Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia: SP-2128 del 22 de Junio de 2022, Referencia: Rad. 54907

"1. La prueba testimonial

El testimonio se constituye como uno de los tantos medios de conocimiento, aptos para probar en juicio los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución de un caso penal (artículos 373 y 382 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

En sentido amplio, el testigo es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado. En otras palabras, es un narrador de una experiencia vivida de manera directa, a fin de probar un hecho, circunstancia o cosa concreta, ya fuere referido a un hecho delictivo objeto del proceso, un hecho que represente un indicio de aquél, la participación de determinada persona en tales hechos y/o al contrario, dirigido a desvirtuar cada uno de los anteriores.

De lo hasta aquí expuesto, se extrae como característica principal de este medio probatorio, su carácter de receptor directo de un acontecer, respecto del cual declarará en juicio ante el juez y las partes. En este mismo sentido lo dispone el artículo 402 de la Ley 906 de 2004, al señalar:

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

El citado mandato legal que tiene su fundamento, no en el capricho del legislador, sino en virtud de la garantía debida a los principios de inmediación (artículo 16 CPP), entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste; y confrontación (artículo 8°, numeral 2, literal f. de la Convención Americana de Derechos Humanos), en su vertiente relacionada con el derecho de la defensa a interrogar a los testigos que lo incriminan.

De tal manera, ante la presencia en el juicio oral de quien a través de sus sentidos percibió lo acontecido, el acusado y su defensor tendrán la oportunidad de contrainterrogar y/o ejercer el contradictorio de acuerdo con su teoría del caso e, incluso, impugnar su credibilidad. En palabras de esta misma Sala, así se garantiza el principio de la mejor evidencia, en tanto:

"(i) es posible controlar que no se formulen preguntas sugestivas, capciosas, etcétera; (ii) el testigo puede ser interrogado a la luz de las diversas teorías factuales propuestas por las partes; (iii) se garantiza el contrainterrogatorio y, en general, la posibilidad de impugnar su credibilidad; (iv) el juez puede realizar preguntas aclaratorias; y (v) la prueba se practica con inmediación, concentración y publicidad"892.

En tal virtud, la admisibilidad del denominado 'testigo de oídas', técnicamente 'testigo de referencia', resulta poco recomendable, pues supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y otorga valor a los dichos de quien no ha comparecido al proceso. Su llana admisión, causa una grave indefensión a las partes, quienes se ven privadas no sólo a interrogar a los auténticos testigos de cargo, sino también, de la posibilidad de alegar razón alguna sobre el valor de un testimonio, cuya fuente de conocimiento ha sido sin razón alguna totalmente ignorada. En otras palabras, la problemática esencial de la prueba de referencia, radica en la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada y la imposibilidad de controvertirla.

Bajo esta perspectiva, acudiendo al derecho comparado y tomando las palabras del Tribunal Constitucional Español, la regla que impera es la siguiente: "si existieren testigos presenciales que hayan percibido directamente el hecho controvertido, han de ser llamados y

oídos con preferencia absoluta, en vez de traer a los estrados a quienes escucha- ron de ellos el relato de su experiencia”893.

Tratándose del testimonio de policía judicial que lideró la investigación y que conoció los hechos por motivo de la denuncia de un tercero, no existe razón alguna para desatender las reglas generales del testimonio. Es decir, conforme al citado artículo 402, el servidor público podrá ser citado al juicio oral a rendir su declaración, quien “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido ocasión de observar y percibir”, debiendo el representante de la Fiscalía, llamar a declarar en juicio a quien presenció el hecho delictivo y/o a quien percibió de manera directa el dato que pretende probar.

2. El testigo de referencia

Teniendo en cuenta las limitaciones a las garantías fundamentales del derecho a la defensa, la prueba de referencia es excepcional en el proceso penal colombiano (artículo 379 Código de Procedimiento Penal de 2004), existiendo incluso la prohibición legal de emitir sentencia condenatoria fundamentada exclusivamente en ésta (artículo 381 inciso 2º ídem). Excepcionalidad que surge, por cuanto no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio.

Es así que el legislador, por razones constitucionales vinculadas a la realización de justicia material, ha auto- rizado en determinados eventos y previa acreditación de la razonable imposibilidad de que el testigo directo comparezca, la incorporación de la prueba de referencia. Así lo establece el artículo 438 ídem:

“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) Adicionado.L.1652/2013, art.3º. 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, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

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

históricos”.

Luego entonces, de pretenderse incorporar como prueba el testimonio de referencia, así lo deberá solicitar en la audiencia preparatoria al momento de realizar las correspondientes solicitudes probatorias, o dado el caso, en el trámite de juicio oral, debiendo en todo caso demostrar la configuración de alguna de las circunstancias establecidas en la citada norma, además de cumplir con la correspondiente carga argumentativa de pertinencia y utilidad de la prueba. Sólo así, una vez admitida como tal por parte del Juez de Conocimiento, podrá presentarse el testimonio ‘indirecto’ o ‘de oídas’ y ser valorado por el Juez de Conocimiento para fundamentar su decisión.

Finalmente, estima la Sala conveniente dejar en claro, que la normativa en materia de la prueba de referencia, es aplicable no sólo en aras de demostrar o desvirtuar (de manera directa) los elementos del delito y/o la intervención del acusado en el mismo, sino que también es válida como elemento de partida para la construcción de inferencias indiciarias. Así lo establecen los artículos 437 y 449 del Código de Procedimiento Penal. En tales casos,

igualmente, su procedencia deberá ceñirse a los supuestos en los cuales es admisible la prueba de referencia.

Es decir, tratándose de construcciones indiciarias, las cuales requieren de un hecho indicador debidamente demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley, es claro entonces, que para tales efectos también podrá acudirse a la prueba de referencia, previo agotamiento de las cargas procesales requeridas para su admisión".