

## CASACIÓN DERIVADA DE LA APLICACIÓN INDEBIDA DE LA PRUEBA DE REFERENCIA

**Alait de Jesús Freja Calao<sup>+</sup>**  
**Carlos de Jesús Altamiranda Baldiris<sup>+</sup>**

El régimen probatorio en materia penal exige, en el marco del procedimiento penal con tendencia acusatoria incorporado en Colombia a partir del Acto Legislativo 02 de 2003, el reconocimiento de principios y garantías dentro de las cuales se cuenta, entre otros, el principio de *inmediación de la prueba* por el que se exige la utilización del medio más directo que, en caso de una prueba testimonial, se caracteriza porque una persona hace manifestaciones de lo que ha visto u oído directamente. Ahora bien, en el caso de la denominada “prueba de referencia”, o “prueba de oídas”, es admisible en un proceso penal lo manifestado por un testigo que no ha presenciado personalmente lo sucedido, empero, dicha admisibilidad se da en específicas circunstancias cuando quien presenció el suceso no puede rendir su testimonio, y se exige que concurra otra prueba de cargo para que el pronunciamiento en sentido condenatorio no tenga por exclusividad la prueba de referencia (CLIMENT DURÁN, 2011, p. 262-263).

En el entendido de reconocer la existencia y uso de la prueba de referencia en el proceso penal, aún con flexibilidad frente a principios que rigen en materia probatoria, en el presente ensayo se quiere indaga por la “prueba de referencia” en sus elementos, características y empleo técnico, de tal manera que pueda, al vulnerarse, argumentar la existencia y adecuación con causales por las que por vía de casación penal se ataca su implementación en puntuales casos. Así proyectado, son tres las partes del presente documento, a saber, lo

---

<sup>+</sup> Abogado magíster en Derecho Penal y Criminología, docente universitario; coordinador académico – Defensoría del Pueblo.

<sup>+</sup> Abogado magíster en Derecho Penal y Criminología, docente universitario; Juez penal del circuito de Riohacha

pertinente sobre (i) la prueba de referencia, (ii) las causales y argumentación de ataque en sede de casación, y se finaliza (iii) con la respectiva conclusión.

## **1. La prueba de referencia sus características y requerimientos para su admisibilidad**

### **1.1. Definición y origen**

La figura jurídica de la prueba de referencia, tal como actualmente se conoce en el ordenamiento colombiano, tiene un origen anglosajón que surge al interior del sistema jurídico del common law. Este instituto fue incorporado en Colombia por la Comisión Permanente Constitucional por primera vez en el proyecto inicial que fue la base para sus labores. Teniendo en cuenta que el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico (de tendencia anglosajona), constituyó una de las bases jurídicas para la expedición de la Ley 906 de 2004, se evidenció allí la inclusión de la normativa prevista en dicho ordenamiento (AVELLA, 2007, pp. 38 y ss.).

En 1975, la Federal Rules of Evidence de los Estados Unidos expresa puntualmente el vocablo “Hearsay Evidence” que en su canon número 108 es definida como “[...] manifestación realizada por vía distinta a la prueba testifical por el declarante en juicio oral o en audiencia judicial, para probar la verdad de la cuestión de hecho afirmada”. La traducción literal de la expresión inglesa refiere evidencia de rumor o evidencia de oídas.

Otro antecedente clave es el tenor del artículo 60 de la Regla de Evidencia de Puerto Rico, la cual según Chelsea, 2005, se asemeja a la Regla 801(c), en donde se refiere a esta prueba como una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado (VÉLEZ, 2010, p. 17).

En dicho procedimiento anglosajón la prueba de referencia tiene dos connotaciones las cuales pueden ser analizadas, primero desde su estructura

básica, esto es una afirmación o declaración que ratifica lo asegurado respecto de los hechos y a su vez una facultad para disponer de dicha evidencia en el proceso judicial, y, por otra parte, como una evidencia adicional que reafirma la prueba directa, ya que está ligada al testigo propio de los hechos y por dicha razón, se asume pues su competencia para ello.

GUERRERO en 2015, se refirió a este instrumento como la declaración de un testigo quien refiere los conocimientos fácticos que ha obtenido de la comunicación procedente de un tercero quien ha percibido de manera personal lo relatado.

Es posible definir la prueba de referencia desde su noción y elemento sustancial como una declaración alcanzada por fuera del juicio oral que contiene una afirmación la cual busca demostrar la verdad de lo aseverado pretendiéndose incorporar dicha afirmación como evidencia en el proceso penal en alusión a los hechos que son objeto del mismo (Regla 60, Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia, 1979; CHIESA, 2005, p. 565; VÉLEZ, 2010, p. 18; y, PARRA, 2011, p. 777, MARTÍNEZ-MÉNDEZ, 2017).

En el plano nacional, la definición legal está consignada en el tenor del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, el cual se refiere a la prueba de referencia 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 o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio”.

En ese sentido, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en sentencia del 6 de marzo de 2008 y radicado 27477, sugiere una definición menos abstrusa, en la que describe la prueba de referencia como la evidencia o medio probatorio a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes, para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de

intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate como la antijuridicidad o culpabilidad, entre otros.

## 1.2 Características y principios

Con la implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio (Ley 906 de 2004) se buscó que el procedimiento penal en Colombia se asemejara al que existe en los países anglosajones, dándole oralidad e inmediatez al proceso; lo mismo sucedió con los medios de conocimiento que son sometidas a contradicción de una manera concentrada para así asegurar la inmutabilidad de la prueba.

Originando nuevas instituciones procesales penales entre las cuales encontramos un cambio rotundo en la forma de producción, aducción de la prueba, pasando del sistema de permanencia de la prueba al sistema de inmediación probatoria, dejando exclusivamente la etapa de juicio como exclusiva para la producción, aducción de los medios probatorios, con la única excepción de la figura de la prueba anticipada. Este nuevo procedimiento para juzgar la comisión de conductas punibles trajo como una de las principales modificaciones es lo concerniente a la pruebas testimonial en el sentido que solo se tendrá como prueba la que haya sido practicada y controvertida delante del Juez en la etapa de juicio y específicamente en la prueba testimonial el testigo únicamente podrá declarar sobre aspecto que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar y percibir.

En el Proceso Penal colombiano se estableció una libertad probatoria contemplada en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, en ese artículo queda plasmado la decisión del legislador que los hechos y circunstancias propias de cada caso sean resueltas a través de cualquier medio que no viole los derechos humanos, así de esta forma queda proscrito cualquier forma de tarifa legal probatoria, que sí se encuentra presente en otras ramas del derecho. En particular la prueba de referencia se encuentra regulada en el artículo 437 el cual reza: “Se considera como prueba de referencia toda

declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”. Por su parte el maestro Jairo Para Quijano la define como “la declaración emitida por una persona y que, a pesar de no haberse producido en el juicio oral, se utilizará en el proceso cuando se cumplan determinadas condiciones” (PARRA QUIJANO, 2011, p.p. 813 – 818).

### 1.3 Noción y elementos

El artículo 437 del código de procedimiento penal, define la prueba de referencia de la siguiente manera:

Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio.

Esta definición tiene marcada la incidencia del derecho de Puerto Rico, aunque presenta diferencias cuyo análisis resulta pertinente para establecer el alcance de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano. (BEDOYA, 2013, p. 169)

El artículo 801 de la Ley de Evidencias de Puerto Rico precisa lo que ha de entenderse por prueba de referencia:

Definiciones.

Se adoptan las siguientes definiciones relativas a la prueba de referencia:

a). Declaración: Es (a) una aseveración oral o escrita; (b) conducta no verbalizada de la persona, si su intención es que se tome como una aseveración.

b) Declarante: Es la persona que hace una declaración.

c) Prueba de referencia: es una declaración que no sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

Como puede advertirse la norma colombiana tiene ampliadas coincidencias con su similar puertorriqueña, pero ésta incluye dos definiciones y un requisito ausentes en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004. La jurisprudencia local ha intentado suplir este “déficit”: por ejemplo, en la sentencia 27477 de 2008 la Corte Suprema de Justicia redefine la prueba de referencia e incluye el requisito presente en la norma de Puerto Rico: que la declaración se presente para demostrar la verdad de lo aseverado (BEDOYA, 2013, p.p. 170-171).

En la Sentencia 27477 de 2008 la Corte Suprema de Justicia, además de valerse de la noción de prueba de referencia menciona en la Ley, se indica que esta es:

En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir 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.

También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido conocimiento personal, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del código, que

impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal:

“ART. 402.—Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo”.

La prueba testimonial llamada indirecta, de oídas, *hearsay* o *ouï dire* (oír decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

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 tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo

buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que esta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo.

Esta especial característica la diferencia también de la llamada prueba de referencia con fines de impugnación, a través de la cual no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, como de ordinario acontece con la evidencia que se utiliza con propósitos estrictamente probatorios, sino simplemente con el fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del código.

Adicionalmente a estos requerimientos, la normatividad exige que la verdad que se pretende probar a través de la prueba de referencia, tenga adicionalmente la virtualidad de definir aspectos sustanciales del proceso, como las categorías del delito, o las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, exigencia que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 27477, 2008)

#### 1.4 Casos en los que es admisible

El fundamento de la admisibilidad de prueba de referencia no es otro que el de la satisfacción de la justicia material cuando no se cuentan con más medios probatorios para enjuiciar un determinado caso, aunque siempre condicionando la valoración de tal medio probatorio a unas mayores exigencias a las que

habitualmente se aplican para valorar la modalidad ordinaria de la prueba testimonial (CLIMENT DURÁN, 2011, P. 267).

En relación con el derecho comparado, en España, se admite este tipo de pruebas únicamente cuando no es posible contar con los testigos directos, como regla general, bien sea por haber fallecido, hallarse en el extranjero o estar ausente o ilocalizados, bien sea porque son menores de edad y es perjudicial para ellos prestar declaración.

En Colombia ateniendo a la admisibilidad de la prueba de referencia según la Sentencia 27477 de 2008, proferida por la Corte Suprema de Justicia lo hace de la siguiente manera:

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como 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 redundando negativamente en su consistencia probatoria.

Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, 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.

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.

Con frecuencia estas formas de regulación se combinan, y a la par de la prohibición general de admisión a práctica se establecen no sólo excepciones incluyentes de carácter categórico, sino también, una de índole residual, con la que se busca distensionar o flexibilizar la estructura inamovible de las excepciones tasadas, permitiendo que el juez, discrecionalmente, decida sobre la admisión de la prueba, cuando esté frente a situaciones especiales no reguladas por las excepciones tasadas, pero similares a ellas.

El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones:

- a) Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez;
- b) Se encuentra eximida de prestar la declaración

en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; c) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; d) Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; e) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; f) Padece una grave enfermedad que le impide declarar; g) Ha fallecido; h) Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; i) Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible. La norma aprobada, dice:

“Artículo 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

“a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;

“b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;

“c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;

“d) Ha fallecido.

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

Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia, alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

Paralelamente a ello, la norma introdujo una excepción residual admisible o cláusula residual incluyente, de carácter discrecional, en la hipótesis prevista en el literal b), al dejar en manos del Juez la posibilidad de admitir a práctica en el juicio, pruebas de referencia distintas de las allí reseñadas, frente a eventos similares.

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

(...)

“Ahora bien, 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 este género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381”.

(...)

Adviértase, finalmente, que la admisibilidad a práctica de la prueba de referencia no opera por la mera circunstancia de concurrir los presupuestos señalados en el artículo 438 del Código. Paralelamente a ello, el juzgador debe examinar si la prueba satisface las exigencias de legalidad, oportunidad, pertinencia objetiva, pertinencia funcional, conducencia y conveniencia exigidos por el Código para la admisión de las distintas categorías probatorias (artículos 360, 374, 375 y 376 ejusdem), conclusión que se obtiene de interrelacionar no solo las disposiciones generales que regulan la admisibilidad de las pruebas, sino del claro texto del artículo 441, inciso segundo, ejusdem:

“Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su admisibilidad y apreciación, por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 27477, 2008)

## **2. Aplicación indebida de la prueba de referencia frente a la Casación**

El artículo 381 de la Ley 906 del 2004 en su inciso segundo señala que la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia, originando la problemática cuando esta clase de prueba son valoradas para fundamentar una condena y cuál de los extremos son los que se pueden demostrar a través de ella, la existencia del hecho o la responsabilidad del condenado, o son admitidas como tales sin tener esa categoría.

De esta forma, es claro que la motivación de una sentencia condenatoria no debe tener como base pruebas de referencia en exclusiva, sin embargo, esta disposición o tarifa legal negativa no se aplica con total apego a la norma mencionada, siendo, en algunos casos, sentencias condenatorias proferidas con base exclusivamente en pruebas de referencia.

Así las cosas es menester determinar las diferentes vías para atacar las pruebas de referencia en casación, puesto que, todas aquellas sentencias condenatorias que se profirieron con base en estas, violan de manera directa con lo estipulado en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, lo que conlleva, por un lado que personas se encuentren condenadas sin ser realmente vencidas en juicio, sin desvirtuarse su presunción de inocencia más allá de toda duda razonable, y por otro lado la impunidad de aquellas personas que no fueron investigadas o juzgadas gracias a los “aportes” de la prueba de referencia.

Dado este carácter excepcional, se le impone al juez una prohibición, la cual corresponde a que no puede proferir sentencia condenatoria con exclusividad en pruebas de referencia (artículo 381 CPP), no obstante, hay jueces que desconocen esta prohibición expresa y condenan con base en estas pruebas.

De esta forma y tras agotar los recursos ordinarios para la revisión de este tipo de sentencias, se acude al recurso extraordinario de casación, el cual se constituye como la última forma de reivindicar los derechos de las personas que han sido condenadas injustamente. Con la presentación de este recurso extraordinario, su busca excluir dicho tipo de pruebas proscritas en el Código de Procedimiento Penal, para lograr esto se puede hacer a través de dos vías ya sea de manera indirecta o de manera directa.

Para cumplir con el objetivo de determinar cuál es la vía para atacar una sentencia condenatoria fundada en prueba de referencia allegada ilegalmente al proceso.

## 2.1 Causal a invocar

Para determinar las diferentes formas de atacar la prueba de referencia en el recurso extraordinario Casación, debemos precisar que normalmente los problemas de prueba de referencia son atacados vía casación por la causal tercera del artículo 181<sup>1</sup> por violación indirecta, error de derecho, por falso juicio de convicción, al fundarse la sentencia condenatoria exclusivamente en prueba de referencia; frente a este aspecto el cual se le otorga una tarifa legal negativa, no tiene mayor discusión en cuanto a la interposición del recurso extraordinario por esta vía. Obviamente haciendo la salvedad que la prueba de referencia aducida cumpla con los parámetros de admisibilidad establecido en el artículo 438 *ibidem*, de no ser así su ataque varía sustancialmente en el entendido que, si la sentencia está fundada en prueba de referencia inadmisibles, su cuestionamiento discurriría por el cauce de la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad.

---

<sup>1</sup> Artículo 181. (...)

3. El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.

(...)

Precisamente el artículo 439 del código de procedimiento penal indica:

Quando una declaración contenga apartes que constituya prueba de referencia admisible y no admisible, deberán suprimirse aquellos no cobijados por las excepciones previstas en los artículos anteriores, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne en ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad.

Lo anterior presupone que en los casos donde el juez no excluya del testimonio rendido la declaración que contenga referencias inadmisibles, y estas sirvan de base para el fallo de condena, estaría incurriendo en un error de derecho por un falso juicio de legalidad al valorar el contenido de dicha declaración que de hecho son de referencia no cobijado por las excepciones consagradas en el código de procedimiento penal<sup>2</sup>.

Pero si bien es cierto que existe la prohibición legal para condenar exclusivamente con pruebas de referencia, por ser esta una evidencia precaria, incapaz por sí sola, cualquiera sea su número, de producir certeza racional sobre el delito y la responsabilidad del acusado, y que, para efectos de una decisión de condena, requiere necesariamente de complementación probatoria (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 27477, 2008).

La problemática actual no radica en el carácter de la tarifa legal negativa que se les ha dado a las decisiones que se fundan exclusivamente en prueba de referencia sino en la complementación probatoria de esta clase de prueba para efectos de proferir las decisiones condenatorias. Desde los albores de la decisión de la Corte Suprema de Justicia ampliamente citada se ha dicho frente a esta temática que si bien la norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testificar directa o indiciaria), siempre y cuando sea de naturaleza distinta y que en su conjunto probatorio al momento de valorarlas conduzca al

---

<sup>2</sup> Sentencia SP 7248 del 10 de junio de 2015, Corte Suprema de Justicia.

conocimiento , más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y de la responsabilidad del acusado. En dicha decisión se dijo que si la prueba de referencia (única o múltiple), complementaba con la prueba de naturaleza distinta, no permite llegar a este nivel o estadio de conocimiento, el juzgador debe absolver, pues el artículo 381 del código de procedimiento penal no contiene una tasación positiva del valor de la prueba, en el sentido de indicar que una prueba de referencia más una de otra naturaleza es plena prueba, sino una tasación negativa, es decir que no es posible condenar con fundamento en prueba de referencia.

Como referente jurisprudencial más cercano a esta problemática, la Corte Suprema de Justicia en decisión del 16 de marzo del 2016 radicado 43866 señaló:

Finalmente, debe insistirse en que una cosa es que la sentencia condenatoria no pueda estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia y otra muy diferente la valoración de la pluralidad de medios de conocimiento aportados por la Fiscalía para soportar su teoría del caso.

(...)

Una vez verificado el carácter plural de las pruebas orientadas a soportar la teoría del caso de la Fiscalía, su valoración debe hacerse a la luz de los criterios establecidos para cada medio de conocimiento en particular, sin perjuicio de la obligación de valorar las pruebas en su conjunto y de considerar los criterios estructurales de la sana crítica: máximas de la experiencia, conocimiento técnico científico y reglas de la lógica.

Al efecto debe tenerse en cuenta que la admisión de una declaración anterior a título de prueba de referencia no significa que se le esté otorgando un determinado valor probatorio. En el mismo sentido, la existencia de otras pruebas de responsabilidad, que acompañen a la de referencia, no significa que proceda la emisión de la condena. En cada caso

debe hacerse la valoración individual y conjunta de la prueba, con el fin de verificar si las mismas permiten alcanzar el estándar de conocimiento establecido en la ley como presupuesto de la condena: convencimiento más allá de duda razonable.

Lo anterior sin perjuicio de que lo dispuesto en la parte final del varias veces citado artículo 381 sea trasgredido de forma velada, cuando la responsabilidad está basada exclusivamente en prueba de referencia, pero para ocultar esa realidad procesal se enuncian “pruebas” que terminan siendo impertinentes o inconexas con los aspectos factuales determinantes del juicio de responsabilidad. En todo caso, la parte que alegue este tipo de vicios tendrá la carga de elegir la causal de casación adecuada y asumir las respectivas cargas argumentativas. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 43866, 2016)

Lo anterior denota que frente a este tópico de la prueba complementaria a la prueba de referencia y que sirve de base para el proferimiento de la condena, es muy poco lo que en término jurisprudencial se ha dicho, si bien esta decisión de la Corte, citada recientemente por la sentencia SP 2709 de 11 julio del 2018, no profundizó sobre qué aspectos recae la valoración del medio probatorio complementario a la prueba de referencia, lo que puede generar mayor problemática. Es de imaginarse si la prueba complementaria solo demuestra la existencia del hecho y en la decisión condenatoria se complementa con prueba de referencia el otro extremo de la sentencia como lo es la responsabilidad del acusado, frente a esta situación se puede predicar que en estricto sentido la decisión se está fundando única y exclusivamente en prueba de referencia por lo tanto su ataque en casación sería por la causal de falso juicio de convicción, a pesar que dichas pruebas de referencia única o múltiple esté acompañada de otras pruebas de distinta naturaleza.

Así podría ocurrir innumerables casos que toquen no solamente el aspecto relativo de la responsabilidad sino todas las demás variantes como tales: amplificadores del tipo, grado de autoría y participación, atenuantes, agravantes, entre otros.

Finalmente, la jurisprudencia señala frente a la restricción lo siguiente:

En suma, frente a la restricción consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, deben tenerse en cuenta aspectos como los siguientes: (i) la prueba de referencia no puede asimilarse automáticamente a prueba indirecta; (ii) así como la responsabilidad penal puede estar basada en prueba indirecta, la prohibición de basar la condena únicamente en prueba de referencia puede ser superada con este tipo de pruebas (indirectas); (iii) la Fiscalía tiene el deber de realizar lo que esté a su alcance para lograr la corroboración de la versión de la víctima, incluso a través de las denominadas “corroboraciones periféricas”; y (iv) una cosa es la prohibición legal de que la condena esté basada exclusivamente en prueba de referencia, y otra que las pruebas plurales –algunas pueden ser de referencia- sean suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, según el estándar de conocimiento establecido por el legislador. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 43866, 2016)

## 2.2 Conclusión

La prueba de referencia es un medio de conocimiento excepcional de carácter precario, debido a su relación íntima con la garantía mínima de confrontación e inmediación, la cual se puede admitir en los casos previamente señalados en la Ley. Cuando una decisión judicial está fundada exclusivamente en esta clase de prueba la ley prevé para su tratamiento una tarifa legal negativa, en el sentido que ninguna sentencia se puede fundamentar exclusivamente en

dichas pruebas. De ocurrir esto la vía de ataque extraordinaria es la causal tercera establecida en el artículo 181 de la Ley 906 del 2004, alegando una violación indirecta por un error de derecho por falso juicio de convicción.

Lo anterior no obsta, que en casos específicos de decisiones condenatorias fundada en prueba de referencia inadmisibles su ataque se haga por la vía de la misma causal tercera, pero alegando un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Al establecer la Ley la tarifa legal negativa en relación con esta prueba no está indicando que con la misma no se pueda proferir un fallo condenatorio, sino que ante la existencia de esta debe estar acompañada de otros medios probatorios de distinta naturaleza (directa o indirecta) empero que tengan capacidad de cubrir el estándar de conocimiento exigido por la ley para el procedimiento de la sentencia condenatoria, como lo es, más allá de toda duda razonable. Es de precisar que la prueba complementaria a la de referencia debe estar dirigida a demostrar el extremo más importante de la decisión judicial condenatoria como lo es la responsabilidad del procesado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVELLA, P. O. (2007). Estructura del proceso penal acusatorio. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- BEDOYA, L. (2013). Prueba de Referencia y Otros usos Declaraciones Anteriores Al Juicio Oral: Análisis a la luz del derecho a la confrontación. Medellín: Comlibros.
- CHIESA, E. L. (2005). Tratado de Derecho Probatorio (T. II, 1 ed.). USA: FTS.
- CLIMENT DURÁN, C. (2011). *La Prueba Penal. Tomo I.* 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2018). La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá,
- GUERRERO, O. J. (2015). Institutos probatorios del nuevo proceso penal (2 ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- MARTÍNEZ MÉNDEZ, N. J. D. P. (2017). La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación.
- PARRA QUIJANO, J. (2011). Manual de Derecho Probatorio (10 ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- VÉLEZ, E. (2010). La prueba de referencia y sus excepciones. San Juan de Puerto Rico: Inter Juris.

### Páginas web

- ARIAS DUQUE, MILTON, ZAPATA ECHEVERRY, MARÍA MANUELA Y AGUIRRE ROTAVISTA, OMAR. (s.f.) Recuperado de <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/523/LA%20PRUEBA%20DE%20REFERENCIA%20EN%20EL%20SISTEMA%20PENAL.pdf?sequence=1>
- CHAVEZ GUEVARA, IVONNE ROCÍO Y PABON VALENCIA, MARÍA ALEJANDRA. Prueba de referencia: marco legal, principales problemas en su aplicación y su tratamiento jurisprudencial. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Recuperado de <http://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Modulo-de-Pruebas.pdf>
- GAITÁN GONZÁLEZ, YAMILE. Prueba de referencia en el sistema procesal penal colombiano. Recuperado de [http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3118/GAITAN\\_GONZALEZ\\_YAMILE\\_2017\\_PRUEBA%20DE%20REFERENCIA%20EN%20EL%20SISTEMA%20PROCESAL%20PENAL%20COLOMBIANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/6789/3118/GAITAN_GONZALEZ_YAMILE_2017_PRUEBA%20DE%20REFERENCIA%20EN%20EL%20SISTEMA%20PROCESAL%20PENAL%20COLOMBIANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- JIMENEZ MONROY, PAULA ASTRID. La prueba de referencia evolución jurisprudencial en la corte suprema de justicia (2005-2009) Recuperado de <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6544/JimenezPaula2012.pdf?sequence=1>
- MORA GARCÍA, DANIELA. La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de inmediatez y contradicción en el sistema penal acusatorio. Recuperado de [http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13898/2/ARTICULO\\_PRUEBA\\_DE\\_REFERENCIA.pdf](http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13898/2/ARTICULO_PRUEBA_DE_REFERENCIA.pdf)
- PARRA ARCHILA, MARÍA VICTORIA. La prueba de referencia en la Ley 906 de 2004. Recuperado de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/23maria-victoria-parra-a.pdf>
- Reglas de evidencia para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico (1979). Recuperado de <http://www.lexjuris.com/lexlex/lexevide.htm>

## **Jurisprudencia**

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (07 de octubre de 2008). Sentencia 17629. [MP Mauricio Fajardo Gómez]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL (18 de marzo 16 del 2016). *Sentencia 43866*. [MP Patricia Salazar Cuéllar]

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (30 de marzo de 2006). sentencia Rad. 24468 [MP Edgar Lombana Trujillo]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (6 de marzo de 2008). sentencia Rad. 27477. [MP Augusto J. Ibáñez Guzmán]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia con número de proceso 28935 (M.P. José Leónidas Bustos Martínez; 1 de julio de 2009).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (14 de diciembre de 2011). Sentencia con número de proceso 34703. [MP Augusto Ibañez Guzman]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (9 de octubre de 2013). Sentencia con aprobación de acta N. 336. [MP José Leónidas Bustos Martínez]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (25 de junio de 2014). Sentencia con número de Rad. 43303. [MP Fernando Alberto Castro Caballero]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (2 de julio de 2014). Sentencia con número de Rad. 34131. [MP José Leónidas Bustos Martínez]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (24 de septiembre de 2014). Sentencia con número de Rad. 39279. [MP Eugenio Fernández Carlier]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (25 de febrero de 2015). Sentencia con número de Rad. 45011. [MP Eugenio Fernández Carlier]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (30 de enero de 2017). Sentencia con número de Rad. 42656. [MP Eugenio Fernández Carlier]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (30 de septiembre de 2015). Sentencia con número de Rad. 46153. [MP Patricia Salazar Cuellar]

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (16 de marzo de 2016). Sentencia con número de Rad. 43866. [MP Patricia Salazar Cuellar]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (6 de marzo de 2018). Sentencia con número de proceso 27477. [MP Augusto Ibañez Guzman]
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. (25 de enero de 2017). Sentencia con número de Rad. 44950. [MP Patricia Salazar Cuellar]