

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

**LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO
COLOMBIANO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS DE CONTRADICCIÓN,
CONFRONTACIÓN E INMEDIACIÓN**

Estudiante

RAMON WILCHES FUENTES

Tutor

Dr. SERGIO ANDRES LÓPEZ ZAMORA



**FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL
TUNJA
2026**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
2. Problema de investigación.....	7
2.1. Planteamiento del problema.....	8
2.2. Pregunta problema.....	8
2.3. Hipótesis.....	8
2.4. Objetivos:	
2.4.1. Objetivo general.....	10
2.4.2. Objetivos específicos.....	10
2.5. Estrategia metodológica:	
2.5.1. Tipo de investigación.....	11
2.5.2. Recolección de datos.....	12
2.5.4. Enfoque.....	13
3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	
Capítulo 1. Tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinal de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano, examinando su naturaleza jurídica, su función probatoria y las condiciones legales que rigen su admisión dentro del juicio oral, a la luz del principio de debido proceso.....	14
3.1 Origen, naturaleza y delimitación conceptual de la prueba de referencia.....	14
3.2. Diferencia entre prueba directa, prueba de oídas, indicios y prueba referida.	21
3.3. Relevancia del principio de oralidad e inmediación frente al testimonio de referencia.....	24
3.4. Regulación de la prueba de referencia en tratados internacionales.....	26
3.5. Fundamento normativo de la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004....	28
3.6. Postura dogmática: desconfianza y valor probatorio reducido.....	36
3.7. Valoración probatoria y tarifa legal negativa en el marco de la prueba de referencia.....	39
3.8. Conclusión del capítulo.....	48

4. Capítulo 2. Valorar críticamente los criterios utilizados en la admisión y valoración de la prueba de referencia, identificando posibles tensiones entre su aplicación práctica y las garantías procesales del acusado, particularmente los derechos de contradicción, confrontación e inmediación. (Antítesis – Nivel: Evaluación)	50
4.1. La aplicación judicial de la prueba de referencia: ¿interpretación garantista o flexibilización práctica?.....	50
4.2. El rol del juez frente a la prueba de referencia.....	55
4.3. Prueba de referencia y condenas.....	64
4.4. Tensión entre protección de víctimas y garantías del acusado.....	69
4.5. Lectura crítica desde la teoría garantista del proceso penal.....	73
4.6. Conclusiones del capítulo.....	76
5. Capítulo 3. Proponer lineamientos jurídicos orientadores para la admisión excepcional y controlada de la prueba de referencia en el juicio oral, que permitan armonizar la protección de los derechos de las víctimas con la garantía del debido proceso y los derechos fundamentales del acusado. Creación)	77
5.1. Consideraciones preliminares: de la crítica a la propuesta.....	78
5.2. Las garantías procesales como límites inalienables y no negociables.....	80
5.3. Las estructuras jurídicas como dispositivos de poder y de límite.....	81
5.4. Los límites del lenguaje jurídico.....	82
5.5. Los límites axiológicos. La imposibilidad de escapar al garantismo.....	83
5.6. Principio rector: excepcionalidad reforzada de la prueba de referencia.....	84
5.7. Lineamiento 1: Verificación estricta y probada de la causal de Indisponibilidad.....	89
5.8. Lineamiento 2: Estándar de necesidad reforzada y agotamiento de alternativas menos lesivas.....	92
5.8.1. Examen de agote procedimental efectivo.....	94
5.8.2. Control contra la funcionalización de la prueba referencial.....	94
5.8.3. Evaluación de necesidad sustantiva.....	95

5.9. Lineamiento 3: Diferenciación estricta entre admisibilidad y valoración probatoria.....	98
5.10. Lineamiento 4: Exigencia de corroboración externa e independiente.....	101
5.11. Lineamiento 5: Motivación judicial reforzada y explícita.....	103
5.12. Lineamiento 6: Tratamiento diferenciado de víctimas vulnerables sin supresión del contradictorio.....	105
5.13. Síntesis. Hacia una concepción garantista de la prueba de referencia.....	108
 CONCLUSIONES.....	 111
BIBLIOGRAFÍA.....	117

INTRODUCCIÓN

Dentro del proceso penal acusatorio vigente en Colombia, la contradicción, la confrontación y la inmediación no son meras directrices de técnica probatoria, sino pilares del debido proceso. A partir de ellas se estructura la paridad de armas entre acusación y defensa y se impone que la prueba apta para fundar una condena sea producida en juicio oral, en presencia del juez y bajo control real de las partes. Con todo, en la práctica se ha incrementado la utilización de una categoría probatoria que introduce fricciones con ese estándar: la prueba de referencia.

Por prueba de referencia es entendida generalmente, como la introducción al juicio de declaraciones recaudadas extramuros de la audiencia, con el propósito de demostrar hechos relevantes del caso. Esta figura opera como excepción a la regla de inmediación y debate público de la prueba. Su admisión está sujeta a causales estrictas fijadas en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, el cual diseña un catálogo cerrado de eventos habilitantes. No obstante, la tendencia judicial muestra una lectura expansiva de su empleo, en particular cuando se trata de víctimas especialmente vulnerables, lo cual plantea interrogantes sobre su compatibilidad con los derechos del procesado y el alcance del control contradictorio.

La presente investigación se sitúa en el punto de encuentro de dos intereses con respaldo constitucional. De una parte, el deber estatal de proteger la integridad de las víctimas y prevenir su revictimización, evitando que deban acudir de manera reiterada a diligencias o comparecencias. De otra, la obligación de garantizar al procesado un juicio justo, en el que pueda ejercer de forma efectiva y plena su derecho de defensa frente al material probatorio que se invoque en su contra. Esta tensión pone de manifiesto un déficit normativo y un ámbito de ambigüedad en la lectura jurisprudencial, que demanda un examen sistemático, con rigor dogmático y bajo una aproximación crítica.

El estudio se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, mediante un método analítico-explicativo y con apoyo en la revisión sistemática de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales. Se parte de la hipótesis de que, cuando se admite la prueba de referencia por fuera de los supuestos legales y sin un control judicial

riguroso, se produce una afectación directa a los principios que estructuran el juicio oral penal y, en consecuencia, al núcleo esencial del debido proceso.

De este modo, la finalidad del estudio no es cuestionar en abstracto la prueba de referencia ni su eventual necesidad en escenarios límite, sino problematizar los efectos que puede generar su generalización sin estándares de admisión y valoración estrictos. En esa dirección, el trabajo procura, además de delimitar el estado del problema, ofrecer criterios normativos y jurisprudenciales que contribuyan a decisiones judiciales razonables, basadas en la armonización entre la tutela de las víctimas y la efectividad de las garantías del procesado, de acuerdo con el marco constitucional del derecho penal contemporáneo.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el proceso penal de tendencia acusatoria, la prueba de referencia se configura cuando una declaración obtenida extrajuicio se introduce al debate oral para acreditar extremos fácticos relevantes. Precisamente por ser una excepción a la inmediación probatoria, su procedencia y su fuerza persuasiva quedan sometidas a restricciones legales y a estándares jurisprudenciales, con especial referencia al artículo 437 de la Ley 906 de 2004 y a la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia.

Con todo, el funcionamiento cotidiano de los estrados muestra un ensanchamiento en su utilización, en particular bajo el argumento de evitar escenarios de revictimización respecto de declarantes especialmente vulnerables —por ejemplo, niños, niñas y adolescentes o víctimas de delitos sexuales—. De allí que en algunos fallos este elemento haya tenido un rol central en la afirmación de responsabilidad penal, sin que, en todos los casos, se preserve plenamente el núcleo de garantías asociado a contradicción, confrontación e inmediación.

Esta dinámica pone en evidencia un conflicto relevante entre la protección debida a las víctimas y la exigencia constitucional de asegurar al acusado un juicio justo, en igualdad de condiciones, con respeto estricto por el debido proceso y la posibilidad real de defenderse frente a los elementos probatorios de cargo. De ahí que resulte necesario establecer si el empleo de la prueba de referencia más allá de los escenarios excepcionales autorizados por la ley puede terminar convirtiéndose en una vulneración de carácter estructural de las garantías nucleares del proceso penal de corte adversarial.

PREGUNTA PROBLEMA

¿De qué manera la admisión y la valoración de la prueba de referencia inciden en las decisiones condenatorias y en la garantía efectiva de la contradicción, la confrontación y la inmediación del procesado en el juicio oral, según la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia?

HIPÓTESIS

La prueba de referencia —entendida como la declaración obtenida por fuera del juicio oral y utilizada para acreditar hechos relevantes— solo puede ser incorporada al proceso penal colombiano en escenarios de estricta excepcionalidad, conforme al artículo 437 de la Ley 906 de 2004. Esta disposición establece un catálogo taxativo de hipótesis habilitantes para su ingreso al juicio y parte de una idea central: dicha prueba no está llamada a sustituir la práctica directa, pública y contradictoria de los medios de conocimiento. La finalidad es preservar la igualdad de armas, garantizar la inmediación y la contradicción, y evitar que el modelo adversarial se vea afectado por evidencias indirectas que no hayan sido sometidas a un control efectivo en audiencia.

Bajo ese entendido, la prueba de referencia no es inconstitucional por el solo hecho de existir o ser utilizada. El problema surge cuando, por la forma en que se interpreta o aplica, termina afectando las garantías del acusado: por ejemplo, cuando se usa como prueba principal de cargo sin cumplir las exigencias legales y jurisprudenciales. Si no se realiza un análisis estricto de su procedencia excepcional, se debilitan derechos como confrontar al testigo, contradecir su dicho y permitir que el juez valore la prueba a partir de su apreciación directa en audiencia.

Estas tensiones se presentan, especialmente, en casos donde se pretende evitar la revictimización de personas vulnerables, como menores de edad o víctimas de delitos sexuales, lo cual es legítimo desde la óptica constitucional de protección a la dignidad humana. No obstante, esa finalidad, aunque plausible, no puede justificar por sí sola la supresión de garantías esenciales del proceso penal. La protección de la víctima no puede implicar una renuncia automática a los principios estructurales que rigen el juicio oral, en especial aquellos que garantizan al acusado un juicio justo en

condiciones de igualdad. el uso extensivo y automático de la prueba de referencia en estos casos, sin un análisis ponderado y argumentado, podría derivar en un desequilibrio procesal incompatible con el debido proceso.

De este modo, la hipótesis central que se plantea es que la prueba de referencia, tal como ha sido regulada, solo es constitucionalmente válida si se aplica de manera restrictiva, excepcional y plenamente motivada. Cuando el operador judicial omite esta cautela y admite el ingreso de dicha prueba sin observar con rigor los límites legales y los criterios jurisprudenciales que la encuadran, se abre la posibilidad de una afectación estructural a las garantías del acusado. Tal afectación no se presenta en todos los casos, pero su riesgo se incrementa cuando se convierte en una práctica recurrente o acrítica dentro del sistema judicial.

En consecuencia, esta investigación parte de la necesidad de examinar si las condiciones bajo las cuales se está aplicando la prueba de referencia en Colombia responden al marco garantista previsto por el legislador y las altas cortes. Solo un análisis sistemático de la norma, su desarrollo jurisprudencial y la doctrina especializada permitirá verificar si se mantiene la fidelidad al modelo acusatorio garantista o si, por el contrario, se está configurando una práctica judicial que tensiona y eventualmente vulnera el derecho de defensa, rompiendo con los estándares de contradicción, confrontación e inmediación que definen la legitimidad en el juicio penal en un Estado constitucional de derecho.

OBJETIVO GENERAL

Analizar el tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinal de la prueba de referencia en el juicio oral penal Colombiano, con el fin de determinar su compatibilidad con los derechos fundamentales de contradicción, confrontación e inmediación del procesado.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Reconstruir el marco regulatorio y los estándares jurisprudenciales y doctrinales sobre prueba de referencia, estableciendo su estatuto jurídico, su alcance probatorio y los requisitos de procedencia para su introducción en juicio oral, en conexión con el debido proceso.
2. Valorar críticamente los criterios utilizados en la admisión y valoración de la prueba de referencia, identificando posibles tensiones entre su aplicación práctica y las garantías procesales del acusado, particularmente los derechos de contradicción, confrontación e inmediación. (Antítesis – Nivel: Evaluación).
3. Proponer lineamientos de decisión para la judicatura y operadores del sistema, con el fin de limitar el uso de la prueba de referencia a supuestos estrictamente excepcionales, garantizando simultáneamente la protección de víctimas y las garantías del investigado.

TIPO DE INVESTIGACIÓN

Este estudio se ubica en el campo de la investigación jurídica básica, en tanto aborda un problema normativo y conceptual del proceso penal acusatorio colombiano, sin pretensión inmediata de diseñar políticas públicas o impulsar modificaciones legislativas. Desde un enfoque dogmático con lectura constitucional y orientación crítica, se examina la prueba de referencia para establecer los límites de su admisión y valoración en relación con los derechos fundamentales del procesado, particularmente los principios de contradicción, confrontación e intermediación. La investigación se sustenta en fuentes primarias —Constitución, ley y precedentes judiciales— y en doctrina especializada, con miras a fortalecer la teoría jurídica mediante la depuración conceptual de la institución y la propuesta de criterios interpretativos que incrementen el contenido garantista de la justicia penal. En consecuencia, se enmarca en las dimensiones teórica, normativa y axiológica del conocimiento jurídico.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El método que orienta la presente investigación es analítico-explicativo. En su dimensión analítica, se desagrega el entramado normativo que disciplina la prueba de referencia, se estudian sus componentes, su función probatoria y sus límites, así como las hipótesis excepcionales que permiten su introducción en el juicio oral. De manera complementaria, se revisan los desarrollos jurisprudenciales que han precisado el alcance del artículo cuatrocientos treinta y siete de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, con el fin de evaluar los criterios empleados por los operadores judiciales al ponderar las garantías en conflicto.

Desde un enfoque explicativo, se busca justificar cómo la interpretación y aplicación extensiva de esta figura, sin observancia estricta de los límites normativos y jurisprudenciales, puede incidir negativamente en las garantías de contradicción, confrontación e intermediación del procesado. Este método permite no solo examinar el estado actual del problema, sino también argumentar en favor de una interpretación garantista, proporcional y razonada.

TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La investigación se apoya en una revisión documental y bibliográfica como técnica de recolección, dirigida a examinar críticamente fuentes de carácter legal, jurisprudencial y doctrinal. Para ello se analizarán normas pertinentes de la Constitución Política de Colombia, la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, y los instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos relevantes para el debido proceso en materia penal. De forma complementaria, se estudiará jurisprudencia seleccionada de la Sala de Casación Penal y de la Corte Constitucional, con el propósito de precisar los parámetros que orientan la admisión y la fuerza probatoria de la prueba de referencia, así como los eventuales criterios hermenéuticos derivados de su desarrollo.

Complementariamente, se revisará literatura especializada en derecho procesal penal, derecho constitucional, teoría de la prueba y teoría garantista del proceso, lo que permitirá construir un marco conceptual robusto para contrastar la norma con la práctica judicial. Esta técnica posibilita no solo recopilar y clasificar información relevante, sino también interpretarla críticamente con base en criterios jurídicos y constitucionales.

ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

Se opta por un enfoque cualitativo dado que el propósito del trabajo no es la medición empírica de variables, sino la reconstrucción y evaluación hermenéutica de los sentidos normativos y jurisprudenciales asociados a la prueba de referencia y a su control constitucional. En consecuencia, el análisis se concentra en fuentes normativas, precedentes judiciales y teorías jurídicas pertinentes, con el fin de comprender el fenómeno en su dimensión formal y material. Esta estrategia metodológica hace posible identificar tensiones persistentes entre la utilización de la prueba de referencia y el núcleo de garantías procesales del acusado, al tiempo que permite evaluar la coherencia argumentativa de las decisiones que la admiten o le asignan fuerza probatoria. Desde una perspectiva crítica, se problematiza el efecto que tendría una interpretación flexible o funcionalista sobre la legitimidad del juicio penal, con la intención de contribuir a la construcción de estándares interpretativos orientados a preservar el debido proceso y los principios que lo orientan.

3. TRATAMIENTO NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO, EXAMINANDO SU NATURALEZA JURÍDICA, SU FUNCIÓN PROBATORIA Y LAS CONDICIONES LEGALES QUE RIGEN SU ADMISIÓN DENTRO DEL JUICIO ORAL, A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO.

3.1. Origen, naturaleza y delimitación conceptual de la prueba de referencia.

el estándar probatorio constituye el núcleo del proceso penal, su columna vertebral y su razón de ser. Desde una visión epistemológica y jurídica, la prueba es el instrumento mediante el cual el Estado busca reconstruir los hechos pasados, dotando al juicio de racionalidad y legitimidad. En palabras de Luigi Ferrajoli, “el juicio penal es un juicio sobre hechos pasados, y, por tanto, esencialmente, un juicio probatorio” (Ferrajoli, 2005, p. 612).

En términos amplios, la prueba es el conjunto de actuaciones encaminadas a que el juez forme certeza sobre si un hecho relevante para el proceso ocurrió o no ocurrió. Roxin lo expresa al indicar que probar consiste en poner a disposición del juez los fundamentos fácticos que hacen posible una decisión jurídicamente válida (Roxin, 2015, p. 93). De ahí que su finalidad no sea únicamente convencer, sino también proteger garantías: el fallo debe reposar en hechos acreditados, y no en conjeturas, corazonadas o prejuicios.

El concepto de prueba ha atravesado una rica evolución. En el sistema inquisitivo medieval, la prueba se entendía como un elemento aritmético y objetivo: se hablaba de “plena prueba”, “media prueba” o “indicios” según una tabla predefinida. En ese contexto, la confesión (particularmente bajo tortura) era considerada “la reina de las pruebas”.

Con el proyecto ilustrado y el desarrollo del constitucionalismo, tomó fuerza la figura del juez que decide con criterios racionales a partir de pruebas debatidas en una audiencia oral y pública. La incorporación de principios como publicidad, inmediación y contradicción convirtió el proceso penal en un espacio de controversia entre partes, y no en una simple decisión impuesta desde la autoridad. Uprimny lo resume al señalar

que “el juicio oral adversarial refleja una concepción democrática del poder punitivo, donde la prueba debe ser discutida en condiciones de igualdad” (2006, p. 63).

En este contexto histórico nace la prueba de referencia, también llamada testimonio de oídas o hearsay¹. Su origen es tan antiguo como los primeros registros del derecho procesal, pero su sistematización ocurre principalmente en los modelos anglosajones, especialmente en el derecho penal estadounidense. La regla contra el hearsay, consolidada en el Federal Rules of Evidence en 1975, fue una reacción frente al uso indiscriminado de declaraciones indirectas que eran utilizadas en juicios sin control ni contradicción. Como explica Corcoy Bidasolo (2015), “la prueba de referencia es aquella que introduce el conocimiento ajeno, pero no permite la confrontación directa de la fuente original” (p. 211).

En la experiencia comparada, Ohio v. Roberts suele presentarse como un caso emblemático sobre el uso de prueba de referencia. Allí, la Corte Suprema de Estados Unidos permitió que se utilizara en juicio una declaración tomada previamente, pese a que el testigo no compareció, lo que alimentó el debate sobre si esa práctica vulneraba el derecho del acusado a confrontar la prueba.

La Corte condicionó la admisión a dos ideas: que la declaración ofreciera “garantías adecuadas de fiabilidad” y que hubiera una “necesidad demostrable” de incorporarla (Ohio v. Roberts, 1980). Con el tiempo, ese estándar fue objeto de cuestionamientos y terminó siendo revisado en Crawford v. Washington (2004), donde se reafirmó que confrontar significa poder contrainterrogar en juicio a la fuente de la evidencia testimonial.

De acuerdo con la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, la prueba ocupa un lugar determinante como instrumento para la determinación de la verdad procesal (CSJ, Rad. 24920, 2008). De ahí que una providencia solo pueda

¹ Hearsay (en español: prueba de referencia o testimonio de oídas) es un término técnico del derecho procesal penal anglosajón que hace referencia a una declaración hecha fuera del juicio oral, cuya veracidad se pretende probar dentro del proceso, pero sin que el autor original de la declaración comparezca al juicio para ser confrontado. Según el Federal Rules of Evidence de Estados Unidos (Regla 801), el hearsay es: “Una declaración que no se hace durante el juicio, ofrecida como prueba para demostrar la verdad de lo afirmado”.

considerarse válida cuando se soporta en medios de convicción obtenidos conforme a la legalidad y apreciados bajo las garantías propias del debido proceso.

La prueba de referencia —frecuentemente denominada testimonio de oídas o testimonio indirecto— es una institución procesal que introduce retos relevantes en el ámbito de las garantías del juicio, sobre todo en lo relativo a la contradicción, la confrontación y la inmediación. Su definición y alcance han sido trabajados tanto por la doctrina nacional como por la literatura comparada, y su examen resulta indispensable para determinar cuál es su verdadera función dentro del sistema penal acusatorio colombiano.

En el proceso penal acusatorio colombiano, la prueba de referencia se encuentra regulada, principalmente, en el artículo cuatrocientos treinta y siete de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro. Esta disposición fija los supuestos para incorporar en el juicio oral una declaración obtenida fuera de audiencia, siempre que no sea posible su práctica directa en juicio y que su contenido tenga relevancia para acreditar aspectos sustanciales del caso. De manera complementaria, el artículo cuatrocientos dos del mismo estatuto prevé que, para la validez del testimonio, el declarante debe referirse a hechos conocidos por percepción directa.

La Sala de Casación Penal del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en la providencia de casación Rad. 27477 del 6 de marzo de 2008

Caracteriza la prueba de referencia como la incorporación en juicio de una declaración obtenida fuera de la audiencia oral para sustentar o controvertir extremos sustanciales del debate —por ejemplo, elementos del delito, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación, y aspectos relativos al daño—, cuando no es viable su práctica directa en juicio (Corte Suprema de Justicia, 2008, p. 1).

La Corte precisa que, para ser considerada como prueba de referencia, la afirmación debe provenir de una fuente identificable, tener como objeto hechos percibidos de manera directa por esa persona, y utilizarse como medio para introducir conocimientos ajenos al juicio, especialmente cuando el declarante original no está disponible. La

jurisprudencia resalta que esta figura afecta directamente los principios de inmediación, contradicción y confrontación, pilares del juicio oral y público (CSJ, 2008).

En el proceso penal de tendencia acusatoria, la prueba de referencia introduce una tensión particularmente sensible: de un lado, la necesidad de preservar inmediación y contradicción; de otro, la aspiración de alcanzar la verdad y realizar la justicia material, lo que incluye una tutela efectiva de las víctimas. En esa dirección, Bedoya advierte que esta institución exige ponderar de manera simultánea “la inmediación y la contradicción” con el interés de que “se esclarezca la verdad, se haga justicia y se repare el daño causado” (Bedoya Sierra, 2008, pp. 118–119).

El punto de arranque del régimen probatorio colombiano, sin embargo, es marcadamente restrictivo: como regla, el testimonio debe versar únicamente sobre hechos conocidos por el declarante a partir de su percepción directa y personal. Así lo dispone el artículo cuatrocientos dos del estatuto procesal penal, al señalar: “El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir” (Ley novecientos seis de dos mil cuatro, art. 402).

Esta exigencia se articula con los principios de inmediación y contradicción previstos en la Ley novecientos seis de dos mil cuatro (arts. 15, 16 y 372 y ss.), y con el mandato constitucional de debido proceso consagrado en el artículo veintinueve. En términos de Bedoya, el diseño del juicio oral supone que “solo se tendrá como prueba la practicada en el juicio oral, en presencia del juez y con todas las posibilidades de contradicción” (2008, p. 118).

En clave constitucional, ello implica que la prueba legítima es aquella que se forma ante el juez y bajo posibilidad real de contradicción, en especial mediante el contrainterrogatorio, presupuesto indispensable para hacer efectivos el derecho de defensa y la igualdad de armas. No obstante, en la dinámica del juicio oral existen escenarios en los que el testigo presencial no puede comparecer: puede haber fallecido, encontrarse privado de la libertad por terceros (secuestro), estar desaparecido, presentar pérdida de memoria o padecer una enfermedad grave que

imposibilite su declaración. Bedoya sintetiza esa dificultad al formular el interrogante medular: “¿es admisible como prueba [...] una declaración rendida por fuera del juicio oral?” cuando el testigo directo no puede asistir a la audiencia (Bedoya Sierra, 2008, p. 119).

En ese punto se configura una tensión entre bienes constitucionalmente protegidos. Por un lado, la inmediación y la contradicción operan como garantías del derecho de defensa; por otro, aparecen la justicia material y los derechos de la víctima a la verdad, la justicia y la reparación (C.P., arts. 1, 2, 29 y 93; tribunal constitucional, C-228 de 2002; C-209 de 2007). En criterio de Bedoya, en supuestos de esta naturaleza el alcance de la inmediación y la contradicción puede quedar “limitado por otro postulado constitucional: la justicia material” (2008, p. 119)

Ante esa tensión, la doctrina suele agrupar las respuestas en tres enfoques. El primero defiende una admisión amplia: acepta, como regla, las declaraciones extra-juicio y entiende que el problema no es si pueden valorarse, sino cuánto peso se les debe asignar; por eso, privilegia la justicia material y ubica la discusión en el plano del mérito probatorio. El segundo propone la prohibición total: rechaza cualquier admisión de prueba de referencia por considerar que afecta severamente inmediación y contradicción, de manera que el déficit no es de “peso” sino de posibilidad misma de valoración. En tercer lugar, se plantea un enfoque intermedio —el que adopta el legislador colombiano—, que parte de la inadmisibilidad como regla y solo permite su ingreso en eventos excepcionales, buscando equilibrar los intereses constitucionales en juego (Bedoya Sierra, 2008, pp. 119–120).

El artículo cuatrocientos treinta y siete del Código de Procedimiento Penal delimita la prueba de referencia y, en términos generales:

la entiende como la incorporación en el juicio oral de una declaración obtenida por fuera de la audiencia para demostrar o controvertir aspectos sustanciales del caso —tales como elementos del delito, grado de participación, contextos de atenuación o agravación, y la naturaleza o alcance de los daños— cuando no es viable practicarla directamente en juicio (Ley novecientos seis de dos mil cuatro, art. 437).

A pesar de lo anterior, una lectura sistemática de la disposición —consolidada, en particular, en la providencia SP-27477 del seis de marzo de dos mil ocho— incorpora un presupuesto decisivo: que el medio se aporte para acreditar la veracidad del contenido afirmado en la declaración extrajuicio. En ese sentido, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria precisó que la prueba de referencia se estructura cuando, a través de un elemento probatorio, se pretende demostrar como verdadero lo dicho por una persona determinada en una manifestación rendida al margen del juicio oral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, Rad. 27477).

A partir de esa construcción jurisprudencial, pueden distinguirse cuatro presupuestos para afirmar que se está ante prueba de referencia. Primero, se hace necesario existir una declaración producida y externa del juicio oral. Segundo, dicha declaración debe recaer sobre hechos que el declarante habría conocido por percepción directa y personal. Tercero, debe presentarse un medio de prueba —por ejemplo, un testigo de oídas, un documento o una grabación— ofrecido específicamente para probar la verdad de lo declarado. Y cuarto, el contenido que se intenta acreditar debe referirse a un aspecto sustancial del debate penal (v.gr., tipicidad, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación, daño, imputabilidad, entre otros) (Bedoya Sierra, 2008, pp. 125–126).

En suma, no toda declaración extraprocesal es, automáticamente, prueba de referencia. Solo lo será cuando se introduce en el juicio para demostrar la verdad de su contenido y además recae sobre puntos sustanciales del caso.

Ahora, frente al fundamento epistemológico de la prueba de referencia, como explica Martínez Méndez (2017), se sitúa en el terreno del conocimiento indirecto o mediato, ya que el juez no recibe la información de una fuente primaria, sino “de un sujeto procesal que reproduce lo oído o lo conocido por un tercero, quien es el verdadero perceptor del hecho” (p. 60). Este rasgo distingue a la prueba de referencia como una forma de juicio debilitado, pues introduce una distancia cognitiva entre el acontecimiento y su valoración judicial. De manera precisa, la autora señala que:

Por consiguiente, la idea clásica de la prueba de referencia como “testimonio de oídas” ha ido cediendo, y hoy suele entenderse de forma más amplia, abarcando también documentos y diversos elementos suasorios (peritajes, actas de reconocimiento fotográfico, vestigios, armas, entre otros.) que contribuyan a acreditar el suceso (Martínez Méndez, 2017, p. 60).

Con ello se pone de relieve que el conocimiento que aporta esta clase de prueba no recae sobre la realidad empírica del hecho, sino sobre una reconstrucción ajena, lo que plantea un problema de fiabilidad y control epistemológico. Lo anterior, más allá de edificar una barrera frente al conocimiento del juez en el sistema probatorio de la sana crítica² representa una dificultad gnoseológica³ para las partes que deben estar supeditadas a lo que la prueba de referencia habla sin estar su locutor presente, y las implicaciones prácticas que presenta esto son preocupante, Martínez Méndez advierte que:

En la práctica forense se advierte una tendencia a acudir a declarantes de referencia, en la medida en que se sabe que su relato versará sobre hechos que les fueron comunicados por quienes, en principio, los habrían percibido directamente. El mayor riesgo radica en que ese testimonio indirecto termina empleándose para acreditar como verdaderas afirmaciones fácticas con incidencia decisiva en la responsabilidad penal, debilitando la presunción de inocencia al servir como soporte de una condena fundada en evidencia mediata (Martínez Méndez, 2017, p. 75).

² El derecho procesal penal colombiano adopta la sana crítica como criterio para apreciar la prueba. Bajo este sistema, el juez debe construir su decisión a partir de razones basadas en la lógica, la ciencia y la experiencia, evitando tanto la arbitrariedad propia de una libre convicción absoluta como el rigor formal de la prueba tasada. Por ello, la valoración probatoria exige una motivación razonada y susceptible de verificación, que se apoye en reglas del pensamiento, saberes científicos y criterios derivados de la experiencia común. Como explica Devis Echandía (2002), la sana crítica “impone al juez la obligación de razonar sus conclusiones probatorias, demostrando la relación lógica entre los hechos conocidos y los que se declaran probados” (p. 463). En este sentido, la sana crítica garantiza la racionalidad, transparencia y control de las decisiones judiciales, al vincular el conocimiento judicial con fundamentos epistémicos y argumentativos sólidos.

³ La gnoseología o teoría del conocimiento estudia los presupuestos, el origen y los límites del conocer humano. En el escenario procesal, se proyecta sobre la manera en que el juez y los sujetos procesales reconstruyen los hechos a partir de la prueba, pudiendo tratarse de conocimiento directo o indirecto, mediato o derivado. Como indica Ferrater Mora, la gnoseología “se ocupa de los fundamentos y validez del conocimiento, de las condiciones que hacen posible el saber” (1994, p. 1027). En el contexto probatorio, esta disciplina permite comprender que el proceso penal es, en esencia, una actividad cognoscitiva regulada, en la que el juez busca alcanzar una verdad procesal mediante medios epistémicamente justificados. Así, la gnoseología proporciona el marco conceptual que sustenta la valoración racional de la prueba y legitima el tránsito del dato empírico a la convicción judicial.

Desde esta óptica, la prueba de referencia constituye un relato prestado, cuya fiabilidad epistemológica depende de la posibilidad de contrastar su origen. Si no hay confrontación con la fuente inicial, el conocimiento que introduce es esencialmente incompleto y derivado, por lo que no puede equipararse a la prueba directa. En suma, el fundamento epistemológico de la prueba de referencia descansa en su carácter de conocimiento indirecto y reconstruido, lo que la convierte en un instrumento probatorio de fiabilidad limitada. Su legitimidad solo puede sostenerse si se demuestra la necesidad de su uso y se garantiza, en la mayor medida posible, la verificación de su fuente original, en armonía con los derechos de contradicción y confrontación que sustentan el proceso penal garantista.

3.2. Diferencia entre prueba directa, prueba de oídas, indicios y prueba referida.

En el proceso penal regido por la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, diferenciar entre prueba directa, testimonio de oídas, indicios y prueba de referencia (o prueba referida) no es una cuestión meramente terminológica. Son distinciones con consecuencias constitucionales, especialmente por su incidencia en el derecho de confrontación y en las exigencias del debido proceso probatorio. La doctrina especializada sostiene que el criterio clave para reconocer la prueba de referencia frente a diversos medios de convicción, exige constatar, por un lado, si el acusado dispone de una oportunidad real de confrontar al declarante originario y, por otro, si la declaración se introduce como medio de prueba o solo opera como tema de prueba (Bedoya Sierra, 2013, pp. 63–66).

En primer lugar, la prueba directa se caracteriza por una conexión inmediata entre el elemento probatorio y el hecho que se busca acreditar: el testigo, el perito o el documento informan sobre un suceso conocido por percepción personal, sin requerir inferencias especialmente complejas. En esa misma línea, el artículo cuatrocientos dos del Código de Procedimiento Penal dispone que “el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, regla que el ente investigador y acusador ha resaltado como fundamento de la exigencia de intermediación objetiva (Ley novecientos seis de dos mil cuatro, art. 402; Fiscalía General de la Nación, 2008, p. 118).

A modo de ejemplo, quien observa de manera inmediata el disparo que ocasiona la muerte de la víctima rinde un testimonio directo sobre la autoría material: en el juicio oral, el juez puede apreciar esa percepción en audiencia, bajo juramento y sometida a interrogatorio y contrainterrogatorio. Desde un enfoque constitucional, este tipo de prueba representa el estándar de mayor compatibilidad con la inmediación, la contradicción y la confrontación, en la medida en que la fuente de información comparece al debate y puede ser cuestionada sobre aquello que efectivamente percibió.

En cambio, el testimonio de oídas se presenta cuando el declarante no relata hechos conocidos por experiencia propia, sino que reproduce lo que un tercero le comunicó. En relación con este punto, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha precisado que la “prueba testimonial llamada indirecta, de oídas, hearsay [...] es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única” (Fiscalía General de la Nación, 2008, p. 124).

En estos casos, el testigo que comparece al juicio es un mero “retransmisor” de la declaración ajena, su percepción directa recae sobre el hecho de que alguien dijo algo, no sobre el hecho material que se pretende acreditar, verbigracia, que “B dijo que C mató a Z”. De ahí que, como explica el mismo texto institucional, si “A” es llamado a juicio para demostrar que C fue el autor del homicidio, relatando lo que escuchó decir a B, se está introduciendo un conocimiento ajeno y se compromete el derecho de confrontación respecto del verdadero declarante, que es B y no A (Fiscalía General de la Nación, 2008, p. 125).

Ahora bien, no todo testimonio de oídas constituye, en sentido técnico, prueba de referencia inadmisibile. El criterio diferenciador, elaborado por la Corte Suprema, consiste en preguntarse para qué se introduce la declaración anterior. Si la declaración extraprocesal se usa únicamente para demostrar que fue pronunciada, y no para probar la verdad de su contenido, entonces puede ser prueba directa sobre ese tema de prueba, siempre que el testigo que declara en juicio haya percibido personalmente la manifestación (Fiscalía General de la Nación, 2008, pp. 127–131). En cambio, si la declaración anterior se ofrece como medio de prueba para demostrar

que lo afirmado es verdadero, se activa la categoría de la prueba de referencia y, con ella, las restricciones del artículo 437 y las exigencias del derecho a la confrontación (Bedoya Sierra, 2013, pp. 73–79).

La prueba de referencia, en consecuencia, responde a un concepto más delimitado y de mayor precisión técnica. Siguiendo los desarrollos de la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, puede entenderse como el medio de conocimiento —sea testimonial, documental o de naturaleza técnica— con el que se busca acreditar como verdadero el contenido de una manifestación rendida fuera del juicio oral por un declarante identificable que no se encuentra disponible para comparecer a audiencia, referida a hechos que habría percibido directamente y con incidencia en aspectos sustanciales del caso (Fiscalía General de la Nación, 2008, pp. 125–126; CSJ, SP-27477-2008). De esa caracterización se desprenden cuatro presupuestos concurrentes: (i) la existencia de una declaración extrajuicio; (ii) que dicha declaración verse sobre hechos conocidos por el declarante originario mediante percepción directa; (iii) la introducción de un medio probatorio (v. gr., testigo de oídas, documento, registro de audio o video, entre otros) destinado a demostrar la veracidad de lo declarado; y (iv) que aquello que se pretende acreditar se relacione con un punto sustancial del debate penal, como la tipicidad, el grado de intervención, las causales de agravación o el daño.

La diferencia crucial entre testimonio de oídas y prueba de referencia radica, entonces, en el uso que se da a la declaración. El mismo testigo de oídas puede servir para introducir una prueba de referencia (si se pretende acreditar que “C sí mató a Z” porque “B lo dijo”) o una prueba directa sobre otro tema de prueba (si lo que se quiere es demostrar que B profirió una amenaza o manifestó determinado estado de ánimo). Por eso, la Corte ha formulado una regla clara, si la declaración anterior se utiliza como tema de prueba, no es prueba de referencia; si se utiliza como medio de prueba, sí lo es (CSJ, AP5785-2015; SP14844-2015; SP3332-2016; Bedoya Sierra, 2013, pp. 80–83).

Todo lo anterior se distingue de la categoría de los indicios, que tienen una naturaleza distinta. En la teoría general de la prueba, los indicios son hechos conocidos que permiten, mediante una inferencia lógica, reconstruir hechos desconocidos, de

manera que la prueba indiciaria es, por definición, indirecta (Devis Echandía, 2002, pp. 343–345; Ferrajoli, 2005, pp. 611–615). A diferencia de la prueba directa, que versa inmediatamente sobre el hecho principal, el indicio se refiere a un hecho secundario (huellas, posesión del arma, comportamiento posterior, enemistad previa, estado de ánimo del agente) a partir del cual el juez infiere la realidad del hecho principal.

Los indicios no se identifican por ser “de oídas” ni por encajar en la categoría de “referencia”, sino por el modo de razonamiento que suponen: constituyen eslabones de una cadena inferencial que conduce desde un hecho conocido hacia el hecho que se pretende acreditar. Pueden formarse a partir de testimonios, documentos, dictámenes periciales o elementos materiales, pero su rasgo distintivo es que no demuestran de manera inmediata el hecho principal, sino que lo hacen de forma mediata, mediante una inferencia racional sometida al control de la sana crítica. En esa dirección, Ferrajoli resalta que la prueba indiciaria requiere “una estructura argumentativa especialmente rigurosa”, precisamente por la mediación lógica que existe entre el indicio y el hecho que se da por probado (Ferrajoli, 2005, p. 614).

En consecuencia, entre prueba directa, testimonio de oídas, prueba de referencia e indicios no hay una simple diferencia nominal, sino categorías con alcance distinto, vinculadas por relaciones de inclusión y por funciones lógicas diversas. En suma, estas distinciones no operan como un juego de rótulos: son herramientas conceptuales necesarias para precisar el ámbito del derecho de confrontación, determinar cuándo una declaración previa al juicio puede ingresar únicamente como tema de prueba y establecer, en cambio, cuándo su utilización como medio de prueba obliga a justificar su admisibilidad dentro del margen excepcional propio de citada prueba de referencia.

3.3. Relevancia del principio de oralidad e inmediación frente al testimonio de referencia.

La importancia de la oralidad y la inmediación frente al testimonio de referencia se explica porque ambas operan como garantías que sostienen la legitimidad del juicio penal de corte acusatorio. La oralidad exige que la actuación se despliegue,

principalmente, mediante audiencias públicas y dinámicas, en las que los medios de prueba se introducen, practican y controvierten directamente ante el juez. En esa línea, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha indicado que el tránsito al modelo adversarial implicó dejar atrás la lógica de la escrituralidad —resumida en la idea de que “lo que no obra en el expediente no existe”— para afirmar la primacía de la oralidad, conforme a la cual “lo que no se introduzca en audiencia pública no existe” (CSJ, SP2144-2016, 24 de febrero de 2016, rad. 41712). Esta transformación no se reduce a un cambio de forma: tiene alcance material, porque obliga a que la decisión judicial se soporte en pruebas producidas y debatidas en juicio de manera oral, directa y contradictoria, lo cual refuerza la transparencia del debate y asegura la inmediación probatoria del juez.

La inmediación actúa como correlato de la oralidad, en tanto exige que el juez de conocimiento asista personalmente a la práctica probatoria, escuche al testigo y advierta elementos de su comunicación —entonación, lenguaje corporal y reacciones—, factores que pueden aportar a una valoración racional apoyada en la experiencia. En ese sentido, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha indicado que este principio impone que “la prueba que sustenta la decisión judicial sea aquella que ha sido practicada de forma oral ante el juzgador, quien debe percibirla y recibirla de forma personal y directa” (CSJ, SP2144-2016). De ahí que el testimonio despliegue su máxima eficacia cuando se produce en audiencia y las partes han ejercido interrogatorio y contrainterrogatorio en condiciones reales de contradicción e igualdad de armas.

Desde esa perspectiva, el testimonio de referencia supone una afectación relevante de la oralidad y la inmediación, pues traslada al juicio una declaración que no fue emitida ni sometida a control en audiencia pública, con lo cual se dificulta la confrontación directa con la fuente originaria del conocimiento. En efecto, cuando el juez valora un dicho extrajuicio reproducido por un tercero, se rompe el vínculo inmediato con quien percibió los hechos y la percepción del testigo directo queda sustituida por una reconstrucción ajena, lo que debilita el componente cognoscitivo del proceso. En esa misma línea, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria ha resaltado que el modelo adversarial exige que “las decisiones judiciales se fundamenten exclusivamente en los elementos

presentados oralmente en audiencia”, estando por fuera aquellos que no hayan estado sometidos a contradicción pública (CSJ, SP2144-2016).

En conclusión, la oralidad y la inmediación no son simples formalidades, sino garantías epistemológicas y de legitimidad democrática del proceso penal. El testimonio de referencia, al carecer de inmediación y de control oral, debe ser tratado como una excepción de uso restringido, pues admitirlo sin cautela significaría desnaturalizar el modelo acusatorio y comprometer las garantías fundamentales de confrontación y contradicción que se sustentan.

3.4. Regulación de la prueba de referencia en tratados internacionales.

Las garantías procesales fundamentales —entre ellas el debido proceso, el derecho de defensa y la confrontación de la prueba— encuentran respaldo no solo en el derecho interno colombiano, sino también en los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen derechos y garantías judiciales mínimas de carácter vinculante para el Estado colombiano.

En esa línea, el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (Organización de los Estados Americanos [OEA], mil novecientos sesenta y nueve, art. ocho punto uno). A su vez, el artículo octavo punto dos, literal f, reconoce al inculpado el derecho a “interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (OEA, mil novecientos sesenta y nueve, art. ocho punto dos, literal f). Esta garantía materializa el contradictorio y la confrontación como condiciones esenciales de un proceso penal justo.

De igual manera, el artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirma estos estándares al establecer que toda persona acusada tiene

derecho a conocer los cargos en su contra, a contar con tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, a ser juzgada por un tribunal imparcial y a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], mil novecientos sesenta y seis, art. catorce punto tres, literal e). Con ello se consolida el derecho a la prueba y a su contradicción en condiciones de igualdad, propio de un Estado democrático de derecho.

En el ordenamiento colombiano, estas disposiciones no operan como meras directrices programáticas ni como simples criterios orientadores. Por el contrario, adquieren rango constitucional por virtud del artículo noventa y tres de la Constitución Política, norma que reconoce la prevalencia interna de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y ordena que la interpretación de los derechos y deberes constitucionales se realice conforme a dichos instrumentos. En ese sentido, el tribunal constitucional ha reiterado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, de modo que su observancia resulta obligatoria para el legislador, el juez penal y el intérprete constitucional, quienes están llamados a garantizar su eficacia (Corte Constitucional, Sentencias C-582 de mil novecientos noventa y nueve y C-067 de dos mil tres).

Esta incorporación ha incidido de manera directa en la configuración del proceso penal regido por la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, particularmente en disposiciones como los artículos dieciséis, diecisiete, trescientos setenta y tres, trescientos noventa y uno y cuatrocientos dos, que refuerzan la oralidad, la contradicción, la inmediación y la centralidad del juicio como espacio de debate probatorio. Asimismo, en múltiples pronunciamientos, el tribunal constitucional ha subrayado que el derecho a la confrontación de testigos constituye una garantía destinada a equilibrar el ejercicio del poder punitivo estatal con el derecho de defensa, y que se trata de una concreción jurisprudencial del artículo octavo de la Convención Americana.

En síntesis, el marco internacional de derechos humanos no solo inspira, sino que también estructura el proceso penal colombiano contemporáneo. Las garantías procesales previstas en los tratados ratificados por Colombia han sido

constitucionalizadas a través del artículo noventa y tres de la Constitución, lo cual implica que cualquier restricción a esos derechos —por ejemplo, la admisión de prueba de referencia sin una posibilidad real de confrontación— debe evaluarse a la luz del bloque de constitucionalidad.

3.5. Fundamento normativo y legal de la prueba de referencia en la Ley 906 de 2004.

El sustento normativo de la prueba de referencia en la Ley novecientos seis de dos mil cuatro se concentra, de manera principal, en los artículos cuatrocientos treinta y siete a cuatrocientos cuarenta y uno del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que desarrollan su concepto, las causales de procedencia, los límites para su incorporación y los mecanismos de controversia o impugnación. La revisión conjunta de estos preceptos deja ver un diseño intencionalmente restrictivo: se parte de una regla de no admisión y solo se habilita su empleo en hipótesis excepcionales, previstas de forma taxativa y con un “menguado valor probatorio” (Saray Botero, 2017, p. 710).

Conforme al artículo cuatrocientos treinta y siete, “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 [...] cuando no sea posible practicarla en el juicio” (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 437). Esta definición normativa reafirma el carácter excepcional de la figura, en tanto supone una alteración respecto del principio de inmediación; no obstante, puede cumplir un rol instrumental en la determinación de la verdad material cuando la comparecencia del testigo directo resulta inviable.

Desde una lectura exegética del artículo cuatrocientos treinta y siete, la admisión de la declaración extrajuicio queda supeditada a que la imposibilidad de su práctica en audiencia sea efectiva, verificable y no simplemente asumida, de modo que se preserve un equilibrio entre el derecho de contradicción y las exigencias de realización de justicia. En esa dirección, Tristancho Suárez advierte que la prueba de referencia “es una excepción al principio de inmediación y por lo tanto su credibilidad es menor que la de los demás medios de conocimiento”, sin que ello implique considerarla inútil,

pues en determinados supuestos “constituye el único medio idóneo para reconstruir la verdad procesal y evitar la impunidad” (2015, pp. 5–6).

En todo caso, el artículo cuatrocientos treinta y siete, fija la noción normativa de prueba de referencia es “toda declaración realizada fuera del juicio oral” (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 437), que se incorpora para acreditar o excluir elementos del delito, el grado de intervención, circunstancias de agravación o atenuación punitivas, la naturaleza y extensión de los perjuicios u otros aspectos sustanciales de la discusión jurídica, cuando no resulte posible su práctica en el juicio.

Este concepto cumple un cometido doble: de un lado, reconoce la prueba de referencia como un medio de discernimiento admisible dentro del sistema; de otro, condiciona expresamente su empleo al presupuesto de imposibilidad de producción o reproducción en audiencia. En esa línea, Saray sostiene que la prueba de referencia “es prueba válida (art. 437 CPP), que tiene admisión excepcional (art. 438 CPP), pero por sí sola insuficiente para condenar (arts. 7 y 381 CPP)” (2017, p. 710), destacando que el legislador no la excluye por completo, pero sí limita de manera notable su capacidad persuasiva.

En ese sentido, las causales de procedencia previstas en el artículo cuatrocientos treinta y ocho funcionan como verdaderos filtros epistémicos y axiológicos para legitimar su utilización; a su turno, los límites materiales —como la prohibición de fundamentar una condena exclusivamente en este medio (art. trescientos ochenta y uno)— y las exigencias procesales —corroboración, control judicial y registro formal— apuntan a prevenir usos abusivos y a resguardar el derecho de defensa. En esa perspectiva, Tristancho Suárez enfatiza que:

La restricción prevista por el legislador resulta compatible con los mandatos constitucionales únicamente si no vacía de contenido el principio de justicia material, el cual impone al juez apreciar la prueba de referencia en el marco del Estado Social de Derecho (2015, p. 23).

De este modo, una lectura sistemática del artículo cuatrocientos treinta y siete exige armonizar la exigencia de rigor probatorio con la finalidad sustantiva del proceso

penal: la realización de la verdad y la justicia. En esa medida, la prueba de referencia opera como un mecanismo subsidiario, supeditado a la imposibilidad material de practicar prueba directa, cuya admisión excepcional impone al juez un examen particularmente estricto en términos de proporcionalidad, motivación y salvaguarda de las garantías del debido proceso.

A su turno, el artículo cuatrocientos treinta y ocho, como ya se indicó, concreta los escenarios que pueden justificar su incorporación —v.gr., pérdida de memoria, secuestro, enfermedad grave, fallecimiento o minoría de edad en casos de delitos sexuales— y establece un marco de restricción tanto material como procedimental orientado a preservar la integridad del debate oral. En la misma dirección, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha señalado que la admisibilidad de la prueba de referencia “debe interpretarse en el marco constitucional y en armonía con la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material” (CSJ, SP-24468/2006), reafirmando que se trata de una excepción razonada y no de una regla de uso ordinario.

El artículo 438 consagra la regla medular del régimen probatorio de referencia: “Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el deponente [...]” (Congreso de Colombia, 2004, art. 438), prosiguiendo con un catálogo taxativo de circunstancias que hacen legítima su introducción en juicio. El elenco comprende cinco situaciones:

- a) Pérdida de memoria, manifestada bajo juramento y corroborada pericialmente.
- b) Secuestro, desaparición forzada o evento similar, entendido este último como un supuesto residual que la jurisprudencia ha interpretado de manera prudente como situaciones de indisponibilidad insuperable.
- c) Grave enfermedad que impida declarar.
- d) Fallecimiento del testigo.
- e) Víctimas menores de 18 años en delitos sexuales, conforme a la reforma de la Ley 1652 de 2013. (Congreso de Colombia, 2004, art. 438)

Estas causales responden a razones de indisponibilidad estricta del declarante. En estos casos, el testigo directo no puede comparecer por circunstancias objetivamente

verificables; de ahí que la prueba de referencia se presente como mecanismo subsidiario para evitar el vacío probatorio. La jurisprudencia ha indicado que este artículo expresa un equilibrio entre el derecho a la confrontación y el derecho de las víctimas a la verdad, de modo que la prueba de referencia “no constituye un atajo procesal, sino un remedio de extrema ratio” (CSJ, SP-24468-2006).

En segundo término, el artículo cuatrocientos treinta y ocho delimita el sentido de la “admisión excepcional” y consagra un catálogo cerrado de causales. La disposición abre con una fórmula de carácter restrictivo —“únicamente es válida la prueba de referencia cuando el declarante...”— (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 438) y, a partir de allí, desarrolla supuestos de indisponibilidad del testigo, tales como la pérdida de memoria debidamente corroborada, el secuestro, la desaparición forzada o un “evento similar”, la enfermedad grave y el fallecimiento. Además, incorpora un escenario de protección reforzada en favor de menores víctimas de delitos sexuales, incorporado por la Ley mil seiscientos cincuenta y dos de dos mil trece.

De manera complementaria, el mismo precepto autoriza la introducción de declaraciones contenidas en “escritos de pasada memoria o archivos históricos”. En conjunto, este artículo organiza el régimen de admisibilidad excepcional de la prueba de referencia (art. cuatrocientos treinta y ocho), en conexión con la norma de la prueba de referencia múltiple (art. cuatrocientos treinta y nueve), su utilización con fines de impugnación (art. cuatrocientos cuarenta) y los instrumentos para controvertir su credibilidad (art. cuatrocientos cuarenta y uno) (Saray Botero, 2017, p. 717).

Un punto especialmente sensible del artículo cuatrocientos treinta y ocho es la expresión “evento similar” del literal b, que funciona como una cláusula residual de inclusión para cobijar situaciones equiparables a la desaparición forzada o secuestro. En ese sentido, dicho literal “consagra la excepción residual admisible o cláusula residual incluyente para la prueba de referencia legalmente admisible” (Saray Botero, 2017, p. 714).

Con base en lo expuesto por el tribunal constitucional en la Sentencia C-144 de dos mil diez, únicamente pueden entenderse como “eventos similares” aquellos supuestos en los que el declarante se halle realmente indisponible y dicha indisponibilidad

provenza de “situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas” (Saray Botero, 2017, p. 725). Ello podría presentarse, por ejemplo, en escenarios de desaparición voluntaria acompañada de una imposibilidad efectiva de ubicación.

En el mismo sentido, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha precisado que la expresión “evento similar” no admite lecturas expansivas, sino que debe interpretarse de manera armónica con los restantes supuestos de indisponibilidad. Así, solo circunstancias que, por su entidad y configuración, coloquen al testigo en una imposibilidad real e insuperable de comparecer pueden equipararse al secuestro o a la desaparición. Con ello se evita que la excepción se normalice y se protege el principio de inmediación.

A la luz de este marco, el artículo cuatrocientos treinta y ocho se integra con los principios y fundamentos que estructuran el juicio oral. Cabe recordar que el canon dieciséis del Código de Procedimiento Penal estipula la inmediación, el artículo diecisiete recoge la concentración y el artículo trescientos setenta y nueve dispone que “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 379). En consecuencia, la Ley novecientos seis adopta una solución intermedia: no permite sin más la prueba de referencia ni la proscribire por completo; privilegia su inadmisión como regla y solo autoriza su ingreso de manera excepcional, “bajo ciertos condicionamientos legales y con menguado valor probatorio” (Saray Botero, 2017, p. 713).

El literal e introducido por la Ley 1652 de 2013 amplía la protección para infantes o menores víctimas de delitos sexuales, permitiendo que sus declaraciones anteriores puedan introducirse como prueba de referencia en aras de evitar revictimización. De esta manera, el legislador reconoce un interés superior del niño, alineado con estándares internacionales de protección, tales como el principio pro infans⁴.

⁴ El principio pro infans opera como una pauta hermenéutica y axiológica de jerarquía constitucional, según la cual, en cualquier actuación judicial o administrativa en la que se vean involucrados niños, niñas y adolescentes, debe preferirse la interpretación que brinde mayor protección a sus derechos fundamentales. Este mandato se deriva del artículo 44 de la Constitución Política y se ve fortalecido

El artículo cuatrocientos treinta y nueve regula la prueba de referencia múltiple. En los términos de esta norma, cuando una declaración contiene segmentos que sí encajan en la prueba de referencia legalmente aceptable y otros que no satisfacen ese estándar, la autoridad judicial debe expurgar los apartes inadmisibles; la exclusión total del medio solo procede si, luego de esa depuración, el contenido remanente se torna ininteligible. Esta regla impone, por tanto, un verdadero deber de saneamiento del material probatorio. De hecho, si el juzgador deja intactos los fragmentos improcedentes y, pese a ello, les asigna valor, “incurre en un falso juicio de legalidad al valorar los contenidos de las declaraciones que de facto son de referencia no cobijados en alguna de las excepciones consagradas en la legislación procesal penal” (Saray Botero, 2017, p. 731).

De este modo, el artículo 439 se erige en una herramienta de higiene probatoria orientada a evitar que, bajo la apariencia de un solo medio de prueba, se introduzcan contenidos vedados por el régimen restrictivo de la referencia. Este mandato responde al principio de legalidad probatoria y evita que, por el solo hecho de introducir una declaración mixta, ingrese al juicio material que la ley prohíbe valorar.

Cuando la supresión parcial haga ininteligible la declaración, situación de “imposibilidad hermenéutica”, la consecuencia obligada es su exclusión total. Se trata de un mecanismo de protección del debido proceso, pues impide que el juez reciba información contaminada por contenidos que no han sido sometidos al examen contradictorio requerido. La Corte ha reiterado que la finalidad de este artículo es impedir la “contaminación epistémica” del juicio por porciones inadmisibles (CSJ, SP-27477-2008).

por instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño. En consecuencia, impone a jueces y autoridades el deber de adoptar decisiones orientadas a asegurar el interés superior del menor, aun cuando ello suponga prevalecer sobre consideraciones meramente rituales o formalistas. En materia penal, su aplicación cobra especial relevancia cuando las víctimas son menores de edad, como sucede con la admisión excepcional de prueba de referencia (Ley 906 de 2004, art. 438, lit. e), permitiendo incorporar declaraciones previas para evitar la revictimización del niño, siempre que se verifiquen condiciones de confiabilidad y respeto del debido proceso del acusado. Así, el pro infans no sólo impone un deber de protección reforzada, sino que orienta toda la actividad judicial hacia una justicia restaurativa, sensible y centrada en la dignidad del menor.

El artículo cuatrocientos cuarenta del estatuto Procedimiento Penal dispone que las declaraciones efectuadas que por fuera del proceso pueden utilizarse “con fines de impugnación de la credibilidad del testigo o perito” (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 440). No obstante, esa habilitación opera con un límite claro: su empleo no puede convertirse en una vía indirecta para incorporar prueba de referencia que resulte inadmisibile conforme a las restricciones del artículo cuatrocientos treinta y ocho.

Esta disposición recoge un principio básico de la litigación adversarial, el uso de declaraciones anteriores inconsistentes como mecanismo legítimo de impugnación. En este caso, dichas declaraciones no se introducen como prueba de la verdad de su contenido, sino como instrumento para cuestionar la credibilidad del testigo. La teoría norteamericana distingue esta función bajo el concepto de impeachment, que no afecta la prohibición del hearsay porque no busca probar la veracidad del contenido, sino la inconsistencia del testigo.

El artículo cuatrocientos cuarenta recoge esta diferenciación y, con ello, impide que la restricción a la prueba de referencia termine neutralizando un contrainterrogatorio realmente eficaz. En efecto, autoriza que se empleen declaraciones previas para cuestionar la credibilidad del testigo o del perito, siempre que su utilización no suponga introducir prueba de referencia inadmisibile en los términos del artículo cuatrocientos treinta y ocho. Sobre esta disposición, Saray delimita con nitidez dos usos posibles de una declaración anterior: (i) como medio de prueba, cuando se pretende acreditar como verdadero su contenido; y (ii) como herramienta de impugnación de credibilidad (impeachment). En este último evento, la manifestación extraprocesal “no se valora como prueba de la verdad de lo aseverado, sino como mecanismo para evidenciar la inconsistencia del testigo” (Saray Botero, 2017, p. 715). Por esa razón, no se activa el régimen estricto del artículo cuatrocientos treinta y siete, pues el propósito no es veritativo, sino estrictamente impugnatorio.

Por último, el artículo 441 prevé que la confianza de la prueba de referencia puede ser controvertida “por cualquier medio probatorio, en los mismos términos que la prueba testimonial” (Congreso de Colombia, 2004, art. 441). Esto implica que, pese a su carácter excepcional, se encuentra sometida a un control crítico equivalente al que

rige para la prueba directa. En consecuencia, la parte a quien se opone puede aportar elementos encaminados a evidenciar contradicciones, inconsistencias, ausencia de condiciones adecuadas de percepción del declarante original, posibles sesgos u otros factores que comprometan su confiabilidad.

El inciso final indica que, en lo pertinente, la prueba de referencia se sujeta a las reglas generales de la actividad probatoria, en especial a aquellas aplicables al testimonio y al documento. De este modo, el legislador evita diseñar un estatuto completamente autónomo y, en su lugar, dispone que este medio quede sometido a la sana crítica, a los requisitos de legalidad probatoria y a un control real de credibilidad.

Esta remisión persigue dos propósitos. Primero, reafirma que la prueba de referencia conserva naturaleza propiamente probatoria y no puede ser tratada como un “no-medio”, en la medida en que se encuentra expresamente regulada por la Ley novecientos seis de dos mil cuatro: “la prueba de referencia es una prueba, pues como tal está regulada en la Ley 906 de 2004” (Saray Botero, 2017, p. 715). Segundo, exige que su valoración se ajuste a los mismos parámetros de racionalidad, examen de fiabilidad y motivación explícita que gobiernan la apreciación del testimonio directo y de los documentos.

En este punto, es preciso subrayar que la limitación impuesta por el inciso final del artículo 381⁵ no suprime a la prueba de referencia como medio de convencimiento, sino que restringe su eficacia probatoria. Reproduce, por ejemplo, el criterio según el cual:

La Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha señalado que la prueba de referencia mantiene su carácter de medio probatorio y no lo pierde por el solo hecho de que el legislador haya fijado condiciones y límites para su empleo. En esa perspectiva, la regla común a la cual una

⁵ De acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal colombiano, la condena solo puede proferirse cuando el juez alcanza un conocimiento más allá de toda duda razonable, sustentado exclusivamente en las pruebas debatidas en el juicio (Congreso de Colombia, 2004). Cita textual en el texto: “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio” (Congreso de Colombia, 2004, art. 381).

sentencia condenatoria no puede fundarse únicamente en este tipo de prueba debe leerse como una restricción a su fuerza demostrativa, mas no como una negación de su condición probatoria dentro del proceso (CSJ, SP veinticuatro de febrero de dos mil diez, rad. treinta y un mil novecientos cuarenta y seis, citado en Saray Botero, 2017, p. 715)

Una lectura conjunta de los artículos 437 a 441 del CPP muestra que la prueba de referencia fue prevista como una salida excepcional, limitada por la imposibilidad efectiva de producir la prueba directa en el juicio. Su régimen se construye sobre tres bases: (i) una definición legal estricta (art. 437), (ii) causales taxativas para permitir su ingreso (art. 438) y (iii) reglas para excluir o depurar contenidos, restringir su uso y controvertir su credibilidad (arts. 439 a 441). Con esta estructura se busca equilibrar las garantías de contradicción, confrontación e inmediación con la justicia material, evitando vacíos probatorios que terminen favoreciendo la impunidad. En consecuencia, el juez debe aplicar estas reglas con criterios hermenéuticos exigentes, verificando que se trate de un supuesto realmente excepcional y valorando el material con fundamento en la sana crítica (lógica, ciencia y experiencia).

3.6. Postura dogmática: desconfianza y valor probatorio reducido.

La prueba de referencia, también denominada testimonio o declaración de oídas, ha recibido objeciones dogmáticas de considerable alcance, tanto en la doctrina nacional como en el derecho comparado. Las críticas se apoyan, principalmente, en su naturaleza mediata, en la tensión que genera frente a garantías estructurales del juicio —como la inmediación, la contradicción y el derecho de confrontación— y en su limitada capacidad epistémica para sustentar la acreditación de hechos penalmente relevantes. Desde este enfoque, se la concibe como un medio probatorio frágil que, aun cuando pueda cumplir una función subsidiaria en escenarios excepcionales, no debería erigirse en soporte exclusivo de una condena, tal como lo establece de forma expresa el artículo trescientos ochenta y uno del Código de Procedimiento Penal.

Desde la lógica jurídica de la prueba, se ha argumentado que la declaración de oídas carece de la fiabilidad que exige el juicio penal, pues introduce un riesgo elevado de error por tratarse de información que no ha sido obtenida por percepción directa del

declarante. Este razonamiento ha sido expuesto por clásicos como Pietro Ellero (1973), quien afirma que el testimonio de oídas “no prueba hechos, sino que únicamente los narra (*non probant, sed tantum narrant*), remarcando que tal declaración es apenas una prueba de la prueba”, es decir, un elemento que indirectamente apunta hacia otro que sí podría tener valor probatorio si fuese debidamente presentado (Pietro Ellero, 1973, p. 107).

François Gorphe (1985) subraya que el testimonio de segundo grado “está privado de las garantías inherentes a las formalidades judiciales”, pues escapa al control del interrogatorio y contrainterrogatorio, que son instrumentos esenciales del contradictorio. Nicola Framarino Dei Malatesta también sostiene que este tipo de evidencia, al estar mediada por la interpretación de terceros, pierde fuerza demostrativa y aumenta el riesgo de distorsión de la verdad (Framarino Dei Malatesta, 1968, p. 148).

En Colombia, autores como Hernando Devis Echandía (1993) han señalado que este tipo de prueba se encuentra gravemente limitada en su valor, pues introduce una cadena de errores posibles, tales como los de percepción inicial, los del relato del testigo directo, y los del testigo de referencia. En este sentido, la prueba de oídas es una acumulación de incertidumbres, que difícilmente puede superar el estándar de certeza requerido en el juicio penal.

Yesid Reyes Alvarado (1988) y Tiberio Quintero Ospina (1996) también han remarcado que el testigo de referencia compromete la calidad del proceso de prueba, ya que introduce una barrera entre el hecho percibido y el juez que debe valorarlo, afectando los principios de inmediación y de concentración.

La Ley novecientos seis de dos mil cuatro refleja esa desconfianza institucional y la traduce en una suerte de tarifa legal negativa prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y uno, al disponer que una sentencia condenatoria no puede edificarse exclusivamente sobre prueba de referencia. Esta previsión no es un formalismo vacío: responde a una exigencia de racionalidad probatoria con sustento constitucional, pues resulta incompatible con el debido proceso que una restricción de la libertad se base únicamente en elementos que no han sido sometidos a un control

judicial efectivo bajo condiciones de contradicción. En la misma dirección, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha precisado que descartar el examen de este tipo de evidencia con el argumento de que no constituye un “medio de convicción” configura un error de derecho por falso juicio de convicción, ya que, aunque su eficacia demostrativa sea limitada, no pierde su naturaleza probatoria (CSJ, SP, rad. treinta y un mil novecientos cuarenta y seis, dos mil diez).

El derecho anglosajón ha desarrollado una normativa mucho más rigurosa con respecto a la prueba de referencia, conocida como la Hearsay Rule, que implica su inadmisibilidad como regla general. Como explica Ernesto Chiesa Aponte (2005), esta regla excluyente se basa en la desconfianza hacia declaraciones que no han sido realizadas en juicio, bajo juramento, y con posibilidad de ser confrontadas por la parte afectada. La falta de oportunidad para contrainterrogar al declarante original debilita profundamente la confiabilidad del testimonio, razón por la cual, en el modelo adversarial angloamericano, su ingreso solo se permite cuando existen circunstancias extraordinarias que hacen imposible la declaración directa (Chiesa, 2005, pp. 342-343).

Velayos (1998) aporta un argumento adicional al señalar que la exclusión —o, en su caso, su acogimiento estrictamente excepcional— de la prueba de referencia se ve reforzada por la fuerza obligatoria del precedente, lo que impone al juez de primera instancia el deber de motivar con particular rigor cualquier determinación que autorice su incorporación. En esa perspectiva, destaca que el derecho anglosajón desarrolló las exclusionary rules con el propósito de disminuir márgenes de discrecionalidad y evitar el ingreso al juicio de elementos con baja fiabilidad. Desde la dogmática constitucional también se ha defendido la necesidad de mantener restricciones severas. El derecho de confrontación, reconocido en el artículo doscientos cincuenta de la Constitución y reiterado en el artículo octavo de la Convención Americana y el artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige que el procesado pueda interrogar a los testigos de cargo en condiciones de igualdad. Por ello, la prueba de referencia se torna especialmente problemática: al desplazar al declarante originario, limita o impide el contrainterrogatorio, con el consecuente debilitamiento de garantías esenciales del debido proceso (Bedoya Sigarreta, 2013, p. 95).

De este modo, la desconfianza hacia la prueba de referencia no es solo una cuestión de política probatoria, sino una exigencia del sistema democrático de justicia penal, que no puede admitir que la imposición de sanciones penales se base en medios probatorios que escapen al control de contradicción y a la inmediación judicial.

La postura académica-dogmática frente a la prueba de referencia es clara y sólida, esta constituye una prueba débil, excepcional y de escaso valor persuasivo. Si bien no puede ser excluida apriorísticamente, debe estar rodeada de garantías y condiciones estrictas para su admisión. Su reconocimiento como medio probatorio válido no implica una habilitación automática para sustentar condenas penales, especialmente en un modelo acusatorio que se funda sobre la inmediación, la oralidad y la publicidad del juicio.

3.7. Valoración probatoria y tarifa legal negativa en el marco de la prueba de referencia.

En un Estado constitucional, una garantía cardinal del proceso penal consiste en que no es legítima una condena si el juez no alcanza un grado de certeza que supere toda duda razonable respecto de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado. La Ley novecientos seis de dos mil cuatro positiviza expresamente este estándar en el artículo trescientos ochenta y uno, al disponer: “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio” (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 381).

El umbral de “más allá de toda duda razonable” (beyond a reasonable doubt) es el más exigente, precisamente porque la sentencia condenatoria puede restringir o incluso suprimir derechos fundamentales, como la libertad o el patrimonio. Chiesa Aponte (2005) precisa que no se trata de erradicar cualquier duda imaginable, sino de despejar aquellas dudas razonables, sustentadas en una evaluación lógica, racional y objetiva de la prueba legalmente practicada. Por ello, no basta con una certeza meramente “moral” o íntima: se requiere una convicción edificada a partir de una valoración crítica, explícita y debidamente motivada de los elementos de juicio (p. 527).

La jurisprudencia colombiana ha acogido este criterio. La Corte Suprema ha indicado que la duda razonable es “una duda lógica y objetiva, sustentada en el análisis de las pruebas, que impide arribar a un juicio de responsabilidad penal con la certeza exigida por la ley” (CSJ, SP13647-2017, rad. 46699). Por ello, si esa duda persiste sobre la autoría o la participación, debe emitirse fallo absolutorio conforme al *in dubio pro-reo*.

La exigencia de alcanzar un juicio de convicción más allá de toda duda razonable no es meramente técnica, sino que cumple una función constitucional esencial: proteger la dignidad humana frente al poder punitivo del Estado. Esta exigencia garantiza que la condena no se funde en conjeturas, sospechas, intuiciones o percepciones subjetivas, sino en hechos jurídicamente comprobados, obtenidos mediante un procedimiento respetuoso de las garantías fundamentales.

En esa medida, el grado de certeza requerido para condenar opera como un límite efectivo al poder punitivo: el Estado no está habilitado para imponer una pena si no logra acreditar, con fuerza suficiente, la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado. En esa línea, la jurisdicción interamericana ha señalado que “la duda debe resolverse en favor del acusado” y que, por virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae íntegramente en el órgano acusador (Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia del treinta y uno de agosto de dos mil cuatro, párr. 154).

El estándar de “más allá de toda duda razonable” se encuentra estrechamente vinculado con la presunción de inocencia, reconocida en el artículo veintinueve de la Constitución y reiterada en el artículo ocho punto dos de la Convención Americana y en el artículo catorce punto dos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Conforme a este principio, toda persona debe ser tratada como inocente mientras no exista una sentencia condenatoria debidamente motivada, proferida con observancia del debido proceso, que desvirtúe esa presunción. Por ello, la duda razonable funciona como su traducción práctica: si el juzgador no alcanza ese umbral de certeza, la consecuencia jurídica debe ser la absolución.

Además, el estatuto penal acusatorio colombiano reconoce la libertad en pruebas: el juez no tiene asignaciones fijas de valor para cada prueba. En su lugar, debe apreciar

el material probatorio mediante una evaluación razonada y argumentada, con apoyo en la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este diseño reconoce un margen razonable de autonomía al juez, pero lo somete a referentes objetivos destinados a asegurar la racionalidad de las decisiones y la vigencia del debido proceso. El artículo trescientos setenta y tres del Estatuto Procedimental Penal dispone: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos” (Congreso de Colombia, dos mil cuatro, art. 373).

Dicha regla incorpora el principio de autonomía probatoria, en concordancia con el modelo adversarial previsto en la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, en el que la inmediación y el contradictorio adquieren un lugar central. Ahora bien, esa libertad no equivale a intuición ni discrecionalidad irrestricta: debe expresarse en un razonamiento explícito y controlable, que permita comprender por qué un medio de prueba se estimó creíble, pertinente y suficiente para sostener una decisión judicial (Reyes Alvarado, 2001, p. 197).

A diferencia de los regímenes de prueba tasada —en los que el legislador asigna anticipadamente el valor de cada medio—, en el sistema colombiano el juez construye su convicción a partir de un examen conjunto, apreciando los elementos probatorios legalmente obtenidos y debatidos en el juicio oral, público y contradictorio. Con todo, esta libertad se equilibra con ciertas tarifas legales negativas; entre ellas, la contenida en el artículo trescientos ochenta y uno, que impide dictar condena con fundamento exclusivo en prueba de referencia.

La apreciación de la prueba debe realizarse conforme a las reglas de la sana crítica, entendida como un conjunto de pautas racionales destinadas a evitar la arbitrariedad en la valoración probatoria. De acuerdo con la doctrina, dichas reglas se integran por tres ejes: la lógica formal, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos (Quintero Ospina, 2006, p. 289).

La lógica formal impide contradicciones internas o inconsistencias en el razonamiento judicial; exige coherencia, no contradicción y conexión entre premisas y conclusiones. Las máximas de experiencia permiten al juez utilizar conocimientos generales de la vida común para valorar la credibilidad o improbabilidad de determinados hechos o comportamientos.

El conocimiento científico se relaciona con el uso de saberes especializados en disciplinas como la medicina legal, la psicología forense, la balística, entre otros, que ayudan a interpretar pruebas técnicas.

Este modelo de valoración ha sido avalado por la Corte Suprema de Justicia, al sostener que el juez no puede sustraerse del deber de fundamentar sus decisiones en criterios objetivos, explícitos y verificables, so pena de caer en errores argumentativos, pues hacerlo atentaría contra el principio de motivación de las decisiones judiciales. En esa línea, la sana crítica no equivale a una convicción subjetiva o emocional del juez, sino a una construcción racional, justificable y controlable.

En prueba penal es clave distinguir entre tres planos: legalidad, existencia y convicción. La legalidad implica verificar que la prueba se obtuvo y practicó respetando el debido proceso y, cuando aplica, las exigencias de cadena de custodia; si se recaudó vulnerando garantías, es inadmisibile o no tiene validez jurídica. La existencia se refiere a que la prueba haya sido efectivamente presentada e incorporada en el juicio: un elemento puede ser legal, pero si no ingresó al debate oral, no cuenta para decidir. La convicción, finalmente, surge de la valoración judicial de lo que es legal y existe en el juicio, conforme al estándar de certeza “más allá de toda duda razonable”. Por eso, una prueba puede ser legal y estar incorporada, pero si no genera una certeza racional y sustentable, no puede servir de base para condenar.

Esta secuencia contribuye a prevenir desaciertos que la jurisprudencia ha conceptualizado como falso juicio de legalidad, falso juicio de existencia y falso juicio de convicción, según el tipo de defecto que se configure. Se presenta un falso juicio de legalidad cuando se asigna valor a un medio probatorio obtenido con

irregularidades; existe falso juicio de existencia cuando el juzgador aprecia material que no fue practicado ni introducido en el juicio; y se configura falso juicio de convicción cuando se atribuye a la prueba una fuerza demostrativa que no se corresponde con su contenido o su confiabilidad. Tales yerros pueden abrir paso a causales de casación.

En ese contexto, el artículo trescientos ochenta y uno de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro fija el umbral de condena y recoge dos ideas centrales: en primer lugar, la exigencia de alcanzar juicio más allá de toda duda razonable sobre el tipo penal y la responsabilidad penal; y, en segundo lugar, la prohibición de sustentar la condena de manera exclusiva en determinados medios, en especial en la prueba de referencia; dicha limitación prevista en el inciso segundo— opera como una tarifa legal negativa, figura poco frecuente dentro de un sistema que, por regla general, descansa en la libertad de valoración judicial guiada por la sana crítica.

El inciso segundo del artículo 381 señala con claridad: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (Congreso de Colombia, 2004, art. 381, inc. 2). Esta disposición legal impone una prohibición tajante, ninguna condena puede basarse únicamente en declaraciones de oídas o testimonios indirectos que no hayan sido sometidos a confrontación directa dentro del juicio oral. Desde una perspectiva dogmática, esta norma introduce una tarifa legal negativa, es decir, una regla que niega eficacia probatoria plena a ciertos medios de prueba cuando no se encuentran acompañados de otros elementos que permitan alcanzar el grado de certeza exigido.

Esta limitación no vulnera el principio de libertad probatoria, sino que actúa como un mecanismo de garantía del debido proceso, al evitar que una persona sea condenada con base en pruebas que, por su propia naturaleza, son menos confiables, como es la prueba de referencia. De hecho, la misma ley reconoce que esta prueba puede tener valor, pero exige su corroboración, lo que se traduce en una restricción epistémica para proteger el estándar de certeza penal.

Desde la teoría general del derecho probatorio, se ha sostenido que las tarifas legales negativas, como esta, tienen una función limitadora y protectora: no indican al juez cuándo debe condenar, pero sí cuándo no puede hacerlo, estableciendo umbrales de suficiencia probatoria para garantizar la legitimidad de la condena (Taruffo, 2008, p. 259). En el contexto del proceso penal acusatorio colombiano, esta tarifa legal negativa representa, entonces, un freno institucional frente a la posibilidad de adoptar decisiones condenatorias fundadas en medios probatorios de bajo valor epistémico y escasa confiabilidad.

La prueba de referencia, en los términos del artículo 437 del CPP, corresponde a una declaración obtenida por fuera del juicio oral que se introduce para acreditar hechos relevantes, sin que el declarante comparezca directamente ante el juez. Si bien el ordenamiento permite su ingreso de manera excepcional, prohíbe que una sentencia condenatoria se sustente exclusivamente en este medio, debido a los riesgos que entraña en materia de fiabilidad y por su impacto en las garantías de contradicción e inmediación. En tal medida, dicha restricción opera como una regla de exclusión parcial destinada a salvaguardar el derecho de defensa y el principio de confrontación, reconocido en el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La providencia CSJ SP mil ochocientos veintidós de dos mil veinticinco (radicado cincuenta y ocho mil novecientos cuatro) se presenta como un hito reciente dentro de la línea decisoria que acota el empleo de la prueba de referencia, en lo que corresponde al enjuiciamiento penal colombiano. En consonancia con el carácter excepcional previsto en los artículos cuatrocientos treinta y siete y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y con la tarifa legal negativa contenida en el artículo trescientos ochenta y uno, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria reitera que las declaraciones rendidas por fuera del juicio —por su mediación, su habitual falta de confrontación y, en no pocos casos, su parcialidad— no pueden convertirse en el soporte único de la convicción judicial para dictar sentencia condenatoria, puesto que esta “no podrá fundamentarse exclusivamente” en esa clase de elementos probatorios.

En términos dogmáticos, la Corte reafirma que la prueba de referencia presenta una débil calidad epistémica, ya que proviene del relato de un tercero que no percibió de manera directa el hecho relevante, sino que reproduce lo que otra persona habría dicho, y que además no puede ser contrainterrogada de forma efectiva. Por tanto, se trata de un medio de conocimiento vulnerable a errores de percepción, interpretación, transmisión o manipulación, lo que compromete su fiabilidad como fundamento de responsabilidad penal.

En distintos pronunciamientos —entre ellos SP-2944-2011, SP-4569-2020 y SP-7034-2021—, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sostenido que otorgar mérito decisivo a una prueba de referencia sin contraste, sin corroboración independiente y sin un control judicial efectivo conduce a un falso juicio de convicción; e incluso puede traducirse en una afectación del debido proceso y del derecho de defensa. La Sala ha sido consistente en afirmar que un elemento referencial no sometido a confrontación carece, por regla, de la entidad necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Con todo, al abordar el tratamiento probatorio en casos de delitos sexuales contra menores de edad, el alto tribunal precisó que:

En síntesis, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha sistematizado varias reglas relevantes frente a las declaraciones previas de menores víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales: (i) desde la vigencia de la Ley mil seiscientos cincuenta y dos de dos mil trece, tales declaraciones son admisibles de pleno derecho como prueba de referencia; (ii) su decreto, incorporación y práctica deben sujetarse a las reglas generales de admisión y producción probatoria previstas en la Ley novecientos seis de dos mil cuatro; (iii) pueden ingresar al debate a través de distintos medios de conocimiento, sin quedar restringidas a la entrevista forense; (iv) su utilización no excluye ni es incompatible con la comparecencia del menor como testigo en juicio; y (v) la tarifa legal negativa conserva plena vigencia, de modo que mantiene la prohibición de edificar una condena exclusivamente en prueba de referencia (CSJ, SP mil setecientos sesenta y ocho de dos mil veinticinco, treinta de julio de dos mil veinticinco, rad. sesenta y un mil ochocientos veintiuno; CSJ, SP mil ochocientos veintidós de dos mil veinticinco, dos mil veinticinco, pp. 18–19).

Otra decisión reciente, el órgano de cierre de la administración de justicia que desarrolla el tratamiento de citada prueba de referencia es la Sentencia SP1798-2025 (Rad. 58578). En esta providencia, la Sala se pronuncia de manera expresa sobre su uso y valoración en el proceso penal, y reafirma con claridad una postura restrictiva frente a su idoneidad como sustento autónomo de una sentencia condenatoria.

En primer término, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria reafirma que la prueba de referencia presenta una fuerza demostrativa reducida y que su introducción en el juicio solo se justifica de manera excepcional, cuando se acreditan con rigor los presupuestos legales que la habilitan, particularmente los asociados al artículo cuatrocientos treinta y siete del Código de Procedimiento Penal. En esa misma línea, advierte: “La jurisprudencia de esta Sala ha sido reiterativa en que la prueba de referencia —como categoría probatoria— tiene una eficacia demostrativa limitada, especialmente cuando no ha sido posible su contradicción o no existe prueba directa que la respalde” (CSJ, SP1798-2025, 2025, p. 42). Esta regla se enlaza con la comprensión asentada en la jurisprudencia: el material referencial no puede sustituir las exigencias de inmediación y contradicción, que constituyen pilares del modelo adversarial y del juicio oral como escenario central de formación de la prueba.

Del mismo modo, la Sala vuelve sobre la regla del artículo 381 del CPP, en cuanto consagra una tarifa legal negativa, y subraya que la sola presencia de prueba referencial, sin apoyos probatorios independientes producidos bajo contradicción, resulta insuficiente para alcanzar el estándar de condena. En términos de la providencia: “La sola existencia de prueba referencial sin el complemento de elementos probatorios autónomos, recabados bajo las exigencias del contradictorio, impide configurar el estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable” (CSJ, SP1798-2025, 2025, p. 36).

La admisión de la prueba de referencia en el proceso penal exige, para ser valorada válidamente, la existencia de un conjunto probatorio autónomo y suficiente que le otorgue soporte externo, pues su debilidad epistémica impide que sea fundamento único de una condena. La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que no basta con

invocar su legalidad formal: es necesario que su contenido sea corroborado por otros medios de prueba, tales como testimonios presenciales, prueba técnica o indicios graves, que coincidan en la narración de los hechos relevantes (CSJ, SP1798-2025, 2025).

Esta articulación probatoria debe responder a una lógica coherente, de modo que no se incurra en el riesgo de una “corroboración circular” o tautológica, consistente en validar una declaración de oídas con otra igualmente referencial, o en usar el mismo dato como prueba de sí mismo, lo cual constituye un falso juicio de convicción. La exigencia de un sistema probatorio integrado evita que se construyan decisiones judiciales sobre pruebas débiles, fragmentarias o especulativas, reforzando así los principios de contradicción y racionalidad del juicio oral.

El inciso segundo del artículo trescientos ochenta y uno del Código de Procedimiento Penal, al establecer de forma expresa que una sentencia condenatoria no puede sustentarse exclusivamente en prueba de referencia, introduce una tarifa legal negativa que acota la libertad valorativa del juez penal. Si bien podría afirmarse que esta disposición restringe la autonomía judicial, en realidad se trata de una restricción constitucionalmente legítima, orientada a garantizar que toda condena se base en pruebas confiables, inmediatas y sometidas al contradictorio, como expresión del debido proceso (art. 29 CP).

Lejos de constituir una regla de prueba tasada en sentido tradicional, la tarifa negativa opera como una garantía procesal mínima que refuerza el estándar de certeza requerido para restringir derechos fundamentales. Doctrinadores como Taruffo (2008) o Ferrajoli (2005) coinciden en que el proceso penal no puede tolerar condenas fundadas en pruebas estructuralmente débiles, como las referenciales, salvo que estén debidamente corroboradas. La doctrina nacional también ha señalado que estas reglas no reducen la función valorativa del juez, sino que la racionalizan y encauzan dentro de límites epistémicos exigibles en un Estado de Derecho penal garantista (Reyes Alvarado, 2001; Quintero Ospina, 2006).

La vigencia de la tarifa legal negativa del artículo 381 del CPP se sostiene no solo por su fundamento normativo, sino también desde una óptica de justicia epistémica, en

cuanto funciona como un dique frente a condenas carentes de soporte probatorio sólido. Su eventual supresión —aun si se planteara en escenarios donde la prueba directa resulta particularmente difícil, como en violencia sexual contra menores, o dentro de las causales taxativas previstas por la ley— comportaría un riesgo considerable de regresión en las garantías del debido proceso, en especial respecto de la presunción de inocencia y del derecho a la confrontación.

3.8. Conclusión del capítulo.

El análisis articulado del tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinal de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano permite sostener que se trata de un medio de conocimiento de aplicación estrictamente excepcional, sometido a condiciones rigurosas tanto en su admisión como en su apreciación, a la luz del derecho interno y de los estándares internacionales de derechos humanos. El desarrollo expuesto muestra que la Ley novecientos seis de dos mil cuatro —en concordancia con el bloque de constitucionalidad y desde una lectura garantista de los principios que estructuran el modelo adversarial— ha delimitado los supuestos de ingreso, depuración y alcance persuasivo de las declaraciones de oídas. En esa lógica, el artículo trescientos ochenta y uno incorpora una tarifa legal negativa orientada a proteger la presunción de inocencia y el derecho fundamental al debido proceso, al impedir que una condena se soporte únicamente en la prueba referencial.

En el plano normativo, la prueba de referencia se organiza a partir de los artículos cuatrocientos treinta y siete a cuatrocientos cuarenta y uno del Código de Procedimiento Penal, que precisan su concepto, establecen de manera taxativa los supuestos de procedencia (art. cuatrocientos treinta y ocho), condicionan su admisibilidad a una imposibilidad debidamente justificada y al control propio del contradictorio, y prevén mecanismos específicos para su depuración e impugnación. En paralelo, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha desarrollado una línea interpretativa estable: reconoce que su eficacia demostrativa es limitada, demanda corroboración externa y descarta que pueda erigirse en único fundamento de una condena. Se consolida un marco normativo-jurisprudencial que admite la prueba de referencia, pero bajo una lógica de restricción estructural, explicada por su fragilidad epistémica, la tensión que introduce frente a la inmediación

y la contradicción, y su reducida capacidad para sustentar el grado de certeza requerido para una decisión adversa.

Desde una perspectiva dogmática, la prueba de referencia únicamente puede considerarse legítima en el proceso penal cuando satisface estándares mínimos de fiabilidad. Entre ellos se destacan: (i) que su origen responda a supuestos excepcionales expresamente previstos por la ley; (ii) que su contenido sea claro, específico y relevante para el debate; (iii) que haya sido sometida a contradicción o, en su defecto, que exista una imposibilidad debidamente justificada para controvertirla; y (iv) que cuente con corroboración externa mediante otros medios de prueba autónomos, sean testimoniales, técnicos o indiciarios. Estas exigencias no responden a simples formalidades, sino que concretan el principio de legalidad procesal y las prebendas de defensa y confrontación del procesado, reconocidas en el artículo veintinueve de la Constitución Política, en el artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo catorce del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, a pesar de este aparente equilibrio normativo, la prueba de referencia plantea un dilema estructural irresuelto: ¿se trata de un mecanismo legítimo que, bajo circunstancias excepcionales, permite garantizar la justicia sustancial en contextos de difícil prueba como delitos intrafamiliares o contra menores o, por el contrario, constituye una válvula de escape que erosiona la epistemología judicial, reduce las exigencias del contradictorio y debilita el estándar de certeza penal? Esta tensión se agudiza cuando se observa el riesgo de que, bajo el amparo de la flexibilización probatoria, se consoliden decisiones judiciales basadas en percepciones de terceros, no verificadas ni controladas, en contravía del modelo adversarial.

Por tanto, este capítulo concluye reconociendo que la prueba de referencia, más que una categoría probatoria neutra, es un campo de disputa entre garantismo procesal y eficientismo judicial, entre el respeto a los derechos fundamentales del investigado y la necesidad del Estado de responder eficazmente ante el delito. Con esta tensión como telón de fondo, el siguiente capítulo examinará la utilización práctica de la prueba de referencia en lo que corresponde a jurisprudencia nacional, con especial énfasis en los casos en los que su uso ha generado decisiones controversiales, a fin

de evaluar críticamente si la normativa vigente ha sido implementada de manera coherente con sus propios principios restrictivos, o si, por el contrario, ha sido objeto de flexibilizaciones indebidas que comprometen la legitimidad del sistema penal.

4. CAPITULO 2. CRITERIOS UTILIZADOS EN LA ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE REFERENCIA, IDENTIFICANDO POSIBLES TENSIONES ENTRE SU APLICACIÓN PRÁCTICA Y LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO, PARTICULARMENTE LOS DERECHOS DE CONTRADICCIÓN, CONFRONTACIÓN E INMEDIACIÓN.

4.1. La aplicación judicial de prueba de referencia: ¿interpretación garantista o flexibilización práctica?

El marco normativo de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, la prueba de referencia fue concebida como una excepción estricta frente al juicio oral público, inmediato y contradictorio, sustentado en los principios de contradicción, intermediación y confrontación. El artículo cuatrocientos treinta y siete la define como una declaración rendida por fuera del juicio que se incorpora para acreditar aspectos medulares del caso; el artículo cuatrocientos treinta y ocho fija su procedencia mediante causales taxativas; y el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y uno establece una tarifa legal negativa que prohíbe apoyar una sentencia condenatoria únicamente en este tipo de prueba (Congreso de la República, dos mil cuatro).

En concordancia con ese diseño, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, en la decisión de casación del seis de marzo de dos mil ocho (rad. veintisiete mil cuatrocientos setenta y siete), precisó los rasgos característicos de la prueba de referencia y reiteró su naturaleza excepcional, en la medida en que puede comprometer el derecho del acusado a confrontar al testigo de cargo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP-27477-2008). En dicha providencia se indicó que hay prueba de referencia únicamente concurren: (i) una declaración producida fuera del juicio; (ii) relativa a hechos que el declarante originario habría percibido de forma directa; (iii) introducida al debate por medio de un soporte probatorio —como un testigo de oídas o un documento— con la finalidad de acreditar la veracidad de lo afirmado; y (iv) referida a un punto sustancial del litigio penal.

La Corte Constitucional ha asumido una línea convergente. En la sentencia C-177 de 2014 reiteró que la prueba de referencia tiene carácter excepcional, porque el modelo acusatorio busca que la prueba sea producida y controvertida en el juicio oral, como garantía de inmediación y contradicción (Corte Constitucional, 2014, C-177). Y en la sentencia C-144 de 2010, al analizar la expresión “o evento similar” del literal b) del artículo 438, declaró su exequibilidad, pero condicionó su interpretación a hipótesis equiparables, en gravedad y estructura, al secuestro o la desaparición forzada, descartando una lectura expansiva que convierta la excepción en regla (Corte Constitucional, 2010, C-144).

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la fase fundacional de la jurisprudencia sobre prueba de referencia fue nítidamente garantista, ya que se parte de una regla general de inadmisibilidad y de una desconfianza estructural hacia la prueba indirecta, en atención a su menor fiabilidad epistémica y al riesgo de afectación del derecho de defensa. Esta misma lectura es recogida por la doctrina nacional, que resalta el carácter “precario” y “epistémicamente debilitado” de la prueba de referencia y la necesidad de rodearla de requisitos estrictos de admisión y valoración (Bedoya Sierra, 2008; Suárez, 2015).

No obstante, la práctica judicial posterior revela una tensión creciente entre ese diseño restrictivo y las demandas de protección reforzada de ciertos sujetos procesales, en especial las víctimas menores de edad de delitos sexuales y las mujeres en contextos de violencia de género. Es precisamente en estos ámbitos donde la prueba de referencia ha dejado de ser una figura meramente marginal para convertirse en pieza central de la estrategia probatoria de la acusación y de la lógica decisoria de los jueces.

En el escenario de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la jurisprudencia ha venido delineando una línea que admite —con un margen relativamente amplio— la incorporación, como prueba de referencia, de entrevistas previas rendidas por niños, niñas y adolescentes en etapas iniciales de la investigación, usualmente practicadas mediante entrevista forense o en cámara Gesell. Un antecedente ilustrativo es la providencia SP mil quinientos noventa y uno

de dos mil veinte (rad. cuarenta y nueve mil trescientos veintitrés), en la que la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria sostuvo que las entrevistas de la víctima menor, recaudadas conforme al párrafo del artículo doscientos setenta y cinco del Código de Procedimiento Penal, constituyen elemento material probatorio susceptible de ser llevado al juicio por intermedio del profesional que realizó la diligencia, permitiendo su valoración conjunta con los demás medios de convicción, aun cuando, en sentido estricto, se trate de un insumo de naturaleza referencial (Sala de Casación Penal, SP1591-2020).

En esa misma orientación, algunos tribunales superiores —por ejemplo, la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto— han avalado el ingreso de declaraciones previas de menores víctimas en investigaciones por delitos sexuales, apoyándose en el interés superior del niño y en la necesidad de evitar la revictimización, bajo la comprensión de que el literal e del artículo cuatrocientos treinta y ocho instauró un tratamiento diferenciado para este grupo de víctimas (Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, sentencia del veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, rad. dos mil dieciséis guion cero cero cero tres nueve).

Esta tendencia aparece reforzada en decisiones recientes del alto tribunal. En la sentencia SP mil doscientos trece de dos mil veinticinco (rad. sesenta y dos mil novecientos ochenta y cuatro), la Sala sistematiza su postura sobre la introducción de manifestaciones previas rendidas por menores víctimas de delitos sexuales y afirma que, por efecto del literal e del artículo cuatrocientos treinta y ocho y del principio pro infans, dichas declaraciones están “exceptuadas del juicio de admisibilidad” propio de la prueba de referencia ordinaria, en lo relativo a las causales tasadas de indisponibilidad del declarante. La corporación resalta que, por opción legislativa, estas declaraciones reciben un tratamiento reforzado orientado a reducir la revictimización, siempre que se cumplan las cargas de descubrimiento y se soliciten oportunamente en la audiencia preparatoria (Sala de Casación Penal, SP1213-2025).

A su vez, el análisis doctrinal reciente recogido por Zambrano Gómez (dos mil veinticuatro), a propósito de la sentencia SP dos mil veinticuatro guion dos mil veinticuatro (rad. cincuenta y nueve mil sesenta y ocho), indica que la Sala ha llegado incluso a sostener que las declaraciones de menores víctimas de delitos sexuales

constituyen “prueba de referencia de pleno derecho”, en el sentido de que deben ser apreciadas como tales incluso si el menor comparece al juicio y rinde testimonio, sin exigir la acreditación de indisponibilidad como presupuesto de admisión (Zambrano Gómez, 2024).

Desde una mirada crítica, esta línea revela una flexibilización considerable del régimen de referencia: si bien se mantiene, a nivel conceptual, la idea de que se trata de prueba de uso excepcional, en la práctica se ha consolidado un trato diferenciado que, en el caso de menores víctimas de delitos sexuales, rompe parcialmente con la regla general de la indisponibilidad estricta. El resultado es que la prueba de referencia ya no opera solo como remedio extremo ante la imposibilidad material de comparecencia, sino también como mecanismo ordinario para complementar, reforzar o suplir las dificultades inherentes al testimonio infantil.

En contextos de violencia de género y violencia intrafamiliar se observa un fenómeno comparable. Allí, la cláusula “evento similar” del literal b del artículo cuatrocientos treinta y ocho ha sido leída desde un enfoque de género, de manera que la “indisponibilidad” del testigo no se restringe a imposibilidades físicas extremas (v. gr., muerte o desaparición), sino que puede comprender escenarios de control, dependencia o temor que impiden una declaración verdaderamente libre en juicio. En tales supuestos se ha admitido la incorporación de manifestaciones previas de la víctima como prueba de referencia, no porque el testigo falte en sentido material, sino porque la dinámica de la violencia bloquea una comparecencia genuinamente voluntaria (Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, SP3332-2016, rad. 43866; véase también Edileyer, 2022).

Con todo, frente a estas lecturas expansivas, la Sala de Casación Penal ha insistido en preservar un mínimo garantista. En SP3332-2016, recuerda que la prohibición del artículo trescientos ochenta y uno —esto es, impedir que una condena se apoye únicamente en prueba de referencia— se encuentra íntimamente ligada al derecho de confrontación: su finalidad es evitar que el fallo repose solo en afirmaciones previas al juicio que no hayan sido sometidas a contradicción pública ante el juez (Sala de Casación Penal, SP3332-2016).

Además, la Sala ha venido perfilando lo que podría describirse como una suerte de “admisión reforzada” para este tipo de evidencia. Un documento de relatoría reciente sintetiza varias cargas: la declaración debe ser descubierta oportunamente; en la audiencia preparatoria debe solicitarse de manera expresa su incorporación e indicarse cómo se acreditarán su existencia y contenido; debe demostrarse alguna causal del artículo cuatrocientos treinta y ocho (salvo el supuesto especial del literal e); y, finalmente, en juicio debe lograrse su ingreso por el medio probatorio idóneo, preservando siempre la posibilidad de contradicción de la contraparte (Sala de Casación Penal, “Prueba de referencia. Admisibilidad, antecedentes y otras consideraciones”).

Desde la dogmática procesal, este panorama ha suscitado aproximaciones divergentes. Autores como Bedoya Sierra (dos mil ocho) enfatizan que la regla general de inadmisión y la tarifa legal negativa del artículo trescientos ochenta y uno responden a una racionalidad garantista: solo restringiendo de manera severa el peso de la prueba de referencia se evita que el proceso penal se desnaturalice y retorne a una lógica dominada por declaraciones sumarias y soportes extrajudiciales. En contraste, otros planteamientos —como el de Suárez (dos mil quince)— han propuesto modular esa tarifa legal negativa, de modo que, en escenarios extremos, una prueba de referencia clara, consistente y compatible con estándares de racionalidad pudiera, eventualmente, servir como base suficiente de condena, para impedir resultados de impunidad particularmente injustos (Suárez, 2015).

En cualquier caso, la lectura conjunta de jurisprudencia y doctrina permite sostener que el tratamiento judicial de la prueba de referencia en Colombia se ubica hoy en una zona de tensión permanente. Por un lado, se reafirma en el plano argumentativo su carácter excepcional, la necesidad de satisfacer requisitos estrictos de admisión y la vigencia de la prohibición de usarla como único soporte de la condena. Por otro, en la práctica se aprecia una expansión funcional de la figura en ámbitos especialmente sensibles (casos con menores y con enfoque de género), donde la prueba de referencia llega a ocupar un lugar central en la reconstrucción fáctica, hasta convertirse en el eje alrededor del cual se ordenan los restantes elementos de corroboración.

Ello plantea interrogantes relevantes y válidos, preguntarse hasta qué punto esta flexibilización, aunque inspirada en fines constitucionalmente legítimos (protección de víctimas vulnerables, prevalencia del interés superior del menor, enfoque de género), resulta compatible con el núcleo esencial de los derechos de contradicción, confrontación e inmediación del acusado; y si la práctica judicial, al normalizar el uso intensivo de prueba de referencia, no está, en los hechos, erosionando el modelo de juicio público oral como espacio privilegiado de producción y control de la prueba de referencia en el sistema penal acusatorio colombiano.

4.2. El rol del juez frente a la prueba de referencia.

En el esquema de este sistema penal acusatorio colombiano, el juez de conocimiento no cumple un papel meramente contemplativo frente a la actividad probatoria, sino que actúa como garante de la constitucionalidad del juicio. Esa función adquiere especial sensibilidad cuando se trata de prueba de referencia, pues esta, por definición, opera como excepción a la inmediación, la contradicción y la confrontación, y además la ley le reconoce una eficacia persuasiva limitada o “menguado o restringido” (art. 381 CPP).

De allí surge el interrogante sobre si, en la praxis judicial, el juez ejerce un control estricto de admisión y valoración acorde con un modelo garantista, o si, por el contrario, se ha instalado una tendencia a acoger de manera casi automática las solicitudes de incorporación formuladas por las partes —en particular por la Fiscalía— bajo el argumento de la protección de víctimas vulnerables y la realización de la justicia material.

El punto de partida debe ser el deber general de motivación de las providencias, que la Corte Constitucional ha identificado como exigencia del debido proceso y presupuesto de legitimidad democrática de la función jurisdiccional (Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001). La motivación no se reduce a anunciar el sentido del fallo: exige explicar, con razones fácticas y jurídicas, por qué se admite o se excluye determinada prueba, cómo se pondera su alcance y de qué manera se satisface el estándar de certeza requerido para condenar, superando la duda razonable.

Cuando el fallo asigna un papel relevante a la prueba de referencia, ese deber de fundamentación se intensifica. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha indicado que, si la sentencia otorga peso a testimonios o declaraciones rendidas por fuera del juicio, el juzgador debe precisar de manera expresa qué causal del artículo cuatrocientos treinta y ocho de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro se consideró acreditada, por qué resultó inviable practicar el testimonio directo en audiencia y cómo, a pesar del carácter excepcional y del valor demostrativo restringido de este tipo de evidencia, la apreciación conjunta del acervo probatorio permite arribar al conocimiento más allá de toda duda razonable exigido por el artículo trescientos ochenta y uno.

En la guía jurisprudencial sobre conceptos del sistema acusatorio, se sintetiza este deber en términos muy claros: “cuando la sentencia se basa en prueba de referencia, la motivación debe detallar el juicio de admisibilidad y la forma en que el juez controló que no se vulneraran los derechos de confrontación y contradicción” (Tribunal Superior de Cúcuta, 2019, p. 34-35).

De forma similar, un auto de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín dictado en el marco de una decisión absolutoria por duda recuerda que el principio de motivación no se satisface con fórmulas genéricas, sino con una valoración explícita de la prueba disponible y de las omisiones probatorias, entre ellas, la no comparecencia de testigos directos que no fueron suplidos mediante prueba de referencia legalmente admisible (Tribunal Superior de Medellín, 2023).

A partir de estas líneas puede sostenerse que la admisión de prueba de referencia exige, en rigor, una motivación reforzada, que vaya más allá del simple “se admite por ser necesaria” y que explique por qué se satisface cada uno de los filtros legales y constitucionales. Desde el punto de vista garantista, una sentencia que incorpora prueba de referencia sin ese justiprecio detallado no solo incumple el artículo 381, sino que se aproxima al terreno de la arbitrariedad. Frente al particular Ferrajoli sostiene que:

La validez de una decisión penal depende de la estricta observancia de las garantías del juicio, especialmente cuando se acude a medios probatorios que

afectan el derecho de defensa. Si el juez admite pruebas indirectas sin exponer de manera detallada las razones jurídicas que justifican su excepcionalidad y necesidad, la decisión se desliza hacia la arbitrariedad, pues el control epistémico del poder punitivo exige que cada excepción a la regla del contradictorio esté sólidamente argumentada. La motivación reforzada es el principal antídoto contra decisiones precipitadas o influenciadas por presiones externas, porque obliga al juez a justificar racionalmente cada desviación del procedimiento ordinario (Ferrajoli, 2005, pp. 312–313).

El canon 438 del Código de Procedimiento Penal colombiano utiliza una fórmula de cierre que evidencia su carácter restrictivo: “Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante...” (Ley 906 de 2004, art. 438). A partir de allí, la norma fija un listado taxativo de supuestos de indisponibilidad del testigo —pérdida de memoria debidamente corroborada; secuestro, desaparición forzada o “evento similar”; enfermedad grave; fallecimiento; y, tras la reforma, los casos de victimización sexual de menores de 18 años—, lo que confirma que su procedencia está pensada para escenarios estrictamente excepcionales. En consonancia con ello, la Corte Suprema ha sostenido que dichas causales deben interpretarse como situaciones asimilables a fuerza mayor que no pueden ser razonablemente superadas, de modo que el margen de apreciación judicial se limita a auténticos supuestos de necesidad. La finalidad de esta lectura es impedir que la excepción se desnaturalice y se transforme en una regla práctica, o en un recurso para sortear las garantías de confrontación del acusado mediante la no comparecencia del testigo directo en el procedimiento oral.

En términos normativos, pues, el juez está obligado a verificar activamente la concurrencia de la causal de indisponibilidad; no puede simplemente confiar en la calificación que haga la parte proponente. La práctica muestra, sin embargo, luces y sombras.

Hay decisiones en las que el control judicial es ejemplar. El Auto confirmatorio 201800002, proferido por la jurisdicción ordinaria penal, negó la solicitud de la Fiscalía de introducir como prueba de referencia las entrevistas practicadas a una presunta víctima de acceso carnal abusivo cuando era menor, destacando que, al momento del

decreto probatorio, la testigo ya era mayor de edad y podía acudir a juicio. En criterio del despacho, no se cumplía la hipótesis del literal e) del artículo 438 CPP, por lo que no era posible sacrificar la inmediación y la confrontación bajo una causal extinguida. Este tipo de decisiones revela un entendimiento correcto del rol del juez, la condición de menor de edad no es un rótulo que se arrastre indefinidamente, sino un presupuesto fáctico que debe existir y probarse al momento relevante para la admisión probatoria. Lo contrario equivaldría a presumir la causal legal, desnaturalizando el carácter excepcional de la referencia.

No obstante, también hay ejemplos donde el control parece más formal que real. En la sentencia SP101-2023 (rad. 52977), la Sala Penal analiza un caso en el cual la condena de instancia se fundó de manera preponderante en declaraciones anteriores de la víctima, quien en juicio se acogió a su derecho a guardar silencio. La Corte reprocha que se hubiera tratado esa situación como si se encuadrara automáticamente en los supuestos de mencionada prueba de referencia, recordando que el ejercicio de la garantía o derecho al silencio (art. 33 CP) no es, por sí mismo, una causal de indisponibilidad prevista en el artículo 438 CPP, y que apoyarse de ese modo en prueba de referencia constituye transgresión de los artículos 33 de la Constitución y 385, 437 y 438 del estatuto procesal penal.

En otras palabras, algunos jueces de instancia han asumido que basta con que el testigo no declare en juicio para considerar satisfechas las excepciones del artículo 438, sin distinguir si la no comparecencia obedece a fuerza mayor, a una situación objetivamente insuperable o simplemente a una opción procesal. Desde una perspectiva dogmática, esto equivale a una presunción fáctica de las causales de admisión, incompatible con el tenor literal del precepto y con la exigencia de interpretación restrictiva de las normas que limitan derechos fundamentales.

Desde la doctrina, Suárez (2015) sostiene que la restricción al empleo de la prueba de referencia responde a una opción legislativa estrechamente ligada a la presunción de inocencia, por lo cual el juez no está habilitado para “flexibilizar” tales exigencias sin disminuir el nivel de protección del acusado. En su planteamiento, la tarifa legal negativa del artículo trescientos ochenta y uno se justifica porque el legislador partió de la idea de que la prueba de referencia, por sí misma, “no es suficiente para

desvirtuar la presunción de inocencia”; en consecuencia, cualquier admisión que prescinda del rigor del artículo cuatrocientos treinta y ocho termina por alterar el equilibrio del sistema.

Ahora bien, desde un enfoque garantista, la conclusión es clara, siempre que el juez admite prueba de referencia sin demostrar en la motivación que efectivamente concurre la causal de indisponibilidad, está sustituyendo el control de legalidad por una deferencia indebida a las partes, y erosionando el carácter de “último filtro” que le asigna la Constitución.

Ligado a lo anterior se encuentra el problema del estándar de necesidad que debe guiar al juez al decidir si admite o no una prueba de referencia. La relatoría de la Corte Suprema de Justicia subraya que la admisión por vía discrecional, por ejemplo, a través de la cláusula “evento similar”, debe restringirse a “verdaderos casos de necesidad”, de modo que la prueba de referencia no pueda utilizarse como un atajo para simplificar el debate probatorio ni como una vía para evitar el contrainterrogatorio del testigo directo. Ese estándar de necesidad supone, al menos, tres exigencias acumulativas, a saber:

- 1. Verificación seria de la imposibilidad:** la indisponibilidad del testigo debe obedecer a una causa objetiva, grave e insuperable (muerte, desaparición forzada, secuestro, enfermedad grave), y no a contingencias ordinarias de gestión o conveniencia. La cláusula “evento similar”, según la sentencia C-144 de 2010, se circunscribe a situaciones análogas a la desaparición o secuestro, esto es, a escenarios de fuerza mayor, no a vacuas excusas del deponente.
- 2. Agotamiento de alternativas menos lesivas:** antes de acudir a la prueba de referencia, el juez debe considerar y, en su caso, preferir el uso de mecanismos como la declaración anticipada, las videoconferencias o la adopción de medidas especiales de protección para testigos vulnerables (artículos 284, 284A y 284B CPP), que permiten compatibilizar la protección de la víctima con la confrontación directa. Si estas alternativas son posibles, pero no se exploran, difícilmente puede hablarse de “necesidad” en sentido fuerte.

3. Corroboración externa suficiente: incluso cuando la prueba de referencia se admite por necesidad, el juez tiene el deber de exigir pruebas complementarias que reduzcan el riesgo de error asociado al carácter indirecto del conocimiento. De no hacerlo, termina por vaciar de contenido la tarifa legal negativa del artículo 381, que impide fundar la condena únicamente en prueba de referencia.

En la práctica; sin embargo, la verificación de la “imposibilidad de comparecencia” muchas veces se reduce a afirmaciones genéricas de la Fiscalía (“no ha sido posible ubicar al testigo”, “la víctima se encuentra afectada emocionalmente”), sin que el juez exija acreditación robusta de tales circunstancias ni explore la viabilidad de alternativas menos restrictivas. Aquí aparece, de nuevo, el riesgo de deferencia automática, pues se toma como cierto lo que la parte afirma, y se califica la situación como “evento similar” o como supuesto de protección a la víctima sin un examen probatorio previo.

En los procesos por delitos sexuales contra menores de edad, la justificación habitual para acudir a la prueba de referencia es clara, evitar la revictimización. La fórmula es conocida y suena impecable en el plano retórico, ya que se evita exponer al niño o adolescente a la crudeza del contrainterrogatorio, se preserva su dignidad, se protege su estabilidad emocional. Se recurre entonces a videos, entrevistas forenses y declaraciones mediadas por peritos, que ingresan al juicio como si fuesen un sucedáneo aceptable de la confrontación directa. Hasta aquí, el discurso es irreprochable en términos de política criminal humanitaria.

El problema conviene decirlo sin rodeos, el sistema penal colombiano no está diseñado como un tribunal de conciencia ni como un espacio de reparación emocional, sino como un procedimiento de reconstrucción racional de hechos pasada la barrera de la duda razonable. Su arquitectura descansa en tres pilares perspicuos inmediación, contradicción y confrontación. Cuando se acepta que la palabra de la víctima menor circule exclusivamente a través de registros audiovisuales o del relato de un perito, sin que exista nunca un espacio real de confrontación en juicio, lo que se hace no es solo “proteger” al testigo, sino perforar uno de los cimientos estructurales del modelo acusatorio. Un edificio procesal que renuncia a la inmediación se mantiene en pie, pero vaciado de su sentido original.

La intermediación no es una formalidad ni un símbolo ritual del proceso, sino la condición que permite al juez apreciar directamente la sinceridad, coherencia y credibilidad del testigo. Cuando el juez no presencia el acto declarativo se pierde la riqueza comunicativa de la interacción procesal y se incrementa el riesgo de error. La valoración de testimonios sin la presencia del declarante degrada la función epistémica del juicio oral y sustituye la experiencia viva por una percepción mediada que distorsiona la esencia de la prueba testimonial (Devis Echandía, 1993pp. 245–246).

No se trata de desconocer la victimodogmática ni de minimizar el sufrimiento de quien ha padecido un delito atroz. Pero el derecho penal garantista, precisamente por tomarse en serio la tragedia humana, sabe distinguir entre la verdad del dolor y la verdad procesalmente demostrada. Una cosa es que el agraviado, ávido de justicia, experimente una comprensible sed de sanción; otra muy distinta es permitir que esa sed dicte las reglas del juego probatorio. El proceso penal no puede convertirse en un espacio donde el Estado, para tranquilizar conciencias, renuncie a las garantías básicas del contradictorio y se refugie en la comodidad de la pantalla y del informe técnico, como si el “video de la entrevista” fuera el nuevo oráculo, inmune al escrutinio.

La idea de que basta con que el menor “haya hablado una vez” ante un funcionario o un psicólogo, para que de allí en adelante su voz pueda ser reproducida indefinidamente sin confrontación alguna, es profundamente peligrosa. No solo porque convierte la prueba de referencia en regla, sino porque desplaza el juicio oral hacia un modelo de expediente audiovisual, donde el juez ya no conoce al testigo, sino el montaje que el aparato institucional ha decidido conservar de él. Se pasa del juez que percibe y observa, al juez que “ve un video” y escucha a un perito narrar lo que el niño dijo. El riesgo de distorsión y de lectura interesada de ese relato crece exponencialmente, mientras el control defensivo se vuelve puramente formal. Reyes Alvarado advierte que:

El juicio oral se erige sobre la confrontación directa entre quien acusa y quien declara, de modo que las declaraciones previas no pueden ocupar el lugar de la prueba producida en juicio sin afectar el equilibrio del sistema. Cuando el proceso penal permite que el testimonio extrajudicial sustituya la comparecencia del declarante, se desnaturaliza el debate contradictorio y se

transforma el juicio en una validación automática de registros previos que nunca fueron sometidos a examen (Reyes Alvarado, 2001, pp. 178–179).

Aceptar sin más este esquema es, en el fondo, una forma elegante de decirle al acusado que sus derechos de confrontación e intermediación son negociables, que pueden ser sacrificados en nombre de una sensibilidad moral superior. Pero el derecho penal serio se construye precisamente contra esa tentación. Las consideraciones morales y las garantías jurídicas se mueven en planos distintos, la primera explica la indignación social, la segunda fija los límites infranqueables del poder punitivo. Confundir ambos planos es la antesala del populismo penal, donde se absuelve o se condena no según la prueba producida y controlada en juicio, sino según la intensidad del clamor.

De ahí que, por incómodo que resulte decirlo, también se exige seriedad procesal de la víctima, no en el sentido abyecto de obligarla a soportar un vía crucis revictimizante, sino en el sentido de reconocer que su relato, si ha de operar como prueba de cargo en un Estado constitucional, debe estar disponible (con todas las salvaguardas necesarias) para algún grado de control contradictorio. La protección no puede consistir en ocultarla detrás de una cortina de expertos y dispositivos tecnológicos, exigiendo al mismo tiempo que su palabra baste para conculcar la libertad de otro ser humano. La compasión hacia el agraviado no puede transformarse en indiferencia hacia las garantías del acusado.

Las transformaciones contemporáneas del proceso penal han acentuado la centralidad de la víctima, pero ello no autoriza a sacrificar el contradictorio ni a debilitar las oportunidades de defensa del procesado. La protección reforzada a quien sufre un delito no puede traducirse en la aceptación irreflexiva de declaraciones previas ni en el desplazamiento del juicio oral por registros extraprocesales. El garantismo exige equilibrio: escuchar a la víctima, sí, pero sin erosionar las bases constitucionales del debido proceso (Martínez Méndez, 2017, pp. 65–66).

El uso extensivo de la prueba de referencia en casos de menores, tal como se está practicando, no solo alivia la carga emocional de la declaración, sino que empieza a erosionar silenciosamente la lógica misma del proceso penal acusatorio. Si el sistema

se resigna a que las víctimas “hablen” exclusivamente por interpuesta persona y a través de archivos de video, el juicio deja de ser el lugar donde se prueba y se contradice, para convertirse en el escenario donde se solemniza lo ya dicho en otra parte. Y un proceso penal que renuncia a la inmediación, por más nobles que sean las razones invocadas, termina condenado a vivir de la apariencia de justicia, no de su materialidad.

La crítica doctrinal ha señalado un fenómeno paralelo en el ámbito de la prueba pericial, relativo al riesgo de “deferencia epistémica” al experto, esto es, la tendencia del juez a aceptar sin mayor escrutinio las conclusiones del perito. Peláez Mejía (2017) advierte que el régimen probatorio debe preocuparse por minimizar el riesgo de sobrevaloración de la prueba pericial y evitar que el juez abdique de su función crítica frente al conocimiento experto.

Uno de los riesgos más persistentes del proceso penal contemporáneo es la tendencia del juez a confiar de manera irreflexiva en ciertos operadores del sistema, especialmente en los peritos y autoridades investigativas. Cuando el juez renuncia a ejercer un control crítico sobre la fuente de conocimiento y se limita a aceptar conclusiones sin escrutinio, la función jurisdiccional se reduce a una ratificación automática de la narrativa técnica (Peláez Mejía, 2017, pp. 201–202).

Por analogía, puede afirmarse que algo similar ocurre con la prueba de referencia cuando el juez renuncia a verificar la necesidad y la imposibilidad de comparecencia, se deja arrastrar por una lógica de “confianza procesal” en la Fiscalía o en la narrativa de protección de la víctima, en detrimento del control de legalidad y del derecho de defensa.

En síntesis, el estándar de necesidad no puede reducirse a una fórmula retórica. Si el juez no exige una acreditación concreta de la imposibilidad de comparecencia, no verifica alternativas menos restrictivas y no pondera el efecto que la prueba de referencia produce sobre la contradicción, la confrontación y la inmediación, la excepción pierde su sentido y termina funcionando como un mecanismo ordinario de imputación, con un costo significativo para la arquitectura garantista del modelo adversarial.

4.3. Prueba de referencia y condenas.

El análisis de la jurisprudencia reciente revela que, pese a la pretensión normativa del sistema acusatorio colombiano de relegar la prueba de referencia a un plano excepcional; la práctica judicial esta figura ha empezado a adquirir un protagonismo indebido dentro de las decisiones de fondo. De manera reiterada, los tribunales terminan valorando declaraciones extraprocesales como si poseyeran la misma densidad epistémica que el testimonio directo producido en juicio, incluso en escenarios donde la inmediación, la contradicción y la confrontación se ven claramente erosionadas.

Este desplazamiento es visible en decisiones como SP1798-2025, donde la Corte examinó una condena proferida por el tribunal con fundamento casi exclusivo en declaraciones previas de un testigo que no compareció al juicio. La primera instancia había advertido, con rigor garantista, que tales manifestaciones constitúan prueba de referencia carente de corroboración y, por tanto, legalmente insuficientes para derruir la presunción de inocencia; sin embargo, el tribunal de segunda instancia construyó una condena apoyándose en la narrativa extraprocesal, privilegiando la “credibilidad” subjetiva del relato inicial sobre la ausencia de confrontación en juicio (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, SP1798-2025, Rad. 58578). La lógica del tribunal evidenció una tendencia preocupante, cuando el juez considera verosímil la declaración previa, la excepcionalidad de la prueba de referencia se diluye y se sustituye el análisis garantista por un test intuitivo de plausibilidad⁶.

Algo similar ocurrió en SP1895-2025, donde se examinó la revocatoria de una absolución dictada en primera instancia. El tribunal edificó la condena sobre un conjunto de declaraciones anteriores y documentos institucionales, pese a que la prueba directa rendida en juicio exhibía contradicciones relevantes respecto de la

⁶ En este contexto, la expresión “test intuitivo de plausibilidad” alude a una práctica judicial indebida mediante la cual el juez, en lugar de aplicar los criterios normativos propios del modelo acusatorio termina valorando declaraciones extraprocesales con base en una mera impresión subjetiva de verosimilitud. Se trata, en esencia, de sustituir el análisis jurídico-epistémico por una apreciación psicológica, asumiendo que la primera versión del declarante “suena más lógica”, “parece sincera” o “encaja mejor” con la narrativa del caso. El uso de este test intuitivo implica una regresión hacia lógicas inquisitivas, pues convierte la plausibilidad aparente del expediente en el núcleo decisorio, desplazando al juicio oral como escenario racional de verificación y sometimiento de la prueba al contradictorio.

versión inicial. El fallo describe críticamente cómo la autoridad de segunda instancia optó por “restaurar” la coherencia del expediente acudiendo a las manifestaciones preprocesales de las víctimas, tratándolas como registros más fiables que la declaración rendida bajo inmediación, lo cual supone un franco desplazamiento del juicio oral como espacio epistémico central (Corte Suprema de Justicia, SP1895-2025, Rad. 69550). En esa decisión se advierte que el tribunal no explicó por qué las versiones previas, no sometidas a contradicción, debían preferirse frente a las declaraciones en juicio, convirtiendo la prueba de referencia en eje estructural de la condena.

Una manifestación aún más evidente de este fenómeno puede observarse en SP1822-2025, donde la Corte analizó una condena fundamentada en gran medida en entrevistas previas de la víctima y de familiares, usadas para suplir inconsistencias del testimonio rendido durante el juicio. Allí se constató que la estructura argumentativa del tribunal descansaba en reconstrucciones periféricas ajenas al contradictorio, y que la valoración otorgada a las manifestaciones previas no obedecía a un examen garantista del artículo 438 CPP, sino al uso de la referencia como mecanismo para completar vacíos de la prueba directa (Corte Suprema de Justicia, SP1822-2025, Rad. 58904). En palabras del propio fallo, la autoridad judicial terminó “prefiriendo relatos cuyo origen no estuvo sometido al escrutinio dialéctico”, erosionando la esencia del juicio oral.

Estos tres casos ilustran un patrón consolidado, la prueba de referencia está siendo empleada no como auxiliar, sino como prueba sustancial, esto es, como la pieza determinante de la convicción judicial. Ello se agrava cuando, como en SP1857-2025, el tribunal equipara entrevistas previas a testimonios rendidos en juicio, desconociendo que la producción extraprocesal del dicho, aun cuando técnicamente correcta, no satisface las exigencias constitucionales de inmediación, contradicción y confrontación. La Corte ha recordado que las entrevistas previas “no son prueba autónoma”, y que hacerlas equivaler a testimonios judicializados “crea un régimen híbrido que reintroduce lógicas inquisitivas” (Corte Suprema de Justicia, SP1857-2025, Rad. 66399).

La situación no se limita a delitos sexuales o a víctimas menores. En SP1835-2025, la primera instancia advirtió que la Fiscalía pretendió construir toda la teoría del caso sobre entrevistas previas, lo cual llevó a una absolución por falta de prueba directa producida en juicio. Sin embargo, la segunda instancia revocó y condenó sin subsanar la ausencia de testimonios presenciales, evidenciando la resurrección de un modelo de expediente en el que las entrevistas constituyen la “prueba reina”, pese a su carácter de referencia (Corte Suprema de Justicia, SP1835-2025, Rad. 58624). El razonamiento de primera instancia, contundente desde el garantismo, es lapidario, el fiscal “se quedó anclado en un sistema inquisitivo” en el que basta recopilar entrevistas para construir un caso, cuando en el modelo acusatorio estas solo pueden operar como referencia y jamás como prueba fundante de la condena.

Los riesgos de esta deriva jurisprudencial son múltiples. Primero, se afecta gravemente el estándar de certeza del artículo 381 CPP, porque se utiliza evidencia epistémicamente debilitada (al ser indirecta y no confrontada) como si poseyera la misma fuerza convictiva que la prueba producida en juicio. Segundo, se vulnera el derecho de confrontación cuando el juez omite analizar la causal del artículo 438 CPP y pasa directamente a valorar declaraciones previas, como ocurrió en SP2071-2025, donde la Corte recordó que el ejercicio del derecho al silencio por parte de la víctima no constituye causal de indisponibilidad (Corte Suprema de Justicia, SP2071-2025, Rad. 62018). Tercero, se reinstala silenciosamente una lógica inquisitiva, pues la verdad procesal se extrae del expediente y no del juicio oral, fenómeno que ya había sido advertido en decisiones como AP5589-2025, donde la Corte insiste en la imposibilidad de que el juez “suplante” la prueba directa mediante reconstrucciones documentales previas (Corte Suprema de Justicia, AP5589-2025, Rad. 61517).

En la sentencia bajo radicado SP1783-2025 (Rad. 59953) la Corte estudió una condena en la cual las declaraciones previas de una víctima menor de edad fueron utilizadas como pilar central del fallo, pese a que el testimonio directo no aportó elementos adicionales en juicio. La Sala ratificó la sentencia al considerar que la prueba de referencia era válida por tratarse de un supuesto de los contemplados en el artículo 438 CPP. Sin embargo, lo verdaderamente crítico no es la admisibilidad formal, sino el modo en que la referencia terminó sustituyendo a la prueba directa. La Corte sostuvo en un razonamiento que muestra cierto desplazamiento epistemológico

que “las manifestaciones previas de la víctima, aun cuando no sometidas a contradicción plena, constituyen material demostrativo idóneo cuando se integran coherentemente con el conjunto probatorio disponible” (CSJ, SP1783-2025, 2025). Esta afirmación, si bien apoyada en la búsqueda de justicia material, implica que el tribunal aceptó como suficiente una prueba debilitada para efectos de responsabilidad penal, confiando en la coherencia narrativa y no en la inmediación judicial.

Esta línea interpretativa se ve reforzada en la providencia CSJ SP mil setecientos ochenta y seis de dos mil veinticinco (radicado sesenta y ocho mil seiscientos diecinueve), en la cual la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria confirmó la condena dictada por el Tribunal Superior de Antioquia y destacó la relevancia de los derechos prevalentes de las menores víctimas. En un pasaje extenso, la Sala afirma que, tratándose de este tipo de conductas, “el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y la protección integral” (CSJ, SP1786-2025, 2025, p. 53). Aunque esa afirmación refleja un compromiso axiológico significativo, en la práctica puede funcionar como una cláusula de justificación que disminuye el nivel de escrutinio exigible frente al uso de mencionada prueba de referencia. Si bien, el tribunal no niega de manera expresa la tarifa legal negativa del artículo trescientos ochenta y uno del Código de Procedimiento Penal, sí deja entrever una orientación más flexible cuando admite que la declaración previa del menor se introduzca al juicio con una carga convictiva elevada, aun sin una confrontación efectivamente garantizada. La providencia alude a la necesidad de armonizar esa protección con el debido proceso, pero no desarrolla un examen suficientemente exigente sobre la suficiencia probatoria de una condena apoyada de forma significativa en evidencia indirecta, lo que abre la puerta a que su valoración adquiera un papel sustantivo y no meramente auxiliar.

Por su parte, SP1764-2025 (Rad. 58443) constituye un ejemplo paradigmático de cómo esta prueba de referencia se usa para reconstruir la teoría del caso en ausencia de prueba directa contundente. En esta sentencia, la Corte se vio obligada a evaluar decisiones de instancias que habían otorgado a las manifestaciones previas un valor que excedía su naturaleza excepcional. En uno de los apartados más reveladores del fallo, la Sala recuerda que “la introducción de declaraciones anteriores al juicio no exonera al juez del deber de motivar rigurosamente por qué tales elementos, de

carácter referencial, alcanzan la aptitud demostrativa requerida para superar la duda razonable” (CSJ, SP1764-2025, 2025). No obstante, al analizar el fondo del caso, la Corte terminó validando la condena, apoyándose en que la coherencia interna del conjunto probatorio suplía la falta de confrontación directa. Se trata de un movimiento que, aunque formalmente consistente, introduce una tensión entre la regla de exclusión parcial del artículo 381 CPP y la práctica judicial de conferir a la prueba de referencia una eficacia epistémica superior a la que la ley le reconoce.

Las sentencias antes mencionadas comparten un elemento transversal, la Corte parece asumir que, siempre que la declaración previa del menor esté enmarcada dentro de las causales del artículo 438 CPP, su valoración puede alcanzar niveles que rozan lo sustancial, sin que la ausencia de confrontación afecte decisivamente su eficacia. Esta lógica se expresa de manera nítida en SP1786-2025, donde la Sala vincula la protección integral del menor con la admisibilidad y posterior valoración robusta de las declaraciones extraprocesales.

En un extenso pasaje se lee que “en los procesos con víctimas menores, las reglas probatorias deben interpretarse en armonía con el interés superior del niño, lo que implica asegurar mecanismos de participación que no revictimicen, aunque ello suponga flexibilizar formalidades” (CSJ, SP1786-2025, 2025, p. 53). Esta idea, aunque humanamente comprensible, desdibuja la estructura del sistema acusatorio y corre el riesgo de reemplazar el contradictorio por un enfoque proteccionista.

La prudencia judicial no puede permitir que la protección de víctimas, por legítima que sea, se traduzca en el sacrificio de garantías esenciales del imputado ni en la desestructuración del modelo procesal. La justicia penal si pretende mantenerse fiel al constitucionalismo garantista debe recordar que la verdad procesal no reside en el expediente, sino en el juicio.

Desde un punto de vista dogmático, estas providencias reflejan un tránsito hacia lo que algunos teóricos han denominado una “epistemología de la protección”, un modelo en el que la fiabilidad probatoria se evalúa a la luz de la condición de víctima vulnerable y no exclusivamente bajo los parámetros del debido proceso. Ferrajoli advertía que “el garantismo no puede subordinarse a finalidades sustantivas, por

nobles que sean, pues sus límites operan precisamente frente a los riesgos de parcialidad moral del juzgador” (Ferrajoli, 2005, p. 412). Al aplicar este criterio a las sentencias comentadas, se observa que la Corte privilegia la coherencia narrativa y la protección de la víctima sobre la contradicción y confrontación efectivas, vale la pena interrogarse si esta postura no raya con una presunción de culpabilidad al considerar la blando del sistema en estos aspectos.

El riesgo epistémico es claro, si la prueba de referencia se convierte en el eje central de la condena, la tarifa legal negativa se vacía de contenido, y el juicio oral pierde su rol constitutivo como espacio para la verificación racional de los hechos. Incluso en SP1764-2025, donde la Corte advierte la necesidad de motivación reforzada, termina validando el uso ampliado de la prueba indirecta, siempre que exista un marco interpretativo protector. En términos prácticos, esto significa que la prueba de referencia, en lugar de operar como un mecanismo de extrema ratio, se está consolidando como un recurso probatorio habitual en delitos con víctimas menores.

De este modo, la jurisprudencia analizada confirma la existencia de una tensión no resuelta entre la teoría garantista del proceso penal acusatorio y la práctica judicial orientada a la protección reforzada de víctimas vulnerables. Si esta tendencia continúa, podría afirmarse que el sistema está transitando hacia una transformación silenciosa, la progresiva conversión del juicio oral en un espacio de ratificación de pruebas formadas extraprocesalmente, lo que constituye una forma sutil de retorno a la lógica inquisitiva.

4.4. Tensión entre protección de víctimas y garantías del acusado.

En el proceso penal contemporáneo se evidencia una tensión estructural que atraviesa el sistema: por un lado, el mandato constitucional y convencional de reforzar la protección de las víctimas, con particular intensidad cuando se trata de niños, niñas y adolescentes; y, por otro, el deber de preservar el núcleo esencial del debido proceso del acusado, anclado en los compendios de inmediación, contradicción y confrontación.

La victimología y en relación con la denominada victimodogmática surgen, precisamente, como respuesta al prolongado desplazamiento de la víctima dentro del derecho penal moderno. Assis y Benítez señalan que, con la consolidación del Estado y del *ius puniendi*, el conflicto fue “expropiado” por el soberano, lo que relegó a la víctima a un papel secundario, con frecuencia limitada a la condición de simple fuente probatoria o testigo. Solo con el influjo de convenios internacionales y reformas recientes comenzó a reivindicarse su lugar en el proceso y a proponerse mecanismos para su participación “sin dañarla nuevamente”, atendiendo a los efectos psíquicos del delito y a los factores victimógenos (Assis & Benítez, 2020, p. 11).

En Colombia, ese giro se profundiza con la Constitución de 1991 y la lectura que de ella ha hecho la Corte Constitucional. Gaviria Londoño muestra cómo las reformas procesales de las últimas décadas, apoyadas en el artículo 250 superior, reforzaron el deber de la Fiscalía de velar por la protección de víctimas y testigos y de garantizar mecanismos eficaces de reparación. Pero al mismo tiempo advierte una paradoja, ya que históricamente se concebía la legitimación de la víctima en clave casi exclusivamente patrimonial, la llamada parte civil interesada en la indemnización y solo desde comienzos de este siglo se admite que también tiene derecho a la verdad, justicia, reparación y no repetición; sin embargo, muchos de los “avances” normativos terminan siendo más retóricos que efectivos, pues la víctima sigue teniendo dificultades reales para incidir en las decisiones fundamentales del proceso (Gaviria Londoño, s. f., pp. 94–95).

Esa expansión del estatuto de la víctima también se aprecia en estudios como el de Arévalo y Fajardo, quienes explican que la legislación y la jurisprudencia la han reconocido como sujeto titular de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Sin embargo, advierten que varias de esas garantías se concretan, en buena medida, a través de la interpretación judicial más que por un diseño legislativo plenamente desarrollado. En efecto, señalan que ha sido la jurisprudencia —más que la ley— la que ha tendido a otorgar un lugar predominante a la víctima dentro del proceso, aunque en la práctica sus intereses continúen con frecuencia relegados y su participación conserve un papel secundario en etapas decisivas del trámite (Arévalo Lizarazo & Fajardo Morales, 2013, pp. 105–106).

Esta reconfiguración cobra especial relevancia cuando la víctima es menor de edad y los hechos corresponden a delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. En tales supuestos, el discurso de protección se conecta directamente con el principio pro infans y con el interés superior del niño, y es, además, el ámbito en el que con mayor frecuencia se plantea la conveniencia de flexibilizar las reglas ordinarias de producción y debate probatorio, particularmente las relativas a la prueba de referencia. Como se indicó en el primer capítulo, la Ley mil seiscientos cincuenta y dos de dos mil trece incorporó el literal e al artículo cuatrocientos treinta y ocho de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, reforzando la tutela de víctimas menores en delitos sexuales al permitir que sus declaraciones previas ingresen como prueba de referencia “en aras de evitar la revictimización”, con un reconocimiento explícito del interés superior del niño y del influjo del principio pro infans.

En esa misma orientación, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha resaltado que este tratamiento diferenciado supone una moderación de las exigencias clásicas de indisponibilidad del declarante como presupuesto de admisión de la prueba de referencia. Dicho de otro modo, el eje de la justificación se desplaza desde la imposibilidad material de comparecencia hacia la necesidad de proteger al menor frente a impactos potencialmente traumáticos derivados del juicio, lo que reconfigura el estándar tradicional de admisibilidad en estos casos.

No obstante, la doctrina ha advertido que la ampliación de facultades y la mayor centralidad de la víctima deben examinarse a la luz del principio de igualdad de armas y del llamado equilibrio garante. Montealegre y su equipo recuerdan que el procedimiento penal colombiano ha sido caracterizado como un modelo de tendencia acusatoria, en el que el debate probatorio debe desenvolverse entre acusación y defensa bajo un marco de paridad estructural, aun cuando existan asimetrías fácticas inevitables. En esa perspectiva, proponen entender la igualdad de armas no como una mera simetría formal de atribuciones, sino como la garantía de condiciones que permitan a la defensa contrapesar el poder punitivo estatal, a través de instituciones como la presunción de inocencia, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” y el beneficio de la duda (Montealegre Lynett, 2021, pp. 28–29). Es precisamente en este marco donde se vuelve más visible el dilema: ¿hasta qué punto el fortalecimiento de la posición de la víctima —en particular cuando se trata de una

víctima menor de edad— puede tensionar el modelo adversarial en detrimento del acusado? Una lectura garantista de los derechos de la víctima no debería derivar en un esquema procesal de “dos sujetos contra uno”. Aunque la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la intervención probatoria de la víctima no altera la estructura del debate entre el ente acusador y la defensa, también ha afirmado que la satisfacción de los derechos de la víctima no puede lograrse a costa de vulnerar los del imputado. En esa misma línea, se ha rechazado expresamente un diseño en el que la víctima, sumada al órgano de acusación, configure en los hechos un frente acusador doble frente a la defensa (Montealegre Lynett, 2021, p. 13).

Desde esta perspectiva, el principio *pro infans* no puede entenderse como una cláusula que habilita a prescindir de los principios de contradicción e intermediación, sino como un criterio que obliga a re-diseñar el modo de participación del menor sin eliminar completamente el control contradictorio sobre su relato. La solución no puede ser el reemplazo sistemático de la declaración en juicio por entrevistas previas incorporadas como prueba de referencia con peso decisivo, sino la búsqueda de mecanismos que permitan compatibilizar la protección del niño con algún nivel de confrontación sea mediante declaración anticipada, uso cuidadoso de Cámara Gesell, exámenes cruzados adaptados, o sistemas de apoyo psicosocial durante la audiencia. En caso contrario, el riesgo que señalaron Arévalo y Fajardo respecto del papel ambiguo de la víctima en el sistema de la Ley 906 se amplía y se desplaza, por un lado, se mantiene una víctima que no siempre logra ejercer efectivamente sus derechos, pese al discurso constitucional; por otro, se utiliza su condición como fundamento para flexibilizar garantías del acusado mediante la proliferación de prueba de referencia con valor sustancial. Las autoras ya advertían que la víctima, aunque reconocida como titular de derechos, sigue enfrentando límites serios para su participación real y que, en muchos casos, su presencia se circunscribe al incidente de reparación integral, lo que refuerza la idea de una protección más simbólica que material (Arévalo Lizarazo & Fajardo Morales, 2013, pp. 106–114).

A la luz de lo anterior, la pregunta sobre si se están desdibujando los límites del modelo adversarial en favor del interés superior del menor no puede responderse con un sí o un no simplista, pero la tendencia jurisprudencial y doctrinal examinada permite afirmar, al menos, que existe un riesgo real de desplazamiento de las garantías del

acusado cuando la protección de la víctima se formula sin un control estricto de proporcionalidad.

El desafío constitucional consiste en evitar la falsa dicotomía entre proteger al niño y respetar el debido proceso. El principio pro infans no exige sacrificar la confrontación, sino repensar la forma de hacerla compatible con la dignidad y la integridad psíquica del menor. Si esa compatibilización no se logra y se opta, en cambio, por admitir y valorar de manera decisiva la prueba de referencia sin confrontación, el resultado será un proceso que, bajo la bandera de la protección, erosiona los pilares del sistema acusatorio y se acerca, cada vez más, a una justicia de expediente y de intuición, no de debate racional.

4.5. Lectura crítica desde la teoría garantista del proceso penal.

La teoría garantista de Luigi Ferrajoli ofrece un marco especialmente útil para someter a examen la manera en que el proceso penal colombiano está abordando la prueba de referencia. Para el propio autor, el “derecho penal mínimo” no constituye un simple lema, sino un criterio de legitimación del ius puniendi que solo reconoce como válido el derecho penal “si y sólo si” contribuye a reducir, simultáneamente, las agresiones contra bienes y derechos fundamentales y la violencia inherente a las penas (Ferrajoli, 2006, p. 56). En otras palabras, el castigo no se justifica por sí mismo: únicamente resulta legítimo cuando, a través de garantías estrictas, logra disminuir el sufrimiento generado tanto por el delito como por la respuesta estatal frente a él.

Sobre esta base, Ferrajoli define el derecho penal mínimo como un modelo normativo de garantías penales y procesales orientado a una doble tutela, de un lado, la protección de las personas perjudicadas frente a los daños causados por los delitos; de otro, la protección de imputados y condenados frente al arbitrio policial, judicial y penitenciario. Por ello lo caracteriza como “ley del más débil”, que ampara sucesivamente a la víctima en el momento del delito, al imputado en el proceso y al condenado durante la ejecución de la pena (Ferrajoli, 2006, p. 56). Esta definición es clave para nuestra lectura, pues el garantismo no es un programa “pro imputado” o “pro-víctima”, sino un diseño de límites al poder punitivo que protege al sujeto más

vulnerable en cada fase, evitando tanto el abandono de la víctima como la arbitrariedad contra el acusado.

En la misma dirección, Ferrajoli entiende las garantías como técnicas de contención de la violencia y de limitación del poder punitivo, orientadas a reducir la criminalidad, estrechar los márgenes de discrecionalidad judicial y disminuir el carácter aflictivo de la pena (Ferrajoli, 2006, p. 23). Por ello, no son formalidades decorativas, sino condiciones estructurales que evitan que el derecho penal derive en prácticas autoritarias legitimadas por mayorías circunstanciales. Desde esta perspectiva, cualquier flexibilización de las garantías probatorias debe evaluarse con cautela, porque amplía el espacio de intervención coercitiva del Estado.

La epistemología penal garantista se articula alrededor de una tesis decisiva: la legitimidad de la jurisdicción no depende del respaldo mayoritario, sino de la corrección fáctica y jurídica de las decisiones, asegurada por garantías penales — legalidad estricta y exigencias de verificabilidad y refutabilidad de la hipótesis fáctica— y por garantías procesales —carga probatoria en la acusación y posibilidad real de refutación por parte de la defensa en el contradictorio—.

En ese sentido, Ferrajoli sostiene que la legitimidad sustancial del juzgamiento se funda en la verdad (en sentido procesal) de lo decidido y no en la aprobación social, lo cual exige reglas de legalidad y garantías como la asignación de la carga de la prueba a la acusación y el derecho de la defensa a controvertir y refutar (Ferrajoli, 2006, p. 17). De ahí que las decisiones —absolutorias o condenatorias— no deban responder a conveniencias de opinión pública, sino al resultado de un procedimiento probatorio controlable, verificable y susceptible de contradicción.

Por su parte, Moreno Cruz explica que uno de los aportes centrales de Luigi Ferrajoli consiste en concebir el garantismo a la vez como un modelo de derecho y como una teoría general. En esa doble dimensión, el garantismo aparece, por un lado, como un tercer modelo de Estado de derecho —distinto del liberal clásico y del mero Estado social— y, por otro, como un marco conceptual para comprender el derecho no como herramienta del poder, sino como límite frente a todos los poderes, públicos o privados (Moreno Cruz, 2007, pp. 826–827). En esa lógica, Ferrajoli entiende el derecho como

“garantía de los más débiles”, tesis que Moreno Cruz destaca al recordar que el poder tiende a liberarse de restricciones jurídicas y que solo un entramado de garantías robustas puede impedir su deriva arbitraria (Moreno Cruz, 2007, p. 827).

En la misma dirección, Ferrajoli entiende las garantías como técnicas de contención de la violencia y de limitación del poder punitivo, orientadas a reducir la criminalidad, estrechar los márgenes de discrecionalidad judicial y disminuir el carácter afflictivo de la pena (Ferrajoli, 2006, p. 23). Por ello, no son formalidades decorativas, sino condiciones estructurales que evitan que el derecho penal derive en prácticas autoritarias legitimadas por mayorías circunstanciales. Desde esta perspectiva, cualquier flexibilización de las garantías probatorias debe evaluarse con cautela, porque amplía el espacio de intervención coercitiva del Estado.

A la luz de estos postulados, la prueba de referencia debe ser pensada, en clave ferrajoliana, estrictamente como una excepción de extrema ratio, compatible con la minimización de la violencia punitiva y con el mantenimiento del juicio oral como lugar privilegiado de prueba. Admitirla, por ejemplo, cuando el testigo ha fallecido, ha sido secuestrado o se encuentra objetivamente imposibilitado de comparecer puede encajar en el modelo, siempre que se trate de situaciones de fuerza mayor y que su incorporación no sustituya el examen directo de otras fuentes disponibles. La propia estructura del artículo 438 CPP, con un catálogo restringido y la regla de que la referencia no puede ser única base de la condena, es coherente con esta lógica. Pero cuando se emplea la prueba de referencia para sortear dificultades probatorias ordinarias, para compensar retractaciones, olvidos o falencias investigativas, o para evitar el desgaste que supone producir el testigo en juicio, se está utilizando como atajo procesal, en abierta contradicción con el modelo garantista.

La lectura crítica desde la teoría de Ferrajoli permite formular tres conclusiones centrales respecto del tratamiento de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano: (i) un sistema que normaliza la referencia y la convierte en prueba sustancial se aleja del ideal de derecho penal mínimo y se aproxima a un derecho penal máximo, orientado por la utilidad punitiva y no por la minimización de la violencia; (ii) un juez que flexibiliza sin justificación las exigencias de inmediación, contradicción y confrontación, en nombre de esta eficacia o de la presión social,

renuncia a su papel de poder frente a la mayoría y se convierte en facilitador del castigo; y (iii) solo una concepción de la prueba de referencia como excepción estricta, subsidiaria y fuertemente motivada resulta compatible con una epistemología penal garantista, que justifica el derecho penal únicamente en la medida en que reduce errores, arbitrariedades y sufrimiento, y no cuando los amplifica bajo la capa de la eficiencia o de la sensibilidad moral.

4.6. Conclusiones del capítulo.

El examen realizado en este capítulo permite afirmar que la prueba de referencia, pese a haber sido concebida por el legislador como una excepción estricta frente al juicio oral público, inmediato y contradictorio, se ha convertido en un punto de fricción estructural entre el diseño garantista del modelo y una tendencia práctica a su flexibilización. En efecto, el régimen procesal vigente fija con claridad su arquitectura: se define la prueba de referencia como una declaración producida por fuera del juicio e introducida para acreditar aspectos sustanciales; se establece un catálogo cerrado de supuestos que autorizan su incorporación; y se impone una limitación expresa que prohíbe que una condena se soporte únicamente en este tipo de evidencia (Congreso de la República, dos mil cuatro).

Sin embargo, el análisis detallado de la jurisprudencia reciente mostró que, en ámbitos especialmente sensibles, se ha consolidado una flexibilización progresiva del régimen de referencia. La admisión amplia de entrevistas forenses y diligencias en Cámara Gesell como prueba de referencia en casos de menores (SP1591-2020, SP1213-2025), la utilización de la cláusula “evento similar” en clave de enfoque de género (SP3332-2016) y, sobre todo, el uso sustantivo de declaraciones previas como soporte central de condenas en sentencias como SP1798-2025, SP1895-2025, SP1822-2025 o SP1783-2025, evidencian una deriva en la que la prueba de referencia deja de ser remedio extremo para convertirse en pieza estructural de la lógica de imputación.

A ello se suma un fenómeno constante, relativo a que el juez de conocimiento, llamado a ser filtro de legalidad y garante del equilibrio procesal, oscila entre decisiones ejemplarmente estrictas y otras en las que el control de las causales del artículo 438 CPP se reduce a un ejercicio formal o, incluso, se presume.

En este contexto, la consecuencia necesaria es reivindicar con claridad el carácter excepcional de la prueba de referencia, no como consigna retórica, sino una directriz práctica que debe gobernar, al mismo tiempo, su admisión y su valoración. Ello implica, por lo menos, partir de tres premisas: (i) La regla general impone que la prueba se forme en el juicio, bajo inmediación judicial y con una posibilidad efectiva de contradicción. (ii) Las causales de procedencia deben entenderse como verdaderos supuestos de fuerza mayor o de imposibilidad insuperable y, por ello, exigen una lectura restrictiva, como lo condicionó el tribunal constitucional al precisar el alcance de la expresión “evento similar” en la Sentencia C-144 de dos mil diez. (iii) La tarifa legal negativa no funciona como una recomendación de prudencia, sino como una prohibición estricta de edificar una condena sobre la sola prueba de referencia.

El balance del capítulo permite concluir que la prueba de referencia solo es compatible con un modelo acusatorio garantista cuando se mantiene en el lugar que le corresponde, el de excepción estricta, de uso subsidiario y bajo un control judicial reforzado. Allí donde se convierte en atajo para suplir falencias investigativas, para sortear dificultades probatorias ordinarias o para acomodar el resultado del proceso a expectativas sociales de castigo, deja de ser un instituto excepcional y se transforma en un factor de deslegitimación interna del sistema.

Devolverla a su cauce excepcional reafirmando sus límites legales y reforzando los estándares judiciales de admisión y valoración no es un capricho dogmático, sino una condición de posibilidad para que el proceso penal colombiano siga siendo, en términos ferrajolianos, derecho penal mínimo y ley del más débil, y no simple administración de sospechas bajo el ropaje de la protección.

5. CAPITULO 3. LINEAMIENTOS JURÍDICOS ORIENTADORES PARA LA ADMISIÓN EXCEPCIONAL Y CONTROLADA DE LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL JUICIO ORAL, QUE PERMITAN ARMONIZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS CON LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ACUSADO.

5.1. Consideraciones preliminares: de la crítica a la propuesta.

El tránsito de una mirada crítica sobre el uso de la prueba de referencia hacia la formulación de lineamientos jurídicos orientadores exige adoptar una perspectiva integradora que no solo reconozca las tensiones detectadas en la práctica judicial, sino que proponga soluciones compatibles con el modelo constitucional de enjuiciamiento penal. En este sentido, es necesario partir de la premisa de que la prueba de referencia no es per se inconstitucional, pero su utilización sin límites claros y bajo condiciones laxas puede comprometer seriamente los pilares garantistas del sistema penal acusatorio.

El recorrido desarrollado en los capítulos anteriores permite sostener que una admisión irreflexiva o excesivamente amplia de la prueba de referencia puede poner en riesgo garantías nucleares del procesado, entre ellas el derecho de defensa, la contradicción, la confrontación y la inmediación. Estas salvaguardas no encuentran sustento únicamente en la Carta Magna de Colombia, sino también en el bloque de constitucionalidad, de manera especial en el artículo ocho punto dos, literal f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo catorce puntos tres, literal e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas que reconocen expresamente el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo.

Desde esta perspectiva, la prueba de referencia no puede ser tratada como una opción ordinaria de incorporación probatoria, sino como una excepción constitucionalmente tolerada, cuyo uso debe estar sometido a un test de justificación reforzada, tanto en su admisión como en su valoración. Esta idea ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia, que ha señalado que “la prueba de referencia es de recibo solo cuando no es posible, por causas objetivas, llevar al juicio al testigo directo, y siempre que existan elementos de corroboración que disminuyan el riesgo de error judicial” (CSJ, SP-15294-2017).

Así, el punto de partida de cualquier propuesta con vocación garantista debe ser una excepcionalidad reforzada de la prueba de referencia. En tal consideración no opera como simple declaración de estilo: tiene consecuencias directas en la interpretación

de las normas, en la motivación judicial y en la delimitación del material probatorio admisible. En concreto, la incorporación de prueba de referencia exige no solo acreditar la concurrencia de una causal legal de procedencia, sino también demostrar necesidad estricta: que la comparecencia del declarante no es viable por una imposibilidad real y que no existe una alternativa menos restrictiva para acceder a la información relevante.

Desde una lectura constitucional y dogmática, el carácter excepcional se explica por una lógica de ponderación entre principios en tensión. El debido proceso, como eje del Estado social de derecho, impone que el ejercicio del ius puniendi quede sometido a límites derivados de la dignidad humana, la presunción de inocencia y la garantía de un juicio justo (tribunal constitucional, Sentencia C-591 de dos mil cinco). Por ello, cualquier restricción a la defensa y al contradictorio solo es admisible si supera un examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido necesario, conforme a la metodología del test de proporcionalidad (Alexy, 2002).

En la misma dirección, la jurisdicción interamericana ha reiterado que las excepciones al principio de confrontación deben aplicarse con alcance restrictivo y requieren justificación suficiente, de modo que no comprometan la equidad del proceso (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia del diecisiete de noviembre de dos mil nueve, párrs. 31–33). En consecuencia, el uso de prueba de referencia no puede agotarse en el cumplimiento formal de requisitos: demanda un control material —de constitucionalidad y convencionalidad— caso a caso, orientado a verificar que la limitación a la confrontación esté efectivamente justificada y no desbalancee el juicio.

De otro lado, la excepcionalidad también tiene una dimensión epistémica. Como lo señala Taruffo (2008), la prueba de referencia introduce un mayor grado de incertidumbre en la reconstrucción de los hechos, pues se basa en una fuente indirecta de información cuya fiabilidad es más difícil de verificar en ausencia de contradicción. Desde una perspectiva gnoseológica, esto se traduce en una menor calidad probatoria, lo cual justifica que su valoración esté sujeta a un estándar de persuasión más exigente, y que, en ningún caso, pueda ser la única base para una sentencia condenatoria (C.P.P., art. 381).

Por tanto, si bien el sistema procesal colombiano admite expresamente la prueba de referencia bajo ciertas condiciones, ello no significa que su aplicación pueda ser amplia, automática o descontextualizada. Muy por el contrario, su uso requiere de criterios normativos y jurisprudenciales claros que permitan a los jueces ejercer un control estricto, orientado por la racionalidad, la prudencia y el respeto por los derechos fundamentales de todas las partes del proceso.

El punto de apoyo de cualquier propuesta de lineamientos sobre la admisión de la prueba de referencia debe ser la excepcionalidad reforzada, concebida como una exigencia de motivación intensa y verificable —en el plano probatorio, constitucional y epistémico— que preserve la legitimidad del juicio y sostenga la confianza en sus resultados. Solo desde ese horizonte es posible formular criterios que permitan conciliar los derechos de las víctimas con el debido proceso del acusado, sin vaciar de contenido las garantías. En esa medida, toda propuesta orientadora en materia de admisión excepcional parte de una idea básica: no se construye en un espacio normativo ilimitado ni en un terreno axiológicamente neutral. El modelo adversarial colombiano, como manifestación de un Estado constitucional de derecho, está atravesado por límites estructurales, valorativos y epistémicos que no pueden relajarse sin comprometer su propia legitimidad. Tales límites no deben entenderse como simples opciones de política criminal, sino como presupuestos necesarios para la coherencia interna y la validez del sistema jurídico.

En consecuencia, el modelo propuesto no pretende ofrecer una “optimización” técnica del uso de la prueba de referencia, sino delimitar su campo de admisibilidad dentro de fronteras que no son negociables, aun frente a fines constitucionalmente valiosos como la protección de las víctimas o la eficacia de la persecución penal.

5.2. Las garantías procesales como límites inalienables y no negociables

El primer límite infranqueable del modelo que se propone está constituido por las garantías procesales fundamentales, en particular el derecho de defensa, la contradicción, la inmediación probatoria y el derecho de confrontación. Estas garantías no deberían asumirse como variables ajustables según la gravedad del

delito o la situación de la víctima, sino como derechos indisponibles que hacen posible un proceso penal compatible con una democracia constitucional.

En clave constitucional, dichas garantías integran el núcleo esencial del debido proceso, reconocido en el artículo veintinueve de la Constitución Política, y se robustecen a través del bloque de constitucionalidad, de manera especial por el artículo ocho punto dos, literal f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo catorce punto tres, literal e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Su función no es meramente instrumental: operan, ante todo, como barreras al ejercicio del poder punitivo. En la línea de Ferrajoli (2006), las garantías existen precisamente para contener —y no para ceder ante— consideraciones de oportunidad, eficacia o utilidad que con frecuencia se invocan para justificar su flexibilización.

Por ello, el sistema propuesto parte de una premisa insoslayable, ninguna finalidad legítima del proceso penal autoriza la supresión o vaciamiento del contradictorio. La prueba de referencia solo puede tolerarse en la medida en que no sustituya estructuralmente la confrontación en juicio ni desplace al juicio oral como espacio privilegiado de producción de verdad. Allí donde ello ocurre, el proceso deja de ser garantista y se transforma en un mecanismo de validación de narrativas extraprocesales.

5.3. Las estructuras jurídicas como dispositivos de poder y de límite.

Un segundo límite del sistema propuesto se encuentra en las estructuras jurídicas mismas, entendidas no como simples técnicas neutrales, sino como dispositivos de poder regulado. En este punto resulta particularmente ilustrativa la lectura foucaultiana del derecho y de las prácticas judiciales.

El filósofo francés Michel Foucault advirtió que el derecho penal moderno no puede entenderse únicamente como un conjunto de normas, sino como parte de una red de saber-poder que organiza discursos, define qué cuenta como verdad y distribuye posiciones de autoridad (Foucault, 1975). El proceso penal, en esta lógica, no es un simple medio para descubrir la verdad, sino un ritual institucional de producción de

verdad, con reglas estrictas sobre quién puede hablar, en qué condiciones y con qué valor. Desde esta perspectiva, la intermediación, la oralidad y la confrontación no son meros formalismos, sino tecnologías jurídicas de control del poder punitivo. Permiten someter el discurso acusatorio a un escrutinio público y contradictorio, reduciendo el riesgo de que la verdad procesal sea monopolizada por la autoridad investigativa o por saberes expertos no controlados.

Relajar estas estructuras bajo el pretexto de la eficiencia o de la protección de la víctima implica, en términos foucaultianos, desplazar el centro de producción de verdad desde el juicio hacia el expediente, desde el debate público hacia registros técnicos o administrativos. Este desplazamiento no es neutro: refuerza el poder de ciertas instituciones (Fiscalía, peritos, cuerpos técnicos) y debilita la posición del acusado como sujeto de derechos. Por ello, el sistema propuesto reconoce como límite infranqueable la estructura adversarial del juicio penal. La prueba de referencia no puede convertirse en una tecnología que permita eludir el ritual contradictorio, porque hacerlo supone una mutación del dispositivo jurídico mismo y una regresión hacia formas de control penal menos transparentes y más autorreferenciales.

5.4. Los límites del lenguaje jurídico.

Un tercer límite menos visible pero no menos decisivo, se encuentra en el lenguaje jurídico mismo. En este punto, las reflexiones de Ludwig Wittgenstein resultan particularmente pertinentes. Para el filósofo austríaco, “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo” (Wittgenstein, 1922/2009, §5.6). Aplicado al ámbito jurídico, esto implica que el derecho no puede operar fuera de las condiciones semánticas que hacen posible la atribución de sentido, responsabilidad y verdad.

El proceso penal es, en esencia, un juego de lenguaje normativamente regulado, en el cual términos como “prueba”, “hecho”, “verdad”, “responsabilidad” o “culpabilidad” adquieren sentido solo dentro de prácticas específicas de justificación y refutación (Wittgenstein, 1953). La confrontación en juicio no es un accesorio, sino una condición semántica para que las afirmaciones fácticas puedan ser tratadas como verdaderas o falsas en sentido jurídico.

La prueba de referencia tensiona este juego de lenguaje, porque introduce en el juicio afirmaciones cuyo autor original no participa en el intercambio dialógico que permite verificar su significado y alcance. Cuando el juez valora una declaración extraprocesal sin posibilidad de interrogación, el lenguaje deja de operar como herramienta de esclarecimiento y se convierte en un objeto cerrado, inmune a la corrección intersubjetiva.

Desde esta óptica, existe un límite lingüístico insuperable, ya que no es posible atribuir pleno sentido probatorio a una afirmación que no puede ser sometida a las reglas del juego del contradictorio. Pretender lo contrario equivale a forzar el lenguaje jurídico más allá de sus condiciones de uso legítimo, produciendo lo que Wittgenstein denominaría un “malentendido gramatical”, puesto que se habla de prueba, pero se prescinde de las prácticas que hacen que algo cuente como prueba.

5.5. Los límites axiológicos. La imposibilidad de escapar al garantismo.

Finalmente, el sistema propuesto reconoce límites axiológicos de los cuales no es posible escapar sin alterar la identidad constitucional del proceso penal. El garantismo no es una opción ideológica entre otras, sino una condición de legitimidad del castigo en un Estado de derecho. Como lo señala Ferrajoli (2006), el derecho penal solo se justifica en la medida en que minimiza tanto los delitos como los errores judiciales y la violencia institucional.

Desde esta perspectiva, cualquier sistema probatorio que admita la condena sobre la base de pruebas no confrontadas, no inmediatas y epistémicamente debilitadas, cruza un umbral axiológico que el derecho penal democrático no puede atravesar sin perder su justificación moral. La protección de la víctima, por más relevante que sea, no puede convertirse en un valor absoluto que neutralice todos los demás, porque ello conduciría a una lógica sacrificial incompatible con la dignidad humana y la presunción de inocencia.

En suma, los límites aquí expuestos (garantías inalienables, estructuras jurídicas, fronteras del lenguaje y fundamentos axiológicos) no son obstáculos externos al sistema propuesto, sino su condición de posibilidad. Reconocerlos no debilita la

propuesta de lineamientos, sino que la fortalece, al inscribirla dentro de un marco teórico que impide su uso arbitrario o expansivo.

El verdadero desafío del proceso penal contemporáneo no consiste en elegir entre eficacia y garantías, sino en aceptar que existen zonas normativas donde la eficacia debe ceder, porque más allá de ellas el derecho deja de ser límite del poder y se convierte en su instrumento.

5.6. Principio rector: excepcionalidad reforzada de la prueba de referencia.

El régimen de la prueba de referencia en el proceso penal colombiano debe estar guiado por un principio rector de excepcionalidad reforzada, entendido como un eje dogmático que condiciona tanto su admisibilidad como su fuerza persuasiva. Este principio no se agota en una proclamación retórica: funciona como un mecanismo de protección estructural de las garantías del juicio, en particular del derecho de defensa, la contradicción, la inmediación y el derecho a confrontar a los testigos de cargo.

En coherencia con ello, la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria ha insistido en que la prueba de referencia no puede emplearse como una solución ordinaria ante la ausencia del testigo directo. Su incorporación al juicio demanda la constatación rigurosa —acreditada y motivada— de los presupuestos legales de procedencia, previstos en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código de Procedimiento Penal, que establece un catálogo cerrado de supuestos habilitantes, tales como el fallecimiento, la desaparición, la incapacidad física o mental y circunstancias equiparables a fuerza mayor. Soporte normativo: artículo cuatrocientos treinta y ocho, Ley novecientos seis de dos mil cuatro.

En la reciente sentencia SP1066-2024 (Rad. 60533), la Corte reiteró que:

La prueba de referencia, dentro del sistema acusatorio colombiano, no opera como regla general sino como una excepción de alcance estrictamente restringido, cuya aplicación solo es viable cuando se demuestren con rigor los presupuestos legales que permiten su admisión. En consecuencia, su utilización sin acreditación plena de la causal habilitante —o de manera

discrecional— comporta una afectación directa de los derechos fundamentales de defensa y contradicción (CSJ, SP1066-2024, p. 24).

Este razonamiento coincide con lo sostenido doctrinalmente por autores como Ferrajoli (2006), para quien la lógica del proceso penal democrático se basa en el principio de ofensividad institucional, en tanto que el Estado debe probar la culpabilidad del acusado mediante pruebas válidas y contradictorias, y no puede justificarse la imposición de una sanción sobre la base de medios indirectos no controvertidos. Por ello, toda prueba que escape al debate contradictorio debe presumirse inválida, salvo prueba en contrario que justifique su uso excepcional.

El principio de excepcionalidad reforzada exige entonces que la admisión de prueba de referencia cumpla con al menos tres condiciones cumulativas:

a. Justificación legal estricta y probada:

La primera condición necesaria e ineludible para autorizar la incorporación de prueba de referencia es acreditar una causal legal específica, con soporte probatorio suficiente y, cuando corresponda, con respaldo documental, en los términos del canon cuatrocientos treinta y ocho del Estatuto de Procedimiento Penal. Esta disposición establece un listado cerrado de supuestos excepcionales que habilitan el ingreso al juicio de una declaración indirecta, entre ellos el fallecimiento, la incapacidad física o mental, la desaparición y otros eventos asimilables a fuerza mayor o a una imposibilidad grave que impida la comparecencia.

Este catálogo debe interpretarse restrictivamente, conforme al principio de legalidad procesal penal. No se trata de causales abiertas ni de motivos genéricos, sino de condiciones excepcionales cuya configuración exige una demostración probatoria robusta. Como lo ha señalado la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia, “no es suficiente que la Fiscalía o la defensa aleguen la imposibilidad de presentación del testigo: debe acreditarse fehacientemente la causa concreta que impide su comparecencia” (CSJ, SP16816-2019).

Desde el punto de vista dogmático, este criterio responde a la lógica de las garantías mínimas del proceso penal acusatorio, donde la oralidad, la inmediación y la contradicción constituyen condiciones estructurales del juicio. La prueba de referencia,

al introducir un elemento ajeno a estas exigencias, debe ser objeto de un juicio de admisibilidad intensificado. Como advierte Jordi Ferrer Beltrán, “las excepciones a la inmediación no pueden admitirse por razones de conveniencia o eficiencia, sino solo cuando son absolutamente necesarias y la ausencia del testigo ha sido debidamente justificada” (Ferrer, 2007, p. 215).

En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el derecho del acusado a interrogar a los testigos en condiciones de igualdad hace parte del contenido esencial del derecho de defensa y del debido proceso. Desde esa óptica, cualquier limitación a dicha facultad solo puede admitirse frente a razones objetivas, extraordinarias y plenamente acreditadas que tornen imposible la comparecencia del declarante (CIDH, Informe Anual, dos mil quince, cap. IV).

De ahí que la admisión de prueba de referencia deba descansar en soportes verificables que acrediten la configuración de una causal legal. Así, por ejemplo, el fallecimiento del testigo debería demostrarse mediante el registro civil de defunción; la desaparición, a partir de informes de policía judicial u otros actos de verificación; y una incapacidad médica, mediante certificación idónea, entre otros. Desde una perspectiva garantista, la excepción no puede fundarse en conjeturas o meras inferencias, sino en hechos comprobados que justifiquen objetivamente el apartamiento de la regla general de inmediación.

b. Imposibilidad real y no atribuible a negligencia estatal:

La segunda condición acumulativa exige que la imposibilidad de obtener el testimonio directo del declarante no sea atribuible a omisiones, negligencias o fallas institucionales, especialmente por parte del ente acusador. Esta exigencia introduce una dimensión ética y funcional al uso de la prueba de referencia: no se trata solo de verificar la imposibilidad, sino de evaluar su origen.

En efecto, permitir la prueba de referencia en caso de la incomparecencia del testigo es resultado de falta de diligencia estatal, por ejemplo, no haber realizado citaciones oportunas, no haber solicitado medidas de protección o localización, o no haber

previsto mecanismos alternativos de declaración anticipada, significaría normalizar la ineficiencia investigativa y convertir la prueba de referencia en un atajo procesal.

La Fiscalía no puede beneficiarse de su propia omisión para incorporar prueba de referencia, especialmente cuando se trata de testigos clave que han debido ser asegurados mediante declaración anticipada u otros mecanismos que se tienen preceptuados y contemplados para evitar esta clase de eventos, ya que, si existe riesgo de no comparecencia del testigo, lo razonable y exigible es que el ente acusador (como titular de la acción penal) promueva mecanismos alternativos para garantizar su presencia al juicio oral. Su inacción no puede derivar en el sacrificio de garantías procesales del acusado.

Desde una perspectiva garantista, esta condición también tiene fundamento en el principio de favor rei, que impide que la parte acusadora se beneficie de su propia torpeza o inacción. Como lo señala Luigi Ferrajoli, “la carga de la prueba y de la producción de la prueba recae sobre quien acusa; por tanto, el fracaso en producirla no puede resolverse mediante atajos que lesionen derechos fundamentales del imputado” (Ferrajoli, 2006, p. 590).

En definitiva, la imposibilidad del testimonio directo debe ser real, objetiva y no imputable al Estado. El juez tiene el deber de verificar que se haya actuado con la debida diligencia, lo que incluye valorar si se utilizaron citaciones oportunas y reiteradas, órdenes de conducción si eran procedentes, declaraciones anticipadas cuando el testigo estaba disponible en etapas previas, o medidas tecnológicas o de protección para asegurar su intervención en juicio. Solo el agotamiento efectivo de estas medidas habilita al juez para considerar la prueba de referencia como último recurso.

c. Incorporación justificada y controlada dentro del marco de garantías:

La tercera condición, de carácter acumulativo, se relaciona con una incorporación controlada de la prueba de referencia. Esto involucra que su ingreso al juicio no puede romper el equilibrio estructural del debate ni vaciar de contenido las garantías del acusado. En esta dimensión, el juez debe realizar un examen de proporcionalidad y

una motivación reforzada, valorando si, pese a la admisión de un elemento indirecto, el juicio mantiene condiciones suficientes para asegurar una defensa efectiva y un contradictorio real.

Esta idea fue reafirmada por el tribunal constitucional en la Sentencia C-396 de dos mil siete, al estudiar el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código de Procedimiento Penal: aceptó que el legislador puede prever excepciones a la inmediación y a la contradicción, pero solo en la medida en que tales excepciones no lesionen el debido proceso y existan herramientas que permitan a la defensa controvertir eficazmente la prueba indirecta (C. Const., C-396 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Por su parte, el principio de proporcionalidad (Alexy, 2002) obliga a que cualquier limitación al derecho de confrontación cumpla tres exigencias: que la medida sea idónea, que sea necesaria (esto es, que no exista una alternativa menos lesiva como una declaración anticipada o una videoconferencia) y que el balance final sea proporcionado en sentido estricto, de modo que el sacrificio del derecho de defensa no resulte excesivo.

De ahí que el juez deba motivar con especial rigor la admisión de prueba de referencia: explicar por qué se admite, qué salvaguardas se implementan para proteger la defensa y cómo se evita que ese material termine definiendo por sí solo la condena. A la vez, su valoración debe hacerse dentro de un acervo probatorio fuerte que permita corroboración por otros medios (directos, periciales o documentales). Como advierte Taruffo, la confiabilidad de la prueba depende también del contexto en el que se integra, y la prueba indirecta requiere respaldo externo para disminuir el margen de error (Taruffo, 2008, p. 323).

Por tanto, no basta con admitir la prueba de referencia por necesidad: es imprescindible que su incorporación no genere una alteración sustancial del modelo garantista. El juez debe asegurarse de que el acusado no quede en una situación de indefensión, y que el uso de dicha prueba no sustituya el debate contradictorio, sino que lo complemente de forma razonable y controlada.

El abandono del principio de excepcionalidad implica un riesgo claro, la inversión estructural del sistema acusatorio, donde la prueba oral, pública y contradictoria sea sustituida por declaraciones previas, testimonios escritos o informes sin control. Tal mutación convierte el juicio en un acto de validación de decisiones adoptadas en la fase investigativa, reproduciendo la lógica inquisitiva que la Ley 906 de 2004 quiso superar.

La Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, consciente de ese riesgo, ha reiterado que la prueba de referencia no puede asumir un papel estructurante dentro del acervo probatorio ni convertirse en el soporte exclusivo de una condena. Esta orientación cuenta con respaldo expreso en el artículo trescientos ochenta y uno del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe edificar la certeza requerida para condenar sobre la sola base de prueba de referencia.

En ese marco, el principio de excepcionalidad reforzada respecto de la prueba de referencia se configura como un presupuesto dogmático y constitucional ineludible para regular este medio de conocimiento. No se trata de una recomendación técnica, sino de una garantía estructural frente a la arbitrariedad, en cuanto preserva la lógica del modelo adversarial, protege los derechos del procesado y asegura la consistencia epistémica del juicio oral.

En consecuencia, cualquier apartamiento de este principio —sea por motivos pragmáticos, institucionales o de política criminal— no solo compromete el derecho de defensa, sino que pone en entredicho la legitimidad del propio sistema de justicia penal. La excepcionalidad, entonces, no funciona como autorización para relativizar garantías, sino como recordatorio de que la eficacia del proceso penal tiene límites: principios como la contradicción, la confrontación y la inmediatez no pueden ceder sin afectar la esencia del derecho penal de orientación garantista.

5.7. Lineamiento 1: Verificación estricta y probada de la causal de indisponibilidad.

La base de un régimen responsable para admitir prueba de referencia es la verificación estricta, rigurosa y debidamente demostrada de la causal que impide la

comparecencia del testigo directo. No se trata de un requisito meramente ritual, sino de una salvaguarda estructural del modelo adversarial: de su observancia depende que la excepción permanezca acotada y que los principios de inmediación, contradicción y oralidad conserven eficacia real, en lugar de degradarse a simples proclamaciones.

En el procedimiento penal colombiano, el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código de Procedimiento Penal establece un listado taxativo de supuestos habilitantes, entre los cuales se encuentran el fallecimiento, la incapacidad física o mental, la desaparición y los eventos asimilables a fuerza mayor o a dificultades insuperables (Ley novecientos seis de dos mil cuatro, art. 438). Esta opción normativa responde a una premisa garantista: el derecho a confrontar a los testigos de cargo constituye un componente esencial del juicio justo y, por ello, solo admite restricciones cuando existan impedimentos objetivos, reales y no superables. En clave constitucional, esto traduce una exigencia de legalidad probatoria: las limitaciones a la inmediación no pueden derivarse de criterios amplios o discrecionales, sino de causales predefinidas por el legislador y verificadas en el caso concreto por el juez.

Pero el verdadero núcleo garantista de este lineamiento no reside solo en la existencia de causales, sino en la exigencia de que estas sean probadas. En un proceso penal democrático, la indisponibilidad del testigo no es un dato que se presume ni una narrativa que se acepta por confianza institucional, es un hecho jurídicamente relevante que debe ser demostrado con el mismo rigor que cualquier otro hecho procesal. La Corte Suprema de Justicia ha sido clara en este punto al señalar que la imposibilidad de comparecencia debe estar “debidamente acreditada mediante elementos objetivos, verificables y suficientes”, pues de lo contrario la prueba de referencia se transforma en una “vía de escape frente a la carga de producir prueba directa” (CSJ, SP16816-2019).

Esta exigencia se conecta con una intuición básica de la epistemología jurídica, cuanto más débil es una fuente de conocimiento, más fuerte debe ser la justificación de su uso. La prueba de referencia es, por definición, conocimiento de segunda mano; su fragilidad epistémica obliga al sistema jurídico a exigir, como mínimo, una certeza reforzada sobre la imposibilidad de acceder a la fuente primaria. Como lo explica

Taruffo (2008), permitir que una fuente indirecta sustituya a la fuente directa sin una justificación rigurosa equivale a “rebajar el estándar racional del proceso” y aumentar el riesgo de error judicial.

Este estándar de verificación estricta tiene además una función institucional crucial, puesto que busca impedir que el proceso penal se deslice hacia una lógica de expediente. Si bastara la simple afirmación de la Fiscalía o del juez para declarar indisponible a un testigo, el juicio oral dejaría de ser el espacio privilegiado de producción de verdad y pasaría a ser una instancia de validación de registros previos. En términos de Ferrajoli (2006), ello implicaría una regresión hacia formas de prueba autorreferenciales⁷, incompatibles con el modelo acusatorio.

Desde el punto de vista práctico, la verificación estricta exige que la causal de indisponibilidad se acredite mediante medios idóneos, tales como certificados de defunción, historias clínicas, dictámenes médicos, informes de búsqueda, constancias oficiales de desaparición, o pruebas documentales de fuerza mayor. No es aceptable, esto desde una lógica garantista que la ausencia de un testigo se justifique mediante conjeturas, rumores, o simples dificultades logísticas.

A la luz de la dogmática penal —procesal y sustantiva— aplicable en el ordenamiento colombiano, cuando la autoridad judicial admite un medio probatorio que restringe derechos fundamentales sin verificar con suficiencia sus presupuestos fácticos y de legalidad, la determinación puede traducirse en una actuación judicial defectuosa por fallas de orden fáctico y procedimental, con impacto en su validez constitucional. Esta exigencia adquiere especial relevancia en materia de prueba de referencia, precisamente porque incide de manera directa en el núcleo del derecho de defensa, en particular en la posibilidad de confrontar la prueba de cargo.

⁷Las pruebas autorreferenciales son aquellas que no remiten a una fuente autónoma de verificación externa, sino que se legitiman en función de su propia enunciación o del lugar institucional desde donde son emitidas. En este sentido, carecen de una estructura argumentativa basada en la contrastación intersubjetiva o en mecanismos epistémicos de control, ya que su valor probatorio descansa sobre la autoridad que las produce, no sobre la posibilidad de someterlas a contradicción, confrontación o evaluación crítica dentro del juicio oral. Son pruebas que tienden a cerrarse sobre sí mismas, ya sea porque provienen de registros previos no corroborables (como informes no ratificados, actas no confrontadas o testimonios indirectos no verificados), o porque el sistema procesal por omisión o diseño permite su circulación sin exigencias dialógicas mínimas, lo cual erosiona el principio de publicidad y de contradicción efectiva.

Ahora bien, el control estricto de los requisitos de admisión no cumple únicamente una función protectora a favor del procesado: también salvaguarda la racionalidad del sistema. Un modelo que permite incorporar prueba de referencia sin acreditar la indisponibilidad del testigo directo genera incentivos problemáticos: propicia que la investigación se sustituya por relatos indirectos, favorece la improvisación y disminuye el estándar de diligencia en la construcción del caso. En contraste, exigir soporte probatorio robusto y verificable de la causal habilitante obliga al ente investigador y acusador a planificar la obtención del testimonio, asegurar la comparecencia del declarante y adoptar medidas oportunas de preservación probatoria; todo lo cual incrementa la calidad del juicio y refuerza su legitimidad.

Desde una perspectiva más profunda, puede decirse que este lineamiento encarna una ética del proceso, el Estado solo puede privar de libertad cuando ha hecho todo lo razonablemente posible por escuchar directamente a quienes dicen tener algo que contar. La sustitución del testimonio directo por declaraciones indirectas solo es compatible con el derecho a un juicio justo cuando la ausencia del testigo es real, objetiva y no manipulable por el aparato estatal.

La verificación estricta y probada de la causal de indisponibilidad no es un requisito técnico más, es el cerrojo normativo que impide que la prueba de referencia se convierta en un mecanismo de normalización de la ausencia. Allí donde este cerrojo se debilita, el juicio oral pierde su centralidad y el proceso penal deja de ser un espacio de confrontación para transformarse en un espacio de reproducción de relatos.

5.8. Lineamiento 2: Estándar de necesidad reforzada y agotamiento de alternativas menos lesivas.

El segundo lineamiento esencial para la validación excepcional de referida prueba de referencia se articula alrededor de un estándar de necesidad reforzada, el cual exige que su incorporación solo pueda darse cuando se haya acreditado de manera efectiva y verificable que todas las alternativas menos lesivas han sido exploradas, promovidas y descartadas razonablemente. En otras palabras, el uso de esta prueba no puede ser resultado de la conveniencia o de la pasividad institucional, sino del reconocimiento

objetivo de una imposibilidad insuperable, luego de haber agotado todas las vías disponibles para preservar la inmediación y el contradictorio.

Este estándar se apoya en fundamentos tanto normativos como dogmáticos. En el plano normativo, se articula con el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código de Procedimiento Penal, que condiciona la admisión de la prueba de referencia a supuestos excepcionales de indisponibilidad del declarante —como fuerza mayor, desaparición, fallecimiento u otras circunstancias límite— (Ley novecientos seis de dos mil cuatro, art. 438). En el plano dogmático, se sostiene en un criterio de mínima afectación de las garantías procesales: antes de autorizar un medio que reduce el alcance del derecho de defensa, el juez debe verificar que no existe una alternativa menos lesiva que preserve, en mayor medida, la contradicción y la confrontación del testigo. Este razonamiento se armoniza con el principio de proporcionalidad, según el cual toda restricción de derechos fundamentales debe superar un examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2002). De ahí que la prueba de referencia solo sea admisible cuando, además de encajar en una causal legal, se demuestre que es un medio adecuado para el fin probatorio, que no hay opción menos restrictiva disponible y que el costo para la defensa no resulta desmesurado frente al beneficio perseguido.

Ahora bien, este estándar de necesidad reforzada no puede permanecer en el plano de la abstracción. Se trata de una exigencia técnica y operativa, que impone al juez y a las partes la carga de acreditar tres aspectos centrales: la admisión de prueba de referencia en el proceso penal regido por la Ley novecientos seis de dos mil cuatro no puede obedecer a una lógica de suplencia ni a decisiones improvisadas. Por el contrario, debe responder a un esquema garantista coherente, en el cual el juez —como garante de la legalidad y del equilibrio procesal— constata con rigor que se agotaron alternativas menos lesivas y que el recurso a la prueba indirecta se justifica como medida de última ratio, orientada a proteger bienes jurídicos relevantes sin sacrificar indebidamente los derechos del acusado. Este esquema puede organizarse en tres ejes interrelacionados, concebidos como filtros de admisibilidad, cada uno con su lógica interna, su exigencia probatoria y su función protectora del juicio justo.

5.8.1. Examen de agote procedimental efectivo.

El primer eje se refiere a la obligación ineludible de verificar que el sistema procesal ha hecho todo lo razonablemente posible para obtener la declaración del testigo directo. Este examen no se satisface con fórmulas genéricas o con la simple constatación de la incomparecencia, ya que debe acreditarse que se agotaron alternativas procedimentales específicas, normativamente reconocidas y técnicamente viables.

Entre estas alternativas se encuentran la declaración anticipada del testigo (art. 284 CPP), que puede ser promovida en etapas tempranas del proceso cuando se anticipa su posible no comparecencia; el uso de tecnologías de comunicación a distancia (como videoconferencias protegidas), siempre que se preserve la bilateralidad del interrogatorio; la activación de medidas de protección o localización por parte del Programa de Protección a Testigos de la Fiscalía, y, cuando sea procedente, el recurso a mecanismos de cooperación internacional, si el testigo se encuentra fuera del país y es posible gestionar su comparecencia mediante exhortos, videollamadas judiciales o asistencia penal mutua.

Este conjunto de opciones conforma lo que podríamos llamar una matriz de diligencia institucional, cuya verificación exige al juez constatar que se identificó oportunamente el riesgo de inasistencia, se tomaron medidas efectivas y no meramente simbólicas para conjurarlo y que se dejó registro documental de los intentos realizados. Como señala Ferrer Beltrán (2007), “la calidad epistémica de una decisión judicial depende tanto del contenido de la prueba como de las condiciones bajo las cuales fue producida y controlada”. Desde esta perspectiva, la prueba de referencia solo puede ser válida si la imposibilidad de traer al testigo no es consecuencia de omisión, negligencia o falta de previsión institucional, sino de un obstáculo real, insuperable y ajeno a la voluntad de los operadores.

5.8.2. Control contra la funcionalización de la prueba referencial.

El segundo eje de este diseño garantista consiste en asegurar que la prueba de referencia no se utilice como alternativa funcional ni como paliativo institucional frente

a la dificultad siempre presente de asegurar la comparecencia de los testigos en juicio. Es necesario recordar que la regla es la prueba directa, inmediata y contradictoria; la excepción es la prueba indirecta, y toda inversión de esta lógica constituye un deslizamiento hacia formas encubiertas de juicio por expediente.

El principio de última ratio, en este contexto, funciona como un límite estructural, ya que la prueba de referencia solo puede activarse cuando se haya demostrado que no existe ninguna otra opción viable y legítima dentro del marco procesal. Por lo tanto, es preciso advertir que la referencia en el sistema probatorio penal no puede convertirse en un atajo ni en un instrumento para corregir falencias en la planeación de la teoría del caso o en la posterior valoración del medio por parte del operador judicial.

Este principio impone una disciplina argumentativa estricta al juez y al proponente de la prueba, se debe demostrar no solo la imposibilidad del testigo, sino también que esa imposibilidad no responde a una lógica de conveniencia, rapidez o saturación institucional, sino a un hecho estructural que impide toda otra forma legítima de incorporación del testimonio.

Desde el plano teórico, esto conecta con la noción de “restricción necesaria” desarrollada por Alexy (2002), según la cual un derecho fundamental solo puede ser limitado cuando no exista otra medida menos gravosa que logre el mismo fin legítimo. En nuestro caso, si existe otra forma procesal, aunque más costosa o compleja que permita obtener el testimonio directo, la prueba de referencia debe ser descartada.

5.8.3. Evaluación de necesidad sustantiva.

El tercer y último eje apunta a una dimensión muchas veces ignorada: el juicio sobre la necesidad sustantiva de la prueba de referencia, es decir, su indispensabilidad para la resolución del caso. Este criterio busca impedir que la referencia se introduzca como prueba redundante o meramente confirmatoria, al margen de su impacto real en la estructura probatoria. Es labor de las partes en la fase procesal pertinente preguntarse si la declaración referida versa sobre un hecho decisivo del caso (núcleo fáctico), si aporta información no contenida en otras pruebas directas y si tiene un peso determinante en la construcción de la verdad procesal.

Si la respuesta a cualquiera de estas preguntas resulta negativa, la prueba referencial no satisface el estándar de necesidad y su incorporación puede convertirse en una afectación gratuita e injustificada del derecho de defensa, algo que ni la Constitución ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos habilitan. En términos de Taruffo, la admisión de un medio no lo vuelve automáticamente relevante: la relevancia se evidencia en la medida en que el elemento probatorio tenga aptitud para incidir en la fundamentación racional de la decisión (Taruffo, 2008). Esta idea adquiere especial importancia en materia de prueba de referencia, pues su menor fiabilidad exige un nivel más alto de justificación, tanto al momento de autorizar su ingreso como al asignarle valor en la sentencia.

En este punto, el juez no solo debe actuar como guardián de la legalidad, sino como curador epistémico del proceso penal, filtrando aquello que, aunque tenga apariencia de prueba, no supera los estándares mínimos de necesidad, pertinencia y proporcionalidad.

Este diseño, basado en tres filtros sucesivos agotamiento procedimental, control de excepcionalidad y evaluación de necesidad no es una lista de chequeo mecánica, sino la expresión de un compromiso estructural con la racionalidad, la dignidad y la legitimidad del proceso penal. Impone una lógica donde el Estado no puede acudir a formas debilitadas de prueba sin antes haber hecho todo lo posible por preservar la inmediación, y donde el juez deja de ser un espectador del debate para asumir un rol activo como garante del equilibrio entre las partes y de la integridad del juicio. Así, el uso de la prueba de referencia no se proscribire, pero se somete a un sistema de garantías que restaura su carácter de excepción extrema y refuerza el compromiso del derecho penal con un modelo adversarial no solo formal, sino sustancialmente garantista.

Esta triple carga se conecta con una concepción garantista del proceso penal, según la cual las excepciones solo son legítimas cuando se justifican por necesidad y no por inercia o por déficit institucional. Como señala Ferrajoli (2006), la excepcionalidad de ciertas medidas no se define solo por su regulación formal, sino por el hecho de que

no existan medios menos gravosos para alcanzar el mismo fin constitucionalmente legítimo.

En el mismo sentido, la jurisdicción interamericana ha señalado que las restricciones al derecho de confrontación solo pueden aceptarse cuando la comparecencia del testigo no logra asegurarse pese a esfuerzos diligentes desplegados por el Estado (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, dos mil nueve, párr. veintinueve). En consecuencia, no basta con afirmar que no fue posible llevar al declarante al juicio: es indispensable acreditar que se activaron de manera oportuna y efectiva las herramientas institucionales disponibles para obtener su presencia.

Ese criterio ha sido reiterado en la práctica interna por la Sala de Casación Penal del alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, al sostener que, tratándose de testigos determinantes cuya disponibilidad podía preverse como incierta, el órgano acusador tenía la carga de actuar con previsión, promoviendo oportunamente mecanismos como la declaración anticipada o adoptando medidas eficaces de protección; de lo contrario, esa inactividad no puede “subsanarse” luego mediante la introducción de evidencia referencial. En esa línea, se enfatiza que el principio de inmediación no debe ceder por causas atribuibles a falta de previsión o diligencia del acusador, razón por la cual el juez está llamado a exigir una motivación reforzada que demuestre el carácter verdaderamente indispensable de la prueba indirecta.

Además, este estándar de necesidad no puede reducirse a una fórmula judicial estandarizada. El juez está obligado a ejercer un control caso por caso, atendiendo a las particularidades de cada situación: el peso real de la declaración referencial, la existencia y suficiencia de otros medios de prueba disponibles y el riesgo de que la admisión de la referencia distorsione la dinámica contradictoria del juicio oral. Por ello, la restricción del derecho de defensa debe justificarse de manera sustancial y no meramente formal, mediante razones objetivas y una motivación clara y verificable (CSJ, 2023; CSJ, 2024).

Este enfoque no solo protege el equilibrio procesal, sino que impone al sistema una lógica de debida diligencia institucional. Como bien señala Jordi Ferrer Beltrán, “las garantías no son obstáculos, sino formas de racionalidad que obligan a justificar cada

decisión judicial en términos de respeto y optimización de los derechos en juego” (Ferrer, 2007, p. 133). En este sentido, el agotamiento de medios menos lesivos no es un requisito secundario, sino la expresión del compromiso del Estado con un modelo de enjuiciamiento racional y respetuoso de la dignidad humana.

Ahora bien, esta exigencia tiene también una dimensión ética, el proceso penal no puede permitir que la comodidad institucional o las limitaciones presupuestales terminen condicionando la forma en que se administra justicia. Si el Estado no puede garantizar la comparecencia de sus propios testigos, debe asumir las consecuencias procesales de esa imposibilidad, pero no puede transferir esa carga sobre los hombros del acusado mediante la admisión de pruebas debilitadas.

Desde una óptica más crítica, se puede decir incluso que este estándar actúa como un freno contra la colonización del juicio oral por el expediente, es decir, contra la tendencia de revertir progresivamente el modelo contradictorio para volver a formas de juicio basadas en registros previos no debatidos. Este fenómeno, ampliamente documentado por autores como Foucault (1975) y Garapon (2001), muestra cómo las lógicas de eficiencia institucional pueden terminar neutralizando las garantías procesales más básicas.

El estándar de necesidad reforzada y el deber de agotar las alternativas menos lesivas no son simples requisitos de forma, son pilares estructurales del garantismo procesal penal. Su cumplimiento protege no solo los derechos del acusado, sino la integridad epistemológica, institucional y moral del juicio. Por ello, la prueba de referencia solo puede tener cabida cuando se haya probado, sin margen de duda razonable, que no existía ninguna otra vía compatible con la dignidad procesal del justiciable. Cualquier flexibilización de este estándar equivale, en el fondo, a desmantelar el principio mismo de juicio justo.

5.9. Lineamiento 3: Diferenciación estricta entre admisibilidad y valoración probatoria.

Uno de los desaciertos más habituales —y a la vez más riesgosos— en el manejo de la prueba de referencia dentro del procedimiento penal colombiano consiste en

confundir dos planos que deben permanecer separados: el de la admisibilidad y el de la valoración. Se trata de momentos distintos, guiados por criterios diferentes, que en la práctica judicial a veces se entrecruzan con una ligereza que termina debilitando los fundamentos del garantismo procesal. Que un elemento sea admitido no significa que sea, por ese solo hecho, un medio idóneo de convicción; menos aún implica que pueda sostener, con suficiencia, una sentencia condenatoria. Precisamente en esta separación conceptual se juega buena parte de la coherencia y solidez del juicio penal de corte adversarial.

La admisibilidad responde a criterios de legalidad, oportunidad y respeto formal a las reglas procesales. Es el umbral que permite el ingreso de un elemento probatorio al debate. La valoración, en cambio, se refiere a la potencia epistémica del medio de prueba, a su fuerza racional para generar conocimiento judicial fiable. Mientras la admisión responde a una lógica procedimental, la valoración se inscribe en una lógica sustantiva. Confundir ambas etapas es tanto como equiparar la mera apertura de una puerta con la decisión de cruzarla para dictar una condena.

En materia de prueba de referencia, esta distinción resulta decisiva. Una cosa es que, en escenarios realmente excepcionales, pueda autorizarse su incorporación al juicio oral cuando se acrediten los presupuestos legales del artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código de Procedimiento Penal. Otra, completamente distinta, es asumir que ese elemento puede recibir el mismo peso que un testimonio directo rendido bajo inmediación, contradicción y confrontación.

Esa equiparación no es aceptable ni desde la dogmática de la prueba ni desde una mínima ética procesal. Otorgar a una prueba indirecta un valor decisivo para condenar supone normalizar decisiones apoyadas en relatos que no han sido sometidos a un verdadero “test” adversarial; y ello termina por vaciar el núcleo del proceso penal democrático, que exige que la condena se construya sobre evidencia controlable, refutable y producida en juicio.

Autores como Taruffo y Ferrer han insistido en que una prueba no puede ser valorada sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue producida. La fiabilidad de una prueba está directamente relacionada con el modo en que fue obtenida, controlada y

contrastada. Y la prueba de referencia, por su naturaleza, adolece de una condición original de precariedad, es un eco, no una voz; es un fragmento, no un testimonio completo. Su debilidad no es solo formal, es ontológica. Por eso su valoración debe hacerse con un escepticismo metódico, con una presunción de fragilidad que solo puede ser superada por una corroboración externa sólida y por un contexto probatorio que la contenga sin depender exclusivamente de ella.

No puede perderse de vista que todo sistema de pruebas es también un sistema de poder. Por eso, relativizar la exigencia de valoración rigurosa de la prueba referencial es abrirle la puerta a un proceso penal donde la palabra ajena se impone sin derecho a ser enfrentada. En términos de Ferrajoli, sería permitir que la verdad procesal se construya sin el respeto a las formas, olvidando que en un Estado de Derecho la forma es la sustancia de la garantía. Y cuando el derecho penal olvida esto, lo que emerge no es la justicia, sino la arbitrariedad vestida de autoridad.

Se hace necesaria una doctrina judicial más firme y consistente que establezca, sin zonas grises, que la prueba de referencia —aunque haya ingresado legítimamente al juicio— debe ser apreciada bajo un escrutinio especialmente exigente. Solo puede contribuir de manera relevante a la convicción judicial si se encuentra acompañada por otros medios probatorios igualmente robustos, si su contenido cuenta con corroboración independiente y si, en una valoración conjunta del acervo, se alcanza el umbral de certeza más allá de toda duda razonable previsto en el artículo trescientos ochenta y uno del Código de Procedimiento Penal.

La diferenciación entre admisibilidad y valoración también tiene una dimensión política que no puede ignorarse. Porque en el fondo esta distinción protege algo más que el rigor técnico del proceso penal protege el equilibrio estructural del juicio, protege la posibilidad real de defensa, protege al sujeto frente a la tentación inquisitiva del sistema. Admitir una prueba sin condiciones, y además valorarla sin filtros, es una puerta giratoria hacia la regresión procesal. Y el derecho procesal penal, si quiere ser digno de ese nombre, no puede prestarse a esas regresiones disfrazadas de eficiencia.

La admisión de la prueba de referencia no puede entenderse como un acto de validación epistémica. Es apenas una apertura de posibilidad, no una consagración de verdad. Solo un sistema procesal que mantenga esta frontera bien definida podrá llamarse verdaderamente garantista. Porque donde se borran los límites entre el ingreso y la convicción, entre la formalidad y la prueba, lo que se pierde no es una regla técnica, sino el alma misma del proceso penal justo.

5.10. Lineamiento 4: Exigencia de corroboración externa e independiente.

La prueba de referencia solo puede aspirar a un lugar legítimo dentro del proceso penal cuando abandona su soledad epistémica y se integra en una red de confirmaciones externas que la rescatan del riesgo de la autosugestión. Ninguna afirmación que provenga de una fuente indirecta puede ser tomada como verdad jurídica sin un anclaje en otros datos que no dependan de la misma narración. De lo contrario el proceso se convierte en un espejo que se mira a sí mismo y se convence de su propio reflejo. Karl Popper (1994) advirtió que una proposición que no puede ser sometida a contrastación externa no pertenece al mundo del conocimiento sino al de la creencia y el derecho penal que se apoya en creencias abandona el terreno de la razón y entra en el de la fe punitiva. Exigir corroboración independiente no es un capricho técnico sino una forma de impedir que el poder de castigar se alimente de relatos no verificados que circulan sin freno dentro del aparato institucional.

Desde la teoría de la prueba la corroboración cumple una función de saneamiento epistémico. Michele Taruffo (2008) explicó que la fuerza de una prueba no reside solo en su contenido sino en su posición dentro del conjunto probatorio y que una prueba aislada es siempre débil por definición. La prueba de referencia es doblemente frágil porque no solo está aislada sino mediada por otro sujeto que transmite una experiencia que no es propia. Por eso su única posibilidad de legitimación es la existencia de elementos externos que confirmen de manera autónoma aquello que se afirma. No se trata de buscar coincidencias narrativas sino de hallar apoyos fácticos que no dependan del mismo circuito de producción del relato. Una grabación un documento un peritaje o un testimonio directo que converja en un punto decisivo pueden transformar una narración referida en una hipótesis razonable mientras que su ausencia la deja flotando en el vacío de lo indemostrable.

Este criterio tiene una profunda dimensión ética y política. Hannah Arendt (2005) enseñó que el totalitarismo comienza cuando los hechos dejan de importar y son sustituidos por narraciones oficiales que se imponen por repetición. En un proceso penal que condena sobre la base de pruebas no corroboradas ocurre algo inquietantemente similar: el relato se vuelve verdad no porque haya sido probado sino porque ha sido afirmado con autoridad. Exigir corroboración independiente es una forma de resistencia democrática dentro del derecho probatorio porque obliga al Estado a demostrar y no solo a narrar. También Norberto Bobbio (1996) advertía que el Estado de derecho se define por la sujeción del poder a reglas de prueba y no a convicciones morales o políticas. La corroboración externa es una de esas reglas que separan la justicia de la propaganda.

Desde una mirada filosófica más profunda la exigencia de corroboración responde a una idea elemental de racionalidad práctica. John Rawls (1995) sostuvo que las instituciones justas son aquellas que pueden justificar sus decisiones ante los ciudadanos razonables. Ninguna condena puede ser justificada racionalmente cuando se apoya en una afirmación que nadie pudo verificar de manera independiente. La corroboración es entonces una condición de legitimidad pública del castigo. Sin ella el proceso penal se convierte en una escena privada entre el Estado y su propia versión de los hechos sin posibilidad de control intersubjetivo.

La exigencia de corroboración externa también opera como un freno contra la deriva autorreferencial del sistema penal. Cuando una declaración de referencia es confirmada solo por otras declaraciones del mismo tipo el proceso cae en una lógica circular que se autoproduce y se autoafirma. Foucault (2009) en su obra "Vigilar y Castigar" mostró que los sistemas de poder tienden a crear sus propias verdades cuando no son obligados a confrontarlas con una realidad externa. La corroboración independiente introduce esa realidad como límite y obliga al discurso punitivo a salir de sí mismo para encontrarse con el mundo.

En este sentido la corroboración no es un complemento sino una condición de contingencia de la prueba de referencia. Sin ella la declaración indirecta no es conocimiento sino rumor institucionalizado. Con ella puede convertirse en una pieza

más de un rompecabezas probatorio que aspire a algo parecido a la verdad. Este lineamiento no pretende eliminar la prueba de referencia sino devolverla a su lugar modesto dentro del proceso penal como una voz secundaria que solo puede ser escuchada cuando otras voces más confiables la acompañan. Así el derecho penal conserva su dignidad racional y el juicio sigue siendo un espacio de argumentación y no de eco.

5.11. Lineamiento 5: Motivación judicial reforzada y explícita.

En el proceso penal moderno el juez no puede esconder su decisión detrás de la liturgia formal del fallo ni puede reducir la argumentación a fórmulas predecibles recitadas como letanías jurídicas⁸. Cuando se trata de admitir una prueba de referencia la necesidad no puede limitarse a invocar la ley ni a señalar la causal correspondiente como si bastara un número de artículo para desplazar garantías procesales. La motivación judicial en estos casos no es solo un requisito de forma es un acto de responsabilidad epistémica es una prueba de que el juez comprendió lo que está en juego y asumió el costo argumentativo de restringir el derecho de defensa. El uso de una prueba excepcional exige una razón excepcional. Y esa razón debe ser dicha con claridad con detalle y con control público.

Ronald Dworkin (2000) entendía la justificación jurídica como una expresión de integridad institucional, en la que el juez asume el deber de tratar a los ciudadanos como iguales en el respeto debido a sus derechos, y no como meros destinatarios de decisiones técnicas. Desde ese enfoque, cuando el juez autoriza un medio que se aparta del estándar ordinario de producción probatoria, tiene la carga de explicar por qué ese apartamiento resulta legítimo en el caso concreto.

Esa motivación no puede formularse en términos genéricos ni repetirse como un formato prefabricado. Debe exponer, con precisión, por qué la prueba de referencia

⁸ En el derecho romano arcaico, especialmente durante la etapa del *ius civile* (previa al desarrollo del *ius honorarium*), el proceso judicial estaba fuertemente marcado por formas sacramentales, donde las *formulae legales* o *legis actiones* debían pronunciarse con exactitud verbal absoluta, casi como conjuros jurídicos. No se trataba simplemente de expresar una idea jurídica, sino de reproducir literalmente una fórmula preestablecida, como si se tratara de un rito sagrado. La consecuencia del error incluso de una palabra mal dicha podía ser la nulidad del acto procesal, sin posibilidad de subsanación.

es indispensable, por qué no existían alternativas menos restrictivas, cómo se satisfacen los criterios de necesidad y proporcionalidad y de qué manera su incorporación no altera el equilibrio estructural del juicio. En suma, debe evidenciar que la excepción no vacía la regla, sino que opera dentro de sus límites y, precisamente por eso, la confirma.

La motivación reforzada es también una barrera contra el decisionismo judicial disfrazado de neutralidad técnica. Es fácil esconder el autoritarismo bajo una redacción escueta que reproduce el lenguaje del legislador sin pensar en su impacto real. Hannah Arendt (2005) advirtió que las grandes catástrofes jurídicas del siglo XX no comenzaron con decisiones explícitamente tiránicas sino con fallos que simplemente dejaron de pensar. La banalidad del mal jurídico consiste justamente en decidir sin preguntarse qué se está decidiendo. **Obligar al juez a motivar con rigor es obligarlo a pensar con profundidad y a escribir con conciencia de lo que implica vulnerar una garantía procesal por necesidad.**

Robert Alexy ha desarrollado con detalle cómo la motivación de una decisión que limita un derecho fundamental debe cumplir con los tres subprincipios de la proporcionalidad. Primero, debe ser idónea para alcanzar un fin legítimo, segundo debe ser necesaria en el sentido de que no hay otro medio menos gravoso y tercero debe ser proporcional en sentido estricto es decir que el beneficio alcanzado debe justificar el sacrificio impuesto. Si un juez admite una prueba de referencia sin recorrer este camino argumentativo no está motivando está decorando una decisión tomada por inercia o por presión institucional. La motivación no es un adorno ni un trámite es el lugar donde el derecho demuestra que sigue siendo razonamiento y no mera obediencia.

La motivación explícita tiene además una función pedagógica y política. No se trata solo de convencer al acusado ni siquiera solo de ofrecer garantías al abogado defensor. Se trata de escribir para una comunidad política que tiene derecho a saber por qué el Estado está dispuesto a escuchar a un testigo ausente y a fundar en su relato una decisión de fondo. Norberto Bobbio (1996) insistía en que la transparencia es el alma del Estado de derecho porque sin ella las formas jurídicas se llenan de

contenido arbitrario. La motivación es una forma de transparencia argumentativa que permite que la justicia sea también una práctica de rendición de cuentas.

Este lineamiento exige que el juez explicita cada uno de los pasos que lo llevan a aceptar la excepción probatoria. Debe indicar de manera concreta cuál fue la causal invocada qué medios de prueba la acreditan por qué se considera que no hubo negligencia estatal por qué se descartaron alternativas menos lesivas por qué el contenido de la prueba es indispensable y por qué el acusado conserva posibilidades reales de defensa. Y debe hacerlo con lenguaje claro sin eufemismos sin tecnicismos que oculten el fondo del asunto. Es en la escritura judicial donde se juegan las garantías porque lo que no se escribe no puede ser controlado y lo que no se argumenta no puede ser legítimo.

La exigencia de motivación judicial reforzada y explícita no es una carga burocrática más es un mecanismo de civilización del poder penal. En el momento mismo en que el juez justifica su decisión está rindiendo homenaje al proceso como espacio racional y no como escenario ritual. Cuando el juez se obliga a explicar está reconociendo al otro como interlocutor válido y no como destinatario pasivo de una autoridad sin rostro. Y esa es la esencia del proceso penal en democracia no castigar al final sino dialogar desde el comienzo incluso cuando ese diálogo implique explicar por qué se va a admitir una prueba que roza los límites de lo permitido. Solo así el juicio oral conserva su dignidad y el derecho no se convierte en una máquina de silencios.

5.12. Lineamiento 6: Tratamiento diferenciado de víctimas vulnerables sin supresión del contradictorio.

Hay ámbitos del proceso penal en los que el derecho se vuelve especialmente vulnerable y la decisión judicial avanza con cautela, como si pisara terreno inestable. Uno de esos espacios es el tratamiento procesal de víctimas particularmente vulnerables, en especial de quienes han sufrido delitos sexuales. Allí el sistema se enfrenta a una tensión de fondo. De un lado, se impone el deber de protección frente a sujetos que han padecido graves afectaciones, y cuya revictimización no puede asumirse como un costo tolerable del trámite. De otro lado, subsiste con la misma intensidad el principio de contradicción, como núcleo irreductible del derecho de

defensa. No se trata de un choque menor de intereses, sino de una tensión institucional en la que derechos fundamentales concurren y, en ocasiones, entran en fricción de manera intensa.

La solución no puede ser, bajo ningún motivo, suprimir el contradictorio. Hacerlo en nombre de la sensibilidad sería una traición al modelo adversarial. Convertir el sufrimiento en un blindaje epistémico es el camino más corto hacia una justicia emocional que, lejos de reparar, reescribe los hechos con el lenguaje de la compasión, pero sin las garantías de la razón. Sin embargo, tampoco puede mantenerse una lógica procesal indiferente a la singularidad del trauma. Pretender que una niña de once años víctima de violencia sexual declare ante un estrado sin preparación emocional ni protección simbólica es una forma de tortura institucionalizada. Ni la impunidad ni la revictimización son aceptables. Ambas son fracasos éticos del sistema.

La clave que se propone está en una arquitectura procesal diferenciada que reconozca la especificidad de la víctima sin anular el contradictorio. No se trata de imponer una excepción, sino de construir una forma distinta de relación probatoria que preserve los derechos en tensión a través de la innovación procesal. John Rawls afirmaba con preclara singularidad que la justicia consiste en articular principios que serían aceptados por cualquier persona bajo un velo de ignorancia. Desde ese lugar hipotético ningún ser humano razonable elegiría un modelo que lo obligue a revivir su trauma frente a su agresor, pero tampoco uno en el que pueda ser condenado sin haber tenido la oportunidad real de defenderse.

Por eso el tratamiento diferenciado debe consistir en un diseño de condiciones reforzadas para la producción de prueba sin cancelar su posibilidad de contradicción. Declaraciones anticipadas en condiciones de contención psicológica, uso de cámaras de Gesell, tecnologías de grabación y reproducción controlada, acompañamiento psicosocial continuo y restricciones simbólicas del espacio judicial son solo algunos mecanismos disponibles. La víctima no debe estar forzada a comparecer en el juicio oral pero su testimonio sí debe ser sometido a los filtros racionales que exige el modelo adversarial. No se trata de neutralizar el trauma sino de no permitir que el trauma neutralice al derecho.

El catedrático de derecho constitucional Ronald Dworkin hablaba del “juez Hércules” como un ideal de razonamiento que logra armonizar principios en conflicto sin sacrificar ninguno. No se trata de un juez real, sino de un modelo teórico que representa el estándar más alto de razonamiento jurídico posible dentro de un sistema de derecho basado en principios. Según Dworkin, el juez Hércules es un jurista con capacidades sobrehumanas de análisis, conocimiento y razonamiento moral: “Hércules es un juez imaginario de habilidades y paciencia sobrehumanas, que acepta el desafío de construir la mejor justificación moral posible del sistema legal en su conjunto” (Dworkin, 2000, p. 285).

En este contexto, el juez debe asumir un papel de prudencia activa: reconocer la complejidad sin refugiarse en respuestas automáticas. Su responsabilidad es evitar que la voz de la víctima se diluya bajo una lógica procesal indiferente, pero también impedir que su relato se convierta en una verdad intocable. De ahí la imperiosa necesidad de garantizar condiciones para que el testimonio pueda producirse con dignidad y, al mismo tiempo, ser recibido bajo garantías. Al final, el juicio penal no es únicamente una operación técnica: es un acto institucional con carga pública, porque allí el Estado define qué significa castigar y bajo qué límites puede hacerlo.

En clave foucaultiana, el poder no opera sin fricciones: toda forma de poder convoca resistencias, y el derecho penal puede entenderse como una tecnología de control que debe permanecer bajo vigilancia crítica (Foucault, 2009). En este punto, la resistencia relevante no se dirige contra el Estado como abstracción, sino contra prácticas deficientes de administrar el dolor humano y de convertirlo en insumo procesal. La víctima no puede ser tratada como un engranaje de la maquinaria: no debe cargar, con su cuerpo y su voz, el peso de legitimar la sanción. Pero tampoco el acusado puede ser degradado a la condición de enemigo al que solo se le concede sospecha. Lo que se disputa aquí es la integridad del proceso penal como espacio institucional en el que debe ser posible el reconocimiento recíproco, incluso en medio del conflicto.

Por eso este lineamiento no es solo técnico, es también moral. Establecer un tratamiento diferenciado para víctimas vulnerables no es una concesión sino una

exigencia del respeto. Pero exigir que ese tratamiento no implique la supresión del contradictorio es una exigencia de la justicia. Ambas son innegociables. Y si el derecho no puede con esa complejidad, entonces se socaba la razón misma de que el derecho busca otorgar orden a la sociedad. Lo que este modelo propone no es una solución cómoda, sino una arquitectura institucional para lo incómodo. Y ahí es donde el derecho demuestra su nobleza, no en la facilidad del caso sencillo, sino en la valentía de pensar con delicadeza cuando todo grita a favor del atajo.

5.13. Síntesis. Hacia una concepción garantista de la prueba de referencia.

La prueba de referencia se ubica entre los puntos más sensibles del proceso penal contemporáneo, porque en ella confluyen tres exigencias que con frecuencia entran en tensión: la pretensión estatal de persecución eficaz del delito, el deber de protección de las víctimas y la obligación constitucional de garantizar el debido proceso del acusado. La fricción que surge de esa tríada no es casual, sino estructural. El proceso penal no es un espacio de unanimidad moral, sino un escenario de conflicto sometido a reglas.

Por ello, una perspectiva garantista frente a la prueba de referencia no puede reducirse ni a su prohibición absoluta ni a su expansión funcional, sino a su control racional dentro de los márgenes del Estado de derecho. En la tradición garantista desarrollada por Ferrajoli, el poder punitivo solo adquiere legitimidad cuando se ejerce bajo vínculos normativos que minimicen el riesgo de error y de abuso. En consecuencia, toda excepción en materia probatoria debe examinarse con cautela y toda limitación del contradictorio requiere un escrutinio reforzado. La prueba de referencia no es, en sí misma, incompatible con el garantismo; lo que sí lo es su uso desprevenido o su normalización como práctica ordinaria. Cuando el sistema permite que el relato de un ausente sustituya de manera estructural la confrontación en juicio, el proceso deja de funcionar como un dispositivo de racionalidad pública y se aproxima, peligrosamente, a una forma de “verdad administrada”.

Este riesgo no es meramente técnico sino político. Una comunidad democrática se define por su relación con los hechos y que cuando los hechos son reemplazados por narrativas no contrastadas el poder se emancipa del control de la razón. En el proceso

penal ese peligro se manifiesta cuando las declaraciones extraprocesales adquieren el estatus de verdad sin haber pasado por el filtro de la confrontación. El garantismo no es entonces una doctrina de indulgencia sino una ética de la responsabilidad institucional frente al error.

La propuesta de lineamientos desarrollada en este capítulo intenta precisamente inscribir la prueba de referencia dentro de una arquitectura de límites que la vuelva compatible con el ideal del juicio justo. La verificación estricta de la indisponibilidad del testigo la exigencia de necesidad reforzada la diferenciación entre admisión y valoración la obligación de corroboración externa la motivación judicial intensificada y el tratamiento diferenciado de víctimas vulnerables sin supresión del contradictorio no son reglas aisladas sino piezas de un mismo sistema de contención del poder punitivo. Cada una de ellas responde a una intuición fundamental el Estado no puede condenar cuando no ha hecho todo lo razonablemente posible por escuchar directamente a quienes dicen tener algo que contar.

Desde una perspectiva epistemológica esta arquitectura se justifica por la fragilidad propia de la prueba de referencia. Michele Taruffo ha explicado que la racionalidad probatoria depende de la posibilidad de someter las fuentes de información a mecanismos de control intersubjetivo. La prueba indirecta carece por definición de esa posibilidad plena. Por eso su incorporación solo puede tolerarse cuando es compensada por controles externos que reduzcan el margen de error. De otro modo el proceso penal se convierte en una máquina de reproducción de creencias institucionales.

Pero hay también una dimensión filosófica más profunda. Ludwig Wittgenstein mostró que el significado surge del uso dentro de prácticas compartidas. El juicio penal es una de esas prácticas. La prueba solo tiene sentido como tal dentro del juego del contradictorio. Cuando una afirmación no puede ser interrogada su estatuto semántico se debilita. Sigue siendo una frase, pero ya no es plenamente una prueba. Pretender lo contrario es forzar el lenguaje jurídico más allá de sus condiciones de posibilidad.

Por ello una concepción garantista de la prueba de referencia no consiste en aceptarla sin más ni en expulsarla del sistema sino en reconocer su carácter anómalo y construir

alrededor de ella un dispositivo de control. El derecho no puede eliminar el conflicto, pero sí puede impedir que el conflicto destruya sus propias reglas. En palabras de Norberto Bobbio el Estado de derecho no se define por la ausencia de poder sino por su sujeción a procedimientos que lo vuelven controlable.

La síntesis que emerge de este capítulo es entonces clara la prueba de referencia solo concurre como excepción vigilada dentro de un proceso penal que se toma en serio tanto a las víctimas como a los acusados. Proteger a quienes han sufrido no puede significar renunciar a las garantías que hacen que una condena sea algo más que una reacción emocional. Y respetar el debido proceso no puede significar indiferencia frente al dolor de las víctimas. El desafío no es elegir entre unos y otros sino construir una forma de justicia que no sacrifique a ninguno en el altar de la eficacia.

Como lo advertía Ronald Dworkin el derecho no es un conjunto de órdenes sino una práctica interpretativa que busca la mejor respuesta posible a cada caso dentro de un marco de principios. En el terreno de la prueba de referencia esa mejor respuesta no es ni la indulgencia probatoria ni el rigor ciego sino una racionalidad que se atreve a decir no cuando el poder quiere atajos y que se atreve a decir sí cuando la necesidad es real y las garantías han sido respetadas. Allí donde esa racionalidad se mantiene viva el proceso penal sigue siendo un espacio de dignidad y no una técnica de dominación.

“Bienaventurados los que padecen persecución por causa de la justicia, porque les importa más la justicia que su destino humano” (Borges, 1969)

6. CONCLUSIONES

El recorrido realizado a lo largo de esta investigación permite afirmar que la prueba de referencia se ha convertido en uno de los escenarios más sensibles del proceso penal acusatorio colombiano porque en ella se concentran las tensiones más intensas entre verdad, poder y garantía. No se trata simplemente de una figura probatoria más, sino de un punto de fricción estructural donde el modelo adversarial se pone a prueba a sí mismo. La oralidad, la inmediación y la confrontación no son ornamentos del juicio penal, sino las condiciones que permiten que la verdad procesal sea algo más que una narración institucional. Cuando la prueba de referencia ingresa al juicio sin filtros rigurosos, lo que está en juego no es solo la validez de un medio de prueba, sino la identidad misma del proceso penal como espacio de control del poder punitivo.

El análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal mostró que la legislación colombiana no concibió la prueba de referencia como una herramienta flexible al servicio de la eficiencia, sino como una excepción cuidadosamente cercada por causales estrictas, precisamente porque introduce una forma debilitada de conocimiento judicial. Su expansión práctica, especialmente en contextos de alta sensibilidad como los delitos sexuales, ha ido desplazando progresivamente el centro de gravedad del juicio desde la confrontación pública hacia el expediente previo, desde el testigo vivo hacia la declaración ausente. Ese desplazamiento no es neutro, pues altera el equilibrio entre las partes y debilita la posibilidad real de contradicción, afectando la racionalidad del proceso y su legitimidad democrática.

La investigación evidenció que el problema no radica en la existencia de la prueba de referencia, sino en su banalización. Cuando se admite como un insumo ordinario frente a dificultades logísticas, emocionales o institucionales, deja de operar como excepción y comienza a funcionar como una sustitución encubierta del juicio oral. En ese punto, el proceso penal corre el riesgo de transformarse en una práctica de validación de relatos no confrontados, lo que erosiona su carácter adversarial y lo acerca a lógicas inquisitivas que el sistema acusatorio pretendía superar. Así, la tensión entre protección de víctimas y garantías del acusado no es un conflicto entre valores aislados, sino una disputa por el modelo de justicia que se quiere preservar. En conjunto, los hallazgos del trabajo permiten sostener que solo una comprensión

estructural de la prueba de referencia, que la sitúe como una excepción epistémica, constitucional y política, permite evitar que su uso termine desfigurando el debido proceso. La síntesis que emerge no es la de un rechazo dogmático ni la de una aceptación acrítica, sino la de una necesidad de control. La prueba de referencia puede aplicarse dentro del sistema penal colombiano, pero solo si permanece encerrada dentro de límites que preserven la centralidad del juicio oral como escenario de producción de verdad, de ejercicio de defensa y de legitimación del castigo. Allí donde esos límites se relajan, lo que se pone en peligro no es una regla procesal, sino la promesa misma de justicia que sostiene al Estado de derecho.

El análisis desarrollado a lo largo de esta investigación permite sostener que la hipótesis inicial no solo se corrobora, sino que resulta fortalecida por el conjunto de fuentes normativas, jurisprudenciales y dogmáticas examinadas. En el diseño colombiano, la prueba de referencia no es, por sí misma, contraria a la Constitución ni al debido proceso en abstracto. El riesgo principal no se deriva de su reconocimiento jurídico, sino del modo en que es comprendida y utilizada en el juicio oral. Cuando los operadores flexibilizan sus requisitos de procedencia y la emplean con regularidad, la figura pierde su condición excepcional y pasa a funcionar como un sustituto sistemático de la prueba directa, con incidencia directa sobre el núcleo de las garantías de contradicción, confrontación e inmediación.

En esa medida, la pregunta problema que orientó este trabajo encuentra una respuesta concreta: la aprobación y la valoración de la prueba de referencia inciden de forma decisiva en la protección de los derechos fundamentales del procesado, porque de ellas depende que el juicio preserve su naturaleza de debate público y contradictorio o, por el contrario, derive hacia la validación de relatos producidos fuera de audiencia. El análisis realizado muestra que, cuando la prueba de referencia se incorpora sin una acreditación estricta de la indisponibilidad del testigo, sin la verificación de alternativas menos restrictivas y sin una motivación reforzada, se produce una afectación real —no meramente hipotética— del derecho de defensa. La posibilidad de interrogar directamente a quien afirma un hecho, de observar su comportamiento comunicativo y de someter su versión al control del juez y de la contraparte no es una formalidad vacía, sino una condición mínima de racionalidad y legitimidad del proceso penal.

En este sentido, la investigación permite sostener que es viable diseñar y aplicar lineamientos jurídicos de orientación garantista para acoger excepcionalmente de la prueba de referencia, siempre que se asuma que su empleo exige un umbral de justificación más exigente que el propio de la prueba ordinaria. La respuesta al problema no pasa por suprimir esta figura ni por inmunizarla en nombre de la protección de las víctimas, sino por insertarla dentro de una estructura de control capaz de impedir que se transforme en un mecanismo de erosión del modelo acusatorio. En ese marco, la hipótesis planteada —según la cual un uso extensivo y acrítico de la prueba de referencia puede lesionar garantías estructurales del juicio— queda confirmada y, a la vez, matizada mediante la propuesta de un esquema que permite su utilización sin sacrificar el debido proceso.

El aporte central del trabajo no consiste únicamente en describir una inquietud ya presente en la práctica, sino en reconstruirla como un problema estructural del modelo acusatorio colombiano. La tesis no se limita a afirmar que la prueba de referencia puede afectar el debido proceso, sino que explica por qué y de qué manera lo hace cuando se utiliza sin un marco de contención normativo, epistémico y constitucional. En esa medida, el estudio cuestiona una tendencia a tratar esta figura como si fuese un instrumento técnicamente neutro, cuando en realidad se trata de una excepción con efectos profundos sobre las condiciones en que el Estado produce verdad y ejerce su potestad punitiva.

Desde el ángulo dogmático, el análisis propone una lectura integradora del artículo cuatrocientos treinta y siete de la Ley novecientos seis de dos mil cuatro, conectándolo con los principios constitucionales del juicio oral y evitando aproximaciones aisladas o meramente literales. Los lineamientos planteados no se presentan como una adición externa, sino como una reconstrucción interna de la lógica garantista del sistema. Así, la investigación contribuye a llenar un vacío interpretativo al ofrecer una arquitectura coherente que articula legalidad, proporcionalidad, necesidad y racionalidad probatoria, brindando a jueces y litigantes un marco conceptual para decidir sobre la admisión de la prueba de referencia sin recurrir a automatismos ni a valoraciones intuitivas.

En el plano metodológico y teórico, el trabajo introduce una forma distinta de abordar la prueba de referencia, no como un simple problema de técnica procesal, sino como un fenómeno que involucra poder, verdad y derechos fundamentales. Al integrar teoría de la prueba, constitucionalismo garantista y análisis crítico del proceso penal, la investigación se aparta de enfoques descriptivos o casuísticos y propone una comprensión más profunda del rol que cumple esta figura dentro del sistema de justicia. Este enfoque permite comprender que lo que está en juego no es solo la admisión de un medio probatorio, sino la preservación del juicio oral como espacio de legitimación democrática del castigo.

Como toda investigación jurídica seria y comprometida con la honestidad académica, esta tesis reconoce con claridad sus propios límites. El primero de ellos es de orden geográfico y normativo, puesto que el estudio se restringe al análisis del sistema penal acusatorio colombiano, sin extenderse a un enfoque comparado que permitiera contrastar los usos, límites y desarrollos jurisprudenciales de la prueba de referencia en otras jurisdicciones de tradición acusatoria. Si bien esta delimitación fue necesaria para garantizar profundidad dogmática, sugiere a futuro un campo fecundo de ampliación temática hacia una mirada internacional que complemente la perspectiva aquí adoptada.

El segundo límite es metodológico. El trabajo se desarrolló desde un enfoque cualitativo, dogmático y crítico, fundado en la interpretación sistemática de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales. Esta elección permitió identificar con claridad las tensiones internas del sistema, pero impidió acceder a datos empíricos sobre el uso concreto de la prueba de referencia en los estrados judiciales del país. Así, por ejemplo, no se estudió el número de sentencias en las que esta prueba ha sido decisiva, ni se compararon criterios entre tribunales superiores o entre distintas regiones. Ello significa que, aunque las conclusiones alcanzadas tienen una sólida base teórica y normativa, su validación práctica requeriría una investigación de carácter mixto o empírico que capture el funcionamiento real del sistema.

Un tercer límite, de carácter epistemológico, tiene que ver con la deliberada opción por privilegiar una lectura garantista y crítica del proceso penal. Esta postura orientó la interpretación jurídica y el diseño de los lineamientos propuestos, lo cual significa

que el trabajo no pretendió ofrecer una visión neutral ni conciliadora entre todas las posturas doctrinales existentes. Por el contrario, asumió una posición claramente comprometida con el control del poder punitivo, con la centralidad del juicio oral y con la protección del derecho de defensa como eje estructurante del proceso penal. Este posicionamiento ético y político, lejos de ser una debilidad, constituye una afirmación consciente de la teoría jurídica que se asume y defiende.

Los resultados de esta investigación no solo ofrecen una comprensión más estructural del problema jurídico que plantea la prueba de referencia, sino que habilitan líneas concretas de proyección tanto para el desarrollo doctrinal como para la transformación práctica del sistema penal colombiano. En primer lugar, se propone que la doctrina y la jurisprudencia avancen en la construcción de estándares diferenciados de admisión de esta figura en contextos de especial vulnerabilidad. Sin embargo, esta diferenciación no puede implicar una supresión automática del contradictorio ni una flexibilización sin límites del principio de inmediación, sino que debe venir acompañada de criterios reforzados de motivación, necesidad y control judicial estricto. Proteger a la víctima no puede justificar volver invisible al acusado.

En segundo lugar, los hallazgos permiten pensar en una eventual reforma legislativa al artículo 437 de la Ley 906 de 2004, en la cual se precise con mayor claridad no solo el catálogo de causales de admisión de la prueba de referencia, sino al mismo tiempo los requisitos de procedibilidad, como la necesidad de acreditar documentalmente la causal, agotar mecanismos menos lesivos como la declaración anticipada, y exigir motivaciones explícitas y proporcionadas por parte del juez. Una reforma de este tipo no implicaría ampliar la figura, sino fortalecer su carácter excepcional bajo criterios que hagan operativa su compatibilidad con el juicio oral adversarial.

En tercer lugar, el trabajo sugiere una agenda futura de investigación empírica que permita analizar cómo se está aplicando realmente la prueba de referencia en los diferentes distritos judiciales del país. Este enfoque permitiría identificar patrones de uso, disparidades regionales, sesgos institucionales o prácticas reiteradas de admisión sin filtro. Ello también podría nutrir procesos de formación judicial más rigurosos y críticos, en los que la prueba de referencia no sea tratada como una herramienta de conveniencia, sino como una decisión delicada que exige máxima responsabilidad institucional.

Finalmente, esta investigación deja abiertas nuevas preguntas que escapan del plano jurídico pero que merecen ser indicadas: ¿Cuál es el impacto emocional y epistémico de que la víctima no declare en juicio? ¿Cómo afecta esto a la legitimidad de la sentencia para las partes y la sociedad? ¿Qué lugar ocupa el relato referencial dentro de la construcción de verdad procesal en un juicio donde los sentidos están ausentes? Estas preguntas invitan a una profundización interdisciplinaria del tema, incorporando perspectivas desde la psicología del testimonio, la sociología del proceso penal y la filosofía del lenguaje jurídico, para continuar problematizando los límites de lo decible, lo comprobable y lo punible en el derecho penal contemporáneo.

7. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arendt, H. (2005). *Entre el pasado y el futuro: Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Península. (Obra original publicada en 1961)

Arévalo Lizarazo, E. P., & Fajardo Morales, L. V. (2013). El derecho de las víctimas en el procedimiento penal colombiano. *Iter Ad Veritatem*, 11, 103–114.

<https://www.suin-juriscol.gov.co/biblioteca/DboRegistros/DetailsBasic/El%20derecho%20de%20las%20v%C3%ADctimas%20en%20el%20procedimiento%20penal%20colombiano.pdf>

Assis, C. M., & Benítez, T. M. (2020). La víctima en el sistema penal. En *XII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología* (pp. 11–19). Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.

<https://www.aacademica.org/000-007/860.pdf>

Baytelman, A., & Duce, M. (2005). *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica.

Bedoya Sierra, L. F. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación.

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*. Librería Jurídica Comlibros.

Bobbio, N. (1996). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Borges, J. L. (1969). Fragmentos de un evangelio apócrifo. En *Elogio de la sombra*. Emecé. <https://ellaberintodelverdugo.blogspot.com/2016/09/jorge-luis-borges-elogio-de-la-sombra.html>

Chiesa Aponte, E. L. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol. 1). Forum.

Chiesa Aponte, E. L. (2005). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (Vol. 2). Forum.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe anual 2015* (cap. IV). Organización de los Estados Americanos.

Congreso de Colombia. (2004, 31 de agosto). *Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 45.657.

Corcoy Bidasolo, M. (2015). *Derecho penal y garantías procesales*. Tirant lo Blanch.

Corte Constitucional [Colombia]. (2001, 25 de julio). *Sentencia C-774 de 2001*.

Corte Constitucional [Colombia]. (2005). *Sentencia C-591 de 2005*.

Corte Constitucional [Colombia]. (2007). *Sentencia C-396 de 2007* (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Corte Constitucional [Colombia]. (2010, 3 de marzo). *Sentencia C-144 de 2010*.

Corte Constitucional [Colombia]. (2014). *Sentencia C-177 de 2014*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 17 de noviembre). *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2006, 30 de marzo). *Sentencia SP-24468*.

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2007, 5 de diciembre). *Sentencia 28432*.

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2008, 6 de marzo). *Sentencia SP-27477* (Rad. 27477).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2008, 2 de septiembre). *Sentencia* (Rad. 24920).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2010, 24 de febrero). *Sentencia SP-31946*.

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2013, 27 de febrero). *Sentencia SP-38773-2013* (Rad. 38773).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2015). *Auto AP5785-2015*.

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2016, 24 de febrero). *Sentencia SP2144-2016* (Rad. 41712).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2016, 24 de agosto). *Sentencia SP3332-2016* (Rad. 43866).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2017). *Sentencia SP13647-2017* (Rad. 46699).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2019). *Sentencia SP16816-2019*.

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2020, 30 de septiembre). *Sentencia SP1591-2020* (Rad. 49323).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1213-2025* (Rad. 62984).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1764-2025* (Rad. 58443).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1783-2025* (Rad. 59953).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1786-2025* (Rad. 68619).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1798-2025* (Rad. 58578).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1822-2025* (Rad. 58904).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1835-2025* (Rad. 58624).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1857-2025* (Rad. 66399).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP1895-2025* (Rad. 69550).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Sentencia SP2071-2025* (Rad. 62018).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Auto AP5589-2025* (Rad. 61517).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (2025). *Auto AP7245-2025* (Rad. 64737).

Corte Suprema de Justicia [Colombia], Sala de Casación Penal. (s. f.). *Prueba de referencia: Admisibilidad, antecedentes y otras consideraciones* [Documento de relatoría]. <https://edileyer.com/Contenidos%202024/Prueba%20de%20referencia.pdf>

Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).

Devis Echandía, H. (1993). *Compendio de derecho procesal: Tomo II. Pruebas judiciales*. Editorial ABC.

Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (5.^a ed.). Temis.

Dworkin, R. (2000). *El imperio de la justicia*. Gedisa.

Ellero, P. (1973). *Lógica de las pruebas en materia criminal* (Vol. 2). Temis.

- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal* (M. Gascón, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/9.pdf>
- Ferrater Mora, J. (1994). *Diccionario de filosofía* (Tomo 2). Ariel.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Fiscalía General de la Nación. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. FGN–Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas.
- Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1980). *Microfísica del poder*. La Piqueta.
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (22.^a ed.). Siglo XXI Editores. (Obra original publicada en 1975)
- Framarino Dei Malatesta, N. (1968). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Reus.
- Garapon, A. (2001). *El juez y la democracia: El guardián de las promesas*. Trotta.
- Gaviria Londoño, V. E. (s. f.). La víctima en el nuevo procedimiento penal colombiano. En *Memorias Universidad Externado de Colombia* (pp. 93–99). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1055/999>
- Gorphe, F. (1985). *Apreciación judicial de las pruebas*. Temis.
- López de Barja Quiroga, J. (2004). *Derecho procesal penal: Sistema acusatorio y garantías procesales*. Dykinson.
- Martínez Méndez, N. J. del P. (2017). La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación. *Cuadernos de Derecho Penal*, (18), 55–88. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/937/788/2999
- Montealegre Lynett, E. (Dir.). (2021). *La víctima en el proceso penal: Cartilla de introducción* (pp. 11–29). Auditoría General de la República. https://www.auditoria.gov.co/documents/20123/991716/La_victima_en-el_proceso-penal-+Cartilla.pdf
- Moreno Cruz, R. (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 40(120), 825–852. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a6.pdf>

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*.

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. [https://www.ohchr.org/es/instruments-](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights)

[mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights](https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights)

Peláez Mejía, J. M. (2017). Configuración de la prueba pericial en el proceso penal colombiano. *Vniversitas*, 66(135), 1–38.

Popper, K. R. (1994). *La lógica de la investigación científica* (9.^a ed.; J. Tamayo & E. Escotado, Trans.). Tecnos. (Obra original publicada en 1934)

Quintero Ospina, T. (1996). *La prueba en materia penal*. Leyer.

Quintero Ospina, T. (2006). *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Leyer.

Rawls, J. (1995). *El liberalismo político* (M. García-Encina & M. Ribas, Trans.). Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1993)

Reyes Alvarado, Y. (1988). *La prueba testimonial*. Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda.

Reyes Alvarado, Y. (2001). *Los medios de conocimiento en el proceso penal*. Temis.

Roxin, C. (2015). *Derecho procesal penal: Principios fundamentales*. Civitas.

Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento penal acusatorio: Imputación, acusación, preparatoria, juicio oral, procedimiento especial abreviado y acusador privado* (2.^a ed.). Leyer.

Suárez, O. T. (2015). *La prueba de referencia en la Ley 906 de 2004: Admisibilidad y valoración en el Estado social de derecho* [Trabajo de grado, Universidad Militar Nueva Granada]. <https://repository.umng.edu.co/bitstreams/e501ae6b-df99-4ac5-a3d1-df416593bee3/download>

Taruffo, M. (2008). *La prueba de los hechos*. Marcial Pons.

Tribunal Constitucional [España]. (1989, 21 de diciembre). *STC 217/1989*.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1990–1991). *Delta c. Francia; Isgrò c. Italia; Asch c. Austria*.

(En APA lo ideal es separar cada caso como referencia independiente. Si me das las fechas exactas, lo dejo perfecto.)

Tribunal Superior de Medellín [Colombia], Sala Penal. (2024). *Consecutivo SAP-S-2024-05. Principio de motivación de la decisión judicial* [Sentencia].

<https://tribunalmedellin.com/images/decisiones/penal/2023/05001600020620183263201.pdf>

Tribunal Superior de Pasto [Colombia], Sala Penal. (2016, 23 de noviembre). *Sentencia* (Rad. 2016-00039).

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/16233290/28719505/11.%2BS.%2B201600039%2BN.I.%2B19738%2B%28%20Acto%2Bsexual%2Bcon%2Bmenor%2B14%2Ba%2B%C2%A6os.%2BConfirma%29.pdf>

Tristancho Suárez, O. (2015). *La prueba de referencia en la Ley 906 de 2004: Una propuesta para aumentar su poder persuasivo en el desarrollo del juicio oral*. Universidad Militar Nueva Granada.

Uprimny, R. (2006). El sistema penal acusatorio y los derechos fundamentales. En R. Uprimny (Ed.), *Justicia y sistema penal en Colombia* (pp. 45–78). Dejusticia.

Velayos, M. I. (1998). *El testigo de referencia en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.

Wittgenstein, L. (2009). *Tractatus logico-philosophicus* (Trad. esp.). Alianza. (Trabajo original publicado en 1922)

Wittgenstein, L. (1953). *Investigaciones filosóficas*. Blackwell.

Zambrano Gómez, C. J. (2024, 29 de diciembre). La Corte Suprema de Justicia aclara que las declaraciones rendidas por los menores de edad antes del juicio son prueba de referencia de pleno derecho. *Diálogos Punitivos*.

<https://dialogospunitivos.com/la-corte-suprema-de-justicia-aclara-que-las-declaraciones-rendidas-por-los-menores-de-edad-antes-del-juicio-son-prueba-de-referencia-de-pleno-derecho/>