

El error como falso juicio de convicción frente a la prueba de referencia como causal de  
casación en materia penal

Diana Andrea Gómez Martínez

Bárbara Patricia Forigua Sánchez

Universidad Libre

Maestría en Derecho Penal

Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

Bogotá D.C., 2022

## Tabla de contenido

I. Introducción	4
II. Justificación	5
Capítulo I	7
1. Estructura metodológica del trabajo	7
1.2. Límites espaciales, temporales y sustanciales	7
1.3. Formulación del problema	10
1.4. Hipótesis	10
1.5. Metodología	11
1.6. Objetivos	12
1.6.1. Objetivo General	12
1.6.2. Objetivos Específicos	12
Capítulo II	13
2. Análisis jurídico procesal de la prueba de referencia en Colombia y en el extranjero	13
2.1. La prueba en el proceso penal Ley 906 de 2004	13
3. Principios rectores del proceso penal que se afectan con la admisión excepcional de la prueba de referencia	22
3.1. Principio de Inmediación	22
3.2. Contradicción	24
3.3. Cláusula de exclusión	25
4. La prueba de referencia en la legislación extranjera	27
4.1. La prueba de referencia en las reglas de evidencia de Puerto Rico.	27
4.2. La prueba de referencia en el sistema de justicia penal acusatorio oral mexicano	29
4.3. La prueba de referencia en la legislación Argentina	31
4.4. La prueba de referencia en la legislación española	32
5. Prueba de Referencia. Análisis jurisprudencial del significado, alcance y aplicación de la prueba de referencia	33
5.1. Admisibilidad de la prueba de referencia	38
5.2. Los informes de policía judicial o de investigador de campo como prueba de referencia	42
Capítulo 3	46
6. El recurso extraordinario de casación	46
6.1. Legitimidad e interés jurídico para recurrir	47

6.2. Fines de la Casación	48
6.3. Causales de procedibilidad para el recurso extraordinario de casación	50
6.4. El error in procedendo	51
6.5. El error in iudicando	52
6.6. El error de derecho por falso juicio de convicción	53
6.7. Estructuración del cargo	56
6.8. La prueba de referencia como falso juicio de convicción frente a la casación penal	58
6.9. Criterio jurisprudencial sobre la indebida estructuración del cargo de la causal de error de derecho por falso juicio de convicción	60
6.9.1. Corte Suprema de Justicia, Radicado 49822 de 2019	61
6.9.2. Corte Suprema de Justicia, Radicado 56207, Sentencia AP3112-2020	62
6.9.3. Corte Suprema de Justicia, Radicado 56350, Sentencia AP4141-2021	64
6.9.4. Corte Suprema de Justicia, Radicado 55591, sentencia AP4169-2021	65
6.9.5. Corte Suprema de Justicia, Radicado 56038, Sentencia AP5587-2021	66
6.9.6. Corte Suprema de Justicia, Radicado 59055, Sentencia AP663-2022	67
7. Criterio jurisprudencial establecido por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2019, referente al error de derecho por falso juicio de convicción; corroboración periférica	69
7.1. Corte Suprema de Justicia, Radicado 54151, Sentencia SP1964-2019	70
7.2. Corte Suprema de Justicia, Radicado 50587, Sentencia SP3274-2020	71
7.3. Corte Suprema de Justicia, Radicado 58668, sentencia SP1177-2022	72
8. Conclusiones	73
9. Referencias bibliográficas	75

## I. Introducción

El sistema procesal se soporta en un sistema con tendencia adversarial, siendo desarrollado en la Ley 906 de 2004, en el que se determina que fuese de tendencia acusatoria, es decir, la investigación y juzgamiento son actividades diferentes, por tanto, separadas.

Dentro del proceso, serán objeto de análisis por parte del fallador, solo las pruebas discutidas frente a este, ello, en observancia y respeto del principio de inmediación, existiendo como una excepción a la regla general, la prueba de referencia regulada en la Ley 906 de 2004, (arts. 437, 438, 439 y 440) en la actualidad, presenta muchas discusiones frente a los casos de excepcionalidad para su admisibilidad.

El art. 437, conceptúa sobre la prueba de referencia, palabras más, palabras menos, como aquellas manifestaciones realizadas por un testigo por fuera del juicio oral, la cual es utilizada para demostrar elementos de la conducta punible, la intervención en ella, circunstancias de atenuación o agravación del castigo, entre otras.

De lo anterior se resalta que, así el medio probatorio de referencia sea excepcionalmente admisible, existe en el estatuto procesal penal acusatorio una tarifa legal negativa señalada en el art. 381 “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”, pues su valor probatorio se encuentra supeditado a la corroboración de su contenido con el resto del acervo probatorio.

En el presente trabajo de investigación estudiaremos la prueba de referencia, detallando las decisiones emitidas por el máximo tribunal de la justicia ordinaria en Colombia, esto es, la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de 2019 a 2022, con el único fin de definir de una manera nítida la definición del concepto que nos ocupa (prueba de referencia), frente a los eventos en que se alegue por parte del demandante el error por falso juicio de convicción, es decir, cuando la prueba de referencia es el soporte de la correspondiente sentencia.

## II. Justificación

El sistema penal con tendencia acusatoria se incorporó en Colombia con la expedición de la Ley 906 de 2004, producto del Acto legislativo 03 de 2002, que reforma los arts. 116, 250 y 251 de la constitución política, creando el Código de Procedimiento Penal, norma que disciplina los trámites y mecanismos que se debe cumplir ante las autoridades jurisdiccionales para hacer efectivos las normas consagradas en el código penal.

El código de procedimiento penal establecido en la Ley 906 de 2004, instituye en su (art. 381, inc. 2) una tarifa legal negativa, indicando de manera textual que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia”.

Esta afirmación, establece como obligación, que se conozca claramente cuál es el significado de prueba de referencia, y cuáles son las excepciones para su admisibilidad de forma excepcional y posterior valoración por parte del juzgador, y de esta manera identificar la procedencia del reproche a la sentencia en sede de casación por vía del error de derecho por falso juicio de convicción frente a la valoración de la prueba de referencia.

Lo anterior, permite determinar la obligatoriedad del concepto de prueba de referencia cuando esta es el fundamento de una demanda de casación, ya que sin la claridad en estos temas y sus definiciones no podremos lograr la admisión del libelo demandatorio, esto con el fin de lograr un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal.

Todo lo hasta acá dicho, identificando que la mejor manera de realizar un análisis es a través del:

“i) análisis del significado, de prueba de referencia desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial; ii) análisis de diferentes fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el que el fundamento o uno de ellos, es la prueba de referencia como error por falso juicio de convicción, y por último, iii) establecer el significado y

alcance de la prueba de referencia como argumento de una demanda de casación en Colombia, cuando el fallador fundamentó su decisión precisamente en prueba de referencia” (Peña, 2016).

Se identifica entonces que son pocos los estudios existentes respecto del acierto en la escogencia de la causal de casación cuando la demanda sustenta su reproche respecto de la prueba de referencia, y menos tratándose de casos en los que se expone el error por falso juicio de convicción, por ello se busca con este trabajo de investigación, brindar herramientas a las partes intervinientes en el proceso penal para que estas se encuentren en capacidad de presentar una demanda de casación en materia penal y que la misma resulte admitida por parte de la Sala de Casación Penal.

Así las cosas, este documento pretende dar respuesta a las inquietudes que surgen en relación con la prueba de referencia como causal de casación por error por falso juicio de convicción, esto con el fin de evitar inadmisiones de las demandas de casación soportadas en el tema que ahora nos ocupa, y se lograrán decisiones en las que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tome decisiones de fondo.

## **Capítulo I**

### **1. Estructura metodológica del trabajo**

La presente investigación, estudiaremos la prueba de referencia, detallando las decisiones por el máximo tribunal de la Justicia Ordinaria, Corte Suprema de Justicia, en el marco temporal de 2019 a 2022, frente a los eventos en los cuales el demandante alegue el error por falso juicio de convicción, es decir cuando la prueba de referencia, sea el soporte de la correspondiente sentencia.

#### **1.2. Límites espaciales, temporales y sustanciales**

El sistema de investigación y juzgamiento introducido por el acto legislativo 03 de 2002 tiene una estructura constitucional desarrollado en el artículo 250 de la carta magna. El contexto constitucional nos enseña que en Colombia se concibió un proceso penal adversarial, el cual se desarrolla a través de una confrontación de partes, acusador y acusado, solucionada por un tercero imparcial, conocido como Juez.

La Constitución Política de Colombia designó la función de acusador a la Fiscalía General de la Nación, ente especial facultado para investigar conductas punibles y adelantar el ejercicio de la acción penal a través de la presentación de la acusación ante los jueces de la república.

El artículo 250 constitucional ha atribuido funciones y facultades al ente investigador, entre ellas Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, recolectar elementos materiales probatorios, información legalmente obtenida y evidencia física, presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, solicitar la imposición de medida de aseguramiento, sustentar la preclusión de la acción

penal, velar por la protección de la víctima, dar la aplicación del principio de oportunidad, dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial.

En el sistema penal acusatorio establecido en Colombia ha ideado un juez de control de garantías, funcionario jurisdiccional encargado de preservar el respeto por la garantías y libertades de la persona vinculada al proceso penal, y un juez de conocimiento encargado de la dirección de un juicio oral y público, el cual debe orientar el juzgamiento a través de los principios de inmediación, concentración, contradicción e imparcialidad, además de apreciar y valorar las pruebas practicadas en el juicio y emitir una sentencia absolutoria o condenatoria.

La estructura probatoria del proceso penal acusatorio está definida en la parte final del artículo 29 superior, los artículos 250 numeral 3, 4 y 9 de la Constitución política los cuales hacen referencia a la cláusula de exclusión probatoria, el deber de aseguramiento y descubrimiento de los elementos materiales por parte de la fiscalía y los principios rectores que disciplinan el proceso penal.

La finalidad de la prueba en el proceso penal está definida en el artículo 372 del código de procedimiento penal, el cual dispone que “las pruebas tienen por fin 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” (Ley 906 de 2004), de acuerdo con lo anterior, a través de la prueba se le suministra al juzgador el conocimiento necesario que soporta la decisión que pone fin a una controversia.

El debate es en el juicio, el cual se orienta a través de las bases de la oralidad, la confrontación y la adversarialidad. Este escenario se orienta a través de la regla general de que los testigos deben comparecer a inmediación del juez a declarar lo que le conste sobre los hechos que se juzgan y en el que se debe garantizar la contradicción del testimonio. Lo



anterior sin desconocer los otros elementos de prueba que también deben practicarse en este escenario.

Existe una excepción a la regla, pues el sistema procesal penal acusatorio admite situaciones excepcionales en el que los sujetos procesales pueden acudir a pruebas practicadas por fuera del juicio oral, y es cuando no es posible lograr la presentación del testigo en el juicio, existe la posibilidad de utilizar declaraciones tomadas con anterioridad a la instalación del juicio oral, como lo es la prueba anticipada y la prueba de referencia, siempre y cuando se cumplan los presupuestos legales establecidos en la Constitución y la Ley.

Una vez concluida la práctica probatoria, acusador y acusado clausuran el debate con la presentación de alegatos de conclusión, lo que da paso a que el juez en estricto apego a los principios de publicidad y oralidad emita una sentencia, la cual debe contener una “fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”. (Art. 162. Ley 906 de 2004)

El debido proceso desarrollado por el constituyente prevé que el sentenciado tiene derecho “a impugnar la sentencia condenatoria” (Art. 29 Const. Pol), en consonancia con el artículo 31 el cual señala “toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada (Art. 31 Const. Pol). Estos preceptos superiores fueron desarrollados por el legislador en los artículos 20, 176 y 179 del código de procedimiento penal, los cuales disciplinan la interposición del recurso de apelación contra autos y sentencias dictadas al interior del proceso. El recurso de apelación debe ser resuelto por un tribunal de distrito judicial, a quien deberá desatar el recurso a través de una sentencia de segunda instancia en la que se resuelvan los cuestionamientos planteados por el impugnante. Al tribunal de segunda instancia le está prohibido modificar la sentencia en perjuicio del único apelante.

Con la emisión de la sentencia de segunda instancia se habilita el recurso extraordinario de Casación, que se establece como un control constitucional y legal a través del cual se impugna el fallo por violación directa e indirecta de la Ley sustancial o por la vía de la nulidad. Conforme al artículo 180 de la Ley 906 de 2004, la demanda de casación debe estar orientada a la consecución de dos finalidades, la primera, la efectividad del derecho material y/o, la segunda, la unificación jurisprudencial. Además, deberá orientarse bajo los principios de limitación, prioridad, no contradicción, claridad, precisión y razón suficiente. El artículo 32.1 de la Ley 906 de 2004 establece que es competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolver el recurso de casación propuesto a través de una sentencia que una vez ejecutoriada pone fin al proceso penal.

### **1.3. Formulación del problema**

¿Existe un único cargo con vocación de prosperidad en la demanda de casación penal en el evento en que la sentencia condenatoria sea fundamentada probatoriamente exclusivamente en prueba de referencia?

### **1.4. Hipótesis**

La hipótesis investigativa desarrollada en el presente trabajo de investigación se encamina en demostrar a través del análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, el estudio de la doctrina nacional y extranjera, que solo a través de la violación indirecta de la Ley sustancial por vía del error de derecho por falso juicio de convicción es posible impugnar a través del recurso extraordinario de casación la sentencia que se fundamenta desconociendo la tarifa legal negativa establecida por el legislador en la parte final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

El falso juicio de convicción ha sido establecido como causal válida para impugnar la sentencia a través del recurso extraordinario de casación “en la medida en que la prueba se le dé un valor distinto al que le correspondía” (Solorzano. 2019. Pág. 139)

Al momento de desarrollar la estructura probatoria del sistema penal acusatorio, el legislador estableció un sistema guiado por la libertad probatoria, desconociendo los denominados sistemas de prueba legal que guían la manera en que debe probarse determinado hecho. Es así como en el artículo 373 del código de procedimiento penal establece que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”. (Ley 906 de 2004)

Partiendo de lo anterior es equivocado recurrir la sentencia condenatoria a través del recurso extraordinario de casación indicando que el sentenciador no reconoció a una prueba un valor prestablecido en la Ley, luego que no se ha definido por el legislador valor alguno a determinado medio de prueba, exigiendo la norma que la valoración probatoria deba desarrollarse respetando el principio de la sana crítica, si esto es así el cargo en casación no tiene vocación de prosperidad. Sin embargo, el legislador ha establecido en el artículo 381 del código de procedimiento penal una tarifa legal negativa a la prueba de referencia que indica que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (Ley 906 de 2004), por ello, al momento en que el juzgador le atribuye un valor diverso al asignado a este medio de prueba se presentaría una violación indirecta de la ley sustancia por vía del error de derecho por falso juicio de convicción.

### **1.5. Metodología**

La presente investigación se desarrolla a través de la metodología de tipo cualitativo de orden jurídico aplicado, luego que resuelve un problema de la disciplina sin el uso de análisis estadístico, sino que a través de información meramente documental, como lo es la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, el análisis de la doctrina nacional y extranjera que abordan el concepto del recurso extraordinario de casación

y la vía de impugnación cuando se le otorga un valor distinto al establecido por la ley a la prueba de referencia.

Nizama V y Nizama C (2020) establecen que el concepto de investigación cualitativa en áreas jurídicas “tiene un carácter particularista pues centra su estudio en una solo situación, hecho, evento, etc. Además, se estima que la investigación cualitativa resulta adecuada para analizar problemas jurídicos y cuestiones jurisprudenciales.” (Pág. 77)

## **1.6. Objetivos**

### **1.6.1. Objetivo General**

Analizar el significado de la prueba de referencia a partir de la postura de la Sala de Casación Penal, 2019 a 2022, y a partir de allí, establecer claramente cuál es la ubicación dentro de las causales de casación del error por falso juicio de convicción frente a la prueba de referencia.

### **1. 6.2. Objetivos Específicos**

Analizar el desarrollo jurídico, jurisprudencial y normativo de la prueba de referencia en el nivel del sistema penal acusatorio.

Analizar en el sistema penal acusatorio las causales de casación por violación indirecta de la ley sustancial en los casos de falso juicio de convicción por vulneración a la tarifa legal negativa de fundamentar la sentencia exclusivamente en prueba de referencia.

Determinar la definición y ubicación correcta de la prueba de referencia dentro de las solemnidades propias del recurso de casación, cuando el fundamento de la demanda de casación sea el error por falso juicio de convicción.

## Capítulo II

### 2. Análisis jurídico procesal de la prueba de referencia en Colombia y en el extranjero

El concepto de prueba de referencia en los escenarios jurídico penales en Colombia surge con la expedición del acto legislativo 03 de 2003 y su desarrollo legislativo a través de la Ley 906 de 2004, normatividad procesal que varió el sistema de enjuiciamiento criminal en Colombia de un sistema inquisitivo donde imperaba el principio de permanencia de la prueba a un sistema mixto con tendencia adversarial en el que la práctica probatoria debe ir de la mano con los principios de inmediatez y concentración.

La prueba de referencia para Guerrero O (2009) se entiende como aquellas afirmaciones que se hayan realizado por fuera de la vista oral, lo que significa que las afirmaciones orales o escritas recolectadas en la etapa procesal de investigación o incluso declaraciones bajo juramento para otro tipo de procesos distintos al penal puedan contar como una declaración de referencia. (pág. 75)

La admisibilidad de la prueba de referencia en el proceso penal acusatorio regido en Colombia surge como excepción a los principios rectores de defensa, contradicción, concentración, inmediación de la prueba, luego que su excepcional práctica desconoce las bases de los sistemas adversariales.

Como la prueba es el soporte de la acusación y a su vez el medio idóneo para defenderse es necesario abordar el concepto de prueba en la Ley 906 de 2004 y los principios rectores de la actuación penal que se ven afectados con la existencia de la prueba de referencia para entender el sustento de ese estándar negativo que prevé un valor menor a este medio de prueba.

#### 2.1. La prueba en el proceso penal Ley 906 de 2004

El art. 29 de la constitucional ha establecido como facultad para el indiciado o acusado el derecho que tiene “a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra” a juicio de García y García (2021)

La Constitución Política (art.29) prevé una serie de garantías que sirven de base a la actividad probatoria. Esas garantías, en palabras de nuestra Corte Constitucional obligan al legislador al momento de regular la actividad probatoria y, agregamos nosotros, a los jueces penales de conocimiento cuando adelantan el proceso.

La anterior prerrogativa, faculta al sujeto pasivo de la acción penal a debatir la acusación presentada en su contra, estando posibilitado a presentar pruebas para ejercer el derecho a la defensa y mantener indemne su presunción de inocencia.

Como la prueba es el soporte de la acusación y a la vez el medio idóneo defenderse, dentro del presente trabajo de investigación es necesario abordar desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial el concepto de prueba con la finalidad de conocer las prerrogativas que estas fuentes del derecho han establecido de la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución Política

El concepto de prueba ha sido desarrollado por la doctrina extranjera de la siguiente manera:

“El vocablo prueba tiene varias acepciones, incluso dentro del mismo derecho procesal. Se utiliza como *medio de prueba* para indicar los diversos elementos de juicio con los que cuenta en definitiva el magistrado para resolver la causa, introducidos al juicio por producción de parte. Se denomina con el término también a la acción de probar como aquella actividad que deben desplegar las partes, tendiente a acreditar la existencia de los hechos que afirman y sobre los cuales sustentan sus pretensiones, o bien en cumplimiento de obligaciones funcionales como de búsqueda

de la verdad real y al que está impelido el órgano requirente” (Jauchen, 2012; pág. 696).

Desde un punto de vista general, la doctrina nacional también se ha pronunciado sobre dicho concepto, definiendo el concepto de prueba como “el vehículo con el que han contado los funcionarios judiciales para llevar a reconocer derechos” (Cadena, 2003; pág. 9). Si bien en la ciencia del derecho el acto de probar podría entenderse como un acto genérico, algunos autores han definido el concepto de prueba de manera exclusiva para la jurisdicción penal, Chaia en su obra la prueba en el proceso penal indicó “en materia penal llamamos prueba a la actividad procesal llevada adelante con el fin de obtener certeza judicial según el criterio uniformemente utilizado de verdad real sobre la imputación dirigida al sospechoso” (2010; pág. 27).

Para Rueda (1973), la prueba:

“Como institución se divide en dos categorías diferenciadas y aún autónomas: una de carácter procesal o adjetivo que comprende las pruebas enderezadas a formar la convicción psicológica o anímica del juez, y otra que comprende las probanzas que carecen de destinatario determinado y cuyo objeto es el de acreditar per se, sin consideración al juez ni a efecto o consecuencia procesal alguna, determinado o determinados hechos” (pág. 18).

A su vez la Corte Constitucional ha establecido un criterio pacífico en torno a la garantía consagrada en el art. 29 constitucional:

“Consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia C-537, 2006).

La anterior garantía establecida por el constituyente ha sido desarrollada por la Ley 906 de 2004, (art. 8, lit. k) donde el acusado tiene derecho a “tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas” dicha norma rectora del sistema penal acusatorio consagra de manera general las garantías que tiene el acusado como sujeto del proceso frente a las pruebas presentadas por el Estado en su contra.

En ese mismo título preliminar el Código de procedimiento penal desarrolla ampliamente el principio de contradicción, disponiendo el art. 15:

“Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada” (Ley 906, 2004).

A través del principio de contradicción se materializa a la defensa técnica y material el derecho de confrontación a las pruebas presentadas por el acusador en su contra, a conainterrogar los testigos, impugnarle credibilidad, objetar las preguntas inconducentes o impertinentes de su contraparte, presentar prueba de refutación, etc. Pues este es el mecanismo para reafirmar su presunción de inocencia en el entendido que, al Estado a través de la fiscalía general de la nación le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, en otras palabras, tiene el deber de probar su acusación.

Además, el art. 16 de la mencionada norma procesal desarrolla el concepto de inmediación, estableciendo como regla general la presencia del juez de conocimiento para tener como válida la prueba, tendiendo en cuenta a Carrasco (2015):

“la inmediación solo existe cuando quien dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con todo lo visto y con lo oído, y no con el reflejo documental del acto de prueba” (pág. 26).

Por su parte, el art. 23 del mismo estatuto procesal dispone una cláusula de exclusión, en la que señala que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será



nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal” [...] (Ley 906, 2004); de esta norma es importante resaltar que independientemente de que en el procedimiento penal acusatorio se haya establecido el principio de libertad probatoria, los medios de prueba utilizados al interior del proceso penal, debe cumplir en todas sus etapas (recaudo, producción, aducción o aporte) con las reglas dispuestas por el legislador para su validez y legalidad, sostiene García y García (2021).

La prueba para que sea lícita debe aducirse al proceso penal con la observancia de todas las garantías fundamentales. Este principio opera tanto al momento de admitir la prueba como al practicarla y valorarla. El art. 29 de la Constitución Política prescribe claramente: “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” y a su vez, el art. 250, núm. 4, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, art. 2 que el juicio se debe llevar a cabo *con todas las garantías*, luego, la prueba obtenida vulnerando garantías se conoce como prueba ilícita.

Los principios probatorios referenciados en párrafos anteriores ratifican que:

“es el acusador quien está en la obligación de probar, más allá de la duda razonable, su pretensión condenatoria, y si no lo prueba el acusado debe ser absuelto, luego que el acusado no está obligado a probar su inocencia” (Ramírez, 2016; pág. 55).

En aras de reafirmar la anterior garantía, el legislador desarrolla en varios artículos de la Ley 906 de 2004, los estándares probatorios que rigen la actuación penal.

El art. 372 delimita la finalidad de la prueba en el proceso penal con tendencia acusatoria, la norma indica que “las pruebas tienen por fin 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” (Ley 906, 2004); simultáneamente la normativa procesal acusatoria establece a partir del art.374 las etapas procesales que deben ser agotadas para la práctica probatoria, señalando que en la audiencia

preparatoria la defensa debe descubrir a la fiscalía los elementos materiales probatorios que soportarán su tesis defensiva, seguidamente la partes enuncian estos elementos que posteriormente serán objeto de solicitud probatorias, las cuales deben cumplir los requisitos de pertinencia y admisibilidad para que una vez decretadas por el juez de conocimiento sean practicadas y controvertidas en el juicio oral en presencia de un juez imparcial.

De esta forma, el principio de inmediación fundado en la constitución política de Colombia (art. 250, núm. 4) establece que los elementos con vocación probatoria en el proceso penal acusatorio se convierten en prueba cuando estos se practican por la parte interesada en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento, pudiendo la contraparte ejercer la contradicción de esta, quedando la prueba a disposición del juzgador como soporte de su decisión de fondo.

La norma procesal y la jurisprudencia han desarrollado los requisitos de validez y legalidad que debe cumplir la prueba para ser incorporada en un juicio oral, siendo un principio ineludible del sistema penal con tendencia acusatoria que la prueba valida es aquella que se práctica a inmediación del juez en la audiencia de juicio oral.

Esta es la regla general en que se debe producir y practicar la prueba, sin embargo, el art. 437 (Ley 906, 2004) ha establecido la prueba de referencia como una excepción expresa de admisibilidad, sobre el particular la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia analizando la norma procesal, ha establecido sobre el concepto de prueba de referencia que:

“Trata de: i) declaraciones, esto es, de relatos sobre los hechos jurídicamente relevantes, realizados con el propósito de que se tuvieran por ciertos por las respectivas autoridades; ii) rendidas por fuera del juicio oral, pues es claro que el testigo no compareció a dicho escenario; y iii) que pretendieron ser presentadas por la Fiscalía como medio de prueba de varios hechos jurídicamente relevantes” (Corte Suprema de Justicia, radicado 54871, 2022)

Además de su admisibilidad excepcional, el art.381 ha creado una tarifa legal negativa al momento establecer su valor probatorio, de manera literal el último párrafo indica; “la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en prueba de referencia” (Ley 906, 2004).

La anterior prohibición surge como garantía al principio de inmediación y oposición, pues con el Acto legislativo 03 de 2002, el legislador abandono el sistema de permanencia de la prueba adoptado en sistema inquisitivos como el de Ley 600 de 2000, y muta a un sistema penal con tendencia acusatoria, en el que la prueba se produce en el juicio oral a instancias de un juez imparcial, y en el que la prueba de referencia o aquella producida por fuera de este no tiene capacidad exclusiva o autónoma para sancionar penalmente al imputado. El desconocimiento de esta regla probatoria da pie en sede de casación al ataque denominado error de derecho por falso juicio de convicción, tema que se abordará a profundidad en los siguientes acápite del presente trabajo de investigación.

## **2.2. Libertad probatoria en el sistema penal con tendencia acusatoria**

En el sistema penal acusatorio establecido en Colombia no existe una tarifa legal que señale la forma o la manera en que deba probarse determinado hecho, pues se ha establecido el principio de libertad probatoria, el cual ha sido definido por la literatura jurídica como;

“La posibilidad genérica de que todo se puede probar y por cualquier medio. Se advierte que el enunciado está referido tanto al objeto de la prueba como a los medios. Sin embargo, el principio no es absoluto. Quedan exceptuadas aquellas pruebas prohibidas por la Ley, las que resulten incompatibles con el ordenamiento procesal aplicable y las que no estén reconocidas por la ciencia” (Jauchen, 2012; pág. 707).

El código de procedimiento penal acusatorio Ley 906 de 2004, hace referencia al principio libertad probatoria en el art. 373, norma que indica que “los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios

establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Sobre el principio de libertad probatoria la Corte Constitucional ha referido:

[...] “el área penal rige el principio de libertad probatoria y, por ende, la apreciación de las pruebas debe hacerse, en forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; así las cosas, la apreciación de las diversas pruebas allegadas en desarrollo del proceso penal deben ser valoradas de manera autónoma por el juez de conocimiento, partiendo de una apreciación lógica y razonada. De otro lado, nuestro sistema penal sólo de manera excepcional exige la tarifa probatoria, es decir que ciertas circunstancias o hechos puedan ser probados a través de unos mecanismos expresamente señalados en la ley” (Sentencia T-594, 2009).

En consecuencia el principio de libertad probatoria autoriza a los sujetos procesales, acusador, defensa técnica o material y excepcionalmente el ministerio público a probar los hechos objeto de debate en el juicio oral a través de cualquier medio técnico, científico u ordinario que cumpla con los requisitos de validez y legalidad para ser admitidos en el proceso penal; en ese sentido el juzgador está avalado para formar su convicción al momento de sentenciar a través de cualquier medio probatorio practicado en el juicio oral que cumpla con los requisitos de ley para su producción, acopio y aducción, pues de conformidad con la (Const., 1991; art. 29) la prueba ilícita e ilegal es nula de pleno derecho.

De acuerdo con lo anterior, en la etapa de juzgamiento, el juez aprecia, estima y valora las pruebas que fueron debidamente incorporadas en el juicio oral con el fin de emitir una sentencia condenatoria o absolutoria, cuyo razonamiento del juzgador debe estar fundamentado en el principio de la sana crítica.

Al respecto Parra Quijano (2012) menciona que;

“Cuando se dice que las pruebas se apreciarán de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se está haciendo referencia a una sujeción del juez a la ley (tarifa legal), que le establece el valor a la prueba, ni tampoco a una absoluta libertad que implicaría arbitrariedad, sino a una libertad reglada, ya que el juez debe tener en cuenta para valorar la prueba los excedentes extralegales que son: las reglas de la experiencia, las de la lógica, de la ciencia y de la técnica” (pág. 46).

La Sala Penal de la corte suprema de justicia concuerda con el concepto del autor, la jurisprudencia sostiene que “el juez tiene cierto grado de libertad frente a las pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos y de la responsabilidad penal” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 19055, 2004), en ese sentido, el régimen procesal acusatorio definido en la Ley 906 de 2004 no ampara el sistema de valoración de tarifa legal, pues la parte interesada está en libertad de escoger el medio probatorio más idóneo para demostrar su teoría del caso.

La vulneración de esta premisa legal da pie al ataque en casación conocida como error de derecho por violencia directa de la ley sustancial en el falso juicio de convicción. Desde el punto de vista de Ramírez, el error de derecho por falso juicio de convicción.

Se configura cuando la providencia le asigna a un medio de prueba un valor que la Ley no le reconoce, esto es, cuando existe una tarifa legal para el objeto de prueba y la providencia lo desconoce. También se llega al falso juicio de convicción por violar la prohibición probatoria, como si se acepta la prueba a un comerciante contra lo que dicen sus libros de comercio, o si se condena a un acusado con sólo pruebas de referencia. (Ramírez, 2019; pág. 221).

Con relación al falso juicio de convicción es pertinente indicar que es permitido recurrir a este en casación cuando se utiliza la prueba de referencia como soporte único de la condena, pues la norma procesal ha establecido una prohibición expresa ubicada en el

apartado final de la Ley 906 de 2004 (art. 381) regla reguladora que le ha impreso un valor negativo a la prueba de referencia como soporte exclusivo de una sentencia condenatoria.

Es así que la norma procesal acusatoria ha establecido unos requisitos de legalidad y validez para que de manera excepcional la prueba de referencia o también conocida declaraciones anteriores sean admitidas en el juicio oral, por lo anterior es necesario abordar en los siguientes capítulos un análisis del concepto de prueba de referencia, sus requisitos de admisión y su alcance frente al principio de inmediación.

### **3. Principios rectores del proceso penal que se afectan con la admisión excepcional de la prueba de referencia**

#### **3.1. Principio de Inmediación**

El principio de inmediación de la prueba es la facultad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para fundamentar la sentencia que pone fin al proceso, Sentis Meléndez (1990) citando a Oderigo (1973) lo define como la relación, contacto inmediato, entre juzgador y sujetos, también con las cosas del proceso. Eso es indispensable, no se puede juzgar lo que no se conoce; y no se conoce lo que llega mediatizado a través o con la interpretación de un diafragma. (Pág. 476)

La literatura nacional se ha ocupado de desarrollar el principio de inmediación, Echandía D. (1979) sobre el particular ha señalado lo siguiente;

Como del significado literal se infiere, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. De ahí que la inmediación puede ser subjetiva, objetiva y de actividad. Se entiende por inmediación subjetiva la proximidad o contacto entre el juez y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, o personas distintas de tales sujetos, es decir, terceros. La manifestación principal del requisito de inmediación

subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en presencia de su destinatario, es decir que la prueba se practique ante el juez que debe apreciar su mérito. La inmediación objetiva se refiere a la comunicación del juez con las cosas y los hechos que interesan al proceso. (Pág. 68)

El principio de inmediación en el proceso penal acusatorio debe estudiarse desde la óptica constitucional, el artículo 250.4 señala que el juicio oral y público debe desarrollarse con “inmediación de las pruebas”(Art. 250 Const. Pol).

A su vez, el código de procedimiento penal desarrollado por la ley 906 de 2004 establece en su artículo 16 lo siguiente;

En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías. (Art. 16 Ley 906 de 2004)

El artículo 379 ibídem, ampliando el principio de inmediación establece que “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.” (Art. 379. Ley 906 de 2004)

Esta norma rectora de la actuación penal exige como regla general, la presencia del juez penal de conocimiento en el juicio oral para que la producción de la prueba se ajuste a derecho. Como excepción a la regla, se permite la práctica de la prueba anticipada, la cual se realiza antes de la instalación del juicio oral en presencia del juez de control de garantías. Este testimonio deberá ceñirse a las reglas establecidas en el artículo 383 de la norma

procesal acusatoria qué regula la prueba testimonial, en presencia de la defensa y el testimonio debe ser sometido a las reglas del contrainterrogatorio señaladas en los artículos 391, 392, 393 y 394 ibidem. Es imperativo tener en cuenta que si al momento de instalarse el juicio oral el testigo que ha declarado de manera anticipada se encuentra disponible, por haber desaparecido las causales que en su momento la hicieron procedente, deberá practicarse el testimonio a inmediación del juzgador que dictará la sentencia. Lo anterior conforme al párrafo tercero del artículo 284 de la Ley procesal penal acusatoria Ley 906 de 2004.

La prueba anticipada no debe ser confundida con la prueba de referencia, luego que si bien ambas se producen por fuera del juicio oral, la primera respeta las reglas de producción, garantizan los principios de inmediación, contradicción y defensa, además su procedibilidad está reglada en las causales taxativa del artículo 284 ibídem; en cambio la segunda, se produce sin la presencia del juez, no garantiza la contradicción y los requisitos de procedibilidad están señalados en los artículos 437 al 441 del estatuto procesal acusatorio.

En consonancia, el principio de inmediación se ve vulnerado cuando se admite, así sea de manera excepcional la prueba de referencia en un sistema adversarial, luego que este medio de conocimiento se produce y elabora sin la presencia del juez, impidiéndose que el juzgador pueda aprehender y captar la forma en que se rindió la declaración y la forma en que el testigo presencié los hechos. Por estas razones la prueba de referencia carece de confiabilidad, pues la existencia de la prueba no es posible acreditarla en su totalidad.

### **3.2. Contradicción**

La garantía de contradicción se encuentra reglada en el artículo 15 de la norma procesal penal acusatoria, en ella se indica que;

Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio



oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada.

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado. (Art. 15. Ley 906 de 2004)

Como se observa, este principio guarda relación con la garantía que tiene el sujeto procesal de conocer, controvertir, discutir e impugnar la prueba aducida en su contra. Cuello I. (2008) establece que ejercer la contradicción en el proceso penal “comprende el derecho de la parte o sujeto procesal a quien se opone una prueba de gozar de la oportunidad procesal de conocerla y discutirla” ( Pág. 677).

Una de las prerrogativas vulneradas con la admisión de la prueba de referencia es el principio de contradicción, pues la parte contra la que se aduce la prueba queda privado de la posibilidad de controvertir, impugnar y contradecir el contenido probatorio, luego que, la ausencia del testigo hace imposible que se ejerza el conainterrogatorio, que se cuestione sobre su presencia en el lugar de los hechos, o por ejemplo, sobre el interés que pueda tener el testigo para favorecer a la víctima o mentir para perjudicar al acusado. Además de lo anterior se cohibe a la contraparte de acudir a herramientas del conainterrogatorio como la impugnación de credibilidad, el refrescamiento de la memoria o el testimonio adjunto, lo que denota que la prueba de referencia no permite el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas.

### **3.3. Cláusula de exclusión**

La jerárquica normativa constitucional señala en el artículo 29 superior que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.” ”(Art. 29 Const. Pol). A su vez, la normativa procesal acusatoria interna establece que “toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal (...)” (Art. 23 Ley 906 de 2004).

Este principio custodia la legalidad de la prueba y garantiza que todo medio de conocimiento que se pretenda incorporar a un proceso penal respete las normas convencionales, constitucionales y legales para su aducción, obtención y producción, si los requisitos de procedibilidad se incumplen, el medio de convicción debe ser excluido de la valoración por el juzgador al momento de emitir una decisión jurídica. Jauchen (2004) precisa que;

La regla de exclusión probatoria tiene semejanzas y diferencias con la tradicional declaración de nulidad de los actos procesales. Se asimila a la nulidad por cuanto la prueba viciada, mediante la declaración jurisdiccional de exclusión, queda sin valor alguno para el proceso, resultando ineficaz como elemento de conocimiento. También se asemeja en cuanto a que la ineficacia afecta no sólo a la prueba viciada sino también a todas aquellas que se conocieron y produjeron a raíz de ella, al igual que el efecto extensivo de la nulidad sobre todos los actos dependientes y conexos. (Pág. 617)

El ordenamiento jurídico establece previamente cual es el procedimiento que se ha de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, lo anterior hace referencia al principio de legalidad. Es por ello que la aducción y producción de la prueba debe ceñirse de manera expresa a los requisitos de la norma, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo.

Como excepción a la regla general, de que la prueba debe proferirse con inmediación del juez y garantizando la contradicción, la ley procesal acusatoria ceñida en la Ley 906 de 2004 autoriza el uso de la prueba de referencia de manera excepcional, por esta razón, es determinante la cláusula de exclusión, luego que la excepcionalidad de este medio de prueba amerita una vigilancia excesiva en el decreto y su práctica. La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio en Colombia está reglada y su solicitud y decreto debe estar íntimamente relacionado con las causales taxativas establecidas en el artículo 437y 438 de la Ley 906 de 2004, en aras de respetar la legalidad de la prueba y tratar de infringir lo menos posible los principios rectores que se vulneran con la admisión de este medio de prueba, de lo contrario deberá acudir a los regímenes de exclusión por prueba ilícita o ilegal.

#### **4. La prueba de referencia en la legislación extranjera**

Para el presente trabajo de investigación es sustancial analizar la regulación establecida para aquellas declaraciones rendidas por fuera del juicio en las reglas de evidencia de Puerto Rico y el sistema penal acusatorio establecido recientemente en México, países que tienen incorporado sistema procesal penal adversarial o acusatorio, con la finalidad de establecer su uso y alcance con respecto al establecido en Colombia.

##### **4.1. La prueba de referencia en las reglas de evidencia de Puerto Rico.**

Una codificación pertinente para verificar, son las conocidas Reglas de Evidencia de Puerto Rico, regulación a la que constantemente acude nuestra sala de Casación Penal para solventar vacíos no regulados en la Ley 906 de 2004. Identificando que en varias sentencias, el máximo tribunal penal patrio acude a los artículos 801 y 802 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico para establecer una definición de lo que debe entenderse por prueba de referencia, definiéndola esta codificación extranjera como “una declaración que sea la que la persona declarante hace en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado” (Regla 801 del Código de Reglas de Evidencia de Puerto Rico).

Las reglas de evidencia de Puerto Rico permiten la admisibilidad de esta en dos situaciones, la primera no condicionada a la disponibilidad del testigo para comparecer al juicio admitiendo credibilidad a una serie de declaraciones anteriores establecidas específicamente en la regla 805 de este rito procesal, sostiene González y Jiménez (2018):

“La Regla 805 contiene un catálogo extenso de excepciones a la regla general que excluye la prueba de referencia. Estas excepciones no están condicionadas a que el testigo no esté disponible, como en el caso de la Regla 806. Bajo la Regla 805 no es necesario establecer que el testigo o declarante no puede comparecer o está impedido de declarar. La razón para esta liberalidad en la admisión de prueba de referencia es que, bajo las circunstancias enumeradas en la regla, la confiabilidad de la prueba es muy grande y por tanto no son tan probables los riesgos que se quieren evitar mediante la exclusión de la prueba de referencia” (pág. 72).

Una segunda categorización abarca la admisibilidad de la prueba de referencia cuando el testigo no está disponible para asistir al juicio, esta regulación se ubica en los numerales 806 y 804 de las reglas de evidencia de Puerto Rico.

Al respecto, González y Jiménez (2018) sobre el desarrollo de esta regla mencionan:

“Bajo la Regla 806, las instancias en que se puede admitir prueba de referencia de cierta confiabilidad se justifican al existir la necesidad de que se haga por razón de que el testigo no está disponible. Si se determina que el testigo no está disponible conforme a las disposiciones del inciso A 1-5, el inciso B dispone qué tipos de circunstancias permitirían la admisión de declaraciones constitutivas de prueba de referencia. El inciso B tiene cuatro excepciones específicas” (pág. 74).

En síntesis, en las reglas de evidencia de Puerto Rico la admisibilidad de la prueba de referencia está taxativamente reglamentada, pues no cualquier declaración anterior tiene la

capacidad de ser incorporada al debate como prueba de referencia, para ello debe superar el tamiz establecido en las reglas 805 y 806.

#### **4.2. La prueba de referencia en el sistema de justicia penal acusatorio oral mexicano**

Otra legislación extranjera pertinente a examinar con respecto a la admisibilidad y valor probatorio de la prueba de referencia o declaraciones realizadas por testigos con anterioridad al juicio oral es el sistema de justicia penal acusatorio oral instaurado en México, país que en el año 2008, modifica su constitución para migrar de un sistema de juzgamiento penal inquisitivo a uno netamente acusatorio, es así que a partir del art. 20 de su carta política establece los principios que regulan el proceso penal.

El (art. 20, núm. 3) de la carta magna mexicana, estandariza el concepto de prueba en este nuevo sistema de juzgamiento, indicando que:

“Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo” (1917).

En esencia la norma superior establece el principio de inmediación como garantía para la producción probatoria, fijando como regla general que la prueba sea producida exclusivamente en el juicio, sin embargo, la constitución estableció excepciones las cuales se consignaron en el código de procedimientos penales para el Estado de México, en particular en el (art. 374, fra. II, inc. d), indicando la norma especial la posibilidad de utilizar en la audiencia de juzgamiento las declaraciones anteriores de los testigos a través de lectura o reproducción que contenga la declaración, con la finalidad de apoyar o refrescar memoria, o en el evento que se requiera confrontar al testigo en punto de evidenciar posibles contradicciones.

Sobre el particular la doctrina mexicana ha indicado lo siguiente:

“Prueba es aquella que se produce en presencia del juzgador durante el desarrollo del juicio oral. Se ha dicho que esto es una consecuencia del reconocimiento en la legislación del principio de libre valoración de la prueba por parte del juzgador, el cual supone su apreciación directa por el tribunal. En el ámbito de las declaraciones se traduce también en la denominada prohibición de sustitución de las declaraciones por un testigo previo. En el caso de testigos y peritos, ellos deben ser interrogados personalmente y su declaración personal no puede ser sustituida por la lectura de documentos que las contuvieren. Salvo que se trate de prueba anticipada, los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos o del uso de una declaración previa con fines no probatorios, sino de credibilidad” (Blanco, Decap y Moreno, 2021; pág. 82)

De acuerdo con lo anterior, en el sistema de justicia penal acusatorio mexicano, las declaraciones anteriores de los testigos utilizados mediante lectura al juicio oral, a instancias del art. 374 del código de procedimiento penal para el estado de México, están autorizadas a utilizarse con fines de examinar la credibilidad del testigo haciendo evidente una contradicción o precisar su memoria en punto de manifestación que no recuerde estando presente en el juicio. Además de lo anterior la legislación procesal penal mexicana, excepcionalmente también admite la incorporación de la declaración anterior al juicio oral por el fallecimiento del testigo o la no comparecencia del testigo cuando esta obedezca a hechos atribuibles al acusado.

En las legislaciones extranjeras analizadas, observamos que al igual que en Colombia está establecido un sistema de enjuiciamiento acusatorio, en el que prevalece el principio de inmediación en el que el juzgador competente para emitir la sentencia debe presidir el juicio oral y presenciar la declaración de los testigos de manera directa, a su vez estos sistemas procesales garantizan el derecho de contradicción a través del cual el testigo está facultado

para confrontar el testigo, no obstante al interior de estas normativas existen una excepciones taxativas que admiten la incorporación al juicio oral de declaraciones obtenidas por fuera del juicio oral que permiten la práctica de la prueba cuando el testigo no está disponible para comparecer a la vista pública.

#### **4.3. La prueba de referencia en la legislación Argentina**

La literatura jurídica Argentina se ha encargado de definir esta institución procesal, si bien la ubican con un nombre distinto al conocido en nuestra práctica jurídica, la incorporación de declaraciones por lectura, como es conocida en el Estado Argentino, es un referente que nos asemeja a nuestro concepto de prueba de referencia, es así como Federik (2014) la ha descrito de la siguiente manera;

En principio, quien no declara en el juicio no incorpora su testimonio y, por tanto, éste no puede ser valorado en la sentencia; sin embargo, hay situaciones especialísimas en las que podrán incorporarse por lectura declaraciones que fueron rendidas en la investigación penal preparatoria y cuyos titulares no pudieron concurrir al debate. Son éstas situaciones absolutamente excepcionales. En el sistema acusatorio no se puede suplir la declaración en el debate por las brindadas en la investigación penal preparatoria. Aun así, el sistema no puede permitirse perder declaraciones significativas para la resolución del caso que, por razones ajenas a las partes y a los sujetos de prueba, hacen que estas personas no puedan comparecer a debate. Los códigos receptan estas situaciones que aparecen razonables y lo serán en tanto no funcionen como un atajo para sortear la comparecencia. (Pág. 111)

El autor argentino Chaia R. (2010) menciona que los principios de inmediación, contradicción y oralidad que determinan la practica probatoria encuentran su excepción

cuando “el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignore su residencia o se encontrare inhabilitado para declarar, o cuando lo hubiere hecho por exhorto”. (Pág. 438 – 439)

#### **4.4. La prueba de referencia en la legislación española**

La Ley de enjuiciamiento criminal española, a través de los artículos 714 y 730 ha aceptado la valoración de las pruebas recaudadas en la instrucción sumarial, el Tribunal Constitucional Español, ha indicado;

como regla general, la prueba de cargo ha de practicarse en el acto solemne del plenario en el que tienen su realización plena los principios de contradicción, inmediación, concentración, publicidad y oralidad propios de este acto y en los que se concretan las garantías establecidas a favor de las partes por la Constitución y la ley procesal. (STC 80/2003)

El Tribunal Supremo en su jurisprudencia, ha analizado los requisitos mínimos para dar un grado de confiabilidad a la declaración anterior al juicio, veamos;

La prueba de cargo ha de practicarse en el acto plenario, ahora, como excepción, las diligencias practicadas en la instrucción pueden tener valor como pruebas de cargo en su carácter de preconstituidas o anticipadas cuando reúnan los siguientes requisitos; 1º Material, diligencias que sean de imposible reproducción. 2º Subjetivo, han de tenerse lugar ante la autoridad judicial. 3º Objetivo, que garantice la posibilidad de contradicción. 4º Formal, deben introducirse en el debate del juicio oral. (STS 126/2004 de 6 de febrero Tol 3522486)

La norma procesal española establece una excepción a la regla, por las que es posible la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales recaudadas en la etapa preliminar del proceso, con el requisito de validez de que estas debieron ser recepcionadas sin objeciones. El LECRIM también exige como requisito de validez la presencia del defensor



del procesado en la declaración recepcionada en el sumario, en aras de garantizar el principio de contradicción.

### **5. Prueba de Referencia. Análisis jurisprudencial del significado, alcance y aplicación de la prueba de referencia**

El principio de inmediación resulta fundamental dentro de nuestro procedimiento penal acusatorio, luego que permite que el juzgador tenga un contacto directo con lo que las personas llevadas como testigos declaren en el juicio oral, sin embargo, ese contacto no establece una simple presencia del juez en el juicio oral, pues la inmediación hace referencia a que quien tiene el deber de juzgar constituya su convicción sobre lo percibido por sus sentidos de lo vivenciado en la vista pública.

Aunado a lo anterior, para Parra:

“La percepción del juez, cuando participa en la producción de la prueba, no debe ser de simple registro (pensamiento en situación), sino en acto, es decir que todas las sensaciones estén ‘esclavizadas por la atención’, para que pueda ir controlando y relacionando lo que el medio va poniendo de presente, y cuando llegue el momento de valorar la prueba, ésta sea el resultado de una actividad preparada y no un acto súbito y apresurado” (2007; pág. 73).

Amparado en esa necesidad de que el sentenciador presencie y perciba la práctica probatoria, el legislador determinó que la única prueba que resulta admisible en el proceso penal acusatorio definido en la Ley 906 de 2004 es aquella que se produzca dentro del juicio oral, es decir frente al juez de conocimiento, pues como lo ha indicado la doctrina “en nuestro medio el principio de inmediación de la prueba es inexcusable, que esta proscrita la permanencia de la prueba y que las decisiones únicamente pueden fundarse en prueba debatida en juicio” (Guerrero, 2016; pág. 103), resultando como una de las excepciones al principio de inmediación, la denominada prueba de referencia.

Para ir clarificando de entrada, se identifica que, el art. 437 establece que la prueba de referencia es aquella declaración o manifestación realizada por un testigo por fuera del juicio oral que permite demostrar uno o varios elementos del delito, lo que impide a todas luces la interrelación entre el juez y el testigo (Ley 906, 2004).

Conforme a lo dicho en precedencia, se encuentra que, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha definido la prueba de referencia como una prueba excepcional, haciendo énfasis en la prohibición de soportar una sentencia condenatoria solo teniendo como fundamento la prueba de referencia, es decir, la prueba de referencia es el único medio probatorio que tiene tarifa legal el sistema penal acusatorio, valor que se le ha impreso por su naturaleza, pues su admisión impide a la defensa el derecho de confrontación propio de los sistemas adversariales, por esa circunstancia es de índole negativo.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su ejercicio de unificación de jurisprudencia ha abordado el concepto de prueba de referencia, afianzando la noción establecida en la norma y ratificando su carácter excepcional, sobre el particular se ha dicho:

Como reiteradamente lo ha precisado la Sala, por prueba de referencia se entiende, según la definición legal (Ley 906, 2004; art.) toda declaración rendida fuera del juicio oral que se utiliza en este, por no ser posible su práctica allí, “para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 53057, 2021; Radicado 46153, 2015, entre otras).

También ha indicado la Sala que la prueba de referencia comporta una limitación al derecho que tiene la contraparte a: i) controlar su práctica, mediante la proposición de objeciones al interrogatorio (art. 395); ii) refutar, mediante el contra interrogatorio (art. 393-a); y iii) formular preguntas para impugnar la credibilidad (art. 403). En resumidas cuentas,

afecta el derecho a la confrontación (art. 16) (Corte Suprema de Justicia, Radicado 46153, 2015).

Además, la prueba de referencia también es una excepción al principio de inmediación, ya que la declaración inculpativa se hace ante un tercero, sin la intervención de las partes y sin la presencia del juez, quien, por mandato legal, debe adquirir el conocimiento que le permita decidir la controversia únicamente de [...] “las pruebas debatidas en el juicio” (art. 381), teniendo como tales [...] “únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia” (art. 379). Por eso, precisamente, la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia está prevista en una de las normas que tratan de la inmediación (Ley 906, 2004).

Como es obvio, al no exteriorizarse la declaración inculpativa (para nuestro caso) en presencia del juez, dicho funcionario no puede aplicar respecto de esa exposición todos los criterios legalmente previstos para la valoración de la prueba testimonial, v. gr.: el comportamiento durante el interrogatorio y el contra interrogatorio, la forma de las respuestas, la personalidad del declarante (Ley 906, 2004; art. 404) además, su contacto con el relato inculpativo (para este caso) va a estar mediado por la percepción que acerca de éste tenga el testigo con quien se introduce al juicio oral (en caso de que para tal efecto se elija el medio testimonial), lo que implica una valoración adicional, en los términos correspondientes al respectivo medio de prueba (Corte Suprema de Justicia, Radicado 55719, 2021).

En punto de la forma en que se registra la existencia y contenido la declaración anterior, es importante indicar que esta se debe consignar generalmente en un documento, el doctor José Joaquín Urbano en su obra Sistema Probatorio del Juicio Oral indica que “la prueba de referencia no es más que una afirmación que se hace fuera del juicio y que se lleva a él, por medio de registros documentales” (Urbano, 2010; pág. 112), sin embargo, es

importante recalcar que toda prueba documental se encuentra inmersa en un documento pero no todo documento es para documentar, pues todo lo que se reconoce como prueba documental se encuentra registrada en un escrito, en una fotografía, en un texto digital, pero el hecho de que se encuentre digitalizado no lo convierte en un hecho probado.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa que “un importante parámetro para establecer si se trata o no de prueba de referencia, es analizar si la incorporación de un documento que contenga declaraciones rendidas por fuera del juicio oral afecta el derecho a la confrontación” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 46153, 2015). Lo que hace que un documento sea prueba documental es su contenido declarativo autónomo que puede tener fuerza probatoria autónoma como por ejemplo un registro civil de nacimiento o de defunción que da fe de un hecho que ha sido el del nacimiento o el de la muerte de una persona, situaciones que probablemente no van a variar por ser hechos indiscutibles a través del ejercicio del contrainterrogatorio.

De lo anterior es dable concluir que una prueba de referencia o una declaración rendida con anterioridad al juicio oral no solo está precedida de una entrevista, declaración jurada o interrogatorio recepcionado por las partes en la etapa de indagación e investigación, pues estas también pueden constar en documentos privados o públicos mediante los cuales el testigo realizó manifestaciones que son objeto de prueba, la sala de casación penal en pronunciamiento reciente ha manifestado lo siguiente:

Toda información que suministren previa al juicio, y a la que hayan accedido a través de terceros, sin importar su contenedor – documento, entrevista, video, audio, etc.- se constituye en prueba de referencia que mantiene la prohibición general de ser aducida al proceso, salvo causales excepcionales, las cuales no han sido demostradas en el caso concreto. De otra parte, el uso de un documento para refrescar memoria o impugnar

credibilidad conforme lo establece la Ley 906 de 2004 (art. 392) no es un asunto que deba solicitarse en la audiencia preparatoria (Corte Suprema de Justicia, radicado 58087, 2022).

Conforme a lo visto en precedencia, del artículo 437 del Estatuto Procesal Penal se extraen los elementos constitutivos de la prueba de referencia, la cual debe ser una declaración rendida por fuera del juicio oral, incorporadas a este como medio de prueba con el que se pretende probar hechos de la acusación o de la defensa, cuando exista una causal establecida en la Ley que imposibilite su práctica en el juicio.

Es así como con la incorporación al juicio de declaraciones anteriores se vulneran garantías fundamentales, una ellas la de inmediación de la prueba al impedirle al juzgador la percepción directa de lo verbalizado por el testigo. Además, le impide a la parte contra la que se produce la prueba ejercer su derecho a contradecirla, el cual lleva implícito el derecho de contrainterrogar al testigo y utilizar las técnicas consagradas en los arts. 392 literal D y 403 de refrescar memoria o impugnar credibilidad, elementos que pueden ser relevantes en punto a la valoración de la credibilidad del testigo.

Art. 392. Reglas sobre el interrogatorio. “El interrogatorio se hará observando las siguientes instrucciones: [...] d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios que ayuden a su memoria. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos” (Ley 906, 2004).

Art. 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. “La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos: 1) Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio; 2) Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración; 3) Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo; 4) Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas

aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías; 5) Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad; 6) Contradicciones en el contenido de la declaración” (Ley 906, 2004).

Como quiera que la prueba de referencia se ha desarrollado por fuera de la audiencia juicio oral y sin el cumplimiento de los protocolos propios de esta, se le ha dado en la legislación un valor probatorio menguado, se ha considerado entonces que ningún ciudadano puede ser condenado a través de una sentencia basada exclusivamente en prueba de referencia.

Así las cosas, es muy importante analizar el cumplimiento de la totalidad de los elementos de la prueba de referencia, pues si no se cumple con esas exigencias descritas anteriormente, se torna imperioso para el juez, la exclusión de la prueba, y no por capricho de este, sino por el mandato propio del art. 381 del Código de Procedimiento Penal.

### **5.1. Admisibilidad de la prueba de referencia**

Se ha planteado al interior de este trabajo de investigación que la prueba de referencia afecta el derecho a la confrontación, basado en la imposibilidad que tiene la parte en contra de la que se usa de cuestionar y examinar al testigo que no comparece al juicio oral, es por ello que el legislador en la Ley 906 de 2004 (art. 379) limita su práctica y establece que “la admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” y será autorizado su uso únicamente cuando el declarante se encuentra en algunos de los aspectos propios del art. 438, el cual establece:

Admisión excepcional de la prueba de referencia. “Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; b) Es

víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar; d) Ha fallecido; e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188<sup>a</sup>, 188c, 188d, del mismo Código” (Ley 906, 2004)

Esto significa que la prueba de referencia en nuestro ordenamiento jurídico penal es válida, pero debe cumplir con las exigencias referidas en la normatividad transcrita, y por ello su decreto resulta excepcional, por cuanto se debe demostrar que el testigo encuadra en uno de los requisitos plasmados en el art. 438.

En los eventos de la literales a y c encontramos que el testigo está disponible para asistir físicamente a la audiencia de juicio oral y colocarse a disposición del juez para declarar, sin embargo, sus condiciones de salud neurológica o física le impiden al testigo declarar materialmente en el juicio oral. La parte que pretenda acudir a las causales a y c del art. 438, requiere soportar su petición en prueba científica expedida por el profesional de la salud que certifique la grave enfermedad o la pérdida de memoria que padece el testigo y que le impide declarar.

La causal establecida en el literal d que hace referencia al fallecimiento del testigo es producto de un hecho objetivo que por su naturaleza le impide al testigo comparecer al juicio oral, por ende, la forma más adecuada de soportar la petición es el certificado de defunción expedido por el profesional competente.

Por su parte el (art. 438, lit. e) es producto de la adición introducida en la Ley 1652 de 2013, art. 3 la cual ha buscado proteger el derecho que tiene el menor de no ser victimizado doblemente, se le ha permitido introducir al juicio oral la declaración del menor de 18 años en los términos del art. 206 A del código de procedimiento penal, cuando el menor ha sido víctima de delitos que atentan contra la libertad integridad y formación sexual, lo anterior no

quiere decir que esta causal convierta la declaración anterior en prueba autónoma, pues independientemente de su admisibilidad esta debe ser valorada bajo los parámetros normativos de la prueba de referencia, así ha sentado su posición el máximo tribunal de casación penal patrio,

“Cuando la víctima del delito es un niño o niña, la Corte ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta, especialmente, en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la supresión de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque estas también se encuentran previstas en normas con fuerza constitucional” (Corte Suprema de Justicia, radicado 50637, 2018; Radicado 52045, 2020; Radicado 56919, 2020, entre otras).

“En tal sentido, se ha admitido la posibilidad de que se incorporen como prueba de referencia las declaraciones anteriores, inclusive, cuando la Fiscalía presente al niño o niña como testigo en el juicio oral, pero advirtiendo en este último caso que ello solo es posible si concurren circunstancias muy particulares como, por ejemplo, su corta edad, su condición mental, el riesgo latente de revictimización u otra situación equivalente que ocasione que su disponibilidad como testigo sea relativa” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 58668, 2022).

Por último, es pertinente analizar la causal ubicada en el (art. 438, lit. b) el cual hace referencia a tres situaciones, las dos primeras evidentemente objetivas, pues el testigo que es víctima del delito de secuestro o desaparición forzada está imposibilitada de comparecer a brindar un testimonio. La manera más idónea de acreditar esta situación es a través de noticias de medios de comunicación que hayan registrado el suceso o la presentación de la denuncia por los hechos que han originado el secuestro o la desaparición.



Sin embargo, al interior de esta causal encontramos el concepto de eventos similares la cual ha generado pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues al interior de este causal se incorporan circunstancias que son de textura abierta, que a la ligera permiten establecer que existen aspectos no taxativos en los cuales puede ser utilizada la prueba de referencia.

La Corte Constitucional en Sentencia C-144 de 2010, apoyándose en precedentes de la Corte Suprema de Justicia abarca el concepto de evento similar, sentando el máximo órgano constitucional bases que le permiten a los sujetos procesales y operadores jurídicos establecer un concepto cerrado de esta causal, pues señala la jurisprudencia que la expresión “eventos similares” hace referencia a situaciones parecidas a las previstas en las excepciones pasadas, por ejemplo, el fallecimiento, la desaparición forzada, el secuestro, haciendo referencia a situaciones como la indisponibilidad del testigo.

Sobre esta situación como causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia de manera absolutamente diáfana, que el concepto de la indisponibilidad del testigo tiene que tener un mínimo de respaldo probatorio, pues no basta con que la parte que pretenda hacer uso de esta causal manifieste por ejemplo, que no ha sido posible localizar al testigo, luego que tiene que acreditarse cuáles han sido las actividades que se han desarrollado para la localización del testigo y su eventual comparecencia al juicio oral en aras de garantizar el derecho de defensa y confrontación, sobre el particular en jurisprudencia reciente SP4770-2020, reiterado en la SP 1674-2021, radicado 55358, la Corte expresa:

“En síntesis, bajo el concepto de *evento similar* al secuestro o desaparición forzada de quien hizo una declaración previa al juicio oral pero no fue posible que la ratificara en dicho acto, por no hallarse físicamente disponible por haber desaparecido voluntariamente o no haberse logrado su comparecencia a la correspondiente

audiencia, la Corte ha entendido, pacíficamente hasta acá, que aquella constituye prueba de referencia admisible en términos del artículo 438, literal b, de la Ley 906 de 2004, siempre y cuando la parte interesada acredite la realización diligente pero infructuosa de todas aquellas labores tendientes a lograr su ubicación y consiguiente asistencia al juicio, como que en esas condiciones concurren situaciones especiales de fuerza mayor, que no pueden ser racionalmente superadas” (Corte Suprema de Justicia, radicado 55358, 2021).

La anterior precisión de la jurisprudencia mantiene la excepcionalidad de la prueba de referencia, pues el alcance establecido a la indisponibilidad del testigo está sujeto a una causal de fuerza mayor, es decir aspectos insuperables que justifican el desarrollo de la prueba de referencia, la cual se autoriza cuando está acreditado en motivos fundados que no se ha podido lograr la comparecencia del testigo a la audiencia del juicio.

## **5.2. Los informes de policía judicial o de investigador de campo como prueba de referencia**

El código de procedimientos penal, art. 205 establece que una vez se tiene conocimiento de la noticia criminal, la policía judicial inicia el desarrollo de todos los actos urgentes “dirigidos a establecer como ocurrieron los hechos, las circunstancias de tiempo modo y lugar en que los mismos se presentaron y los sujetos que parecen implicados en su condición de autores” (González, 2020; pág. 22), los cuales deben concluir en la emisión de un informe ejecutivo donde se registren todas las actividades que se desarrollaron.

El denominado informe ejecutivo encuentra desarrollo normativo en la Ley 906 de 2004, art. 209 el cual describe las particularidades que debe cumplir, estableciendo que:

“El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características: a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe; b) Descripción clara y precisa de

los resultados de la actividad investigativa antes mencionada; c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia; d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado”.

Así pues, los informes de policía judicial para la Fiscalía, y los informes de investigador de campo para la defensa, contienen las diligencias adelantadas por un funcionario de policía judicial o un investigador privado que lo diligencia y autentica con su firma, en el que se realiza una narración descriptiva de los actos investigativos realizados y los resultados obtenidos de ella, además relacionan los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida recolectados en la actividad investigativa preliminar.

Es importante resaltar lo dicho por la jurisprudencia en Sentencia SP729-2021, sobre el particular se indica:

“La Sala ha precisado que el carácter testimonial de una evidencia recaudada antes del juicio no depende de que la misma esté documentada o no. Así, por ejemplo, si una entrevista queda vertida en un documento (*escrito, audio, video, etcétera*), por ello no pierde su carácter testimonial. En el mismo sentido, aunque los informes de policía son en estricto sentido documentos públicos, ello no afecta su carácter declarativo, como cuando en ellos el policía de vigilancia narra las circunstancias bajo las cuales capturó al procesado o el policía judicial describe lo que observó al llegar a la escena del crimen o al allanar un inmueble” (Corte Suprema de Justicia, radicado 53057, 2021)

De la anterior definición del concepto de informe es relevante destacar que estos son el medio utilizado por fiscalía y defensa para registrar los actos preliminares que soportarán

la tesis acusatoria para probar la ocurrencia del delito o defensiva para demostrar la inocencia del acusado en la audiencia de juicio oral, sin embargo, los informes y sus anexos no pueden ser considerados como prueba documental autónoma, de acuerdo con la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

“Estos informes son contentivos de la declaración o versión sobre lo directamente percibido por el servidor policial en desarrollo de su actividad. A manera de ejemplo, pueden presentar información detallada sobre la captura del procesado o las circunstancias en que se adelantó diligencia de registro y allanamiento, así como también, dado el caso, sobre la incautación de elementos. En tal virtud, su contenido puede ser determinante para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en tal documento se describe la participación del procesado en la conducta punible”.

“Es por ello que su presentación como prueba en el juicio oral, afecta la garantía a la defensa del acusado, en su componente relacionado con el derecho a interrogar a quienes, dadas las circunstancias, pueden tener el carácter de testigos de cargo (artículo 8, literal k de la Ley 906 de 2004). Sin desconocer adicionalmente, que tales informes pueden incluir, además, declaraciones de terceros, constitutivos de prueba de referencia, proscrita en el proceso penal, salvo las excepciones de ley” (Corte Suprema de Justicia, radicado 51750, 2022).

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia ha limitado la incorporación de los informes de policía judicial o informe de investigador de campo al juicio oral como prueba autónoma, pues tienen la característica de prueba de referencia determinada en la Ley 906 de 2004, (arts. 437 y 438) y para ello debe agotarse el procedimiento establecido en la norma procesal acusatoria cuando se aspira incorporar al torrente probatorio en juicio oral; en ese sentido el informe de policía judicial o informe de investigador de campo además de ser

descubierto y enunciado, debe someterse al tamiz de los requisitos de la prueba de referencia agotar.

Desconocer lo anterior vulnera el derecho de confrontación, pues autorizar la incorporación del informe como un documento autónomo imposibilita la posibilidad de controlar el interrogatorio o de contra interrogar al testigo, impugnar credibilidad o refrescar memoria, motivo que exige cumplir con rigor los requisitos de su admisibilidad.

Resulta importante para este trabajo de investigación señalar la forma correcta en que se deben presentar en el juicio oral la información contenida en los informes de policía judicial o de investigador de campo, pues el desconocimiento de las reglas probatorias puede permitir la incorporación al juicio oral de pruebas de referencias inadmisibles en el juicio oral. Para lo anterior la jurisprudencia ha señalado:

“que de pretender hacer valer tal información en juicio y convertirla en prueba, debe la parte interesada llevar el testimonio directo del agente investigador que realizó el informe, a fin de que declare sobre los aspectos que en forma directa y personal hubiese observado o percibido” (Corte Suprema de Justicia, radicado 51750, 2022).

No puede dejarse de lado que a pesar de que está prohibida la incorporación al juicio de los informes de manera directa, estos pueden utilizarse para refrescar la memoria del testigo, impugnar credibilidad o como testimonio adjunto, para ello debe agotarse exclusivamente el requisito del descubrimiento probatorio sin que se requiera que el informe sea decretado como prueba. La Corte ha precisado que:

“el informe de policía judicial puede utilizarse en el juicio para refrescar la memoria del testigo e impugnar su credibilidad. En el primer caso, no ingresa ningún apartado del mismo, y en el segundo, sólo los aspectos objeto de impugnación” (Corte Suprema de Justicia, radicado 58087, 2022).

### Capítulo 3

#### 6. El recurso extraordinario de casación

Dentro de la Ley 906 de 2004, art. 181 aparece normado el recurso extraordinario de casación como medio para impugnar las providencias judiciales emitidas por los tribunales en segunda instancia, siguiendo a Calderón (1985)

“la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efectos suspensivos, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido”.

Si bien la interposición del recurso procede de manera formal contra toda sentencia de segunda instancia, lo cierto es que materialmente únicamente procedería contra aquellas sentencias emitidas por tribunales en segunda instancia que contenga errores de juicio o errores de actividad susceptibles de corrección, y que con ello se logre unificar la jurisprudencia, promover la realización del derecho objetivo denunciar el injusto o reparar el agravio inferido.

La doctrina ha ofrecido una definición más precisa del recurso extraordinario indicando:

“Desde la óptica jurídico-política del estado social y democrático de derecho, concepción acogida por nuestra constitucionalidad y respecto a la que el derecho penal debe corresponder como sistema integral: entendemos la casación penal como un recurso extraordinario, técnico, objetivo contra sentencias de segunda instancia de tribunales (nacional, superior de distrito judicial y penal militar) en orden a que la corte suprema de justicia efectivice la prevalencia del derecho sustancial, en corrección de violación de garantías fundamentales, o, por vicios ora in judicando, ora improcedendo” (Pabón, 1999; pág. 55)

## **6.1. Legitimidad e interés jurídico para recurrir**

La Ley 906 de 2004, art. 182 señala que: “están legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio” En relación con este punto es importante indicar que la defensa, la fiscalía, la víctima y el ministerio público están legitimados para interponer el recurso extraordinario de casación; siempre y cuando demuestre que la sentencia emitida por el Tribunal, irrespetando el ordenamiento jurídico, afecta sus intereses al interior del proceso penal. Para Tribin (2016) “solo se tendrá interés jurídico para recurrir cuando la impugnación recaiga en decisión o aparte de la misma que afecte, agravie o dañe a quien acude al recurso” (pág. 84)

A manera de ilustración la defensa está legitimada para recurrir la sentencia en casación, cuando el tribunal a través de una sentencia emitida en segunda instancia declara la responsabilidad penal del acusado por un delito que no cometió o que estaría prescrito, se negó un subrogado penal al que se tenía derecho, se dosifico la pena a imponer de manera incorrecta o al interior del proceso se le vulneró el debido proceso causándole así un perjuicio real y efectivo que no está en capacidad de soportar y que debe ser resarcido a través del recurso extraordinario de casación.

A su vez la fiscalía como titular de la acción penal, consagrada en el art. 250 de la Constitución política le asiste interés en interponer el recurso de casación cuando la sentencia condenatoria sea contraria a su pretensión acusatoria basada en argumentos que no se ajusten al ordenamiento jurídico.

Por su parte el ministerio público está legitimado para recurrir la sentencia a través del recurso extraordinario de casación sin importar el sentido en que se emita absolutoria o condenatoria, cuando esta considere que el fallo transgrede el orden jurídico.

De conformidad con la Ley 906 de 2004 (art. 11, lits. C y G) la víctima dentro del proceso penal tiene derecho:

“A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código también a ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar”.

De acuerdo con lo anterior la víctima está legitimada al interior del proceso penal para recurrir la sentencia en casación siempre y cuando se busque con el recurso obtener justicia, verdad y reparación para su caso concreto, es por ello que puede recurrir en casación la sentencia absolutoria, la concepción irregular de un subrogado penal o la sentencia que ponga fin al incidente de reparación integral, sobre el particular Pabón (2011) indica:

“Uno de los principios rectores del debido proceso penal es el “del restablecimiento del derecho (art. 228), postulado que tiene amplia reglamentación dentro del Código Procesal (arts. 132, 133, 134, 135, 136 y 137; Código Penal: arts. 94, 95, 96, 97, 98 y 99, entre otros), regulación que tiene como finalidad otorgar al juez las herramientas jurídicas y procesales para que dentro del proceso penal o su finalización realice el querer del legislador, es decir, que los derechos del ofendido vulnerados con el delito sean restablecidos adecuadamente cuando la naturaleza de los hechos punibles lo hagan posible. Si la reparación integral en el proceso penal apunta al restablecimiento del derecho y al logro de la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito, se traduce que en la sede extraordinaria su interés para recurrir está limitado y ligado a las pretensiones de resarcimiento”. (pág. 158).

## **6.2. Fines de la Casación**

Este medio de impugnación extraordinario encuentra su razón de ser en cuanto que con su interposición se busca el logro de los propósitos que le son propios, cuyo contenido resulta acorde con los fines esenciales del Estado Social de Derecho. No se trata de imponer



un criterio, sino manifestar y demostrar, con trascendencia argumentativa, a través de un juicio lógico argumentativo como el que exige el control legal y constitucional que se está promoviendo, los defectos de que adolece la sentencia censurada que deben ser corregidos por los agravios que le producen no solo al interviniente que recurre en casación sino a la sociedad en general.

El (Ley 906, 2004, art. 180) enlista varios fines que son posible invocar por el casacionista en procura de que la demanda sea admitida por la corte y resuelta de fondo. Uno de los fines taxativamente señalados es el respeto de las garantías sustanciales como procesales que le asisten a los intervinientes del proceso penal, las cuales hayan sido vulneradas violadas como consecuencia de los errores de actividad y de juicio en que incurrió el Tribunal de segunda instancia, como cuando:

- i) Deja de motivar completamente la sentencia;
- ii) Se desconoce el principio de congruencia entre la imputación, la acusación y la sentencia;
- iii) Se emite una condena a partir de equivocaciones relevantes en la auscultación del alcance de las normas que sirvieron de base para declarar la responsabilidad penal, que de no presentarse se habría decretado la atipicidad de la conducta o, a lo sumo, la prescripción de la acción penal;
- iv) El Tribunal valida la sentencia sin existir suficientes elementos de convicción que ofrezcan un grado de conocimiento exigido para imponer una sanción penal, proceder que, sin duda, transgrede la presunción de inocencia, garantía que cobija al acusado como expresión del debido proceso penal a que se refieren la Constitución Política, arts. 29; el código de procedimiento penal, art. 7 y 381 erigiéndose, así:

“el recurso de casación [...] como el eslabón final de la cadena procesal que debe enmendar el yerro, prerrogativa que se encuentra en titularidad y en condiciones

similares frente a todas las partes e intervinientes, a quienes –en el sistema adversarial y en un Estado Social de Derecho cuyo principal valor es la igualdad- se debe brindar equilibrio real en las posibilidades jurídicas para expresar y defender sus intereses y controvertir los de la contraparte” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 24323, 2005)

En igual sentido, a través el recurso extraordinario de casación también se puede obtener la *efectividad del derecho material* vulnerado en la sentencia apelada, cuando en esta el juzgador plasme consideraciones legales que no se aviene a la normativa constitucional, sustancial o procesal llamada a regular el caso, originadas en la comisión de errores por parte del juzgador que pueden ser (*in procedendo e in iudicando*), así como generar un agravio injustificado en los intereses del interviniente que recurre en casación que por medio de este mecanismo excepcional se debe reparar.

En último lugar, a través del recurso extraordinario de casación también se puede lograr el desarrollo o unificación de la jurisprudencia por parte de la sala de Casación sobre un aspecto trascendental para la práctica judicial. Con relación al desarrollo de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

“Es deber del impugnante indicar si pretende fijar el alcance interpretativo de un precepto, la unificación de posiciones disímiles de la Corte, el pronunciamiento sobre un punto concreto no desarrollado suficientemente, o la actualización de la doctrina de conformidad con nuevas realidades fácticas y jurídicas. Ha de establecer el censor, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso concreto y la ayuda que se prestaría a la autoridad judicial al trazar esos derroteros” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 15948, 2000)

### **6.3. Causales de procebilidad para el recurso extraordinario de casación**

Por lo específico del recurso extraordinario, el legislador ha establecido en la Ley 906 de 2004, art. 181 unas causales que hacen procedente el recurso de casación, la norma procesal indica:

“El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: 1) Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; 2) Desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes; 3) El manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia; 4) Cuando la casación tenga por objeto únicamente lo referente a la reparación integral decretada en la providencia que resuelva el incidente, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan la casación civil. **Parágrafo.** No procederá la casación cuando el fallo de control automático de la prisión perpetua revisable sea emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

Lo anterior revela que la demanda de casación debe fundarse en las causales taxativamente señaladas en la ley atendiendo a los requisitos de forma y contenido de cada reproche, sin embargo, para la debida escogencia de la causal invocada es preciso establecer el tipo de error en el que incurre la sentencia, los cuales pueden ser errores in iudicando o errores in procedendo.

#### **6.4. El error in procedendo**

El error in procedendo se presenta al interior del proceso por la afectación o el desconocimiento del debido proceso aplicable a un caso en concreto, estos se dividen en errores de actividad o errores de estructura. Para Rodríguez Chocontá (2019) “la irregularidad

in procedendo que puede generar la nulidad de la actuación se presenta cuando se afecta el normal desenvolvimiento de la actuación dentro de los cánones del debido proceso” (pág. 205). En los errores *in procedendo*, el censor debe atacar la sentencia por la vía de la nulidad, ilustrándose en la demanda si el error se originó por un defecto que afecta el debido proceso, teniendo el deber de evidenciar que la irregularidad solo puede ser corregida al interior del proceso a través de la nulidad.

### **6.5. El error in iudicando**

Este tipo de error tienen su origen en la prueba, y se incurre en el de dos maneras, el primero en analizar es aquel que se incurre por vía del error de derecho, el cual comete el sentenciador por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma sustancial o procesal llamada a disciplinar el caso. Al respecto la corte ha manifestado

El error in iudicando debe denunciarse por violación directa o indirecta de la ley sustancial. En la primera especie, el impugnante extraordinario, debe someterse a los hechos del proceso y a la valoración de las pruebas realizadas en el juicio, circunscribiéndose el reproche a demostrar la violación directa de la ley sustancial por yerros eminentes e insuperables por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, de la norma jurídica llamada a resolver el asunto.

El segundo tipo de error se manifiesta cuando el juzgador en la sentencia aprecia de manera incorrecta los medios de prueba, reproche que debe ser dirigida a través de la violación indirecta de la ley sustancial, al referirse a este tipo de error la jurisprudencia de la sala de casación penal ha manifestado lo siguiente:

“Si la censura se fundamenta en violación indirecta de la ley sustancial, por incorrecciones manifiestas en la apreciación o valoración de la prueba, debe identificarse si se trata de un error de hecho por falsos juicios de existencia (por omisión o suposición), falsos juicios de identidad (por adición, cercenamiento o

trasmutación) o falsos raciocinios, o de derecho por falsos juicios de legalidad o falsos juicios de convicción, siendo cada una de estas categorías dotada de precisa sindéresis y metodología para su formulación” (Corte Suprema de Justicia, radicado 54674, 2021).

Por ser el objeto de la presente investigación, a continuación, se desarrollará a profundidad el error de derecho por falso juicio de convicción.

#### **6.6. El error de derecho por falso juicio de convicción**

El error de derecho por falso juicio de convicción se presenta en mayor manera en aquellos estatutos procesales en los que existe un sistema de prueba tarifado, surgiendo cuando el juzgador, desconoce el alcance establecido por la norma a un medio probatorio en específico, o cuando la norma ha establecido que un hecho debe ser probado con una prueba en particular. Velásquez (2012) indica que “si el tribunal suministra a una prueba un valor que no tiene o desconoce el preestablecido legalmente, esto es, no aplica la tarifa probatoria fijada en la Ley, incurre en error de derecho por falso juicio de convicción” (pág. 213).

En la legislación procesal penal colombiana, el error de derecho por falso juicio de convicción es poco recurrente, luego que el legislador estableció un sistema de valoración afianzado en la sana crítica, desechando los sistemas de tarifa probatoria en los que se limita al juez a dar probado los hechos con las pruebas exclusivamente establecidos en la ley. Solorzano (2019) ha puntualizado:

“Hoy nos regimos por el sistema de la sana crítica en virtud del cual será el juez quien determinará el valor de los diversos medios de convicción, acorde con los principios de la lógica, la ciencia y la experiencia. Esta exigencia implica que difícilmente el falso juicio de convicción se pueda dar en la realidad, toda vez que mientras se respete la sana crítica, el valor dado a los medios de convicción no es atacable en casación” (pág. 132).

A pesar de su poca utilidad, la Ley 906 de 2004, ha dado cabida a la procedencia del falso juicio de convicción, pues el (art. 381) ha dispuesto una disposición que determina una tarifa “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

El artículo en mención hace referencia a una tarifa probatoria negativa, pues la norma procesal permite en los arts. 437 y 438 que al juicio oral se incorporan de manera excepcional prueba de referencia, sin embargo, se le prohíbe ser el único sustento de la sentencia condenatoria. De tal manera que, si un tribunal emite una sentencia condenatoria soportada exclusivamente en una prueba de referencia legalmente allegada al juicio oral, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción luego que se ha desconocido el valor establecido a este medio probatorio en la Ley.

Una segunda situación a través de la cual es posible atacar la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia por un tribunal, por la vía del recurso extraordinario de casación a través del error de derecho por falso juicio de convicción se presenta cuando el sentenciador desconoce el derecho a la no autoincriminación y al momento de condenar establece valor probatorio negativo al uso de la garantía establecida en el artículo 33 de la constitución política, el denominado derecho a guardar silencio. A manera de ilustración la Sala de Casación Penal aborda esta situación de la siguiente manera:

“Mas ello parece no comprenderlo el ad quem, pues mostrando desconocimiento de los pilares del juicio (art. 250-4 de la Constitución), así como del ámbito de aplicación de la garantía fundamental de no autoincriminación (art. 33 y arts. 8 lits. b, c y d del CPP), el juez colegiado de segunda instancia, pasando por alto que el acusado no rindió testimonio en juicio y bajo el errado convencimiento que sus manifestaciones ante el juez de garantías constituían evidencia testimonial, las apreció. Además, no sólo las observó, sino que las valoró en contra del procesado, convirtiéndolas en

fundamento probatorio para justificar su responsabilidad penal como sujeto activo calificado de la conducta punible de concusión”.

“Por consiguiente, al fijar el enunciado fáctico cifrado en que, ante la pregunta de si era su deseo aceptar los cargos, el imputado señaló: «por el momento me abstengo de aceptar los cargos para tratar de llegar a un preacuerdo con la Fiscalía y presentar mi carta de renuncia a la institución para no entorpecer la misma», el Tribunal incurrió en error de hecho consistente en falso juicio de existencia por suposición, como quiera que, sin serlo, apreció como prueba testimonial tal manifestación y de ella derivó inferencias probatorias”.

“Entonces, ese fundamento de la declaratoria de responsabilidad penal, naturalmente, debe ser removido de la estructura argumentativa en que aquélla se soporta, máxime que, al utilizar tal afirmación en contra del acusado, el Tribunal también violó garantías fundamentales, pues utilizó las expresiones para incriminarlo, sin los supuestos legales habilitantes para ello”.

“Desde esa perspectiva, aun admitiendo hipotéticamente que las aludidas expresiones hubieran ingresado al juicio, al ad quem le estaba vedado aludir a ellas, so pena de incurrir en un error de derecho por falso juicio de convicción. Ello, por cuanto al tenor del art. 8° lit. d del CPP, existe una tarifa legal negativa en punto de la apreciación de las exteriorizaciones emanadas del procesado tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas, si no llegaren a perfeccionarse” (Corte Suprema de Justicia, radicado 49184, 2019).

Otra posible escenario en la que es posible que se materialice el error de derecho por falso juicio de convicción se presenta cuando el sentenciador exige una prueba científica para demostrar determinado hecho, ejemplo de ello, lo ocurrido en la sentencia SP196-2021 radicado 48768 del 3 de febrero de 2021, caso en el que el sentenciado “requirió prueba

pericial para comprobar la causa de un accidente de tránsito, pues está creando una inexistente tarifa legal contraria a la libertad probatoria reglada en la Ley 906 de 2004” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 48768, 2021).

### **6.7. Estructuración del cargo**

A manera de acotación, es importante que al momento de sustentar el recurso extraordinario de casación se escoja y sustente en debida forma la causal de casación que alude al yerro invocado, pues la demanda de casación es un escrito técnico que debe gozar de claridad y coherencia. Así lo ha determinado la Ley 906 de 2004:

“No será seleccionada, por auto debidamente motivado que admite recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público, la demanda que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos: Si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso” (art. 184, inc. 2).

Puedo concluirse de lo anterior que el sujeto procesal que tenga interés en recurrir la sentencia en casación deberá cumplir las exigencias establecidas en la Ley 906 de 2004, pero además de ello los argumentos que integren la demanda deben precisar con exactitud la causal que sustentará el yerro denunciado, y posteriormente desarrollarlo a través de argumentos que tengan conexión y precisión con los motivos y sentidos de la violación enunciada.

Teniendo en cuenta a Peña (2022):

“Al demandante se le impone la obligación de que en su demanda mencione de manera clara, precisa y sucinta el planteamiento del problema jurídico a resolver con la decisión, pero esto no faculta al recurrente para que se aparte del lenguaje técnico,



los errores se deben relacionar de manera separada, pero conforme dijimos atrás sin contradecirse” (pág. 31).

Es por lo anterior que cuando se recurre una sentencia a través del recurso extraordinario de casación es necesario especificar en la demanda, en debida forma las normas violadas y el sentido de la violación, pues para Solorzano (2019) “el principio de proposición jurídica completa le impone al demandante la carga de señalar en cada cargo las normas violadas y el sentido de la violación de las mismas” (pág. 77).

Explicando la forma correcta en que debe postularse el cargo de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, entendiendo que esta causal solo es procedente cuando el juzgador le otorga un valor distinto al medio probatorio establecido en la Ley, la sala de casación penal al inadmitir una demanda de casación propuso que:

“Como cargo principal planteó el demandante la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de derecho cometido a través de un falso juicio de convicción, por estimar que la condena se fundó en especulaciones y prueba de referencia. El reparo así planteado le imponía demostrar que el juzgador desconoció el valor o la eficacia prefijada por la ley a una determinada prueba, precisando la norma que establecía su valor y la ocurrencia de su infracción, sin embargo, ninguna de esas condiciones ha sido acreditadas en la demanda” (Corte Suprema de Justicia, radicado 55591, 2021).

En este orden de ideas, cuando se pretende atacar la sentencia soportada exclusivamente en prueba de referencia, la causal adecuada es la del falso juicio de convicción, siendo necesario que el peticionario demuestre que el medio de prueba estimado por el sentenciador corresponde a la prueba de referencia y además que la sentencia condenatoria se fundó de manera exclusiva en este tipo de prueba.

## **6.8. La prueba de referencia como falso juicio de convicción frente a la casación penal**

Hemos dicho en el transcurso de este trabajo que en Colombia no existe tarifa legal probatoria, Sin embargo, la escogencia de uno u otro medio probatorio es una facultad que debe ejercerse en el marco de los requisitos constitucionales y legales de cada uno de ellos. No obstante, existe una excepción a dicho enunciado, y esta es la prueba de referencia, cuyo medio tiene un valor probatorio de rango negativo, pues conforme vimos atrás, la sentencia condenatoria no puede tener como único soporte prueba de referencia, de allí que se establezca ese valor negativo frente a dicho supuesto.

De la anterior premisa surge el falso juicio de convicción, que según Peña:

“Se presenta cuando el juez desconoce el valor probatorio establecido a la prueba o la eficacia que la ley le otorga, debiendo el demandante mencionar o identificar claramente la prueba valorada indebidamente por el sentenciador, la norma que establece el valor de la prueba, o la prohibición de su admisión o valoración, enseñar el error y la trascendencia de él en la decisión de fondo” (2022, pág. 62).

Como el falso juicio de convicción denuncia que la sentencia condenatoria contiene errores de valoración probatoria que generaron la indebida aplicación normativa de la regla que establece que “la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia” (Ley 906, 2004; art. 381), es importante resaltar que el casacionista al abordar el desarrollo del cargo da por sentado que la prueba de referencia excepcionalmente admisible es legalmente aportada al proceso, cumpliendo los siguientes requisitos:

1) La parte descubre la declaración anterior según el numeral 5 del artículo del artículo 337 de la Ley 906 de 2004 para la fiscalía, o el numeral 2 del artículo 356 para la defensa;

2) La prueba de referencia debe ser enunciada conforme al numeral 3.

3) La prueba de referencia debe ser solicitada cumpliendo los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad;

4) La parte que pretende utilizarla tiene que justificar debidamente la causal de procedencia del artículo 438.

5) El Juez decreta la práctica de la prueba de referencia.

6) La prueba de referencia es practicada en el juicio oral, dándole lectura a la declaración anterior a través de testigo de acreditación de conformidad con el artículo 429 del código de procedimiento penal.

Luego que el desconocimiento de las reglas de producción de la prueba de referencia, son cargos propios de un error de derecho por falso juicio de legalidad, tal como lo expresa la sala de casación penal en providencia reciente:

“Los errores de derecho entrañan la apreciación material de la prueba por el funcionario judicial, quien la valora, no obstante haber sido aportada al proceso con violación de las formalidades legales para su aducción, o no lo hace, porque a pesar de estar ellas reunidas, considera que no las cumple (*falso juicio de legalidad*)” (Corte Suprema de Justicia, radicado 57137, 2022).

Insistiendo que el error de derecho por falso juicio de convicción se incurre cuando el sentenciador al apreciar la prueba de referencia desconoce la tarifa legal negativa establecida en la Ley, en la misma jurisprudencia la corte precisa:

“Aunque de restringida aplicación –por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, excepción hecha de la negativa para condenar exclusivamente con prueba de referencia–, se incurre en esta especie de dislate cuando el juzgador desconoce el valor prefijado a la prueba en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (*falso juicio de convicción*), caso en el cual, corresponde al actor señalar las normas procesales que

reglan los medios de prueba sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su transgresión” (Corte Suprema de Justicia, radicado 57137, 2022).

De lo anterior es pertinente concluir que un mismo medio probatorio no puede ser atacado a través del recurso extraordinario de casación a través de falso juicio de convicción y falso juicio de legalidad, pues no es coherente indicar que el medio de prueba fue admitido indebidamente como prueba de referencia para posteriormente indicar que fue incorporado de manera legal.

### **6.9. Criterio jurisprudencial sobre la indebida estructuración del cargo de la causal de error de derecho por falso juicio de convicción**

La Corte Suprema de Justicia dentro del Radicado 49822 de 2019, ha establecido que el casacionista para conseguir la prosperidad del cargo denominado falso juicio de convicción por soportar la sentencia exclusivamente en prueba de referencia deberá:

“i) Identificar el elemento sobre el cual sustentó la sentencia, siendo necesario que se identifique que el medio de probatorio tiene la característica de prueba referencia definida en el artículo 437 de la ley 906 de 2004; ii) Indicar la norma que tasa su valor o restringe su eficacia probatoria, requisito objetivo que se supera acudiendo a la parte final del artículo 381 de la Ley 906 de 2004; iii) Exponer la razón de su desconocimiento, demostrando que el juzgador tomó como soporte de su sentencia una declaración anterior, sin que existan en el plenario otros medios de prueba que corroboren o soporten lo descrito por la prueba de referencia; y iv) Enseñar qué implicaciones tuvo ese error en el fallo que se discute, es idóneo demostrar que el juzgador cuando sentencia amparada en prueba de referencia, desconoció el principio de inmediación, confrontación y defensa”.

A partir de los requisitos antes expuestos se realizará un análisis de las providencias emitidas por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, con la finalidad de

evidenciar la constante inadmisión de las demandas de casación presentadas por el error de derecho por falso juicio de convicción derivadas de la indebida escogencia de la causal o por no demostrar el cargo en debda forma.

#### **6.9.1. Corte Suprema de Justicia, Radicado 49822 de 2019**

En la providencia referenciada la sala penal de la corte suprema de justicia resolvió inadmitir la demanda de casación, luego que el censor no logro acreditar que el juzgador afianzó la sentencia condenatoria por el delito de violencia intrafamiliar exclusivamente en prueba de referencia, pues si bien al interior del juicio oral declaró un policía judicial que no presenció de manera directa los hechos acontecidos, la sentencia se afincó en prueba indiciaria que emergió de lo narrado por el testigo en la vista pública sobre lo percibido por él cuando atendió el caso, dándose cuenta del estado de ofuscación en el que se hallaba el acusado, quien le exigía a la víctima que se callara para que no continuara relatando a la policía las agresiones de las que había sido víctima. A partir de lo anterior la corte precisó;

Es claro, entonces, que el impugnante parte de una premisa falsa, según la cual, la sentencia se fundó exclusivamente en prueba de referencia, pues **Ludwig Stiven Triana** percibe directa y personalmente que:

“i) la víctima y el procesado conformaban un núcleo familiar, integrado, además, por un hijo de 15 meses de edad; ii) la familia residía en la calle 48E # 99B-18, del barrio Juan XXIII de la ciudad de Medellín; iii) en dicho inmueble la víctima recién había sido agredida físicamente en su rostro; vi) el procesado se encontraba en alto grado de exaltación; (v) la víctima le informó que su compañero fue la persona que la agredió; (vi) la actitud de la víctima hacia su compañero confirmaba dicha información, condición a la cual agregó su manifestación de querer denunciarlo; y vii) **Didier Endersson Ríos Correa**, frente al policía continuó maltratando verbalmente a su compañera a través de insultos” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 49822, 2019).

Además de lo anterior, el testimonio del policía judicial encontró corroboración en lo atestiguado por un médico legista, quien posterior a los hechos atendió a la víctima y acreditó en el juicio las lesiones por ella sufrida y el temor que tenía por sufrir represalias de su victimario.

Es necesario concluir que independientemente de lo objetivo del error de derecho por falso juicio de convicción, la efectiva demostración del cargo requiere rigurosidad para poder derruir la presunción de acierto y legalidad de la que goza la sentencia. Se observa que el casacionista a la hora de estructurar el cargo, no logró demostrar que el testimonio del policía judicial tuviera la entidad de una declaración, si bien el testigo acudió al juicio oral a testificar sobre lo que escuchó de la víctima, también es cierto que declaró sobre lo por él recibido, aparte sobre el cual la defensa tuvo la oportunidad de ejercer la debida confrontación a través del contrainterrogatorio, lo que hizo impróspero el cargo planteado.

#### **6.9.2. Corte Suprema de Justicia, Radicado 56207, Sentencia AP3112-2020**

Es relevante indicar que la jurisprudencia al momento de inadmitir la demanda de casación realizar un ejercicio pedagógico que permite comprender la forma y la manera de recurrir en casación. En el presente fallo jurisprudencial la sala de casación penal hace indispensable el cumplimiento de los principios de la casación al momento de admitir la demanda, situación que en el presente no se cumple pues el censor recurre al error de derecho por falso juicio de convicción para pretender demostrar que el sentenciador apoyó la sentencia en pruebas que no tenían credibilidad para condenar, dejando de lado que este yerro es exclusivo para demandar la violación por parte del sentenciador una tarifa legal impuesta a una prueba por la Ley.

En esta ocasión la Corte reitera las exigencias que debe cumplir el casacionista que pretende prosperidad del cargo por la vía del falso juicio de convicción, sobre el particular:

“En efecto, si el reproche se propone porque el juzgador infringió indirectamente la ley sustancial por incurrir en error de derecho derivado de un falso juicio de convicción; si éste ocurre en tanto se desconoce el valor o la eficacia prefijadas por la ley a una determinada prueba y en ese entendido que es de excepcional ocurrencia en nuestro ordenamiento como quiera que, por regla general, en la actual sistemática procesal penal los elementos de conocimiento no tienen asignado un grado de persuasión tarifado (salvo la prueba de referencia, prevista en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004), deviene incuestionable que el censor no se sujeta a ninguno de dichos parámetros” (Corte Suprema de Justicia dentro, radicado 56207, 2020).

Es que, alegado como fue ese yerro casacional, al demandante le correspondía acreditar no sólo la norma que hubiere establecido el valor de la prueba, sino principalmente su infracción, nada de lo cual satisfizo.

Y si se trata, como podría inferirse del contenido de la demanda, de la prueba de referencia, cuya tarifa negativa se fija ciertamente en la norma procesal antes citada, era carga del libelista acreditar, primero que las valoradas por el juzgador tenían tal condición y segundo, que éste fundó su decisión de condena únicamente en medios demostrativos de esa naturaleza, nada de lo cual tampoco observó el casacionista, pues más allá de calificar los testimonios de los peritos que en este asunto declararon y de la tía de la víctima, como de referencia, sin serlo, no acreditó que el sentenciador hubiere fundado su decisión de condena exclusivamente en declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, mucho menos si es el mismo recurrente quien sostiene que el Tribunal se sustentó en el testimonio de la menor rendido en juicio oral, como eje central acompañado de pruebas de referencia.

Se advierte, a cambio, que el censor confunde convicción con credibilidad y que en cuanto ésta resultare afectada se constituiría entonces en su sentir un falso juicio de convicción (Corte Suprema de Justicia dentro, radicado 56207, 2020).

### **6.9.3. Corte Suprema de Justicia, Radicado 56350, Sentencia AP4141-2021**

Es notable que los precedentes de la sala de casación penal de la Corte Suprema de justicia se dirigen en su gran mayoría en la inadmisión de la demanda de casación cuando se presenta el ataque del error de derecho por falso juicio de convicción, pues el recurrente acude a este desconociendo la forma debida en que debe presentarse el cargo y el pertinente alcance que tiene esta causal en sede del recurso extraordinario de casación. En esta oportunidad la corte inadmite la demanda presentada por el evidente desconocimiento del casacionista al formular y estructurar el cargo, sobre el particular se indicó;

“Ahora bien, si para el libelista la condena se emitió exclusivamente con base en prueba de referencia, debió alegar la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de convicción, que tiene ocurrencia cuando el fallador no le concede a un determinado medio de prueba el valor asignado por el legislador o cuando desconoce las normas que tarifican su eficacia probatoria, asunto que, en la Ley 906 de 2004, se registra respecto de la tarifa legal negativa expresamente consagrada en el inciso segundo del artículo 381, que prohíbe condenar con base exclusiva en prueba de referencia. Para su acreditación se requiere: i) identificar el elemento sobre el cual recayó; ii) indicar la norma que tasa su valor o restringe su eficacia probatoria; iii) exponer la razón de su desconocimiento y iv) enseñar qué implicaciones tuvo ese error en el fallo que se discute” (Corte Suprema de Justicia, radicado 56350, 2021).

Huelga anotar que estos elementos no podían, de ninguna forma, hacerse valer por el impugnante, simplemente porque la entrevista en cuestión, integrada a la declaración que en juicio rindió el mismo testigo, no se reporta prueba de referencia, entre otras razones, se reitera, porque el testigo siempre estuvo disponible para su adecuada confrontación.

Además, no fue ésta la vía escogida por el libelista ni mucho menos desarrollada por él, lo que da al traste con su pretensión casacional, sumado a que no es cierto que la condena



emitida en contra de **Joel Sebastián Echeverri Suárez** se haya basado, exclusivamente, en la entrevista rendida por **Javer de Jesús Maya Cano**, pues, la misma se encuentra confirmada y robustecida con otros medios de convicción -prueba testimonial, documental e indiciaria-, suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia (Corte Suprema de Justicia, radicado 56350, 2021).

#### **6.9.4. Corte Suprema de Justicia, Radicado 55591, sentencia AP4169-2021**

En la presente demanda de casación el libelista acude de manera indebida al error de derecho falso juicio de convicción para controvertir el alcance que el sentenciador le dio a unos documentos públicos que no revestían prueba de referencia y que en criterio del casacionista fueron cercenados en la valoración. Es evidente que el desconocimiento de la causal del error de derecho falso juicio de convicción ha llevado al libelista a un error insalvable que devino en la inadmisión de la demanda, pues al interior del proceso penal, los documentos que discute no tienen la entidad de prueba de referencia y además su argumento no fue dirigido en demostrar la violación de la Ley 906 de 2004, art. 381 la corte al momento de inadmitir la demanda precisa:

*“Ha señalado la Sala que en el procedimiento de la Ley 906 de 2004 dicho error es de difícil ocurrencia. El sistema de apreciación de la prueba se rige por el de persuasión racional, en el cual es el juez y no la ley, el que con sujeción a los criterios establecidos en ella para cada uno de los medios de conocimiento relacionados en su artículo 382, le fija el mérito suasorio, destacando que un ejemplo de tarifa legal – negativa- lo sería la prevista en el artículo 381 del CPP, el que prohíbe fundar la sentencia de condena exclusivamente en prueba de referencia, pero también ha indicado que de soportarse el cargo en esta circunstancia, es deber del demandante acreditar que las pruebas valoradas por el juzgador tenían tal condición y que éste*

basó su decisión de condena únicamente en medios demostrativos de esa naturaleza” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 55591, 2021).

Contrario a esa exigencia, se advierte que la intención del censor de evidenciar que los juzgadores soportaron la sentencia de condena en pruebas de referencia, no pasa de ser un enunciado carente de argumentos que demuestren su reproche y por el contrario sólo presentó una serie de quejas tendientes a atacar la valoración probatoria, desestructurando así la naturaleza del cargo invocado, pues si lo pretendido por el censor era cuestionar el valor que los falladores le otorgaron al Decreto 051 de 2008, el Convenio 03 de 2008, y a las declaraciones rendidas por los investigadores Hugo Duarte Villareal y Rafael Eugenio Noruega, junto con los informes que éstos rindieron, tal escrutinio debía hacerlo a partir de la denuncia de un error de hecho y demostrar el yerro en la valoración de la prueba (Corte Suprema de Justicia, Radicado 55591, 2021).

#### **6.9.5. Corte Suprema de Justicia, Radicado 56038, Sentencia AP5587-2021**

El mencionado auto de inadmisión de la demanda de casación justifica la necesidad de este trabajo de investigación, pues deja en evidencia el recurrente desconocimiento en que incurren los casacionista al plantear el error de derecho por falso juicio de convicción, pues al momento de desarrollar el cargo se incurren en múltiples deficiencias que devienen en la inadmisión del cargo.

Al momento de descartar el cargo planteado en la demanda de casación, la sala hizo evidente el notorio desconocimiento de los requisitos del yerro titulado el error de derecho por falso juicio de convicción, sobre el particular mencionó el alto tribunal;

En este sentido, no puede señalar el recurrente que la discusión se enfoca dentro del *error de hecho* por falso juicio de convicción, dado que este tipo de vicio corresponde a un error de derecho, que se representa en los casos en los cuales se desconoce expresa directiva

legal atinente a casos excepcionales de tarifa probatoria, ya porque se aplicó ese efecto a un medio que no lo posee, o porque dejó de hacerse cuando es exigido.

Para el caso de la Ley 906 de 2004, la tarifa probatoria opera respecto de la prohibición de emitir sentencia de condena solo con base en prueba de referencia. (Ver, entre otras, CSJ SP606-2017, 25 ene. 2017, rad. 44950, SP4179-2018, 26 sept. 2018, rad. 47789 y AP2236-2021, 9 jun. 2021, rad. 56892).

La discusión planteada por el demandante ninguna alusión efectúa respecto de este tema, y en lugar de ello busca controvertir, de un lado, la credibilidad entregada por los falladores a la víctima; y del otro, la validez o legalidad de algunos medios de corroboración (Corte Suprema de Justicia, Radicado 56038, 2021).

#### **6.9.6. Corte Suprema de Justicia, Radicado 59055, Sentencia AP663-2022**

Al interior de esta providencia, la sala de casación penal reitera que a través del error de derecho por falso juicio de convicción no es la causal idónea para controvertir el razonamiento realizado por el juez al momento del sancionar, pues este yerro se ataca por la vía del falso raciocinio indicando cual fue la regla de la sana crítica que desconoció el juez al momento de sentenciar, además reitera la Corte la utilidad del falso juicio de convicción como medio único para atacar el desconocimiento de la tarifa legal establecida por la Ley a un medio probatorio, en esta oportunidad la Sala de Casación precisa

[...] “3) El falso juicio de convicción, es una especie de error de derecho que de manera indirecta infringe la ley y se configura cuando el fallador no le concede a un determinado medio de prueba el valor asignado por el legislador, o desconoce las normas que tarifican su eficacia probatoria. En ese sentido, es un yerro que solo por vía de excepción se presenta en los sistemas que, como el colombiano, prevén una estimación probatoria sujeta a la persuasión racional, al ser propio de los ordenamientos de tarifa probatoria en los cuales se determina previamente los valores

para cada medio de conocimiento, sin que al fallador le sea dado apartarse de los mismos. Incluso, en la Ley 906 de 2004 solamente, en su artículo 381, inciso segundo, se estableció una tarifa legal negativa al prohibir condenar con base exclusivamente en prueba de referencia”.

3.1) “Y en el presente asunto, los reparos del casacionista de manera alguna se remiten a acreditar el desconocimiento la referida prohibición, o que, en el proceso de apreciación racional, al conceder mérito a alguna probanza, la judicatura haya creado una inexistente tarifa legal contraria a la libertad probatoria para demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 59055, 2022).

Por el contrario, el apoderado, a través de su libelo, lo que presentó es la reiteración del discurso que, en sede de apelación fue desestimado y, de acuerdo con el cual, en su criterio, las pruebas de cargo, en particular, el testimonio del ofendido no tenía la aptitud para soportar la condena al mostrarse inconsistente en alguno de sus apartes (Corte Suprema de Justicia, radicado 59055, 2022).

Resultan palmario los retirados errores en los que incurren los sujetos procesales que intervienen en casación al momento de recurrir por la vía del error de derecho por falso juicio de convicción los cuales derivan en la inadmisión de la demanda de casación. El rastreo jurisprudencial ha evidenciado que la Corte entre el año 2019 y 2022, han reiterado de manera pacífica su criterio en punto de cómo abordar debidamente este yerro en sede de casación, estableciendo que la prosperidad del cargo no es recurrente por la especialidad del mismo, pero que su configuración de manera general está supeditada a la violación de la tarifa legal negativa señalada en la Ley 906 de 2004, art. 381 y que su demostración es objetiva.

## **7. Criterio jurisprudencial establecido por la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2019, referente al error de derecho por falso juicio de convicción; corroboración periférica**

Si bien muchas demandas de casación que se recurren por la vía de error de derecho por falso juicio de convicción terminan en inadmisión por el indebido uso de la causal, también es cierto que cuando el libelista acierta en la estructuración del cargo y su desarrollo, en muchas oportunidades no se ha podido echar abajo la presunción de acierto y legalidad que goza la sentencia emitida por el Tribunal en segunda instancia, pues al momento de demostrar que la sentencia se fundó exclusivamente en prueba de referencia se pasa por alto el criterio de corroboración parifica, el cual le permite al sentenciador superar la tarifa legal negativa de la Ley 906 de 2004, art. 381.

Sobre el concepto de corroboración la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia ha indicado:

“En el derecho español se ha acuñado el término *corroboración periférica*, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros” (Corte Suprema de Justicia, radicado 55957, 2020).

A expensas de establecer que al momento verificar por la Corte el alcance establecido a la prueba de referencia legalmente incorporada al juicio oral y si está fundamentó de manera exclusiva la sentencia condenatoria, se abordará la jurisprudencia de la sala de casación penal entre los años 2019 y 2022, con la finalidad de establecer que la corroboración

periférica es un requisito a verificar, pues si el sentenciador al momento de condenar corroboró con otros medios la declaración instituida en la declaración anterior al juicio oral, el cargo por error de derecho por falso juicio de convicción no está llamado a prosperar.

### **7.1. Corte Suprema de Justicia, Radicado 54151, Sentencia SP1964-2019**

La sala penal del tribunal de cierre en la justicia ordinaria desarrolla a profundidad el error de derecho por falso juicio de convicción, pues la sentencia condenatoria de primera y segunda instancia se fundó exclusivamente en un informe de policía judicial que contenía la transliteración de una interceptación grabada, realizada por un policía judicial, que fue incorporado al juicio oral equivocadamente como documento autónomo, cuando este tiene la categoría de prueba de referencia.

La sala penal para demostrar que el juzgador tomó como soporte de su sentencia condenatoria una declaración anterior y que no se hizo referencia a otros medios de prueba al momento de sentenciar se precisa:

“Repárese, en este punto, que, en verdad, aquel informe es el único referente probatorio en el que se fundamentó el juicio de responsabilidad en contra de los citados procesados, pues, si bien los funcionarios que lo suscribieron lo ratificaron, se insiste, solo lo hicieron para corroborar genéricamente lo consignado en el mismo y para asegurar que habían logrado su identificación a partir de actos de seguimiento – no precisados- y por los datos que suministraban en las llamadas –sin aclarar cuáles” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 54151, 2019).

Mas adelante se precisó la prohibición establecida por la norma procesal, dejando claro que existe una tarifa legal negativa para la prueba de referencia, dejando claro que esta situación está vedada en la Ley 906 de 2004, diciendo la sala penal:

“Recuérdese, finalmente, frente a los análisis de información obtenidos de terceros, realizados por los funcionarios de policía judicial, que, por igual, su poder

demostrativo está limitado por la tarifa legal negativa en cuestión, habida cuenta que la percepción del investigador no proviene de hechos conocidos directamente por quien suscribió el informe” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 36883, 2011; Radicado 43263, 2017), luego, tampoco, por esta vía, era posible la valoración del mencionado informe 052.

En definitiva, la jurisprudencia precisa que el error de derecho por falso juicio de convicción se materializa si la sentencia condenatoria se fundamenta exclusivamente en un informe de policía judicial, que tiene la característica de prueba de referencia excepcionalmente restringido por la tarifa legal negativa establecida en el art. 381 de la Ley 906 de 2004.

## **7.2. Corte Suprema de Justicia, Radicado 50587, Sentencia SP3274-2020**

En el presente fallo la sala penal de corte suprema de justicia enfatizó la debida forma de superar la prohibición de condenar exclusivamente con pruebas de referencia, a través de la debida corroboración de esta con otras pruebas autónomas practicadas en el juicio, sobre el particular se precisa:

“No se satisface sino a partir de la aportación de otros elementos demostrativos de naturaleza distinta que ofrezcan datos objetivos y relevantes para la estructuración de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, los cuales, en su conjunta valoración, deben estar dirigidos a llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y las circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado” [...] (Corte Suprema de Justicia, Radicado 50587, 2020).

En juicios adelantados por delitos sexuales donde la víctima es parte del núcleo familiar, se ha tenido la dificultad por parte del acusador de llevar a la víctima al juicio oral a declarar de manera directa en contra del victimario, encontrando dificultad la fiscalía en

sustentar su teoría del caso en medios de prueba directos, quedando a discreción de la prohibición de sustentar la sentencia condenatoria en prueba de referencia exclusivamente.

Para ello es pertinente indicar que en casos como el que se cita, en el que la fiscalía incorporó al juicio oral la denuncia interpuesta por la víctima, que evidentemente revista prueba de referencia, no se materializa el error de derecho por falso juicio de convicción cuando se encuentra corroboración en prueba indiciaria edificada en el médico legista o el policía judicial que acompaña a la víctima en los actos urgentes.

### **7.3. Corte Suprema de Justicia, Radicado 58668, sentencia SP1177-2022**

Reiterando el criterio establecido en las providencias anteriormente citadas, la jurisprudencia ha precisado que al momento de evaluar la vulneración de la tarifa negativa prevista en el art. 381 del CPP es necesario determinar si el fundamento de la condena estuvo conformado solo en prueba de referencia o si por el contrario la declaración anterior encontró corroboración en otros medios probatorios legalmente aportados al juicio oral. Así se indica en la providencia:

“Respecto de la prueba que debe acompañar a la de referencia para superar la tarifa negativa que dispone el artículo 381 -inciso 2- del CPP, se ha dicho que puede ser, de una parte: i) directa y/o de carácter inferencial o indiciaria, y, de la otra; ii) ratificatoria porque corrobore los contenidos referenciales y/o complementaria de estos porque proporcione conocimientos adicionales” (Corte Suprema de Justicia, Radicado 58668, 2022).

En síntesis, la Corte ha determinado que las pruebas de referencia legalmente aportadas al juicio deben encontrar corroboración o complementación en otros medios de conocimiento, recomendándose acudir a la vía indiciaria o a la prueba pericial como medio idóneo para no vulnerar la prohibición establecida en la Ley 906 de 2004, art. 381.



## 8. Conclusiones

La expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, establece que el esquema procesal penal aplicable en Colombia es netamente adversarial, aspecto que se caracteriza, con la emisión de la Ley 906 de 2004, y esta normatividad se inclina por un sistema, netamente, de tendencia acusatoria.

Con La claridad de los conceptos, noción y causales que hacen admisible de manera excepcional en el juicio oral la prueba de referencia, es posible determinar si la sentencia condenatoria se edifica exclusivamente en este medio probatorio. El análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia entre los años 2019 a 2022, el estudio de la doctrina nacional y extranjera confirman la hipótesis planteada en los inicios de la investigación. La vía correcta para recurrir en casación penal por error de derecho por falso juicio de convicción es objetivo, y procede cuando el legislador le asigna un valor probatorio a una prueba que la Ley no le ha otorgado o habiéndosele otorgado, el juzgador lo desconoce.

Se ha demostrado que en el sistema penal con tendencia acusatoria regulado en la Ley 906 de 2004, no existe una tarifa legal con respecto a cómo se debe probar determinado hecho, sin embargo, si se ha establecido una tarifa legal negativa señalada en el inciso final del art. 381 de la ley en mención, la prueba de referencia no puede ser soporte exclusivo de la sentencia condenatoria.

Es preciso concluir que la Ley 906 de 2004 establece de manera precisa en el art. 437 un concepto de prueba de referencia delimitando de forma conceptual su epistemología, su uso en el juicio oral para apoyar la memoria del testigo, impugnar la credibilidad cuando este incurre en contradicciones o como testimonio adjunto, además de su admisión excepcional cuando su práctica se justifica en una de las causales del art. 438.

En el cargo de error de derecho por falso juicio de convicción, el libelista acepta los hechos y la legalidad de la prueba aportada, pues la ausencia de requisitos de validez y legalidad de la prueba de referencia se deben atacar por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad. En el error de derecho por falso juicio de convicción corresponde demostrar exclusivamente que la sentencia ha sido soportada únicamente en prueba de referencia, que no hubo corroboración periférica de esta y que no existió otro medio de prueba que demostrara la tesis acusatoria, para terminar, concluyendo que estos errores han sido desconocidos para la Ley 906 de 2004, art. 381.

El análisis de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia evidencia que los recurrentes en casación, desconocen los requisitos establecidos por el alto tribunal al momento de proponer el cargo por error de derecho por falso juicio de convicción, pues simplemente se ciñen en manifestar de manera abstracta que la sentencia se afincó en prueba de referencia, sin demostrar que el sentenciador omitió verificar con otros medios de prueba, el requisito de corroboración periférica, es por ello que cuando la Sala Penal de la Corte Suprema revisa el expediente para emitir el auto de admisión o inadmisión encuentra que, el casacionista no tiene la razón. Con lo anterior se pretende que, frente a la inconformidad planteada en este documento, la misma no siga siendo objeto de inadmisión de demandas de casación por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

## 9. Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2009). *Proceso Penal: perspectivas internacional, comparada y latinoamericana*. Ciudad de México: Ubijus.
- Armenta Deu, T. (2009). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial pons.
- Bedoya Sierra, L. F. (2013). *Prueba de referencia y otros usos de declaraciones anteriores al juicio oral*. Medellín: Comlibros.
- Blanco Suárez, R.; Decap Fernández, M.; Moreno Holman, L. (2021). *Litigación penal estratégica en juicios orales*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Cadena Lozano, R. (2003). *Principios de la prueba en materia penal*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica. 2a ed.
- Calderón Botero, F. (1985). *Casación y revisión en materia penal: jurisprudencia*. Bogotá: Librería del profesional.
- Carrasco, Y. (2015). *Oralidad, intermediación y revisión de sentencias ¿armónicos o antagónicos el en proceso?* Unicen. (28). 2-77.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7352066>
- Chaia Rubén, A. (2010). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Chiesa Aponte, E. (1995). *Derecho procesal penal de puerto rico y estados unidos*. III. Bogotá: Forum.
- Chiesa Aponte, E. (2005). *Tratado de derecho probatorio*. San Juan: Publicaciones JTS.
- Claría Olmedo, J. A. (2004). *Derecho procesal penal*. I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Cuello Iriarte Gustavo. (2008) “Derecho Probatorio y Pruebas Penales”. Bogotá: LEGIS.
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 60 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).
- Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. 1991. (Colombia).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const]. 1917. (México).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1194-05. (M.P.) Marco Gerardo Monroy Cabra: 22 de noviembre de 2005.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-144-10. (M.P.) Juan Carlos Henao Pérez: 3 de marzo de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-536-08. (M.P.) Jaime Araujo Rentería: 28 de mayo de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-537-06. (M.P.) Humberto Antonio Sierra Porto: 12 de julio de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-591-05. (M.P.) Clara Inés Vargas Hernández: 9 de junio de 2005.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-830-02. (M.P.) Jaime Araujo Rentería: 8 de octubre de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-920-07. (M.P.) Jaime Córdoba Triviño: 7 de noviembre de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-594-09. (M.P.) Jorge Iván Palacio Palacio: 28 de agosto de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 15948, M.P. Nilson E. Pinilla Pinilla; 31 de mayo de 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 19055, M.P. Alfredo Gómez Quintero; 10 de noviembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 23157, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 30 de mayo de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 24.323, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 5 de noviembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 24323, M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 24 de noviembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 27477, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; 6 de marzo de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 32829, M.P. Sigifredo De Jesús Espinosa Pérez; 17 de marzo de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 33651, M.P. Javier Zapata Ortiz; 18 de mayo de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 34235, M.P. Alfredo Gómez Quintero; 28 de septiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 34509, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; 6 de marzo de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 34703, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; 14 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 35932, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; 21 de septiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 36883, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero; 7 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 43263, M.P. Eugenio Fernández Carlier; 8 de noviembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 46153, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 30 de septiembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 48768, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 3 de febrero de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 49184, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 20 de marzo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 49822, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 13 de marzo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 50587, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 2 de septiembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 50637, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 11 de julio de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 51750, M.P. Hugo Quintero Bernate; 6 de abril de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 52045, M.P. José Francisco Acuña Vizcaya; 20 de mayo de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 526021, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 25 de enero de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 53.057, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 3 de marzo de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 54151, M.P. Eyder Patiño Cabrera; 5 de junio de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 54674, M.P. Fabio Ospitia Garzón; 24 de noviembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 54871, M.P. Fabio Ospitia Garzón; 03 de agosto de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55358, M.P. Gerson Chaverra Castro; 5 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55358, M.P. Gerson Chaverra Castro; 6 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55365, M.P. Gerson Chaverra Castro; 2 de diciembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55591, M.P. Eugenio Fernández Carlier; 15 de septiembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55719, M.P. Diego Eugenio Corredor; 30 de septiembre de 2015.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 55957, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 12 de febrero de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 56038, M.P. Diego Eugenio Corredor; 24 de noviembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 56207, M.P. Gerson Chaverra Castro; 18 de noviembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 56350, M.P. Diego Eugenio Corredor; 15 de septiembre de 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 56919, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 21 de octubre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 57137, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán; 1 de junio de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 58087, M.P. Myriam Ávila Roldán; 09 de febrero de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 58668, M.P. Patricia Salazar Cuellar; 6 de abril de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 59055, M.P. Gerson Chaverra Castro; 23 de febrero de 2022.

Decastro González, A. (2009). Admisibilidad y valor probatorio de las declaraciones anteriores del testigo. Revista derecho penal. (28). 37-94.  
[https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal\\_7680752a809a404ce0430a010151404c/revista-de-derecho-penal-contemporaneo/admisibilidad-y-valor-probatorio-de-las-declaraciones-anteriores-del-testigo](https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal_7680752a809a404ce0430a010151404c/revista-de-derecho-penal-contemporaneo/admisibilidad-y-valor-probatorio-de-las-declaraciones-anteriores-del-testigo)

Decreto 2700 de 1991[con fuerza de ley]. Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal. 30 de noviembre de 1991. D.O. No. 40190.

Defensoría Del Pueblo; Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. (2017). La prueba en el sistema penal acusatorio. Bogotá: PFYAJ.

Chaia Rubén (2010) La prueba en el proceso penal. 1 Ed. Buenos Aires, editorial Hammurabi.

Fernando Bedoya, L. F. (2008). La prueba en el proceso penal colombiano. Bogotá: Fiscalía general de la nación. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>

Fiscalía General De La Nación. (2009). Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: Fiscalía general de la nación.  
<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>

Federik Julio. (2014) Actuación en el sistema acusatorio 1\* ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

Echandía H. (1979) Teoría general del proceso. Buenos Aires, Argentina Editorial Universidades.

García Valencia, J. I; García Vernaza, J. C. (2021). Manual de pruebas penales: las pruebas en el proceso penal acusatorio colombiano. Bogotá: Ibáñez.



- González Navarro, A. (2020). La audiencia preparatoria en el proceso penal. Bogotá: Leyer.
- González Postigo, L.; Emmanuelli Jiménez, R. (2018). Reglas de evidencia en Puerto Rico: un análisis legal y empírico sobre su aplicación en los procesos judiciales. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Guerrero Peralta, O. (2005). Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Guerrero Peralta, O. (2016). Institutos probatorios del nuevo proceso penal. Bogotá: Nueva jurídica.
- Jauchen, E. (2012). Tratado de derecho procesal penal. II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lexjuris. (2009). Ley 46 del año 2009: para enmendar la nueva regla de evidencia del tribunal supremo de 2009 y fecha de vigencia.  
<https://www.lexjuris.com/lexlex/Leyes2009/lex12009046.htm>
- Ley 1652 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. 12 de julio de 2013. D.O. No. 48849.
- Muñoz Neira, O. (2006). Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Bogotá: Legis.
- Nizama Valladolid M. & Nizama Chávez L (2020) El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis.  
<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2020.v38n2.05>
- Pabón Gómez, G. (1999). De la casación y la revisión penal. Bogotá: Ediciones doctrina y ley.
- Pabón Gómez, G. (2011). De la casación penal en el sistema acusatorio. Bogotá: Ibáñez.
- Parra Quijano, J. (2007). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones el profesional.

- Parra Quijano, J. (2012). "Razonamiento judicial en materia probatoria". En E. Ferrer MacGregor (Coord.), *Procesalismo científico: tendencias contemporáneas*. Ciudad de México: Universidad nacional autónoma de México. (pp. 45-58).
- Peña Boada, J.E. (2016). La prueba de referencia como falso juicio de convicción en sede de casación. Recuperado de: <https://hdl.handle.net/10901/9891>.
- Peña Boada, J.E. (2022). *Las pruebas frente a la casación penal*. Bogotá: Nueva jurídica
- Ramírez Contreras, L. F. (2019). *Evidencia y prueba*. Bogotá: Legis.
- Rodríguez Chocontá, O. A. (2019). *Casación y revisión penal*. Bogotá: Doctrina y ley.
- Rueda Uribe, P. (1973). *Régimen probatorio*. Bogotá: Italgraf.
- Solorzano Garavito, C. (2019). *Manual de casación en material penal*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica.
- Sentis Melendo, S. (1990) *Valoración judicial de las pruebas*. Editorial EJEA Buenos Aires Argentina.
- Suarez Ramírez, J. L. (2016). *Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable*. Bogotá: Ibáñez.
- Tribín Echeverry, F. (2016). *Recurso extraordinario de casación penal: manual para defensores públicos*. Bogotá: Defensoría del pueblo.
- [https://repositorio.defensoria.gov.co/bitstream/handle/20.500.13061/191/RECURSO\\_EXTRAORDINARIO\\_CASACION\\_FERNANDO\\_TRIBIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.defensoria.gov.co/bitstream/handle/20.500.13061/191/RECURSO_EXTRAORDINARIO_CASACION_FERNANDO_TRIBIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Tribunal Supremo de Puerto Rico. (junio de 1992). *Proyecto de reglas de evidencia*. <https://poderjudicial.pr/Documentos/Supremo/Reglas/1992-Junio-Proyecto-Reglas-Evidencia.pdf>

Urbano Martínez, J. J. (2010). Sistema probatorio del juicio oral. Bogotá: Consejo superior de la judicatura.

<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m17-20.pdf>

Velásquez Niño, J. (2012). ¿La casación penal? ¡Pero si es muy fácil! Bogotá: Ediciones doctrina y ley.

Vélez Rodríguez, E. (2010). La prueba de referencia y sus excepciones. San Juan: Interjuris.