



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
**Tribunal Superior del Distrito Judicial
de Bogotá**
Sala Penal

MAGISTRADO PTE.: JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Radicación: 110016000015201700099 01

Procedencia: Juzgado 35 Penal Municipal

Acusado: Martín Ruiz

Delitos: Violencia intrafamiliar agravada y otro

Motivo: Apelación sentencia

Decisión: Revoca y absuelve

Aprobado Acta N° 134

Fecha: 8 de octubre de 2021

I. Objeto del pronunciamiento

El Tribunal resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia proferida el 16 de julio de 2021 por el Juzgado 35 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá, por medio de la cual condenó a Martín Ruiz como autor de los delitos de violencia intrafamiliar agravada y lesiones personales dolosas agravadas.

II. Síntesis de los hechos

1. En este proceso, la Fiscalía asumió la carga de probar los siguientes hechos:

Martín Ruiz y Yenni Marcela Orjuela Guerrero sostuvieron una relación sentimental, por la que convivieron más de cuatro años, y en la que procrearon dos hijos, ASRO y JSRO. La relación sentimental y familiar se caracterizó por la violencia psicológica y física sistemática que aquel ejerció en contra de esta y de sus hijos y, pese a la disolución de la unidad doméstica, tal violencia continuó. Los actos de violencia fueron los siguientes:

a. El 1° de febrero de 2017, en la residencia, Martín Ruiz le propinó a AS, de menos de un año, un puño en la cara, y a Yenni Marcela la agredió en el cuello y en los brazos. Con posterioridad, en las instalaciones de la Comisaría de Familia No.19 de Ciudad Bolívar, ubicada en la Calle 68 H No.65 Sur de esta ciudad, Martín continuó la agresión en contra de Yenni Marcela y esta cesó gracias a la intervención de la Policía Nacional.

El 8 de febrero de 2017 el Instituto Nacional de Medicina Legal -INML- les fijó a AS y a Yenni Marcela incapacidades médicas de ocho y cinco días, respectivamente. Además, catalogó que la vida de esta se encontraba en riesgo extremo. Yenni Marcela denunció estos hechos.

b. A las 4:00 p.m. del 15 de diciembre de 2017 en la Calle 62 F No.75 A 09 de esta ciudad Martín agredió a Yenni Marcela, quien se encontraba en estado de embarazo, con un palo de escoba en las piernas, los brazos y las muñecas y le dio un puntapié en el estómago, provocándole sangrado. El 21 de diciembre de 2017 el INML le fijó una incapacidad médica de doce días. Yenni Marcela denunció estos hechos.

c. A las 8:00 p.m. del 27 de octubre de 2018 Martín recogió a Yenni Marcela y a sus dos hijos. En el trayecto, en la Calle 78 D Bis S, y en frente de los menores, aquel la maltrató verbal y físicamente: le dijo que era una perra y una loca, la tomó por el cabello y el cuello y la arrojó al piso. Luego de ingresar a la residencia, la encerró en el cuarto y en ese lugar le pegó una cachetada, la golpeó con puños y puntapiés, y amenazó con agredirla con un cuchillo.

En seguida la arrojó a la cama, la tomó por el cuello para ahorcarla; ella se defendió con un rasguño, y él le pegó un puño en el estómago, le propinó un puntapié en la vagina, la agredió en las rodillas y la cabeza y continuó con los maltratos verbales.

El 28 de octubre de 2018 el INML le fijó incapacidad médica de doce días y una comisaría de familia sancionó a Martín por desacato a la medida de protección. Para esta época la pareja dejó de convivir. Yenni Marcela denunció estos hechos.

d. El 26 de febrero de 2019 Yenni Marcela fue a la residencia de Martín ubicada en la Transversal 78 D Bis No.68-22 de esta ciudad y le reclamó por el incumplimiento de sus obligaciones alimentarias con sus hijos. Ante el reclamo, Martín le pegó con un candado en la cabeza, la estrelló contra las paredes, le dio patadas y la amenazó con hierirla con arma cortopunzante. El 27 de febrero de 2019 el INML le fijó incapacidad médica de catorce días.

e. El 20 de abril de 2019 Yenni Marcela acudió nuevamente a la residencia de Martín Ruiz y pernoctó por dos noches. En la mañana del 21 de abril fue por el desayuno y cuando volvió con JS, Martín estaba humillándola en frente de los vecinos: dijo públicamente que ella era sucia, que no se bañaba y que era habitante de calle; ella le reclamó, y este la agredió con tres puntapiés y un puño. Además, le arrojó una bota al bebé y la amenazó diciéndole que había un gatillero vigilándola para matarla. Gracias a la intervención de la policía, la agresión cesó y las víctimas fueron remitidas al INML.

f. Adicionalmente, Martín Ruiz se apoderaba, para comprar estupefacientes, del poco dinero que Yenni Marcela percibía y vendía la ropa de ella y de sus hijos. También sometía a estos a conductas sexuales, pues consumía pornografía en presencia del hijo mayor y mantenía relaciones sexuales con otras mujeres frente a los menores.

2. La Fiscalía aplicó la conexidad a los distintos procesos penales en contra de Martín Ruiz y es judicializado como posible autor de los delitos de violencia intrafamiliar agravada, por los hechos ocurridos entre 2017 y 2018, y lesiones personales dolosas agravadas, por las conductas posteriores a 2019. De acuerdo con la Fiscalía, en otro proceso Martín es investigado por la posible comisión de delitos sexuales.

III. Antecedentes procesales relevantes

1. El 21 de junio de 2019 el Juzgado 50 Penal de Control de Garantías presidió las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación por los delitos de violencia intrafamiliar agravada -por recaer la conducta en contra de menores de edad y una mujer-, en concurso homogéneo y sucesivo, y lesiones personales dolosas -por tratarse de incapacidades inferiores a 30 días- agravadas -por recaer en una mujer por el hecho de ser mujer-, en concurso homogéneo y sucesivo, de acuerdo con los artículos 229 incisos 1° y 2°, 111, 112 inciso 1° y 119 inciso 2° del CP, e imposición de medida de aseguramiento en contra de Martín Ruiz. Este no aceptó los cargos y el juzgado le impuso detención preventiva en centro carcelario.

2. El 11 de julio de 2019 la Fiscalía radicó el escrito de acusación, por los mismos cargos. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 35 Penal Municipal de Bogotá.

3. El 15 de agosto y el 5 de diciembre de 2019 el juzgado celebró las audiencias de acusación, en la que la Fiscalía acusó por los mismos cargos de la imputación, y preparatoria, respectivamente.

4. En sesiones realizadas los días 21 de mayo, 2 y 23 de julio, 1° de octubre y 10 de diciembre de 2020 y 23 de abril y 6 de junio de 2021 tramitó el juicio oral, así:

- a. El acusado se declaró inocente.

- b. La Fiscalía anunció que demostraría que aquel es responsable de los delitos por los que lo acusó y que por ello solicitaría sentencia condenatoria. La defensa afirmó que con las pruebas se acreditaría la inocencia de Martín Ruiz.

- c. Las partes estipularon la identidad de Martín Ruiz y su parentesco con los menores de edad, ASRO y JSRO.

- d. La Fiscalía ofreció los testimonios de los peritos Ingrid Mayerly Cañón Rojas, Adriana Marcela Sánchez Otero, James Yesid León Castañeda, Óscar Armando Sánchez Cardozo, Diana Maritza Trujillo Góngora, Sonia Jineth Galvis Díaz y Gustavo Andrés Romero Cuervo. Yenni Marcela Orjuela Guerrero y Salomón Orjuela Guzmán ejercieron su derecho a no declarar en contra del acusado.

- e. La defensa renunció a la práctica de sus pruebas.

- f. En los alegatos de conclusión, la Fiscalía solicitó abordar el caso con perspectiva de género y emitir sentencia condenatoria por los delitos de violencia intrafamiliar agravada -por recaer la conducta en contra de menores de edad y una mujer-, en concurso homogéneo y sucesivo, y lesiones personales dolosas -por tratarse de incapacidades inferiores a 30 días- agravadas -por recaer en una mujer por el hecho de ser mujer-, en concurso homogéneo y sucesivo, de acuerdo con los artículos 229 incisos 1° y 2°, 111, 112 inciso 1° y 119 inciso 2° del CP.

La defensa manifestó que no se trata de un caso de violencia de género, que la Fiscalía manifestó la existencia de una amenaza vigente, pero no aportó pruebas de ninguna índole para verificar esa grave imputación, y que, dado que la acusación solo aportó pruebas de referencia inadmisibles, lo procedente es emitir un fallo absolutorio.

g. El juzgado anunció el sentido del fallo condenatorio por los delitos por los que la Fiscalía imputó, acusó y solicitó condena y corrió el traslado del artículo 447 del CPP.

5. El 16 de julio de 2021 el juzgado dictó sentencia. La defensa apeló.

6. El 12 de agosto de 2021 el proceso fue asignado a esta Sala.

IV. Fundamentos de la sentencia recurrida

Fueron los siguientes:

1. Los hechos estipulados por las partes y las pruebas practicadas por la Fiscalía demostraron que Martín Ruiz y Yenni Marcela Orjuela Guerrero conforman una pareja y son los padres de ASRO y JSRO, de cuatro y dos años; que, durante la convivencia familiar, los días 7 de febrero y 15 de diciembre de 2017 y 27 de octubre de 2018 (*sic*), aquel violentó física y psicológicamente a sus familiares, y luego, los días 26 de febrero y 20 de abril de 2019 continuó con las agresiones en contra de Yenni Marcela.

Tuvo en cuenta que las versiones de esta que están transcritas en los dictámenes médicos aducidos al juicio por los peritos de la Fiscalía son pruebas de referencia inadmisibles; y, por el contrario, sus opiniones expertas sobre las lesiones que hallaron en el cuerpo de las víctimas son pruebas directas. Ahora bien, consideró razonable que las amenazas de muerte provenientes de Martín Ruiz en contra de la vida de Yenni Marcela y de sus familiares, hayan incidido en la decisión de aquella y de su padre, Salomón Orjuela Guzmán, de no declarar en el juicio y ampararse en la garantía constitucional. En ese orden, advirtió que estaba en el supuesto de los eventos similares al secuestro y la desaparición forzada del literal b del artículo 438 del CPP, que autorizaba a valorar las versiones de la víctima consagradas en los informes médicos.

En consecuencia, encontró que la Fiscalía acreditó que las conductas desplegadas por Martín Ruiz sobre sus familiares se adecúan a los delitos de violencia intrafamiliar agravada y lesiones personales dolosas agravadas, en concursos homogéneos y sucesivos.

2. En el proceso de dosificación punitiva tuvo en cuenta la pena prevista para el delito de violencia intrafamiliar agravada y, dada la ausencia de circunstancias de menor y mayor punibilidad, se ubicó en el primer cuarto y la pena mínima, 72 meses de prisión. Aumentó ese monto en 36 meses, por los tres concursos homogéneos, para un total de 108 meses de prisión. Adicionalmente, por el concurso heterogéneo con lesiones personales dolosas agravadas, en dos concursos homogéneos y sucesivos, adicionó 20 meses, para una pena definitiva de 128 meses de prisión. A su vez, impuso las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la prohibición de acercarse y comunicarse con las víctimas y miembros de su núcleo familiar por el mismo término.

3. Por último, por no concurrir los presupuestos legales, le negó la suspensión de la condena y la prisión domiciliaria y ordenó al INPEC mantener a Martín Ruiz privado de su libertad en establecimiento penitenciario.

V. Fundamentos del recurso interpuesto

La defensa le solicitó al Tribunal revocar la sentencia y, en su lugar, absolver a Martín Ruiz. Expuso que la Fiscalía practicó los testimonios de los peritos del INML y que no discute la idoneidad de sus dictámenes. Lo que sí reprocha es que sus versiones sobre lo que los pacientes y víctimas en esta actuación les relataron constituye prueba de referencia inadmisibile.

Era imperativo escuchar la versión de la víctima; sin embargo, esta se amparó en su derecho a no declarar en contra del acusado y, en ese orden, la Fiscalía se quedó corta de pruebas y existen dudas insalvables sobre la ocurrencia de los hechos y el posible autor.

VI. Fundamentos de la decisión

A. Competencia

1. Con base en el artículo 34.1 del CPP, esta Sala es competente para conocer de este proceso, pues se trata de una apelación interpuesta contra una sentencia proferida por un juzgado penal municipal de este distrito, dentro de un proceso penal que se adelantó por hechos ocurridos en esta sede. Tal competencia la ejercerá con estricto respeto del principio de limitación, que habilita a esta Sala para pronunciarse sobre los puntos objeto de inconformidad del recurrente, lo inescindiblemente relacionado con ellos y la proscripción de la reforma en perjuicio del acusado que es apelante único.

En esa dirección, el Tribunal expondrá los argumentos que sustentan su decisión, ocupándose inicialmente de la validez de la actuación y luego de la inocencia o responsabilidad del acusado.

B. Acerca de la validez de la actuación

2. Como se sabe, el Tribunal debe determinar si el proceso que se adelantó en contra de Martín Ruiz es válido, pues solo sobre esa base puede emitir una decisión de fondo.

En torno a ese particular, la Sala encuentra que funcionarios judiciales competentes adelantaron este proceso, ya que los juzgados de control de garantías, las fiscalías locales y los juzgados penales municipales han sido habilitados por el ordenamiento jurídico para conocer de este tipo de actuaciones.

De otro lado, en este caso se respetó la estructura lógica del proceso. Ello por cuanto la Fiscalía formuló la imputación y presentó el escrito de acusación y el juzgado de conocimiento realizó las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral, anunció el sentido del fallo y dictó la sentencia de rigor.

Finalmente, se respetaron los derechos de procesado y de las partes e intervinientes se les permitió el cumplimiento de su rol procesal.

Siendo así, no hay argumentos para cuestionar la legitimidad de la actuación, ya que se trata de un proceso válido y por ello, hay lugar a emitir una decisión de fondo.

C. Acerca de la inocencia o responsabilidad del acusado

1. Fundamento para dictar sentencia condenatoria

3. Como quiera que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra un fallo condenatorio, hay que tener en cuenta que según los artículos 7°, 372 y 381 del CPP, para proferir una sentencia de esa índole debe existir un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

De acuerdo con el artículo 229 del CP, incurre en pena de prisión el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. La pena se agrava cuando, entre otras, se cometa contra una mujer y menores de edad.

Además, según los artículos 111, 112 inciso 1° y 119 inciso 2° del CP, el que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud y ocasione con esto una incapacidad médica inferior a 30 días, incurre en pena de prisión. Esta se aumenta en el doble, cuando la conducta se comete en contra de una mujer por el hecho de ser mujer.

Así las cosas, en el presente caso, la Sala debe determinar si la prueba practicada en el juicio demuestra, más allá de toda duda razonable, la comisión de tales delitos por parte de Martín Ruiz y la responsabilidad que pueda asistirle. De ser así, confirmará el fallo recurrido; de lo contrario, lo revocará.

2. Acerca de la prueba de referencia

4. El Tribunal considera necesaria una breve contextualización del específico tema probatorio que es relevante en este caso: la prueba de referencia.

De acuerdo con la doctrina especializada¹, los antecedentes de esta institución se remontan a mediados del Siglo XVI, cuando la justicia inglesa copió lo que ya se identificaba como el mal principal de la justicia continental europea: el uso de declaraciones hechas fuera del juicio como prueba contra un acusado y que se preparaban a la manera de un expediente que luego era leído ante o por el jurado. El problema de esta práctica procesal era evidente: el acusado no contaba con la oportunidad de confrontar a los declarantes que lo incriminaban y, a

¹ EDWARD J. IMWINKELRIED, "The case for the present sense impression hearsay exception: the relevance of the original version of Federal Rule of Evidence 803 to Judge Posner's criticism of the exception", en *University of Louisville Law Review*, vol. 54, n.º3, 2016. Consultado en <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:4553/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=c02f6618-ba50-4ac6-924c-09d742226f2a%40redis>; EDWARD J. IMWINKELRIED, "The constitutionalization of hearsay: the extent to which the Fifth and Sixth Amendments permit or require the liberalization of the hearsay rules", en *Minnesota Law Review*, vol. 76, n.º3, 1991, Consultado en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2474/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.mnlr76.27&lang=es&site=eds-live&scope=site>; RANDOLPH N. JONAKAIT., "The subversion of the hearsay rule: the residual hearsay exceptions, circumstantial guarantees of trustworthiness, and grand jury testimony", en *Case Western Reserve Law Review*, vol. 36, n.º3, 1986. Consultado en <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/cwrlrv36&i=441>; EMMA PIASECKI Y MICHAEL STOCKDALE, "The safety-valve: discretion to admit hearsay evidence in criminal proceedings", en *Journal of Criminal Law*, vol. 76, n.º4, 2012. Consultado en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2474/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.jcriml76.56&lang=es&site=eds-live&scope=site>; LAU TIMOTHY T, "reliability of excited utterance hearsay evidence", en *Mississippi Law Journal*, vol. 87, n.º 4, 2018. Consultado en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2474/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.mislj87.32&lang=es&site=eds-live&scope=site>; ENRIQUE VÉLEZ RODRÍGUEZ, *La prueba de referencia y sus excepciones*, San Juan de Puerto Rico, Inter Iuris, 2010.

pesar de ello, podía ser condenado con base en tales declaraciones, pues los jurados no tenían la formación necesaria para percatarse de la poca confiabilidad de esas pruebas. Como es comprensible, este régimen generaba muchas injusticias, lo que llevó a Víctor Hugo a denunciar en una de sus obras que “*La justicia de entonces se preocupaba muy poco de la claridad y la limpieza de un proceso criminal. Con tal de que el acusado fuera colgado, no pedía nada más*”². De allí porqué, en las tres últimas décadas del Siglo XVII, el sistema de justicia inglés reaccionó y sentó las bases de la prueba de referencia: de acuerdo con ellas, esta prueba, salvo ciertas excepciones, debía excluirse del proceso.

Ese régimen fue retomado luego por la justicia estadounidense. Lo hizo desde dos frentes: desde las reglas probatorias fijadas para el proceso penal y desde la Constitución de 1787 y sus enmiendas. Desde el primero, identificó unas condiciones ideales para dar credibilidad a un testigo: “*el juramento, la presencia del juzgador al declarar el testigo y la disponibilidad de este para ser contrainterrogado por las partes en el proceso*”³. Desde el segundo, consagró en la Sexta Enmienda el derecho del acusado a confrontar a los testigos de cargo. De esta manera, en el proceso penal estadounidense la prueba de referencia no solo remite al régimen legal de la prueba, sino también al derecho fundamental que tiene el acusado a confrontar a los testigos de cargo; es decir, a ejercer la cláusula de confrontación.

En 1973 el Congreso de los Estados Unidos de América adoptó la regla general de exclusión de la prueba de referencia y una lista taxativa de excepciones, más una cláusula residual abierta, con la intención de que fuera usada de manera restringida y bajo estrictos criterios de confiabilidad y necesidad⁴. En 2003 el derecho anglosajón liberalizó radicalmente la regla⁵ y también adicionó una cláusula de

² VICTOR HUGO, *Los Miserables*, Trad. Teresa Clavel. Barcelona: Penguin Random House, 2019, p.432.

³ VÉLEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p.8.

⁴ JONAKAIT, *op. cit.*, p. 437

⁵ PIASECKI y STOCKDALE, *op. cit.*, p. 314

discrecionalidad limitada: su admisibilidad cuando sea necesaria para el interés de la justicia⁶.

5. Sobre estas bases y luego de los prolíficos desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, puede afirmarse que la prueba de referencia se entiende como una declaración extrajudicial que se lleva al juicio para probar la verdad de lo aseverado.

Esa **declaración** puede ser verbal o escrita o incluso puede ser no verbalizada, tiene la particularidad de que constituye una aseveración de la que se puede decir que es verdadera o falsa y es hecha por un declarante en el que no concurren las condiciones ideales ya referidas.

Esta aseveración verbal, escrita o no verbalizada, **hecha fuera del juicio**, se lleva al juicio por medio de **un testigo** en el que sí concurren las tres condiciones ideales, pero al que solo le consta lo que el declarante dijo.

Finalmente, esa declaración se lleva al juicio con una finalidad exclusiva: **probar la verdad de lo aseverado**. Por este motivo, esa declaración no constituye prueba de referencia si se lleva al juicio con una finalidad diversa, como acreditar el efecto que produjo en quien la

⁶ Para la admisión excepcional de pruebas de referencia en estos contextos se ha presentado la discrecionalidad judicial como elemento esencial, bajo consideraciones como: que la declaración no esté específicamente cubierta por una excepción, que se ofrezca como prueba de un hecho material, que los intereses de la justicia queden mejor servidos con su admisibilidad, que tenga suficientes garantías de confiabilidad equivalentes a las excepciones de las otras excepciones y que tengan mayor valor probatorio que cualquier otra evidencia que el solicitante pudiera conseguir con un esfuerzo razonable. IMWINKELRIED, *The case for the present sense impression hearsay exception: the relevance of the original version of Federal Rule of Evidence 803 to Judge Posner's criticism of the exception*, cit., pp.467-468. Las circunstancias en las que la declaración fue rendida, el grado hasta el cual se suple la evidencia que de ninguna otra manera estaría disponible, los indicios de confiabilidad, el motivo por el que el declarante no puede rendir la evidencia oral, la extensión hasta la cual la prueba de referencia no puede ser controvertida por la defensa y la injusticia hacia el acusado. PIASECKI y STOCKDALE, *op. cit.*, p. 318-319. Esto con la particular precaución de admitir pruebas de referencia cuando se pone al acusado en una seria desventaja y en circunstancias en las que la Fiscalía no tendría ningún caso si no se admitieran. Claro, las cargas para aducir las pruebas de estos factores serán mayores para la Fiscalía, que para la defensa. IMWINKELRIED, *The constitutionalization of hearsay: the extent to which the Fifth and Sixth Amendments permit or require the liberalization of the hearsay rules*, cit., p. 547.

escuchó, el estado mental del declarante, un asunto implícito, como medio de impugnación o para refrescar la memoria del testigo.

En ese régimen, la prueba de referencia está proscrita tanto por no satisfacer las condiciones ideales de la prueba testimonial, como por violar la cláusula de confrontación con los testigos de cargo. No obstante, esa proscripción no es absoluta, ya que es excepcionalmente admisible en algunos casos en los que existen motivos para confiar en el declarante -como cuando este está en peligro de muerte o en el de las declaraciones contra interés- o en los que el declarante no está disponible -como sucede cuando el testigo ejerce el privilegio contra la incriminación, ha perdido la memoria o no quiere declarar-. Aparte de ello, existen también unas exenciones en las que una declaración extrajudicial que se lleva a un juicio para probar la verdad de lo aseverado no constituye prueba de referencia, como sucede con las declaraciones anteriores del testigo o con las admisiones de parte.

6. En este contexto, es comprensible este razonamiento de la doctrina especializada: “Explica McCormick, que ‘en la *situación* de prueba de referencia, están envueltos dos *testigos*. El primero cumple con las tres condiciones ideales para la prestación del testimonio, pero meramente informa lo que el segundo *testigo* dijo. El segundo *testigo* es el declarante extrajudicial cuya declaración no fue prestada de conformidad con las condiciones ideales, pero contiene la información crucial’. El criterio determinante es que ese *segundo* testigo (*declarante*) y quien prestó la *declaración* extrajudicial, no ocupa la silla testifical. Tal ausencia del testigo de la silla testifical hace imposible que pueda estar sujeto a las condiciones ideales. Con lo cual, se priva al juzgador el poder evaluar debidamente la credibilidad que merece el declarante y, con ello, su *declaración*. Resulta evidente el nudo del problema: el proponente de la prueba pretende la admisibilidad de una *declaración* cuya credibilidad sería evaluada por el juzgador sin el beneficio de las *condiciones ideales*, con las consecuencias que ello supone⁷”.

⁷ VÉLEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p.19

7. Entonces, como puede observarse, en el modelo anglosajón la prueba de referencia es una institución cuya historia se remonta a cinco siglos, que tuvo como fundamento la injusticia implícita en las condenas basadas en pruebas que el acusado no podía controvertir; que se dotó de fundamento legal y, en algunos casos, constitucional, para la cual se previó una cláusula general de exclusión y una cláusula excepcional de admisión, y que ha sido objeto de una detenida decantación jurisprudencial. Pero, aun así, a pesar de toda esa agitada historia, la prueba de referencia es una institución que aún no está delineada en todos sus contornos y que, en varios ámbitos, sigue en discusión⁸.

8. En el caso colombiano, la prueba de referencia es una institución novedosa que se incorporó con el sistema acusatorio y su tratamiento evidencia varias situaciones muy particulares.

Por una parte, el contexto es muy singular ya que, a diferencia de lo que sucede en el modelo anglosajón, quienes valoran las pruebas no son jurados sin formación jurídica, sino jueces profesionales y con los conocimientos necesarios para advertir la poca confiabilidad de las pruebas de referencia.

Por otra parte, existe la tendencia a asimilar este tipo de pruebas con los testimonios de oídas de que se hablaba en el anterior sistema procesal. No obstante, estos distan mucho de ser su equivalente: baste recordar que en ese sistema las pruebas practicadas por la Fiscalía en la investigación “permanecían” en el proceso y eran vinculantes para el juez, a pesar de que se habían practicado sin su intermediación. Y, como se ha visto, para comprender adecuadamente la prueba de referencia hay que partir de la base de que las pruebas se practican únicamente ante el juez. Esto es así hasta el punto de que la presencia del juez es una de “las condiciones ideales para dar credibilidad a un testigo”. Pero si ello no es así; es decir, si también son pruebas las que practica el

⁸ La doctrina coincide en que la realidad es cambiante y volátil y siempre excederá a las excepciones taxativas, por lo que el derecho debe avanzar en su eliminación y confiar en las cláusulas residuales y en la discrecionalidad judicial. IMWINKELRIED, *The case for the present sense impression hearsay exception: the relevance of the original version of Federal Rule of Evidence 803 to Judge Posner's criticism of the exception, cit.*, pp. 521-522.

instructor, como en el modelo previsto en la Ley 600 de 2000, no se cuenta con un contexto adecuado que permita la comprensión y el manejo de esa institución. Y con razón: si la presencia del juez en la práctica probatoria en muchos casos está descartada, no tiene ningún sentido cuestionar la legitimidad de una prueba en la que el acusado no pudo controvertir, ante el juez, al testigo que lo incrimina. Por esta vía, como únicamente en el sistema acusatorio se garantiza verdaderamente el principio de inmediación de la prueba, solo en él se puede hablar de prueba de referencia; de donde se infiere que en nuestro país esta institución está en una fase embrionaria: apenas tiene 16 años de historia.

Finalmente, la tradición jurídica nacional no vio en los testigos de oídas problemas de legalidad, sino solo de valoración. Es decir, eran admisibles, por lo que podían y debían practicarse, solo que el juez debía ser muy cuidadoso al momento de someterlos al rasero de la sana crítica. Esto, como se puede apreciar, es muy distinto a lo que ocurre con la prueba de referencia, ya que esta, por definición, está proscrita y, como regla general, es inadmisibile.

9. El régimen legal de la prueba de referencia comprende una noción, una cláusula general de exclusión formulada tácitamente, una cláusula de admisibilidad excepcional que inicialmente remitía a cuatro casos y que en este momento lo hace a cinco, una aclaración sobre el régimen de la prueba de referencia múltiple y una tarifa legal negativa que proscribe imponer una condena basada únicamente en pruebas de esa índole⁹.

Como es apenas comprensible, este régimen no está exento de problemas. Por ejemplo: el concepto no incluye un elemento esencial, cual es la finalidad inherente a esa institución -probar la verdad de lo aseverado-, la cláusula de admisibilidad excepcional no es abierta y susceptible de interpretación jurisprudencial -como debiera ser-, sino cerrada, con excepción de uno de los cinco casos previstos, y parece atribuirle la índole de prueba de referencia a declaraciones que no la

⁹ CPP, artículos 437 a 441 y 381.

tienen -como las declaraciones que se utilizan con fines de impugnación o para refrescar la memoria del testigo-. Este panorama tan impreciso y confuso explica, en muy buena medida, las dificultades que se han presentado en el manejo de la prueba de referencia en el sistema acusatorio colombiano.

10. Sobre esa base, la jurisprudencia penal ha previsto que, para que un medio de conocimiento sea tenido como tal, debe reunir algunos elementos, los cuales se sintetizan así:

a. Una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral.

b. Que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir.

c. Que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración - ejemplo, el “*testigo de oídas*”- y

d. Que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate -tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, entre otros-¹⁰.

11. Aparte de lo referido, esa prueba, dado su carácter excepcional, para que sea admisible, debe concretarse en alguno de los eventos previstos en el artículo 438 del CPP. Además, quien la solicite debe cumplir los siguientes presupuestos¹¹:

a. Descubrirla, junto con los medios que pretenda utilizar en el juicio para acreditar su existencia y contenido.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados N°. 44950 de 25 enero de 2017; 49701 de 30 de abril de 2019; 53057 de 3 de marzo de 2021; 55358 de 5 de mayo de 2021; 56461 de 22 d3 septiembre de 2021.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados 46153 de 30 de septiembre de 2015; 55957 de 12 de febrero de 2020; 56357 de 18 de agosto de 2021; y 55358 de 5 de mayo de 2021.

b. Solicitar que en la audiencia preparatoria sea decretada como prueba de referencia, por ser pertinente, conducente y útil, y que se disponga la práctica de los medios demostrativos sobre su existencia y contenido.

c. Acreditar alguna de las situaciones que, de conformidad con el artículo 438 del CPP, facultan su admisión excepcional.

d. Incorporar la referida declaración a través de los medios probatorios que para dicho objeto haya seleccionado la parte.

De otro lado, ha precisado que, si se presenta alguna de las circunstancias excepcionales de forma sobreviniente -luego de culminada la audiencia preparatoria o durante el desarrollo del juicio-, la parte interesada deberá ponérselo de presente al juez, debiendo acreditar los requisitos aludidos, con el fin de que aquel resuelva su admisibilidad.

La Corte estimó razonables la aplicación de estos criterios o su observancia obligatoria, en la medida en que la prueba testimonial en el sistema contemporáneo cobra especial importancia, en virtud de la garantía de confrontación, la cual se encuentra regulada, inclusive, en instrumentos internacionales -artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, y, por tanto, es claro *“el impacto que produce la incorporación de un medio de prueba sobre el cual no resulta posible ejercer con plenitud el derecho de contradicción”*¹².

12. Finalmente, ha establecido que las declaraciones anteriores al juicio oral en general pueden utilizarse:

a. En desarrollo del interrogatorio cruzado del testigo para refrescar memoria o impugnar su credibilidad.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicados 46153 de 30 de septiembre de 2015; 44056 de 28 de septiembre de 2015; 41667 de 4 de mayo de 2016; 43916 de 31 de agosto de 2016; 55358 de 5 de mayo de 2021, entre otras.

b. En calidad de testimonio adjunto, cuando el declarante se retracta o cambia su versión, y

c. Como medio de prueba en las hipótesis de prueba de referencia admisible.

13. Como puede observarse, la jurisprudencia penal ha hecho un esfuerzo razonable para desarrollar el régimen legal de la prueba de referencia, labor que no ha sido fácil, sobre todo si se tienen en cuenta las limitaciones que se indicaron en temáticas como el concepto de esa institución, el ámbito de aplicación de la cláusula de admisibilidad excepcional y algunas imprecisiones en que incurre ese régimen. Aparte de ello, ha introducido una figura que, como el testimonio adjunto, resulta bastante problemática dado que promueve la incorporación de pruebas respecto de las cuales no concurren al menos dos de las condiciones ideales ya mencionadas: si bien pudo haberse rendido bajo juramento, no lo fue ante el juez y menos aún con la posibilidad del acusado de confrontar al declarante.

14. Ahora, si bien, como parte de todo proceso institucional de aprendizaje, los juzgadores inicialmente se mostraron bastante flexibles en lo atinente al procedimiento que se debía seguir para su incorporación, hasta el punto de que tomaban como pruebas de esa índole unas que no habían sido solicitadas como tales por la Fiscalía, hoy el panorama es distinto: como se vio, de acuerdo con la jurisprudencia penal¹³, la parte procesal debe descubrirlas, explicar su pertinencia, enunciar y demostrar la causal excepcional de admisibilidad, indicar el medio a través del cual demostrará la existencia y el contenido de la declaración que constituye tal prueba e incorporarla al juicio oral durante el debate probatorio. O, en caso de que se esté ante una circunstancia excepcional sobreviniente acaecida

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 18 de agosto de 2021, radicado 57196; sentencia del 28 de octubre de 2015, radicado 44056; sentencia del 20 de mayo de 2020, radicado 52045, y sentencia del 21 de octubre de 2020, radicado 56919, entre otras.

después de la audiencia preparatoria o durante el juicio oral, debe cumplir con las exigencias adicionales de las pruebas sobrevinientes.

Ello tiene sentido: si, después del comprensible proceso de decantación del nuevo sistema, el juzgador sigue apreciando como pruebas de referencia admisibles unas que no han sido descubiertas, solicitadas, decretadas, practicadas y contradichas como tales, seguirá replicando los modelos procesales del pasado, en los que, como se dijo, las pruebas podían practicarse antes y fuera del juicio. Y, de ese modo, una vez más en nuestra tradición jurídica, habríamos cambiado todo para que nada cambie.

15. Este instituto excepcional cobra particular relevancia en los procesos penales que involucran conductas punibles que constituyen violencia contra las mujeres, en general, y violencia intrafamiliar, en particular, pues el ejercicio de la acción penal y la pretensión probatoria de la Fiscalía por lo general comprenden las versiones y los testimonios de niñas, adolescentes o mujeres en contra de un acusado con algún grado de consanguineidad, afinidad o vínculo civil. Como se sabe, los artículos 33 de la CP y 8° del CPP protegen estas relaciones y, en consecuencia, con frecuencia las testigos que ostentan tales vínculos no comparecen al juicio o se amparan en su garantía de no declarar en contra de su familiar o pareja, actitud que es legítima y produce un efecto jurídico. Entonces, es una alternativa procesal totalmente previsible para quien tiene la carga de probar la acusación.

Pero también debe tenerse en cuenta que desde el siglo pasado Colombia adquirió múltiples compromisos internacionales dirigidos a proclamar la igualdad entre todos los seres humanos y a luchar contra la discriminación de cualquier índole. En particular¹⁴, se comprometió a adoptar *todas* las medidas adecuadas para prohibir toda discriminación contra la mujer; a prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género; a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el

¹⁴ Artículos 1° y 2° de la CEDAW, 7° de la Convención Belem do Para.

acceso efectivo a tales procedimientos, y a velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con estas obligaciones.

Entonces, para el Tribunal es claro que si el deber constitucional de la Fiscalía es acusar a los posibles responsables de conductas punibles que constituyen violencia de género y acreditar la acusación más allá de toda duda razonable con pruebas válidas y debidamente aducidas al juicio oral, aquella debe anticipar la posibilidad de que los testigos se acojan al privilegio contra la incriminación previsto en el artículo 33 de la CP o incluso la posibilidad de que la violencia de esta índole permeé los escenarios judiciales y conduzca a los testigos a abstenerse de declarar y, de manera consecuente con ello, debe solicitar en la audiencia preparatoria, o en el juicio oral a modo de pruebas sobrevinientes, el decreto excepcional de pruebas de referencia.

Este deber de la Fiscalía tiene fundamento legal y jurisprudencial, asegura el respeto del derecho al juicio justo que les asiste al acusado y a las víctimas y no comporta ningún esfuerzo heroico: basta con que descubra, anuncie, solicite y ofrezca las pruebas de referencia con apoyo en las cuales pretende satisfacer el estándar probatorio de la condena.

Ahora, si la Fiscalía omite ese deber, no basta con que para fundamentar su solicitud de condena les solicite a los administradores de justicia que decidan con perspectiva de género, pues si bien tales servidores tienen el deber de identificar creencias equivocadas, incluidos los estereotipos de género propios de sociedades patriarcales, su incidencia en los hechos o en el proceso y reconocer su relevancia jurídica; este no es un recurso para suplir las ostensibles deficiencias probatorias de la Fiscalía. Si así no fueran las cosas, habría que concluir que con el solo recurso a la perspectiva de género a los jueces les estaría dado hoy valorar pruebas de referencia inadmisibles y mañana les estará permitido condenar solo con base en pruebas de esa índole, o con pruebas que no satisfagan el estándar para la condena

previsto en la ley o simplemente sin pruebas. Y, desde luego, así no son, ni pueden ser las cosas.

16. Pues bien, el recorrido precedente permite comprender que la prueba de referencia, tanto en su contexto originario, como en el sistema acusatorio colombiano, tiene su propia historia, sus propias limitaciones y también su propia racionalidad. Y también aporta una mirada panorámica: si en otras latitudes esa institución tiene varios siglos de historia y algunas de sus variables aún siguen en discusión, es comprensible que en los países que apenas están dando el giro hacia sistemas procesales de tendencia acusatoria, las reglas de juego en torno a tal institución no estén completamente definidas y que por ello estén viviendo las primeras etapas de un proceso de aprendizaje institucional que puede ser lento y difícil, pero no por ello menos provechoso.

Como fuere, independientemente del contexto de que se trate, lo cierto es que hay un punto de encuentro: la regla general es la proscripción de la prueba de referencia y la excepción es su admisibilidad en ciertos casos genéricamente anunciados en la ley y susceptibles de concreción judicial. Esta conclusión es muy relevante porque permite comprender que la negativa a valorar pruebas de referencia irregularmente aducidas no es un capricho de la jurisdicción, orientado a hacer, por simple arbitrio, más exigente la labor de la Fiscalía. Lejos de ello, es un deber legal del Estado, que puede cumplir con relativa sencillez, y correlativamente es un derecho del acusado.

Lo expuesto tiene sentido: en la administración de justicia de una sociedad civilizada es exigible que las pruebas con las que el Estado pretende desvirtuar la presunción de inocencia se practiquen ante el juez, y no ante los investigadores, y frente al acusado, y no en su ausencia, para que pueda controvertirlas. La presencia del juez durante la práctica de la prueba y la cláusula de confrontación con el testigo son un contenido esencial del juicio justo, se trata de un principio procesal y de un derecho fundamental del acusado y la justicia debe exigir que se respeten. Y si el sistema penal permite que

excepcionalmente ese principio y ese derecho se limiten, a ello debe haber lugar no como a la Fiscalía le parezca bien hacerlo, sino con estricto respeto de las reglas legales y jurisprudenciales que la vinculan.

3. Valoración probatoria

17. En este caso la Fiscalía se comprometió a probar que Martín Ruiz y Yenni Marcela Orjuela Guerrero sostuvieron una relación y conformaron una familia y que estas relaciones estuvieron marcadas por la violencia que aquel ejercía en contra de su pareja y de sus hijos. Durante la convivencia, aquel los violentó física y verbalmente; lo hizo los días 1° de febrero de 2017, 15 de diciembre de 2017 y 27 de octubre de 2018.

Además, afirmó que acreditaría que tras la terminación de la convivencia Martín Ruiz continuó las agresiones: el 26 de febrero de 2019 violentó a Yenni Marcela y el 20 de abril de 2019 lo hizo, a esta y su hijo JS; y que la violencia en contra de la mujer ocurrió en un contexto de discriminación y dominación.

El juzgado declaró que la Fiscalía demostró que Martín Ruiz era penalmente responsable de los delitos de violencia intrafamiliar agravada y lesiones personales dolosas agravadas, en concurso.

La defensa considera que la Fiscalía no probó, más allá de toda duda razonable, que Martín Ruiz cometió los delitos, dado que no presentó prueba directa de su responsabilidad. Advierte que el juzgado valoró pruebas de referencia inadmisibles, con base en una amenaza sin fundamentos probatorios, y declaró la responsabilidad penal, lo que es incorrecto.

El Tribunal debe tomar postura en este debate. Para ese efecto, valorará las pruebas practicadas en el juicio.

18. En este proceso, la Fiscalía anunció que ofrecería los testimonios de Yenni Marcela Orjuela Guerrero y del padre de esta -Salomón Orjuela Guzmán- para acreditar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos y la responsabilidad que le asiste a Martín Ruiz; sin embargo, como era previsible, en el juicio oral estos se ampararon en su derecho constitucional de no declarar en contra del acusado.

En este orden, la acusación presentó los testimonios de los peritos Ingrid Mayerly Cañón Rojas, Adriana Marcela Sánchez Otero, James Yesid León Castañeda, Gustavo Andrés Romero Cuervo, Sonia Jineth Galvis Díaz, Óscar Armando Sánchez Cardozo y Diana Maritza Trujillo Góngora. La Sala revisó con detenimiento estas pruebas y tuvo en cuenta que a estos testigos les asisten dos calidades: son testigos directos de todo aquello que percibieron directamente y son testigos de referencia en lo que concierne a la veracidad de las afirmaciones inculpativas que escucharon y que estuvieron dirigidas contra el acusado. De modo que, como la Fiscalía no solicitó -ni en la audiencia preparatoria ni en el juicio oral-las declaraciones que Yenni Marcela rindió ante estos profesionales como pruebas de referencia, ellas son pruebas proscritas e inadmisibles y el Tribunal no está legitimado para valorarlas.

19. Entonces, a partir de la información que aportaron los peritos, la Sala puede reconstruir la siguiente secuencia fáctica:

a. El 8 de febrero de 2017 el médico James Yesid valoró a Yenni Marcela Orjuela Guerrero y en el examen físico percibió en su cuerpo: un hematoma en la región parietal izquierda, dolor en el seno izquierdo, equimosis en la zona central del brazo izquierdo a mitad y equimosis en el muslo de la pierna izquierda. Concluyó que la lesión en la cabeza fue producida por un elemento contundente; le fijó incapacidad de cinco días; le recomendó solicitar medidas de protección, y la remitió a psicología y a valoración del riesgo.

b. El 21 de diciembre de 2017 la galena Ingrid Mayerly valoró a Yenni Marcela y a su hijo menor de un año, AS. Primero la examinó a ella y encontró una paciente en estado de embarazo, con una gestación de 14 semanas. Halló que sus dos brazos y una pierna estaban llenos de morados: tenía siete equimosis en distintas zonas del brazo izquierdo -dos de ellas de 7x4 centímetros y 8x3 centímetros-, otra en la muñeca izquierda, seis equimosis en distintas zonas del brazo derecho -dos de ellas de 8x4 centímetros y 4x3 centímetros- y una equimosis de 4x2 centímetros en la cara interna de la pierna derecha. Concluyó que las lesiones fueron causadas por mecanismo causal contundente, le fijó incapacidad de 12 días y la remitió a psicología. En seguida, por solicitud de la madre, valoró a AS. Le recibió el relato de lo acaecido con el niño de un año y registró que no encontró huellas de lesiones recientes en el examen físico.

c. El 28 de octubre de 2018 el médico Gustavo Andrés valoró a Yenni Marcela. En el examen físico encontró moretones en la zona izquierda del pecho, rasguños y moretones en el cuello, entre el hombro y el codo, en ambas rodillas y entre la rodilla y el tobillo. Concluyó que las lesiones fueron causadas por mecanismo causal contundente, le fijó incapacidad de 12 días y por protocolo sugirió protección por riesgo fatal.

d. El 27 de febrero de 2019 el galeno Óscar Armando valoró a Yenni Marcela. Halló que la paciente presentaba dolor en la palpación del cráneo, que tenía un raspón debajo de la clavícula izquierda y le sorprendió la magnitud del hematoma que encontró en su muslo izquierdo. Estableció que las lesiones habían sido causadas con mecanismos contundentes y abrasivos y tenían una evolución de menos de una semana; le fijó 14 días de incapacidad, y por la angustia y sentimiento de vulnerabilidad que percibió en la paciente y por su relato recomendó concederle medidas de protección.

e. El 23 de abril de 2019 la médica Diana Maritza valoró al menor de edad JS, de menos de un año, que acudió con su madre, la que relató el hecho violento que motivó la consulta. En el examen físico encontró

un paciente lactante, saludable y no halló lesiones en su cuerpo. Concluyó que del relato de la madre era posible que el menor hubiera padecido un edema y que hubiera transcurrido el tiempo de evolución para su curación. Recomendó medidas de protección para evitar que las acciones violentas se repitan.

f. Por último, la perita Sonia Jineth dio cuenta de la valoración del 23 de abril de 2019 y del dictamen que suscribió su homóloga, la psicóloga Magda Ramírez. De la información que Yenni Marcela le aportó en la entrevista, concluyó que la paciente y sus hijos estaban siendo víctimas de violencia intrafamiliar. Encontró que Yenni Marcela estaba en riesgo extremo de muerte por la cronicidad, frecuencia e intensidad de las agresiones físicas y verbales que permiten inferir que, en caso de reincidencia, seguramente sufrirá lesiones muy graves o incluso la muerte.

La perita especificó que catalogó el riesgo como el más elevado, por la índole de las amenazas y porque las agresiones en contra de una mujer en estado de embarazo permiten deducir que nada detendrá al agresor. Recomendó tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico para el agresor, la víctima y los hijos; informó a la paciente sobre las medidas de protección a su alcance; la remitió a consulta por salud sexual y reproductiva; le sugirió recibir asesoría jurídica sobre divorcio, alimentos y violencia intrafamiliar y adelantar las acciones pertinentes para proteger a los hijos, y finalmente le brindó información sobre la casa refugio para su protección.

20. De la valoración integral de estas pruebas, la Corporación concluye que la Fiscalía demostró, de un lado, que AS y JS no mostraron daños en su integridad física y, de otro, que Yenni Marcela sí presentó en cuatro oportunidades huellas de agresiones físicas en su humanidad, incluso mientras estaba en embarazo, que por su intensidad y características le ameritaron la calificación de riesgo extremo de muerte. No obstante, no acreditó que el autor de esta grave violencia y lesiones fuera Martín Ruiz, pues no practicó ninguna prueba válida que permitiera establecer su participación en estas conductas.

Es claro que, con los dictámenes periciales, la Fiscalía pretendió incorporar las explicaciones de los hechos suministradas por Yenni Marcela por fuera del juicio, en las que señaló a Martín Ruiz como el responsable de la violencia en su contra y en contra de sus hijos. Sin embargo, como se vio, si el Tribunal valora estas manifestaciones de la víctima -como lo hizo el juzgado-, estaría replicando los sistemas procesales ya superados, en los que se condenaba con pruebas practicadas antes y fuera del juicio, sin que la defensa y el acusado pudieran ejercer su derecho al conRAINTERROGATORIO.

21. Pese a que la teoría del caso de la Fiscalía incluía la percepción de otras personas sobre la posible autoría de Martín Ruiz en los graves hechos de violencia en contra de Yenni Marcela -incluidos funcionarios públicos de la Policía Nacional y de una comisaría de familia-, en este caso la Fiscalía no practicó esos testimonios ni pidió el decreto de pruebas de referencia, sino que optó por cuestionar en los alegatos de conclusión la validez del amparo constitucional al que se acogió Yenni Marcela y por solicitarle al juzgado tenerlo en cuenta como un acto más de violencia de género, para habilitar la valoración de pruebas de referencia excepcionales para suplir ese *acto irregular*.

El juzgado acogió esa postura y tuvo en cuenta que las amenazas que Martín Ruiz mantenía sobre Yenni Marcela eran compatibles con los eventos semejantes a los que afrontan los declarantes que son víctimas de secuestro o desaparición forzada, en los términos del artículo 438.b) del CPP que autorizan la procedencia excepcional de pruebas de referencia y en ese orden incorporó, valoró y fundamentó la condena del acusado en la información y las versiones que Yenni Marcela les suministró a los peritos que testificaron en el juicio.

La defensa cuestiona esa decisión y el Tribunal le da la razón. Como lo puso de presente, esta postura flexible de tomar como pruebas de referencia unas que no han sido solicitadas como tales por la Fiscalía hizo parte de una primera etapa de un proceso institucional de aprendizaje y ha sido superada: el ordenamiento jurídico suministra

los medios para la solicitud de pruebas de esta índole que son respetuosos de las garantías judiciales.

Basta con remitirse a lo acaecido en este proceso para concluir que este avance no constituye una carga excesiva para la acusación. Ante el conocimiento de hechos tan graves cometidos en contra de una mujer y dos menores de edad, un claro contexto de violencia contra la mujer y una mujer en una situación tan vulnerable, la Fiscalía tenía el deber de prever lo previsible: que Yenni Marcela no declararía en el juicio; pero no lo hizo. Ante el impase del que dejó constancia la Fiscalía previa la instalación de la audiencia preparatoria y la actitud de retractación que asumió Yenni Marcela en ese estadio procesal, es claro que sabía que la probabilidad de que esta no declarara en el juicio era muy alta y, sin perjuicio de eso, unos minutos más adelante y en un discurso uniforme, se limitó a solicitar su testimonio como prueba directa de las conductas punibles y de la responsabilidad del acusado.

Finalmente, en los alegatos de conclusión se limitó a invocar instrumentos internacionales sobre la violencia contra la mujer con la esperanza de que la administración de justicia compensara los vacíos probatorios y flexibilizara las exigencias previstas para la incorporación legítima de las pruebas de referencia. Como se vio, el juzgado avaló esa postura, pero el Tribunal considera que esta forma de actuar va en contravía del adecuado uso de los mecanismos probatorios, como las pruebas de referencia, que permiten que ante situaciones como esta las mujeres víctimas sometidas a violencia de género, que permea incluso los escenarios judiciales, tengan acceso efectivo a procesos justos¹⁵.

22. Ante este panorama, le asiste la razón a la defensa: la sentencia condenatoria tuvo como fundamento de la responsabilidad penal de Martín Ruiz la valoración de pruebas de referencia inadmisibles, porque la Fiscalía no las solicitó como tales ni en la audiencia preparatoria ni durante el juicio oral, y las pruebas practicadas por la ella no vinculan al procesado con los hechos violentos y las graves lesiones que sí fueron acreditadas.

¹⁵ Artículos 1° y 2° de la CEDAW, 7° de la Convención Belem do Para

En consecuencia, el Tribunal concluye que la Fiscalía no suministró pruebas de los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir para configurar los delitos de violencia intrafamiliar agravada y lesiones personales agravadas y la responsabilidad del acusado. No probó, más allá de toda duda razonable, su teoría del caso; por el contrario, existen múltiples dudas. Así, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, el Tribunal concluye que la sentencia apelada es jurídicamente incorrecta por lo que la revocará y, en su lugar, absolverá a Martín Ruiz.

23. Esta Corporación reconoce que la función de los juzgadores va más allá de la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, pues son agentes racionalizadores e integradores del derecho y que es su deber constitucional aplicar consistentemente el ordenamiento jurídico. En esa vía, el Tribunal respeta el precedente judicial de las altas corporaciones a las que les fue encomendada la unificación de la jurisprudencia, como lo es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y lo asume como vinculante.

En el pasado, frente a casos similares, esta Sala de Decisión manejaba un criterio flexible en torno a la incorporación de pruebas de referencia; sin embargo, como parte de ese proceso institucional de aprendizaje y con ocasión de la reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia¹⁶, por medio de la cual revocó la condena impuesta por esta Corporación en un grave caso de violencia de género e intrafamiliar, luego de advertir que se valoraron pruebas de referencia inadmisibles, el Tribunal reconoce la necesidad de seguir ese precedente.

Por esto, a partir de esta decisión, esta Sala varía la coherencia interna de sus decisiones con el fin de aplicar consistentemente el régimen de las pruebas de referencia con fundamento en los lineamientos trazados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 18 de agosto de 2021, radicado 57196.

4. Reflexión final

24. El Tribunal es consciente de que puede afirmarse que decisiones como esta no son estrictamente compatibles con los fines de la jurisdicción -tomar decisiones con pretensión de corrección jurídica y moral y hacerlo en plazos razonables- y con los fines del proceso penal -aproximación razonable a la verdad, realización de la justicia, respeto de los derechos de las partes e intervinientes y matización razonable de las normas sustanciales y procesales-. Ello es así porque un pronunciamiento como el presente, si bien puede calificarse como jurídicamente correcto por seguir el régimen legal y los desarrollos jurisprudenciales de la prueba de referencia, también puede catalogarse como materialmente injusto: puede sostenerse que se aleja de la verdad, no realiza la justicia y tampoco protege a las víctimas.

A más de ello, puede sostenerse que este tipo de decisiones pueden involucrar un incumplimiento de compromisos adquiridos por el Estado colombiano al suscribir distintos tratados internacionales sobre la violencia contra la mujer, como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belem do Para.

También puede decirse que implican la negación de los valores, principios y derechos constitucionales, ya que el Preámbulo de la Carta Política, los principios fundamentales, el catálogo de derechos y deberes, la estructura del poder público y la estructura básica del proceso penal previstos en ella, contienen referencias expresas a la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, al aseguramiento de la vigencia de un orden justo como una de las bases del Estado colombiano, a los principios que orientan la labor de la administración de justicia y al juicio justo como punto de equilibrio entre las distintas tensiones a que hay lugar en el proceso penal.

Igualmente, puede afirmarse que tales decisiones involucran la negación del derecho como mecanismo de motivación de la conducta: si los maltratadores sistemáticos de mujeres son absueltos porque el

Estado ejecuta una deficiente estrategia probatoria, no tienen incentivos normativos para dejar de hacer lo que están haciendo y el derecho pierde su razón de ser como articulador de las relaciones sociales.

Sin embargo, el Tribunal considera que la forma de evitar todos estos cuestionamientos es muy sencilla: como se indicó, basta con que la Fiscalía descubra, anuncie, solicite y practique las pruebas de referencia excepcionalmente admisibles con que cuente.

25. De todas maneras, lo expuesto plantea la necesidad de tomar correctivos que están al alcance de varias de las instituciones que intervienen en el proceso penal, que no precisan de reforma normativa alguna y que pueden garantizar que, hacia futuro, se superen estrategias probatorias deficientes como la evidenciada en este caso. La Sala considera que esos correctivos no deben quedar sometidos a la buena voluntad de cada uno de los servidores que intervienen en el proceso penal, individualmente considerados, sino que deben promoverse y ejecutarse como una política pública propia de tales instituciones.

26. En esa dirección, es suficiente con que las entidades con competencia para incidir en la estrategia probatoria del proceso penal ejerzan sus funciones de forma compatible con los fines de la jurisdicción, los fines del proceso, los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano, la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal y, en tal virtud, cumplan o soliciten el estricto cumplimiento del régimen legal de la prueba de referencia y de sus desarrollos jurisprudenciales.

Por ese motivo, esta situación se pondrá en conocimiento del Fiscal General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Procuradora General de la Nación y la Secretaría Distrital de la Mujer, a quienes se les solicitará que tomen las decisiones necesarias para que los fiscales delegados, los apoderados de las víctimas y los agentes del Ministerio Público ejerzan sus competencias de tal manera que, en los procesos

penales por violencia de género, se descubran, soliciten, decreten y practiquen, de forma legal y oportuna, las pruebas de referencia a que pueda haber lugar en aquellos casos en que sea previsible que las víctimas no comparecerán al juicio o ejercerán el privilegio contra la inculminación de sus allegados.

27. Por otra parte, dado que Yenni Marcela y sus hijos ASRO y JSRO, víctimas de los hechos de que trata este proceso, según la Fiscalía, han sido sometidos a un cuadro sistemático de violencia por parte de Martín Ruiz, el que ha tenido múltiples episodios, se ha prolongado por varios años y se ha ido intensificando progresivamente, y que ante la puesta en libertad de este último existe el riesgo real de que aquellos dejen de ser víctimas de violencia intrafamiliar y se conviertan en víctimas de femicidio y de homicidio, respectivamente, el Tribunal debe tomar todas las decisiones que estén a su alcance para evitar que ello suceda. Por este motivo:

a. Les solicitará al Director General de la Policía Nacional y al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá que tomen todas las medidas de protección que sean necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de Yenni Marcela Orjuela Guerrero y de sus hijos.

b. Les solicitará al Director General y al Director Regional del ICBF que tomen las decisiones que sean necesarias para que se promuevan los procesos orientados a la protección de los derechos fundamentales de ASRO y JSRO, vulnerados, según la Fiscalía, por la violencia ejercida por Martín Ruiz.

c. Le solicitará a la Secretaría Distrital de la Mujer que haga un atento seguimiento de la situación personal y familiar de Yenni Marcela Orjuela Guerrero con el fin de que, de continuar el ciclo de violencia evidenciado por la Fiscalía en este proceso, promueva, de inmediato, las acciones jurídicas a que pueda haber lugar en defensa de los derechos de aquella y sus hijos.

28. Finalmente, como consecuencia de la revocatoria de la condena impuesta a Martín Ruiz, el Tribunal notificará de esta decisión al INPEC para que, de no ser requerido por otra autoridad judicial, lo deje en libertad.

VII. Decisión

Con base en los argumentos expuestos, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia apelada y en lugar de lo en ella expuesto, **absolver** a Martín Ruiz de los delitos de violencia intrafamiliar agravada, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con lesiones personales dolosas agravadas, en concurso homogéneo y sucesivo.

Segundo. Ordenar la libertad de Martín Ruiz, siempre que no esté requerido por otra autoridad judicial.

Tercero. Solicitarles al Fiscal General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a la Procuradora General de la Nación y a la Secretaría Distrital de la Mujer, que tomen las decisiones necesarias para que los fiscales delegados, los apoderados de las víctimas y los agentes del Ministerio Público ejerzan sus competencias de tal manera que, en los procesos penales por violencia de género, se descubran, soliciten, decreten y practiquen, de forma legal y oportuna, las pruebas de referencia a que pueda haber lugar en aquellos casos en que sea previsible que las víctimas no comparecerán al juicio o ejercerán el privilegio contra la incriminación de sus allegados.

Cuarto. Solicitarles:

-Al Director General de la Policía Nacional y al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, que tomen todas las medidas de protección que sean necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de Yenni Marcela Orjuela Guerrero, identificada con la cédula de ciudadanía 1.024.579.358, y de sus hijos.

-Al Director General y al Director Regional del ICBF, que tomen las decisiones que sean necesarias para que se promuevan los procesos orientados a la protección de los derechos fundamentales de ASRO y JSRO, según la Fiscalía, vulnerados por la violencia ejercida por Martín Ruiz.

-A la Secretaría Distrital de la Mujer, que haga un atento seguimiento de la situación personal y familiar de Yenni Marcela con el fin de que, de continuar el ciclo de violencia evidenciado por la Fiscalía en este proceso, promueva, de inmediato, las acciones jurídicas a que pueda haber lugar en defensa de los derechos de aquella y sus hijos.

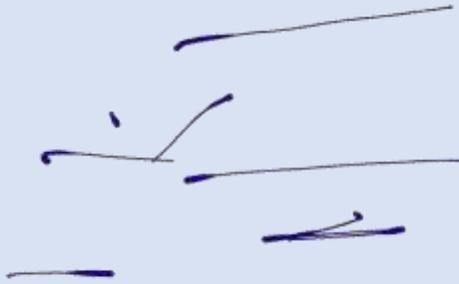
Esta decisión queda notificada por estrados. Procede el recurso de casación, el que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

Cúmplase.

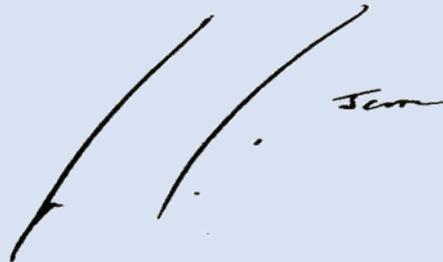
Los magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'José Joaquín Urbano Martínez', written over a horizontal line.

José Joaquín Urbano Martínez



Jairo José Agudelo Parra



Juan Carlos Arias López

Radicación: 110016000015201700099 01
Procedencia: Juzgado 35 Penal Municipal
Acusado: Martín Ruiz
Delitos: Violencia intrafamiliar agravada y otro
Motivo: Apelación sentencia
Decisión: Revoca y absuelve
Aprobado Acta N° 134
Fecha: 8 de octubre de 2021

Firmado Por:

Jose Joaquin Urbano Martinez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

110016000015201700099 01
Martín Ruiz

Código de verificación:

**46ef756cb82b9190121d54bf75c5d9117a8f2e92bbfca1aa01b550f7
a649cffa**

Documento generado en 25/11/2021 10:10:41 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>