



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**  
**Sala Penal**

**PRUEBAS: CONDUCTENCIA, PERTINENCIA Y UTILIDAD:** sustentación por parte de quien solicita la práctica de la prueba.

**PRUEBAS – UTILIDAD:** pruebas repetitivas.

**PRUEBA DE REFERENCIA – Causales específicas, taxativas y excepcionales.**

**PRUEBA DE REFERENCIA - Requisitos de admisibilidad.**

**DECLARACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL COMO PRUEBA DE REFERENCIA – Su admisibilidad es excepcional.**

**DECLARACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL COMO PRUEBA DE REFERENCIA - Aducción de entrevista de persona fallecida: procedencia.**

(...) la normatividad procesal penal permite que al juicio oral se ingrese como prueba de referencia la declaración de una persona que falleció y la cual presenció o tuvo conocimiento de un hecho que es de interés para el proceso, por ello ha de advertirse que la entrevista realizada por la señora ... reúne las condiciones para ser considerada como prueba de referencia por cuanto según lo manifestado por el defensor, versa sobre situaciones de hechos que tuvo conocimiento de manera directa y además servirá para su teoría del caso, pues en sus intervenciones manifestó que con aquella declaración también busca impugnar credibilidad respecto de los testimonios dados inicialmente por la presunta víctima (...)

(...) teniendo en cuenta que con la prueba perseguida la defensa busca demostrar aspectos trascendentales para el asunto, contrario a lo manifestado por la señora Jueza, la declaración de la señora ... puede ingresar como prueba de referencia a través del investigador privado por cuanto no resulta repetitiva (...)

**DECLARACIONES PREVIAS AL JUICIO ORAL - La posibilidad de utilizar un documento para refrescar la memoria de un testigo no es un asunto que deba solicitarse en la audiencia preparatoria.**

**PRUEBA DOCUMENTAL – Entrevistas: no procede su decreto.**

(...) no decretar como prueba documental las entrevistas de..., pues (...) se ha determinado que si en desarrollo del juicio oral se desea utilizar un documento para refrescar memoria o impugnar credibilidad, no debe ser objeto de solicitud probatoria dado que el artículo 392 de la Ley 906 de 2004 permite que los testigos consulten los documentos para refrescar memoria. (...)

---

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**  
**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrada Ponente** : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno  
**Proceso No.** : 520016000485201600373-01  
**Número Interno** : 21531  
**Procesado** : ...  
**Delito** : Acto sexual abusivo con menor de 14 Años  
**Aprobado** : Acta No. 43 del 21 de agosto de 2024

San Juan de Pasto, veintiocho (28) de agosto de dos mil  
veinticuatro (2024)

## **OBJETO DE LA DECISIÓN**

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación presentado por la defensa del procesado ..., contra la decisión del 02 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto dentro de la audiencia preparatoria, en la cual no se accedió a la incorporación de entrevistas como pruebas documentales y una prueba de referencia a través del investigador privado con ocasión al fallecimiento del testigo directo.

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1 SUPUESTOS FÁCTICOS**

De conformidad a lo expuesto en el escrito de acusación, se extraen los siguientes supuestos fácticos:

*“LJOR, quien en la actualidad cuenta con 18 años de edad, da a conocer que desde que tenía 8 años de edad, hasta los 12 años aproximadamente, fue víctima de actos sexuales abusivos por parte del señor ..., quien para la época era el esposo de un familiar de la víctima, actos consistentes en tocarle los senos, la vagina, indicarle el pene. Hechos ocurridos entre los años 2006 a 2010 aproximadamente en la casa de habitación de la familiar de la ofendida, esposa del victimario, en la ciudad de Pasto.*

*Se tiene como antecedente que la madre de la ofendida, señora ..., lleva a su hija LJ, quien contaba con 17 años de edad, al hospital infantil para que sea valorada por la psicóloga ya que presentaba problemas en su comportamiento, durante la entrevista con la psicóloga LJ informa que desde que tenía ocho años de edad, el esposo de una prima de su mamá, señor ... le tocaba sus partes íntimas, la vagina y los senos, le pellizcaba la vagina y los senos. Recuerda la víctima que cuando hizo la primera comunión se quedó a dormir en la casa de su pariente y al día siguiente se despertó en la cama y se encontraba desnuda de la cintura para abajo y el señor ... se encontraba a su lado y le indicaba el pene. Asegura que estos*

*hechos se repitieron en varias oportunidades hasta que cumplió 12 años de edad.”*

## **2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

### **2.1 AUDIENCIA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN**

Por los anteriores hechos, el 14 de junio de 2017 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pasto, se le imputó al señor ... la conducta punible de acto sexual abusivo con menor de 14 años (art. 209 CP) a título de dolo en calidad de autor, agravado por la causal 5ta del artículo 211 Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo de conformidad al artículo 31 del C.P.

A lo anteriormente señalado por la fiscalía, el señor ... guardó silencio.

### **2.2. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN**

El día 22 de mayo de 2018, se llevó a cabo la audiencia de acusación por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, en la cual las partes no señalaron ninguna irregularidad respecto a incompetencias, impedimentos, recusaciones o nulidades.

A continuación, la fiscalía formuló acusación contra el señor ... por el delito de acto sexual con menor de 14 años consagrado en el artículo 209 del C.P. agravado por el numeral 5to del artículo 211 del C.P., en concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles conforme a los dispuesto en el artículo 31 C.P. y la pena accesoria del artículo 44 C.P.

Así mismo, el ente fiscal realizó adiciones en el acápite de elementos materiales probatorios, referente al nombre del

lofoscopista señor Álvaro López Torres. Las partes procesales desconocieron la existencia de EMP que no hubieran sido descubiertos en la audiencia, de igual forma se reconoció como víctima a LJOR.

## **2.2. AUDIENCIA PREPARATORIA**

Para continuar con el trámite, el día 02 de diciembre de 2020, se surtió la audiencia preparatoria, en la cual la defensa dentro de su descubrimiento probatorio dio a conocer que la señora ... había fallecido, por lo cual el investigador Franco Jesús Enríquez ingresará la entrevista realizada a la señora como prueba de referencia.

Para lo que interesa en la presente decisión, es menester recordar lo fundamental de las solicitudes probatorias expuestas por el apoderado del acusado, las cuales fueron objeto de apelación y que ocupan ahora la atención de esta Sala de Decisión, así:

**2.1.2 Como prueba de referencia**<sup>1</sup> la entrevista realizada a la señora ... (q.e.p.d), bajo los siguientes argumentos:

*“la defensa solicita se decrete como prueba de referencia testimonial que será introducida por el señor investigador Franco Jesús Enríquez Hidalgo el de la señora ... toda vez que dentro de la audiencia de pruebas documentales se hará saber a su despacho y a las partes que la señora falleció con el respectivo documento de defunción el acta de defunción, esta señora nos hablará directamente de la relación familiar que existía entre ella y la víctima, de la relación familiar que existía entre ella y el señor ..., ella nos habla del grado de parentesco como lo había mencionado, nos habla de que ella vivió durante todo el tiempo en ese lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos, nos impugna la credibilidad respecto de los testimonios inicialmente mencionados por la señora ..., nos habla de la frecuencia con la que ella asistía a ese lugar, nos habla de la relación directa que tenía ella con el señor padre de sus calidades como hija y de los comportamientos que tenía para posterior a la ocurrencia de estos*

---

<sup>1</sup> Carpeta digital, Actuación Tribunal,08CumplimientoJ1PCP, Carpeta Apelada, archivo 02 grabación audiencia preparatoria, minuto 1:10:23 a 1:12:25

*presuntos hechos y los cuales ella menciona que han servido como justificación para demostrar el comportamiento que tuvo posterior a estos hechos”.*

### **2.1.3 Prueba Documental - entrevistas**

El togado también solicitó se decrete como prueba documental las entrevistas recolectadas por el investigador privado respecto a Nataly Lorena Fajardo Narváez, Cristina Estefanía Burbano Narváez, Cristian Camilo Villota Narváez, Deisy Dayana Villota Narváez, Romelia Rosero de Narváez y Ricardo Guerrero, argumentando que las considera pertinentes porque tendrá en cuenta el modo de realización de las entrevistas porque fue la persona que las llevó a cabo y además son pruebas contempladas dentro del ordenamiento procesal.

Expresó que todos los documentos serán introducidos a través del investigador privado.

La fiscalía solicitó que se inadmita la petición probatoria de la señora ..., al considerar que la argumentación es similar a la realizada respecto de la señora Nataly Lorena Fajardo Narváez, Cristina Estefanía Burbano Martínez, Cristian Camilo Villota Narváez y Deisy Villota Narváez, lo que se configura en una prueba repetitiva más aún si no se puede realizar la controversia por el fallecimiento de la testigo.

## **3. DECISIÓN IMPUGNADA<sup>2</sup>**

La *A Quo* no accedió a las solicitudes probatorias formuladas por la defensa que se enlistaron en el acápite anterior, por las

---

<sup>2</sup> Carpeta digital, Actuación Tribunal,08CumplimientoJ1PCP, Carpeta Apelada, archivo 02 grabación audiencia preparatoria, minuto 1:31:23

razones que a continuación se exponen:

### **3.1. Prueba de referencia**

La *A quo* no decretó la prueba de referencia relacionada con la introducción de la entrevista de la señora ... a través del investigador Franco Jesús Enríquez Hidalgo, al considerar que la entrevista que se le realizó versa sobre los mismos temas que van a tratar Lorena Fajardo Narváez, Cristina Urbano y Cristian Camilo Villota Narváez, por consiguiente, indicó que se trata de una prueba repetitiva.

### **3.2. Prueba documental – entrevistas**

De igual forma la *A quo* no decretó como prueba documental las entrevistas de los testigos solicitados por la defensa, bajo el argumento de que jurisprudencialmente se ha determinado que los documentos se utilizan por las partes para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

## **4. SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN<sup>3</sup>**

Ante la negativa de la *A quo* de decretar las solicitudes antes indicadas, la defensa interpuso la alzada bajo los siguientes argumentos:

Mencionó que, respecto a las entrevistas relacionadas por parte del investigador, interpone apelación en el entendido de que son pruebas para impugnar credibilidad y refrescar memoria.

Agregó que frente al testimonio de la señora ..., se configura como prueba de referencia toda vez que cumple con los requisitos

---

<sup>3</sup> Carpeta digital, Actuación Tribunal,08CumplimientoJ1PCP, Carpeta Apelada, archivo 02 grabación audiencia preparatoria, minuto 1:42:15 a 1:45:04

del artículo 437 literal d del C.P.P., referente al fallecimiento del testigo, motivo por el cual si puede ser introducido por el investigador dado que él tuvo conocimiento directo de la prueba al haberla recepcionado.

Agregó que la señora ... dentro de la declaración que rindió al señor investigador hace referencia a su relación de parentesco con el señor..., quien fue su yerno, y de la víctima quien manifiesta que es hija de su sobrina, así mismo dará a conocer que convivió con el señor ... y de las declaraciones realizadas por la presunta víctima respecto a la fiesta de primera comunión. Con base a ello reitera que con dicha declaración se pretende impugnar credibilidad.

#### **4.1 INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES**

##### **4.1.2 Fiscalía General de la Nación**

La señora Fiscal solicitó se confirme la decisión conferida por la Señora Jueza, sobre no decretar como prueba el testimonio de Franco Jesús Enríquez Hidalgo para que introdujera como prueba de referencia la entrevista de la Señora ..., ya que se trataría de una prueba repetitiva en el sentido de que se va acreditar los mismos temas de prueba de otros testigos que ya fueron decretados como el de la señora Nataly Lorena Fajardo Narváez, Estefany Burbano Narváez y Cristian Camilo Villota Narváez.

Consideró que se torna repetitiva por cuanto van a hacer alusión respecto a la distribución geográfica del lugar, la permanencia de la menor o el tipo de visitas que realizaba en la casa, así como las relaciones familiares y demás.

Expresó que al realizar la sustentación del recurso de apelación la defensa hizo referencia a que la señora Romelia Rosero

de Narváez conocía sobre una situación particular relacionada con la presunta ocurrencia o no de un hecho específico que tiene relación con la primera comunión de la presunta ofendida, por lo que no sería la etapa procesal para realizar la sustentación dado que ya precluyó la misma.

Agregó que no sería la prueba idónea para acreditar esa circunstancia dado que existen otros testigos presenciales quienes serán más claros, directos y objeto de interrogatorio y conainterrogatorio frente a acreditar o no la presunta ocurrencia de la conducta punible y relaciones familiares.

Por consiguiente, solicitó sea confirmada en su integridad la decisión de la *A quo*.

#### **4.1.3 Representante de Víctimas**

Presentó inconvenientes en la conexión.

### **5. ACTUACIONES DEL TRIBUNAL**

El asunto ingresó a esta Magistratura el día 9 de mayo de 2023, no obstante, solo se encontraba anexado el trámite de audiencia preparatoria dado que, según constancia secretarial del 8 de mayo de 2023, el expediente se encontraba extraviado<sup>4</sup>.

Con base a lo anterior, el 10 de abril de 2024 se ordenó devolver el trámite al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto,

---

<sup>4</sup> Carpeta digital, anexo 02Constancia secretarial, “En la fecha, dejo constancia que el día 27 de abril de 2023 acudió a la oficina del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto la señorita L.O. quien se identifica como víctima del asunto que se sigue en contra del señor... Quien pregunta por el curso del proceso, ya que según ella hace años no se le cita a audiencia. Por lo tanto, procedo a buscar el expediente el cual no fue encontrado ni física ni virtualmente, así que procedo a reconstruirlo, adquiriendo el audio de la audiencia preparatoria de fecha 02 de diciembre de 2020 en una base de datos de grabaciones de audiencias que reposa en el computador de la Secretaría del Despacho. Una vez realizada el acta, avizoro que fue apelada el rechazo de una prueba de la defensa y que el asunto no ha sido enviado al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, por lo que procedo a remitirlo de inmediato el 8 de mayo de 2023.”

para que adelantara la reconstrucción del expediente de la manera más efectiva posible y sin mayores dilataciones, dado que los debates de pertinencia se centran en los hechos que son objeto de imputación y acusación.

Mediante orden verbal del día 23 de mayo de 2024, se requirió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto para que brinden un informe detallado sobre el estado en el que se encontraba el trámite de reconstrucción.

En cumplimiento a lo anterior, el Juzgado de origen mediante oficio del 28 de mayo de 2024 informó que logró reconstruir en mayor medida el expediente y lo remitió nuevamente para que sea objeto de estudio.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **6.1. COMPETENCIA**

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1° del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la defensa del señor..., en contra de la decisión del 02 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pasto.

### **6.2. PROBLEMAS JURÍDICOS**

La Sala se ocupará de establecer los siguientes problemas jurídicos:

Se determinará si es dable el decreto como prueba de referencia la entrevista realizada a la señora ... con ocasión a su fallecimiento.

Con relación a la prueba documental relacionada con entrevistas, se determinará si se debe confirmar o revocar la decisión de Primera Instancia.

## **6.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES**

### **6.3.1 La conducencia, pertinencia y utilidad de las pruebas**

El debate probatorio en la audiencia preparatoria gira en torno a la carga argumentativa que le corresponde a las partes para explicar la conducencia, pertinencia y utilidad de sus solicitudes tendientes al decreto de determinada prueba, sobre lo cual la CSJ de manera muy concreta en auto AP2399-2017 de 18 de abril de 2017, radicado 48965 explica lo siguiente:

*“(v) Exigencias de conducencia, pertinencia, utilidad y racionalidad de la prueba, como presupuestos para la ordenación de su práctica*

*Esta Sala ha sostenido pacíficamente que la conducencia presupone que la prueba solicitada debe estar legalmente permitida como elemento demostrativo de la materialidad de la conducta objeto de investigación o de la responsabilidad del procesado.*

*La pertinencia, que guarde relación con los hechos objeto del debate, y que tenga, por tanto, aptitud suficiente para demostrar las circunstancias relativas a la comisión de la conducta punible investigada y sus consecuencias, así como sus posibles autores.*

*La racionalidad, que materialmente sea posible su práctica, dentro de las circunstancias específicas que demanda su realización. Y la utilidad, que tenga capacidad para demostrar o refutar la hipótesis fáctica planteada.”<sup>5</sup>*

A su vez, la Corte Suprema de Justicia en la SP del 8 de junio de 2011, rad. 35130 determinó,

*“Por su parte, el juez de conocimiento valorará la relevancia de la prueba solicitada en la audiencia preparatoria mediante un juicio preliminar e hipotético del enunciado fáctico planteado por la parte y su relación con el hecho por probar. Para ello, deberá presuponer, en*

---

<sup>5</sup> CSJ SP, 3 de septiembre de 2014, radicado 43254.

*principio, que la prueba tendrá un resultado positivo respecto del enunciado por determinar y de ahí abordará su trascendencia para efectos de verificar o refutar (o también para sumar o restar en términos de probabilidad) la verdad histórica de la imputación<sup>6</sup>.*

*Si un análisis de tal índole arroja resultados negativos, el juez podrá negar la práctica de la prueba por irrelevante o impertinente, una vez escuchados los argumentos del solicitante, así como los de la otra parte y demás intervinientes. En caso de duda, lo recomendable será decretar la prueba solicitada, tal como lo advierte la opinión dominante en la doctrina:*

*“Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba<sup>7</sup>”.*

### **6.3.2 Reglas probatorias aplicables**

#### **6.3.2.1 Uso de las declaraciones previas**

Señala la Corte, en la sentencia SP606-2017, enero 25 de 2017, rad. 44950, que las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio oral podrán ser utilizadas en éste en la práctica del “interrogatorio cruzado del testigo”, como mecanismo de refrescamiento de memoria (artículo 392 literal d del C.P.P.), o de impugnación de credibilidad (artículo 393 literal b del C.P.P.); sumado a dos eventos excepcionales, en los cuales las declaraciones pueden constituirse en pruebas, a saber:

*“(i) cuando el testigo no se encuentra disponible, como ocurre en las situaciones descritas por el artículo 438 ibídem<sup>42</sup>, adicionado por el 3 de la Ley 1652 de 2013, que habilitan la prueba de referencia; y (ii) cuando el testigo comparece a juicio para cambiar su versión anterior o retractarse de la misma<sup>8</sup>.”*

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 366: “[...] se trata de establecer si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis referida al hecho jurídico”.

<sup>7</sup> Devis Echandía, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Temis, Bogotá, 2006, tomo primero, p. 328.

<sup>8</sup> CSJ SP5290-2018, dic. 5, rad. 44564

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema<sup>9</sup> ha explicado que,

*“la posibilidad de utilizar un documento para refrescar la memoria de un testigo no es un asunto que deba solicitarse en la audiencia preparatoria. Primero, porque el artículo 392 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente la posibilidad de que los testigos consulten “documentos necesarios que ayuden a su memoria”, y, segundo, porque el refrescamiento de memoria no implica la introducción como prueba del documento ni de su contenido (la lectura u observación es mental).*

De igual forma en la decisión con radicado 44950 del 25 de enero de 2017, resaltó:

*“El ordenamiento procesal penal consagra expresamente la posibilidad de utilizar las declaraciones anteriores al juicio oral, bien para refrescar la memoria del testigo, ora para impugnar su credibilidad.*

#### *1.1. Refrescamiento de memoria*

*El artículo 392 de la Ley 906 de 2004, que consagra las reglas sobre el interrogatorio, dispone que “el juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio se permitirá a las demás partes el examen de los mismos”.*

*En el mismo sentido, el artículo 399, que trata del testimonio de policía judicial, establece que “el juez podrá autorizarlo para consultar su informe y notas relativas al mismo, como recurso para recordar”.*

*La misma lógica gobierna lo establecido en el artículo 417, numeral 8, en cuanto establece que “el perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta”.*

*Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque (i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, no es incorporada como prueba, ni físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe*

---

<sup>9</sup> AP5785-2015 Radicación n.º 46153, treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

*constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo.*

*El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su rememoración, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.*

*Son varios los aspectos que atañen al uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo, que serán desarrollados por la jurisprudencia en la medida en que la casuística haga necesario un pronunciamiento. Por ahora, basta con considerar que en esta forma de utilización de declaraciones anteriores al juicio, “la presentación del escrito en corte no es para probar la verdad de las declaraciones contenidas en el escrito. Eso sería prueba de referencia cuya admisión habría que considerarla bajo la regla (...), el escrito se presenta para ser examinado por la parte adversa, para inspeccionarlo y usarlo en el contrainterrogatorio del testigo...”<sup>2</sup>.*

*Según lo expuesto en precedencia, es claro que el escrito utilizado para refrescar la memoria del testigo le debe ser exhibido a la otra parte para que tenga conocimiento y control de las herramientas utilizadas para facilitar los procesos de rememoración del declarante, pero también para brindarle la oportunidad de que lo utilice durante el contrainterrogatorio, según las reglas de impugnación de la credibilidad que serán analizadas en el siguiente numeral.“ (...)*

*Las verdaderas excepciones a la regla general consagrada en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 están materializadas en los eventos de admisión de declaraciones anteriores como medios de prueba (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), como es el caso de la prueba anticipada, la prueba de referencia y las declaraciones anteriores inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio.”*

### **6.3.2.2 Prueba de referencia**

El artículo 437 del C.P.P., señala que es prueba de referencia “*toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada*

*para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.*

Su admisibilidad es excepcional<sup>10</sup>, pues la práctica probatoria debe acompañarse del principio de inmediación, es decir, que el juez únicamente tendrá en cuenta como pruebas, aquellas que fueron practicadas y controvertidas en su presencia (artículo 379 del C.P.P.); excepcionalidad que obedece además al respeto de la garantía procesal de defensa, contradicción o confrontación del testigo, que incluye según la CSJ SP1664-2018, may. 16, rad. 48284:

*“(i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo.”*

Por las anteriores razones, el artículo 381 del C.P.P. dispone que la sentencia condenatoria, no podrá fundamentarse de manera exclusiva en prueba de referencia.

Adicionalmente, la Corte suprema de Justicia ha explicado,<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido. e) \*Adicionado por la Ley 1652 de 2013:\* Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código. También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos

*“Significa esto, conforme ha sido advertido por la Corte, Cfr. CSJ SP, 6 mar. 2008, rad. 27477), que los elementos de la prueba de referencia son i) una declaración realizada por una persona por fuera del juicio oral; ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir; iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo) y; iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (como por ejemplo la tipicidad de la conducta, el grado de intervención, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, o la naturaleza o extensión del daño causado, entre otros aspectos).*

*La prueba de referencia se refiere entonces, ha sido dicho (Cfr. CSJ SP 21 sep. 2011, rad. 36023), a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero, cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley; por ser éste un instituto que obviamente raya con los principios probatorios del juicio, principalmente los de inmediación y contradicción, su admisibilidad se torna excepcional y también su fuerza demostrativa resulta menguada.”*

Es decir, la prueba de referencia es aquella que se lleva al juicio oral, pero no a través de la persona que obtuvo el conocimiento del hecho sino de otro medio que recoge esa declaración, vertida de forma anterior al acto procesal idóneo para practicar la prueba, limitándose de esta forma el ejercicio de algunos de los principios que orientan la actividad probatoria, lo que hace que su decreto sea excepcional y este determinado por la demostración de una de las causales previstas normativamente en el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal<sup>12</sup>.

En esa línea, se tiene que el artículo 438 establece las siguientes causales para la admitir pruebas de referencia,

*“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) Ha fallecido.**

---

<sup>12</sup> AP7033-2016, Radicado N° 47.921, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

*e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.*

*También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.” (Negrilla por la Sala)*

### **6.3.3 Pruebas repetitivas**

La Corte Suprema de Justicia en el auto del 30 de septiembre de 2015, con radicado Nro. 46153, estableció que,

*“De otro lado, en el mismo numeral del acápite destinado a las reglas de prueba se señaló que la falta de utilidad de una prueba puede predicarse cuando existen razones para considerarla superflua, repetitiva, injustamente dilatoria de la actuación, etcétera. Igualmente se resaltó lo dispuesto en el artículo 376 de la Ley 906 de 2004 en el sentido de que toda prueba pertinente es admisible, salvo las excepciones previstas en la ley. Así, cuando se censura la inadmisión de una prueba por falta de utilidad, quien alega la excepción a la regla general consagrada en el artículo 376 en cita tiene la carga de explicar el fundamento de su pretensión, esto es, debe indicar por qué un medio probatorio en particular puede tildarse de superfluo, repetitivo, etcétera.”*

## **7. ESTUDIO DEL CASO**

En vista de que el recurso de apelación formulado por la defensa del procesado versa sobre la negativa de dos solicitudes probatorias, se procederá a abordar cada una de ellas en el mismo orden en que se han venido presentando, a saber:

### **7.1 Prueba de referencia**

La defensa requiere se decrete como prueba de referencia para que ingrese a juicio a través del investigador Franco Jesús Enríquez Hidalgo, la entrevista realizada a la señora..., quien falleció en desarrollo del proceso penal.

El abogado indicó que la prueba de referencia deprecada tiene como finalidad demostrar que, en su declaración la señora ... dio a

conocer la relación familiar que tenía con la víctima y el señor..., y además le servirá para impugnar credibilidad de los testimonios inicialmente mencionados por L.J.O, además de que dará a conocer los comportamientos que tuvo la víctima posterior a los hechos.

La solicitud probatoria fue despachada desfavorablemente por la *A quo* al considerar que la entrevista que se le realizó versa sobre los mismos temas que van a tratar otros testigos, lo que configura que se trate de una prueba repetitiva.

Al respecto, resulta menester precisar que, conforme se indicó líneas atrás, la normatividad procesal penal permite que al juicio oral se ingrese como prueba de referencia la declaración de una persona que falleció y la cual presenció o tuvo conocimiento de un hecho que es de interés para el proceso, por ello ha de advertirse que la entrevista realizada por la señora ... reúne las condiciones para ser considerada como prueba de referencia por cuanto según lo manifestado por el defensor, versa sobre situaciones de hechos que tuvo conocimiento de manera directa y además servirá para su teoría del caso, pues en sus intervenciones manifestó que con aquella declaración también busca impugnar credibilidad respecto de los testimonios dados inicialmente por la presunta víctima L.J.O.

Además, lo anterior se encuentra sustentado con la existencia del certificado de defunción de la señora..., el cual se convierte en medio de prueba para respaldar la configuración de la causal d del artículo 438 del C.P.P., referente a que el testigo ha fallecido.

Ahora bien, frente al argumento de la *A quo* de considerar que se trata de una prueba repetitiva debe recordarse que la defensa ha reiterado que el objeto de que ingrese como prueba de referencia de la señora ... va encaminado entre otras cosas a impugnar credibilidad respecto de los testimonios dados inicialmente por la

presunta víctima L.J.O., y además de que la persona vivió en el lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que con la prueba perseguida la defensa busca demostrar aspectos trascendentales para el asunto, contrario a lo manifestado por la señora Jueza, la declaración de la señora ... puede ingresar como prueba de referencia a través del investigador privado por cuanto no resulta repetitiva, por lo cual se deberá revocar la negativa de primera instancia frente a este tema.

## **7.2. Prueba documental – entrevistas**

Ahora bien, frente al tema de las entrevistas, el defensor solicitó se decrete como prueba documental las entrevistas recolectadas por el investigador privado respecto a Nataly Lorena Fajardo Narváez, Cristina Estefanía Burbano Narváez, Cristian Camilo Villota Narváez, Deisy Dayana Villota Narváez y Ricardo Guerrero, argumentando su pertinencia en que se tendrá en cuenta el modo de realización de las entrevistas y que son pruebas contempladas dentro del ordenamiento procesal.

Frente a este tema debe dejarse algunas apreciaciones, en primer lugar, se observa que en el acta de audiencia preparatoria se encuentra consignado,

<b>10. DOCUMENTALES, ENTREVISTAS RECOLECTADAS</b>			
<b><u>Decisión: SE DECRETA EL TESTIMONIO</u></b>	<b>X</b>	<b>X</b>	<b>X</b>

Sin embargo, escuchado el audio de la audiencia preparatoria, se extrae que la señora Jueza indicó (minuto 1:27:06) que no decretaba las entrevistas de los diferentes testigos como pruebas

documentales ya que su finalidad es la de ser utilizadas por las partes en el juicio oral para impugnar credibilidad o refrescar memoria.

Pero a partir del minuto 1:36:24 hizo referencia a que el recurso de apelación procede frente a las pruebas que no se decretaron referentes al testimonio de Deisy Villota Narváez y testimonio común del Dr. Alfonso Jurado, ya que las demás se decretaron en su conjunto. Frente a ello el defensor solicitó se le aclare si se aceptó la admisión del testigo de referencia, y la señora Jueza indicó que no se decretaba.

Como se puede ver, existió confusión en la decisión final respecto a las entrevistas como pruebas documentales, y si bien la Judicatura incurrió en una imprecisión, esta situación no afectó el derecho de las partes procesales por cuanto el defensor también interpuso apelación frente a este tema.

Además, si bien la defensa no fue clara en la argumentación frente a la introducción de las entrevistas como pruebas documentales, en el recurso de apelación hizo mención a que son pruebas para impugnar credibilidad y refrescar memoria.

Por lo anterior se confirmará la decisión de la *A quo* de no decretar como prueba documental las entrevistas de Nataly Lorena Fajardo Narváez, Cristina Estefanía Burbano Narváez, Cristian Camilo Villota Narváez, Deisy Dayana Villota Narváez y Ricardo Guerrero, pues debe tenerse en cuenta que como se lo mencionó en el acápite jurisprudencial, se ha determinado que si en desarrollo del juicio oral se desea utilizar un documento para refrescar memoria o impugnar credibilidad, no debe ser objeto de solicitud probatoria dado que el artículo 392 de la Ley 906 de 2004 permite que los testigos consulten los documentos para refrescar memoria.

Si bien dentro de la petición de pruebas documentales la defensa hace alusión nuevamente a la entrevista de la señora..., debe tenerse en cuenta que se acepta el ingreso como prueba de referencia excepcional conforme lo expuesto anteriormente.

### **7.3. Otras disposiciones**

Es pertinente indicar que, si bien la decisión objeto de apelación es del 02 de diciembre de 2020, el reparto para el Despacho de la Magistrada Ponente se llevó a cabo el 09 de mayo de 2023.

De igual forma, en el expediente se encuentra una constancia del secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, fechada a 08 de mayo de 2023 en el que informa que el expediente no se encontraba ni física ni virtualmente motivo por el cual procedieron a reconstruirlo.

Por consiguiente, y dada la demora en la remisión del expediente para que sea resuelta la alzada, se deberá compulsar copias al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño para que se inicien las investigaciones a que haya lugar frente a la persona o personas encargadas por el manejo y la morosidad presentada dentro del asunto de la referencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto en audiencia preparatoria del 02 de diciembre de 2020 respecto a la prueba de referencia objeto de alzada y en su lugar, se decreta como prueba de referencia excepcional la entrevista practicada a la señora ... para que sea ingresada a Juicio Oral a través del investigador de la defensa señor Franco Jesús Enríquez Hidalgo.

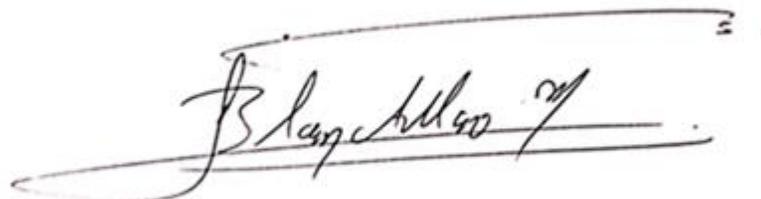
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la decisión de Primera Instancia respecto al no decreto de pruebas documentales las entrevistas de Nataly Lorena Fajardo Narvárez, Cristina Estefanía Burbano Narvárez, Cristian Camilo Villota Narvárez, Deisy Dayana Villota Narvárez y Ricardo Guerrero.

**TERCERO: COMPULSAR COPIAS**, ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Nariño, para que se inicien las investigaciones a que haya lugar frente a la persona o personas encargadas por el manejo y la morosidad presentada dentro del asunto de la referencia por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto.

**CUARTO:** Se notifica en estrados y se hace saber que en contra de esta determinación no cabe recurso alguno.

**QUINTO:** Devuélvase el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



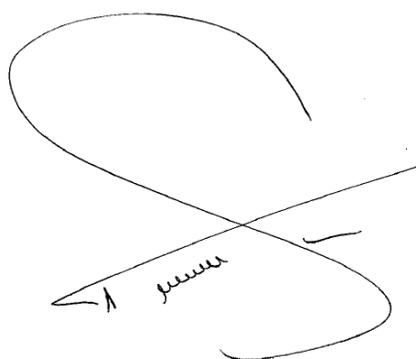
9243

**BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO**  
**Magistrada**



**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**

**Magistrado**



**FRANCO SOLARTE PORTILLA**

**Magistrado**



**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**

**Secretario**

