

PRUEBA DE REFERENCIA - Admisibilidad, antecedentes y generalidades

Número de radicado	:	27477
Fecha	:	06/03/2008
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

Históricamente la prueba de referencia ha sido considerada una evidencia no confiable. Se ha sostenido, con razón, que los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, como por ejemplo la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria.

Esto ha dado lugar a que reciba tratamiento diferenciado en lo que tiene que ver con su admisibilidad a práctica o su posterior valoración, o en relación con ambos aspectos, y que alrededor de su forma de regulación se hayan esbozado diferentes tesis, que van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de *la mejor prueba disponible*, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo en casos normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

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

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

El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.¹

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: **a)** Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; **b)** Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; **c)** Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; **d)** Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; **e)** Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; **f)** Padece una grave enfermedad que le impide declarar; **g)** Ha fallecido; **h)** Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; **i)** Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

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

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

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

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

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

“d) Ha fallecido.

¹ Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

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

Se mantuvo, así, como principio general, la cláusula de exclusión o prohibición de la prueba de referencia², alternada con un catálogo de excepciones tasadas, agrupadas en dos categorías: Las relacionadas en sus literales a), b), c) y d), que tienen como factor común justificativo de su inclusión, la indisponibilidad del declarante. Y las previstas en el último inciso del artículo (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), cuya inclusión se justifica porque se reconoce en relación con ellas la existencia de garantías indiciarias o circunstanciales de confiabilidad.

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

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

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía

² Esta cláusula aparece reafirmada en el artículo 379 ejusdem: “Inmediación. El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisión de la prueba de referencia es excepcional.

discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo.

Esta interpretación ya había quedado en cierta forma planteada, de manera general, en decisiones anteriores de la Corte, que ahora se retoman con las precisiones y limitaciones que se dejan expuestas, en las que se dijo, con relación al contenido y naturaleza de las excepciones previstas en el artículo 438 del Código, que esta norma no podía interpretarse aisladamente, sino en armonía con el marco constitucional y la sistemática probatoria del nuevo régimen, y que el juzgador, dentro de esta hermenéutica, tenía la posibilidad de determinar cuándo era procedente una prueba de referencia:

“Ahora bien, el artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la *prueba de referencia*. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna *prueba de referencia* que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a este género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381”.³

En relación con las excepciones previstas en el último inciso del artículo en mención (registros escritos de pasada memoria y archivos históricos), es oportuno precisar que su admisibilidad procede con independencia de que el declarante esté o no disponible para declarar en juicio, pues como ya se dejó visto, dichas hipótesis exceptivas a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, tienen un factor de justificación distinto: la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba.

Si se entendiera que para la admisión de las pruebas relacionadas en el último inciso de la norma (registro de pasada memoria y archivos históricos) es adicionalmente necesario probar que el declarante no está disponible, el agregado sería absolutamente innecesario, porque la simple demostración del hecho de la indisponibilidad por alguna de las razones señaladas en sus cuatro literales, habilitaría la introducción al juicio de la prueba de referencia, cualquiera que ella fuere, incluidas las documentales que la norma expresamente refiere.

Por *escrito de pasada memoria* la doctrina entiende “toda declaración contenida en un escrito o grabación en relación a una materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero al presente no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su

³ Casación 24468 de 30 de marzo de 2006 y casación 26089 de 2 de noviembre del mismo año.

memoria”⁴. Y por *archivo histórico*, aquel donde reposan documentos que por su valor para la investigación, la ciencia o la cultura, han sido declarados de conservación permanente.

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

“Lo anterior no obsta para que la prueba de referencia, en lo pertinente, se regule en su **admisibilidad y apreciación**, por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental”».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 906 de 2004, arts. 360, 374, 375, 376, 379 y 438.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, entre otras, las providencias: CSJ SP, 17 mar. 2010, rad. 32829 y CSJ AP, 06 jul. 2011, rad. 36011.

⁴ CHIESA APONTE, Ernesto L., Derecho Procesal de Puerto Rico y Estados Unidos, Edt. Forum, 1995, Volumen III, página 350.