establecer si la limitación es legítima, necesaria y útil para alcanzar un fin constitucional, y en la acción judicial se adopte a la proporcionalidad como criterio de corrección funcional (Corte Constitucional, C-822 de 2005).

Aun así, suele esgrimirse como una de las razones para rechazar la admisión de la prueba de referencia, la afectación que esta involucra frente al principio de inmediación, pues despoja al juez del contacto directo con las fuentes de prueba, eliminándose de paso la

posibilidad de que el juzgador pueda colegir premisas de la actitud, comportamiento del testigo y, por supuesto, de su lenguaje gestual.

Como bien lo indica Perfecto Andrés Ibáñez:

Se instituye como complemento de las expresiones verbales y aserciones que hace el mismo; practica que ha sido cuestionada por la sicología experimental por los riesgos que representa, entre otras razones por la ambigüedad que dichas manifestaciones presentan, ya que el juez no cuenta con la información y formación suficiente y adecuada para su análisis, de allí que dicha investigación haya concluido que la idea atinente a que la expresión corporal ofrece elementos de juicio para valorar el testimonio, es errónea, procurándose de esta manera porque el juzgador se atenga a la evaluación de los contenidos de la alocución, evaluando su estabilidad y coherencia interna, como la que registra con los restantes medios de conocimiento allegados al proceso, en búsqueda de elementos de ratificación. (Ibáñez, 2009, p. 58-59)

De esta forma, se colige que el problema que registra la prueba de referencia atañe al poder persuasivo que ofrece la misma, habida consideración de sus peculiaridades, y no a su legalidad o licitud. Por tanto, la admisibilidad de dicho instrumento no puede ser la regla general, pero tampoco enmarcarse en unos supuestos abstractos establecidos por el legislador exclusivamente, toda vez que se hace forzoso robustecer su admisibilidad para establecer una clausula residual incluyente, que le permita al operador judicial determinar facultativamente la admisibilidad de la misma en eventos en que, de manera razonable y fundada, se establece la dificultad en que se encuentra la parte que brindó el testimonio de hacer comparecer al órgano de prueba, en aras de proteger los derechos fundamentales y garantías procesales de todos los intervinientes en el proceso, y viabilizar la producción de un fin constitucionalmente legítimo que es la realización de la justicia material.

Cabe resaltar el concepto de prueba testimonial, que según Martínez es: “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” (Martínez, 2006, p. 408). Concibiendo, así mismo, la Corte Suprema de Justicia que por testimonio se debe entender: “(...) los hechos, circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la

autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 24468 de 2006).

Por lo anterior, representa por excelencia una de las más trascendentales fuentes para la autoridad judicial, pues a través de este medio probatorio, el juez conoce de forma directa los hechos jurídicamente relevantes con lo que se puede demostrar la autenticidad de la evidencia física, o conocer las actividades de los peritos para mejorar el conocimiento o comprensión de los hechos.

Para Bedoya: “Esta figura presenta problemas en el devenir del proceso en lo que se refiere a su confiabilidad, ya que el conocimiento que transmite el testigo puede estar viciado de prejuicios, intereses e inconvenientes en la percepción, rememoración o interpretación, entre otros” (Bedoya, 2008, p.43). Para citar un ejemplo, específicamente se trata cuando se expone lo sucedido en la comisión de delitos sexuales, ya que en algunas situaciones los victimarios pertenecen al núcleo familiar de la víctima, lo cual hace difícil el análisis del testimonio, conforme lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico respecto al deber de rendir testimonio: “Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales” (artículo 383 de la ley 906 de 2004), aunque con las excepciones previstas en la Constitución y la ley (artículos 33 de la Constitución y 8 de la Ley 906 de 2004).

Sobre el punto en mención, la Corte Suprema de Justicia, en Providencia del 30 de marzo de 2006, radicado 24468, analiza la dificultad para desenmarañar las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se cometieron delitos sexuales de quienes sean víctimas menores de edad, subrayándose la importancia de la información, que no da cuenta directa de los hechos, toda vez que puede contribuir al esclarecimiento:

“Es claro que en el caso que concita la atención de la Sala el señalamiento acusatorio de la menor está refrendado por otras pruebas a las que se sustrajo en su análisis el fallador o las valoró en forma errada, como el dicho del hermano menor de la víctima, quien confirmó que el procesado cuando estaba con Y.T.E.A., lo enviaba a hacer un mandado o a cambiar un billete, de lo cual se infiere indiciariamente que buscaba la oportunidad para quedarse a

solas con su nieta y llevar a cabo los actos libidinosos, ratificando la versión de su consanguíneo”. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Proceso No. 24468 de 2006)

En casos como el mencionado anteriormente, la decisión de excluir de la entrevista al menor deja sin fundamento probatorio el proceso penal, lo cual detiene la realización y materialización de los derechos a la verdad, justicia y reparación. Por supuesto, siendo la única prueba de los hechos, se elimina el argumento con su soporte para plasmar en el fallo una condena, es decir, si la entrevista se desarrolló en un ambiente de confianza en compañía del representante legal y el perito, este elemento probatorio que se pretende introducir, a través de la prueba de referencia, no resulta insuficiente.

Y si sumamos otros medios probatorios allegados, como los diferentes dictámenes periciales y testimonios de referencia de familiares, psicólogos, terapeutas, trabajadores sociales, profesores, es decir, la exigencia que en ocasiones hacen las autoridades judiciales sobre la comparecencia del menor a juicio oral, resulta irrelevante si con anterioridad ya lo ha entregado con la protección de todos sus derechos fundamentales, y si finalmente la prueba de referencia se introduce al juicio de forma correcta, respetándose el derecho de contradicción al acusado.

En definitiva, el interés superior del menor exige el cumplimiento del deber de abstenerse a adoptar decisiones y actuaciones que afecten los derechos del menor (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408 de 1995), lo cual hace que el Estado asuma un compromiso que garantice el bienestar del menor y, en consecuencia, situar las acciones y medidas necesarias a fin de mitigar su situación de debilidad.

## **Conclusiones**

El derecho a la prueba es fundamental en consideración a la relación intrínseca con la persona debido a que, en gran medida, la existencia de aquella depende del valor de la verdad que le otorguen los jueces, lo cual denota la consagración de una posición natural de las personas frente al operador judicial, para exigirle a este el aseguramiento, admisión, práctica y, por supuesto, la valoración de la prueba. Además, de tener como exigencia para el juez evitar todo tipo de impedimento o dificultad, ya sea legal o de hecho, para poder realizar su ejercicio efectivo.

Sin embargo, vale manifestar que a raíz de la evolución del esquema procesal y probatorio penal en Colombia con fundamento en el reconocimiento de los Derechos Humanos en el ámbito nacional, se ha permitido que el legislador, el juez, el representante del ente acusador y el defensor, dinamicen cada una de las etapas del proceso penal. En tal sentido, cuando el legislador consagra el carácter excepcional de la prueba de referencia, trata de solucionar el dilema de su valoración probatoria.

En este orden de ideas, pese a la restricción impuesta a la prueba de referencia, puede en algún momento llegar a esclarecer dudas y permitir al juez obtener la verdad material que garantice la aplicación correcta de los principios constitucionales y procesales, por lo que este tipo de pruebas no pueden ser ni generadas ni elegidas al azar.

Así pues, la jurisprudencia nacional permite comprender el alcance de la prueba analizada, que muchas veces esta en contravía de los estándares internacionales frente a lo que debe entenderse como prueba, siendo su pilar fundamental el marco constitucional, para buscar siempre que los valores de la verdad y la justicia material sean los que triunfen en el proceso penal.

De lo analizado se puede determinar que las principales características de la prueba de referencia son: a) declaración fuera del juicio, b) admisibilidad excepcional, c) poder suasorio restringido y, d) encaminada a probar aspectos sustanciales del debate. Dichas características están encaminadas de manera directa con la confiabilidad de la misma y la negación de principios preponderantes en el sistema penal acusatorio, tales como la inmediación y la contradicción. Este último, como componente esencial del derecho fundamental del derecho de defensa y el debido proceso, debe su trascendencia a la incidencia que tiene en la definición de la suerte de la persona, en punto de responsabilidad o ausencia de ella. Es decir, de condena o absolución, de prisión o libertad. Por tanto, la producción de la prueba, desde su recolección hasta su valoración, pasando por su práctica, requiere el máximo rigor en procura de su licitud, legalidad y correcta aducción, realizados siempre en el marco del respeto por las garantías fundamentales y los derechos humanos.

Lo anterior no impide entonces que en desarrollo del proceso se pueda controvertir a) atacando los elementos materiales probatorios que justifiquen la imposibilidad de

asistencia a juicio del testigo directo, b) controvirtiendo previa valoración del juez, la incorporación de documentos o testimonios validados como pruebas de referencia, atacando por ejemplo la credibilidad del testigo, y c) en lo que respecta a documentos históricos o escritos, se pueden atacar las condiciones del testigo al momento de insertar la información o también al documento en sí mismo, haciendo alusión por ejemplo a las enmendaduras o a la autenticidad.

En este punto, se reconoce que la jurisprudencia admitió que algunas garantías procesales, entre ellas el derecho de defensa y contradicción, no son autoritarias; lo que significa que pueden llegar a ser delimitadas por el legislador, siempre que no se vea menoscabado su núcleo esencial. Es decir, que la limitación debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que no desechen o abandonen otros Derechos Humanos como la igualdad. Este concepto, que también comparte la Corte Suprema de Justicia, afirma que el principio de investigación integral está ligado con el de oficiosidad lo que le impone al funcionario la carga procesal de investigar, tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del procesado; y segundo, porque tratándose de un asunto vinculado con el derecho de defensa, la trascendencia y pertinencia de la prueba resultan cruciales para destacar la infracción de la garantía que se estima vulnerada.

Cabe recordar, además, que el juez al momento de valorar la prueba de referencia se enfrenta muchas veces a los derechos fundamentales de la contraparte, tales como el debido proceso y la defensa, por lo que se vislumbran inconvenientes en su tratamiento. Se busca entonces la manera de evitar un choque entre los derechos del procesado y las víctimas a través de hacer coincidir armoniosamente los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas obtenidas, encaminadas a demostrar y generar más allá de toda duda razonable confianza en la decisión del juez. Es trascendental mencionar que el juez debe hacer un examen completo y detallado de los motivos de conducencia, pertinencia y utilidad trazados por la parte que pretende introducir la prueba de referencia, con el fin de establecer si dicho material comporta aspectos relevantes y distinguidos que corroboren la teoría del caso propuesta.

Es significativo anotar, que la figura así planteada, respeta el principio de igualdad de armas el cual consagra que dentro del marco del proceso penal, las partes en litigio

deben estar en posibilidad de acudir ante el juez de conocimiento con las mismas herramientas de persuasión, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Esto, finalmente, significa que en el ámbito del proceso penal, los actores se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos asisten con las mismas herramientas de ataque y protección.

Y, finalmente, se propone decantar el concepto de prueba de referencia en los procesos ajenos al sistema penal acusatorio consagrado por la Ley 906 de 2004, y que en la actualidad colombiana se viven de manera intensa en razón a los procesos que se desarrollan al amparo de la Ley 975 de 2005. Dichos procesos de ahora en adelante harán parte de la Justicia Transicional bajo las directrices de una nueva jurisdicción creada mediante Acto Legislativo No. 01 de 4 de abril de 2017, toda vez que se visualiza con fundamento en la evidencia de justicia y paz, que estos procesos por su naturaleza se circunscriben casi de manera exclusiva a la confesión y a la prueba de referencia como elementos que no pueden sustentar un fallo condenatorio, conforme lo consagra el ordenamiento procesal penal vigente.

## Referencias

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bedoya Sierra, L.F (2008).
- Bedoya Sierra, L.F. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral. Análisis a la luz del derecho a la confrontación*. Ediciones Comlibros.
- Baytelman, A. & Duce, M. (2005). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Fondo de cultura económica, México.
- Bujosa Vadell, L. M. (2008). *La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio*. Recuperado de: [http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38186/pdf\\_204](http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38186/pdf_204)
- Chiesa Aponte, E.L. (2005). *Tratado de derecho probatorio*, 1 ed., Publicaciones JTS, tomo II.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004). *Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)

## Corte Constitucional de Colombia

---Sentencia T-881/02 (2002). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

---Sentencia C-873/03 (2003). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

---Sentencia C-591/05 (2005). Corte Constitucional de Colombia Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

---Sentencia C-1260/05 (2005). Corte Constitucional de Colombia Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

---Sentencia C-537/2006 (2006). Corte Constitucional de Colombia Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

---Sentencia C-209 (2007).Corte Constitucional de Colombia Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-209-07.htm>

---Sentencia C-059/10 (2010). Corte Constitucional de Colombia Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

---Sentencia T-205/11 (2011). Corte Constitucional de Colombia Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

---Sentencia C-371/2011 (2011). Corte Constitucional de Colombia Magistrado Ponente. Luís Ernesto Vargas Silva.

---Sentencia T-408/95 (1995). Corte Constitucional de Colombia Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

#### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

---Sentencia Serie C No. 30 (29 de enero de 1997). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.

---Sentencia Serie C No. 35 (12 de noviembre de 1997). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.

---Sentencia Serie C No. 111 (31 de agosto de 2004). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay.

---Sentencia Serie C No. 137. (25 de noviembre de 2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.

---Sentencia Serie C No. 151 (19 de septiembre de 2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile.

---Sentencia Serie C No. 170 (21 de noviembre de 2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.

---Sentencia Serie C No. 220 (26 de noviembre de 2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.

#### **Corte Suprema de Justicia de Colombia.**

---Proceso número 22412 (2007). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Penal. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla. Recuperado de: [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_759920422cc0f034e0430a010151\\_f034](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_759920422cc0f034e0430a010151_f034)

---Proceso número 29416 (2008). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Penal Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Recuperado de: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:I2QDm17VwscJ:www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/indice\\_tematico\\_sistema\\_penal\\_acusatorio/29416\(23-04-08\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:I2QDm17VwscJ:www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/indice_tematico_sistema_penal_acusatorio/29416(23-04-08).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

---Proceso número 27477 (2008). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Penal. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Recuperado de: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LSXkv2YA9tgJ:www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/indice\\_tematico\\_sistema\\_penal\\_acusatorio/27477\(20-06-07\).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LSXkv2YA9tgJ:www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/indice_tematico_sistema_penal_acusatorio/27477(20-06-07).doc+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

---Proceso núm. SP-10694-14 (37924). (2014). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero. Recuperado de: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/41157%20\(30-04-2014\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/41157%20(30-04-2014).pdf)

---Radicado núm. 24468 (30 de marzo de 2006). Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo.

---Radicado núm.26089 (2 de noviembre de 2006). Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Sigilfredo Espinosa Pérez.

---Radicado núm. 25920 (21 de febrero de 2007).. Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz.

---Radicado núm. 27192 (30 de enero de 2008). Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán

---Radicado núm. 27477 (6 de marzo de 2008). Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

---Radicado núm. 29609 (17 de septiembre de 2008). Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

---Radicado núm. 30598 (19 de febrero de 2009).. Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: María Del Rosario González De Lemos.

---Radicado núm. 30.645 (4 de marzo de 2009).. Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrada Ponente: María Del Rosario González De Lemos.

---Radicado núm. 32829 (17 de marzo de 2010).Corte Suprema de Justicia de Colombia Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

Decastro González, A. (2005). *El uso de documentos y escritos en la audiencia de juicio oral*. Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/249/art/art9.pdf>

García Mora, D. (2015). *La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de inmediación y contradicción en el sistema penal acusatorio*. Recuperado de: [http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13898/2/ARTICULO\\_PRUEBA\\_DE\\_REFERENCIA.pdf](http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13898/2/ARTICULO_PRUEBA_DE_REFERENCIA.pdf)

Gómez Colomer, J. L. (1985). *El proceso penal alemán*. Introducción y normas básicas. Barcelona: Bosch.

Hincapié, E. & Peinado, J. (2009). *El sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano*. Recuperado de:

[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/436/Elizabeth\\_HincapieHincapie\\_2009.pdf;jsessionid=7A7960488935C4F7D5DDA46D46B836E3?sequence=1](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/436/Elizabeth_HincapieHincapie_2009.pdf;jsessionid=7A7960488935C4F7D5DDA46D46B836E3?sequence=1)

- Ibáñez Perfecto, A. (2009). *Una mística de la intermediación en prueba y convicción en el proceso penal*. Buenos Aires, (Argentina). Editorial Hammurabi.
- Parra Quijano, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Librería ediciones del profesional Ltda: Décima octava edición.
- Riveros Barragán, J.D. & Encinales Jaramillo, M. A. (2011). *Conflicto de la jurisprudencia en referencia a la prueba en el nuevo sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004*. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/37/JuanRiverosYMariaEncinales.pdf>
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento Penal Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Nisimblat, N. (2011). *Principios y medios de prueba en particular*. Actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011. Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: [http://nisimblat.net/images/LIBRO\\_DERECHO\\_PROBATORIO\\_-5.pdf](http://nisimblat.net/images/LIBRO_DERECHO_PROBATORIO_-5.pdf)
- Urbano Martínez, J. J. (2009). *El principio de intermediación en segunda instancia*. Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/521/499>
- Valenzuela Villalobos, W. (2013). *Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia "Mohamed vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuestiones a tener en consideración sobre el sistema recursivo en el Proyecto de Código Procesal Civil*. Estudios Constitucionales, 11(2), 713-736. Chile: Universidad de Talca.
- Velayos Martínez, M.I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal. Aproximación a las soluciones angloamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zárate Castillo, A. (2007). *Reseña "Teoría de los derechos fundamentales"*. En *Cuestiones Constitucionales*, 17, 365-375. Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501716>