

**La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de  
inmediación y contradicción en el sistema penal acusatorio**

**Autor: Daniela García Mora**

**Tutor: Dr. Jaime Cubides**

**Trabajo de Investigación para optar al título de Especialista en Procedimiento Penal  
Constitucional y Justicia Militar**

**Universidad Nueva Granada**

**Cogota D.C, 2015**

# **La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de inmediación y contradicción en el sistema penal acusatorio<sup>1</sup>**

**Daniela García Mora<sup>2</sup>**

## **Resumen.**

El presente artículo de reflexión tiene como propósito analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el tratamiento brindado a la prueba de referencia en contraposición con los principios de inmediación y contradicción que giran en torno a este instituto, siguiendo la metodología propuesta por el profesor Diego Eduardo López de análisis dinámico del precedente, apoyado en el análisis de contenido de las normas constitucionales y legales contenidas en la ley 906 de 2004.

En tal sentido se definirán los pronunciamientos jurisprudenciales con relación a la prueba de referencia y se identifican los casos en que excepcionalmente las declaraciones anteriores al juicio pueden ser admitidas bajo esta tarifa legal negativa.

## **Palabras Clave:**

Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia, Principio de Contradicción, Principio de Inmediación, Prueba de Referencia.

---

<sup>1</sup> Artículo producto de investigación presentado como requisito para optar al título de especialista en procedimiento penal constitucional y justicia militar de la Universidad Militar Nueva Granada.

<sup>2</sup> Abogada Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, investigadora Centro de Investigación en Conflicto y Memoria Histórica Militar, Escuela Superior de Guerra.  
Contacto: danyelagarcia03@hotmail.com

## **Abstract.**

This article aims to analyze reflect the jurisprudence of the Supreme Court and the treatment provided to the gold standard as opposed to the principles of immediacy and contradiction that revolve around this institute, following the methodology proposed by Professor Diego Eduardo López dynamic analysis of precedent, supported by content analysis of the constitutional and legal norms contained in law 906 of 2004.

In this regard the judicial rulings will be defined relative to the benchmark and that in exceptional cases the above statements may be admitted at trial under this negative legal rate are identified.

## **Keywords:**

Supreme Court, Court, Principle of Contradiction, Principle of Immediacy, Test Reference.

## **Introducción.**

El Doctor Devis Echandía en su Obra Compendio de la Prueba Judicial afirma que se entiende por “pruebas Judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.” (Echandía, 1981, p. 7); con base en lo anterior, se podría afirmar que la prueba es fundamental, ya que estando destinada a producir la certeza del juez y garantizar los derechos de las personas, no se puede prescindir de ella.

Por su parte, la ley procesal penal Colombiana (en adelante Ley 906 de 2004 ó CPP) contempla como fines de la prueba “llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe” (CPP, Artículo 372).

En la actualidad, el sistema penal acusatorio esta instituido para garantizar los principios y garantías constitucionales procesales, por esto, los principios de inmediación y concentración, juegan un papel importante y “es deber del juez tener contacto directo con los medios de prueba y con los sujetos procesales que participan en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente”. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 38512 de 2012)

Dado que el juez de conocimiento no tiene la oportunidad de presenciar los hechos frente a los que debe tomar la decisión, es necesario que los conozca mediante un mecanismo fiable, que además permita a los demás intervinientes ejercer el derecho de contradicción, esto es, la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas, ya sean las producidas o incorporadas en el juicio oral.

En relación con el principio de contradicción la jurisprudencia ha indicado:

La garantía de controversia no resulta satisfecha con la sola posibilidad de que la parte pueda rebatir el mérito de la prueba una vez haya sido practicada, sino que se requiere, para garantizar plenamente la operancia de este derecho, brindar la oportunidad a la parte contra quien se aduce la prueba, de conainterrogar al testigo, según así surge del principio rector consagrado en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la prueba debe estar sujeta a confrontación y contradicción (Corte Suprema de Justicia, 34131 de 2014).

Situación que se colige del inciso final del artículo 347 del Código Penal, cuando determina que las exposiciones recibidas por la Fiscalía General de la Nación no adquieren el carácter de prueba cuando no son practicadas con sujeción al conainterrogatorio de las partes.

En palabras del profesor Parra Quijano, “si percepción es el proceso de llegar a conocer determinado objeto, es decir, que la percepción estará regida por la atención; la inmediación supone la percepción de la prueba por parte del juez y su participación personal y directa en la producción del medio probatorio” (Parra, 2011, p. 67).

El funcionario que va emitir sentencia debe ver y oír por sí mismo, en forma directa, la prueba respecto de los hechos, las pruebas deben llegar a su ánimo sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, sin que se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de los elementos de convicción tergiversando su aptitud probatoria. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 38512 de 2012)

El principio de inmediación hace parte del procedimiento instituido por el legislador en la ley 906 de 2004 teniendo como soporte constitucional el artículo 250 superior, lo que sugiere que el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.

Estas exigencias surgen de los principios de publicidad, contradicción e inmediación a que aluden los artículos 377, 378 y 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, los cuales a su vez, desarrollan los principios rectores de que tratan los artículos 15, 16 y 18, cuya consagración deviene, de igual modo, del precepto constitucional definido por numeral 4º del artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 2002, conforme al cual el acusado tiene derecho a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y rodeado de todas las garantías (Corte Suprema de Justicia, 34131 de 2014).

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

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

Así pues, “los principios de inmediación y concentración, inspiradores de un sistema con una estructura y finalidades claramente determinadas, solo cobran sentido a través de la participación activa, ineludible y permanente del funcionario de conocimiento”, (Corte Suprema de Justicia, Proceso 38512 de 2012) es decir, con el necesario acompañamiento del juez como director del proceso penal y es, con la admisión excepcional de la prueba de referencia en donde inicial y equívocamente se podría dilucidar una aparente irregularidad en la aplicación de estos principios.

Motivo por el cual, la adopción de la problemática planteada como objeto de análisis en el presente artículo está encaminada a la disertación académica frente al siguiente interrogante: ¿Cómo analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la prueba de referencia en contraposición a los principios de inmediación y contradicción en el nuevo sistema penal oral acusatorio colombiano?.

### **Justificación.**

Esta propuesta académica surge del interés en profundizar los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, logrando con ello analizar cuál ha sido el tratamiento dado a la prueba de referencia en contraposición a los principios de inmediación y contradicción. Teniendo en cuenta que en virtud a estos principios, “en el juicio oral únicamente se estimarán los contenidos probatorios que se hubiesen producido e incorporado en forma pública, oral y ante el juez de conocimiento, con excepción de los eventos en que se admite la prueba anticipada y la prueba de referencia” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 24920 de 2008), lo cual convalida excepcionalmente que toda declaración realizada fuera del juicio oral sea utilizada en el proceso penal por referirse a los hechos objeto del mismo, y tal desconocimiento de carácter excepcional podría configurar un falso juicio de convicción.

Así pues, al ser la prueba de gran importancia en la vida jurídica, desconocer la existencia de la prueba de referencia y parámetros para su admisibilidad dentro de un proceso penal, podría afectar los intereses del procesado para el esclarecimiento de los hechos.

### **Metodología.**

Este artículo proviene de una investigación documental realizada mediante la consulta directa de las sentencias de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia producidas en relación con la prueba de referencia y los principios constitucionales de inmediación y contradicción de la prueba desde la vigencia del nuevo sistema penal acusatorio colombiano, esto es, la promulgación de la ley 906 de 2004.

El análisis estructural de las sentencias se efectuó acogiendo la metodología planteada por el profesor Diego López Medina para la elaboración de líneas jurisprudenciales, identificando en primer lugar la sentencia arquimédica o de apoyo, que al ser la más reciente permitiera, a través de sus citas, sentar estructuras decisionales; después se aplicó la ingeniería de reversa, y en un espacio temporal de once años, desde la expedición de la ley 906 de 2004, se detectaron las sentencias que venían siendo citadas al momento de construir la doctrina jurisprudencial, obteniendo con esto el nicho citacional. Dando paso a la identificación de la sentencia hito o más citada en los fallos subsiguientes de la Corte y de la sentencia más antigua o fundacional existente en la materia.

### **Presentación de la línea jurisprudencial.**

#### **Problema jurídico.**

¿Cómo analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la prueba de referencia en contraposición a los principios de inmediación y contradicción en el nuevo sistema penal oral acusatorio colombiano?

### **Tesis que resuelven el problema.**

Primera tesis: La prueba de referencia, como prueba testimonial es admisible como medio probatorio en el sistema penal acusatorio.

Segunda tesis: En el sistema penal acusatorio la admisión de la prueba de referencia es excepcional, limitándose su incorporación como prueba en los casos expresamente señalados por la ley.

Para dar respuesta al problema Jurídico y a las tesis se consultó la posición de la Corte Suprema de Justicia; con respecto a la primera tesis, a diferencia de lo establecido en la ley 600 del 2000, desde la entrada en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio con la ley 906 de 2004, si bien se admite la prueba de referencia, este tiene carácter excepcional y es considerada como una tarifa legal negativa. Ahora bien, en cuanto a la tesis contraria, esta se convalida con la posición reiterada de la jurisprudencia al establecer la naturaleza, admisibilidad y valoración del medio de prueba de referencia y fijar presupuestos para su admisión excepcional.



### **Punto arquimédico de apoyo<sup>3</sup>.**

Como sentencia arquimédica, se escoge la más reciente encontrada sobre el tema, por lo que fungió la sentencia bajo radicado 34131 del 02 de Julio de 2014 con ponencia del magistrado Dr. José Leónidas Bustos Martínez.

### **Ingeniería de Reversa<sup>4</sup>**

“Consiste en el estudio de la estructura de citas del punto arquimédico” (López, 2014, p. 170); se hace una lista de las citaciones jurisprudenciales que la sentencia arquimédica contiene, para el caso la sentencia bajo radicado 34131 de 2014. Se analizan las sentencias referenciadas en esta y a su vez en otras, desde la más reciente a la más antigua, con el propósito de ampliar la gama de pronunciamientos a estudiar.

En ese orden de ideas se obtiene el siguiente nicho citacional, y se identifican las sentencias hito “aquella que pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la corte cita en fallos subsiguientes y, que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia” (López, 2014, p. 171), Procesos 24468 del 30 de marzo de 2006 MP Dr. Edgar Lomaba Trujillo y 27477 del 06 de marzo de 2008 MP Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.

---

3 Respecto a la metodología de la línea jurisprudencial propuesta por el profesor Diego Eduardo López Medina en el Derecho de los Jueces (2014, Pág. 168). “El primer paso, como siempre, es el más difícil. Lo llamo Punto Arquimédico por referencia a la expresión adjudicada a Arquímedes: Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo. (...) El punto Arquimédico es simplemente una sentencia con la que el investigador tratara de dar soluciones a las relaciones estructurales entre varias sentencias. (...) El investigador, pues, debe tratar de hallar una primera sentencia que cumpla con los siguientes requisitos: a) que sea lo más reciente posible, y b) que, en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico con relación al caso sometido a investigación”.

4 Ver el Derecho de los Jueces (2014, Pág. 170). “El segundo paso, de ingeniería de reversa (...) consiste simplemente, en aprender a construir la línea mediante las citas internas que la Corte hace”.

En el nicho citacional también se ubican sentencias confirmadoras de principio o de reiteración, “aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o ratio, contenido en una sentencia anterior” (López, 2014, p. 66). Que si bien son analizadas en el trabajo investigativo, no ameritan señalarse en la gráfica de la línea jurisprudencial ni citarse en el desarrollo del escrito en razón a su naturaleza.<sup>5</sup>

PROCESO 34131 DE 2014 SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA								
24323 de 2005	24468 de 2006	25920 de 2007	27477 de 2008	29609 de 2008	33651 de 2011	36023 de 2011	38773 de 2013	36518 de 2013

No obstante al analizar las sentencias que remiten las Arquimédicas se amplía el espectro en cuanto a los pronunciamientos que de acuerdo al patrón fáctico aborda el problema jurídico, por ello se realiza un seguimiento a estas sentencias, encontrando que se expande el abanico del nicho citacional y posteriormente se ubica en una de las tesis planteadas, según corresponda.

PROCESO 34131 DE 2014 SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA									
<b>24323 de 2005</b>	<b>24468 de 2006</b>	<b>25920 de 2007</b>	<b>27477 de 2008</b>	<b>29609 de 2008</b>	<b>33651 de 2011</b>	<b>36023 de 2011</b>	<b>38512 de 2012</b>	<b>38773 de 2013</b>	<b>36518 de 2013</b>
		24468 de 2006	24468 de 2006	24468 de 2006	25920 de 2007	25920 de 2007		24323 de 2006	24323 de 2006
		24323 de 2006	26089 de 2006	26098 de 2006	26128 de 2007	28257 de 2008		24468 de 2006	24468 de 2006
				27477 de 2008	28257 de 2008	27477 de 2008		27477 de 2008	27477 de 2008
						29609 de 2008		30598 de 2009	38773 de 2013
						32829 de 2010			

2004	2005	2006	2007	2008	2009
	24323/2005	24468/2006	25920/2007	28257/2008	30598/2009

<sup>5</sup> Sentencias de reiteración en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal con relación a la Prueba de Referencia. Proceso 26089 del 02 de Noviembre de 2006 MP Sigifredo Espinosa Pérez; Proceso 26128 de 2007 del 11 de Abril de 2007 MP Jorge Luis Quintero Milanés; Proceso 28257 del 29 de Febrero de 2008 MP Augusto Ibáñez Guzmán; Proceso 32829 del 17 de Marzo de 2010 MP Sigifredo Espinosa Pérez; Proceso 33651 del 18 de Mayo de 2011 MP Javier Zapata Ortiz; Proceso 36518 del 09 de Octubre de 2013 MP José Leónidas Bustos Martínez; Proceso 38773 del 27 de Febrero de 2013 MP María del Rosario González Muñoz.

		26089/2006	26128/2007	27477/2008	
		19561/2006	28432/2007	29609/2008	
		23960/2006		29416/2008	
				24920/2008	

2010	2011	2012	2013	2014
32829/2010	33651/2011	38512/2012	36518/2013	34131/ 2014
	36023/2011		38773/2013	
			40702/2013	

***Lapso estudiado.***

El estudio se remonta al año de 2004, debido a la importancia de realizar un seguimiento a la evolución y desarrollo jurisprudencial que al interior de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido la prueba de referencia; teniendo como punto de partida la expedición del nuevo sistema penal oral acusatorio contenido en la ley 906.

***Patrón factico similar.***

En efecto las sentencias seleccionadas, conservan un patrón fáctico similar, son sentencias emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, donde se establece el alcance de la prueba de referencia, presupuestos para su admisibilidad y apreciación, contrastados con los principios procesales de inmediación y contradicción.

***Grafica de la línea jurisprudencial***

¿Cómo analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la prueba de referencia en contraposición a los principios de inmediación y contradicción en el nuevo sistema penal oral acusatorio colombiano, vigente desde el año 2004?

<b>Tesis número 1</b>		<b>Tesis número 2</b>
La prueba de referencia, como prueba testimonial	<b>Sentencia Fundacional 24323/2005</b>	En el sistema penal acusatorio la admisión de la prueba

<p>es admisible como medio probatorio en el sistema penal acusatorio.</p>	<p><b>MP. Yesid Ramírez</b></p> <p><b>Sentencia Hito</b> <b>24468/2006</b> <b>MP. Edgar Lombana</b></p> <p>19561/2006 MP. Yesid Ramírez</p> <p>23960/2006 MP. Sigifredo Espinosa</p> <p>25920/2007 MP. Javier Zapata</p> <p>28432/2007 MP. María González</p> <p><b>Sentencia Hito</b> <b>27477/2008</b> <b>MP. Augusto Ibáñez</b></p> <p>29416/2008 MP. Yesid Ramirez</p> <p>24920/2008 MP. José Leónidas</p>	<p>de referencia es excepcional, limitándose su incorporación como prueba en los casos expresamente señalados por la ley.</p>
---	--	---

	<p>29609/2008 MP. Julio Socha</p> <p>30598/2009 MP. María González</p> <p>36023/2011 MP. Fernando Castro</p> <p>38512/2012 MP. Gustavo Malo</p> <p>40702/2013 MP. María González</p> <p><b>Sentencia Arquimédica 34131/2014 MP. José Leónidas Bustos</b></p>	
--	--	--

### **Pronunciamientos jurisprudenciales de la prueba de referencia y reglas para su admisibilidad<sup>6</sup>**

---

<sup>6</sup> Ver el Derecho de los Jueces (2014, Pág. 177). “Finalmente, en el tercer paso, puntos nodales de la jurisprudencia, el investigador estudiara este nicho citacional formado mediante el análisis de las sentencias. Para su sorpresa encontrara, generalmente, que el análisis de nicho citacional no conduce a una masa amplísima de sentencias sino que, por el contrario, termina subrayando la existencia de unos puntos nodales dentro del nicho citacional.

En Colombia, el régimen de procedimiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004 consagra la prueba testifical directa como norma general, al prever en el artículo 402 -conocimiento personal- que el testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir.

Por regla general en el sistema procesal penal, para que una declaración pueda ser considerada en el fallo como sustento del mismo debe reunir al menos los siguientes requisitos: “i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa.” (Corte Suprema de Justicia, 34131 de 2014) y excepcionalmente se permite la valoración de pruebas practicadas por fuera del juicio oral, como sucede con las de carácter anticipado y las de referencia.

La prueba de referencia, se encuentra definida en el artículo 437 CPP como:

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.

No obstante, se impone como condición que la declaración realizada fuera del juicio oral verse sobre hechos sobre los cuales la persona que hace la declaración haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal.

La declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, como la contenida en una entrevista, declaración juramentada, interrogatorio y cualquier medio técnico de audio o video; inclusive por desarrollo jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia ha permitido que estas declaraciones provengan “inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta” (Proceso 27477 de 2008). Siempre y cuando la declaración que informa los hechos cuya verdad se pretenda probar, provenga de una persona determinada, es decir, que se halle

plenamente identificada o al menos individualizada, esto para dar mayor seguridad a la prueba de referencia y evitar que ingresen al proceso manifestaciones de personas desconocidas.

Por cuanto, “como la persona no puede ser habida para declarar directamente en el juicio oral sobre lo que percibió u observo y fue materia de su aseveración anterior, será necesario llevar su expresión de voluntad al proceso por medio de otro elemento probatorio” (Harin, 2004, p. 62) y su finalidad es recibir como evidencia una declaración que se hizo fuera de la vista o juicio en la que se ofrece, justamente para probar que tal declaración es verdadera y entonces, se entra a discutir si la admisión de esta prueba es un problema de legalidad o de credibilidad, para finalmente coincidir en afirmar que el inconveniente lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo percibido a través de los órganos de los sentidos de otra persona.

Sin lugar a duda, la prueba de referencia es prueba testimonial, y por ello el artículo 441 CPP establece que podrá cuestionarse la credibilidad de la prueba de referencia por cualquier medio probatorio y regularse su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental; destacando que:

El testimonio de referencia constituye solo un medio de prueba mas no una prueba válidamente considerada, distinción que se ofrece necesaria en la medida en que solamente son consideradas como tales las que han sido practicadas en el juicio y con pleno acatamiento a los principios que rigen el sistema acusatorio. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 30598 de 2009)

De modo que, según ha sido indicado por la Sala, la excepcionalidad de la prueba de referencia se fundamenta precisamente en su poca confiabilidad, pues los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, por ejemplo la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundo negativamente en su consistencia probatoria. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 34131 de 2014)

Chiesa en su libro tratado de derecho probatorio opina al respecto que:

Se excluye la prueba de referencia por su falta de confiabilidad, por su dudoso valor probatorio, no tiene las garantías de confiabilidad de la que se produce mediante testimonio en corte, a saber: i) hecha en el propio tribunal en el que se ofrece como evidencia, ii) bajo juramento, iii) frente a la parte perjudicada por la declaración, iv) frente al juzgador que ha de aquilatar su valor probatorio y, v) sujeta al conainterrogatorio por las partes que tengan a bien hacerlo. (p.565)

En razón a los riesgos de confiabilidad que genera la prueba de referencia, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, y dar aplicación a los siguientes presupuestos, establecidos jurisprudencialmente.

En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia de primer grado, entendiéndose como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos.

Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo. (Corte Suprema de Justicia, Procesos 19561 de 2006)

En segundo término,

Es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, identificando al testigo directo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas resulte imposible obtener tal comparecencia. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 40702 de 2013)

Pues de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente se estaría admitiendo una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria al espíritu del Estado Social de Derecho.

En tercer lugar,



Es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante *ex auditu* es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 40702 de 2013)

Y finalmente,

Es fundamental la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 23960 de 2006)

La prueba de referencia se refiere entonces, a aquel medio de convicción 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 (Corte Suprema de Justicia, Proceso 36023 de 2011).

El legislador fue sabio en establecer en el artículo 438 del CPP únicamente como prueba de referencia admisible 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 y d) Ha fallecido.

Recientemente mediante la ley 1652 de 2013 se estableció que también será admisible la prueba de referencia cuando el declarante 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 (acceso carnal violento en persona

protegida), 139 (actos sexuales violentos en persona protegida), 141 (prostitución forzada o esclavitud sexual), 188<sup>a</sup> (trata de personas), 188c (tráfico de niños, niñas y adolescentes), 188d (uso de menores de edad para la comisión de delitos), del mismo Código.

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

La no disponibilidad del testigo es evidente cuando la persona ha fallecido, cuando ha perdido la memoria o sufre grave enfermedad que le impida declarar, la discusión se presenta con respecto al numeral b) cuando después de referirse al secuestro y desaparición forzado indica que en eventos similares es igualmente admisible la prueba de referencia, lo que sin lugar a duda atenta contra su carácter excepcional y podría interpretarse como una prerrogativa o clausula residual incluyente en el cual no solo se limitaría su admisión según lo estrictamente indicado en la norma, sino según la interpretación que de la situación haga el juez.

Y al respecto ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 29609 de 2008

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

La condición que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible, es propia de la naturaleza del mandato legal, donde se permite la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante y en donde

“Acreditar la imposibilidad de comparecencia del testigo directo, es una exigencia legal que condiciona la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 24468 de 2006).

Esta misma figura procesal ha sido implementada en diferentes países, el caso de Puerto Rico donde inicialmente era excluida de plano la prueba de referencia, en vista de la evolución del sistema y la necesidad de administrar justicia, se fue cediendo paulatinamente hasta establecer una serie de excepciones que validan el ingreso de la prueba de referencia al debate probatorio, pero mucho más amplio que el contenido en el sistema colombiano, el cual posee limitadas posibilidades para ingresar este tipo de prueba al proceso y deja otro tanto en un limbo jurídico.

Las Reglas de evidencia para el Tribunal de Justicia de Puerto Rico representan una mediana copia de lo que es la prueba de referencia en Colombia, que conserva algunas características con respecto a las cláusulas de admisibilidad excepcional, sin embargo además de las condiciones anteriormente relacionadas el proceso penal interno no tiene en cuenta aspectos que reguló la legislación internacional, a saber: i) que el declarante esté exento o impedido de declarar por razón de un privilegio reconocido en esta regla en relación al asunto u objeto de su declaración, ii) insiste en no declarar a pesar de orden del tribunal para que declare, iii) está ausente de la vista y el proponente de su declaración ha desplegado diligencia para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

El artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 24468 de 2006)

Si en el juicio oral se detectan pruebas con contenidos de referencia, la parte que resulte afectada tiene la facultad de objetar, evitando que la declaración ingrese al conjunto probatorio y advirtiéndolo al juez al momento de su apreciación. En caso de no haberse opuesto y que la prueba de referencia ya esté incorporada, no es posible solicitar su exclusión. Lo anterior, toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004 “detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su exclusión” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 25920 de 2007). Salvo que se esté frente a una prueba de referencia múltiple, y se perciba que una declaración contenga apartes que constituya prueba de referencia admisible y no admisible, caso en el cual se deberán suprimir aquellos no cobijados por las excepciones de admisibilidad, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad.

La prueba de referencia múltiple “ofrece algunas dificultades, porque se trata de una evidencia que aparece después del tránsito de varias instancias de referencia” (Harin, 2004, p. 64). Por ejemplo el testimonio de A que afirma como B le habría dicho que C le dijo que D había cometido un hurto investigado.

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tiene por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral de una persona que no tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan en el proceso. (Corte Suprema de Justicia, proceso 27477 de 2008)

“La Ley 906 de 2004 introduce una especie de “tarifa negativa” para limitar el poder suasorio de las pruebas de referencia al estipular en el artículo 381 que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en esa clase de medios de convicción” (Corte Suprema de Justicia, proceso 24323 de 2005).

La prueba indirecta no es válida aun por sí sola o en conjunto para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre será necesaria la presencia de otros medios de conocimiento; aunque la norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, “ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado”( Corte Suprema de Justicia, Proceso 27477 de 2008)

”Por mandato legal, no basta por sí misma o junto con otros medios probatorios de la misma índole, para edificar un fallo de condena, precepto mediante el cual el legislador creó una tarifa legal negativa” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 30598 de 2009). Y para efectos de dictarse la sentencia, deben existir otras pruebas que permitan soportar la sentencia condenatoria, contrario a lo que sucede con la sentencia absolutoria, la cual si se puede fundar en pruebas de referencia; pues en caso de que se llegare a dictar sentencia condenatoria sustentada únicamente en prueba de referencia se incurriría en un error de derecho.

La limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, y por tanto, que las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 27477 de 2008)

En el sistema acusatorio “no pueden aceptarse verdades a medias ni imponer una sanción con suposiciones o conjeturas” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 28432 de 2007). Por ello, su contenido debe ser analizado en conjunto con otros medios de conocimiento y bajo los parámetros de la sana crítica.

Como ya se mencionó, la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable, lo que significa que “en términos de eficacia probatoria, es para el legislador una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza

racional sobre el delito y la responsabilidad penal del acusado” (Corte Suprema de Justicia, Proceso 27477 de 2008).

Afortunadamente, se han trazado reglas sobre la admisibilidad de la prueba de referencia y la sala penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado con respecto a las declaraciones de los peritos, pues en principio se creía que se presentaba un problema de testimonio referenciado “frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio”. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 25920 de 2007). Sin embargo “no hay prueba de referencia si estos tienen que conceptuar sobre materia de naturaleza tal, que generalmente los expertos en ese campo descansan sobre informes elaborados por otros” (Parra, 2011, p. 792) y aunque sean informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión.

Diferentes tesis giran en torno a la prueba de referencia

Que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de la mejor prueba disponible, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 27477 de 2008)

No obstante, el procedimiento penal Colombiano se ha mantenido en una postura intermedia, y al respecto admite la prueba de referencia en casos normativamente tasados contenidos en la ley, abandonando extremos perjudiciales de libre admisión y exclusión absoluta.

## **Conclusiones**

- ✓ El análisis de las sentencias abordadas respecto a la prueba de referencia, permiten identificar unanimidad en el precedente de la Sala de Casación Penal Corte Suprema

de Justicia, para afirmar que en el sistema penal acusatorio la admisión de la prueba de referencia es excepcional, limitándose su incorporación como prueba en los casos expresamente señalados por la ley.

- ✓ La prueba de referencia se torna en un elemento de convicción excepcional, cuyo contenido debe encontrar eco en otras pruebas practicadas con inmediación y su producción debe ser sometida a la contradicción de las partes, garantizando los principios procesales.
- ✓ Para considerar si se está frente a una prueba de referencia se debe tener en cuenta; que la declaración sea realizada por fuera del juicio oral, que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya percibido el declarante, que exista un medio de prueba que se ofrezca como evidencia para probar la verdad de los hechos que se pretenden hacer valer en la declaración y esta verdad a su vez tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate, relacionados directamente con la tipicidad de la conducta, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas y el grado de intervención en la conducta delictiva.
- ✓ Después de tenerse claro que se está frente a una prueba de referencia esta deberá ser analizada bajo los siguientes presupuestos, en primer lugar debe tratarse de un testigo de referencia de primer grado, en el entendido de que lo narrado por esta persona lo escuchó directamente de quien tuvo conocimiento inmediato de los hechos; también es necesario que el testigo de referencia identifique o individualice a su fuente de conocimiento, lo que permitirá que durante el curso del proceso el juez intente por todos los medios legales posibles su comparecencia al juicio, si bien este no pudiere comparecer al proceso, se estaría garantizando la ausencia de prueba testimonial anónima; de igual forma, se deben establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los hechos al testigo de referencia y finalmente, deberá concurrir otra clase de medios que persuasión que acrediten que lo referido al testigo indirecto le fue transmitido en la forma como este lo señaló.

- ✓ Únicamente será admisible la prueba de referencia cuando el declarante manifieste bajo juramento que ha perdido la memoria y esto es corroborado pericialmente; cuando es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; cuando padece de una grave enfermedad que le impide declarar; cuando sea menor de edad y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o cuando ha fallecido.
  
- ✓ La admisión excepcional de la prueba de referencia no afecta procesalmente el espíritu de los principios de inmediación y contradicción, ya que para su incorporación en el juicio debe atender ciertos parámetros jurisprudencialmente establecidos, limitándose su uso y aplicación.

### **Referencias bibliográficas**

Chiesa. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo II, Publicaciones JTS, Primera edición.

Corte Suprema de Justicia. (2007). *Proceso 25920*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.

Corte Suprema de Justicia. (2008). *Proceso 27477*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán

Corte Suprema de Justicia. (2007). *Proceso 28432*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente María del Rosario González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia. (2009). *Proceso 30598*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente María del Rosario González de Lemos.

Corte Suprema de Justicia. (2006). *Proceso 24468*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo.



- Corte Suprema de Justicia. (2006). *Proceso 19561*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia. (2006). *Proceso 23960*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Páez.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). *Proceso 24323*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas
- Corte Suprema de Justicia. (2008). *Proceso 24920*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2008). *Proceso 29416*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia. (2008). *Proceso 29609*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). *Proceso 34131*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2011). *Proceso 36023*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). *Proceso 38512*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia. (2012). *Proceso 40702*. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente María del Rosario González Muñoz.
- Devis Echandia, H. (1981). *Compendio de la Prueba Judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Tomo I.
- López Medina, Diego Eduardo. (2014). *El Derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Segunda Edición, Bogotá DC.

Harin Vásquez, Ramiro. (2004). *Sistema Acusatorio y Prueba*. Ediciones nueva jurídica.

Parra Quijano, Jairo. (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Librería ediciones del profesional Ltda. Decima octava edición.

República de Colombia. (2004). *Código Penal Colombiano*.

República de Colombia. (2013). *Ley 1652 del 12 de Julio*.

Tribunal General de Justicia de Puerto Rico. (1979). *Reglas de evidencia*.