



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

La Prueba de Refutación

Discusiones, naturaleza y viabilidad

La Prueba de Refutación discusiones, naturaleza y viabilidad



Alejandro Decastro González



Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

Carrera 9 No. 16 - 21
Tel. 57+1 314 4000
57+1 314 7300
Bogotá, D. C., Colombia

www.defensoria.gov.co
info@defensoria.gov.co



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

Colección “Opúsculos de Litigio
Estratégico **Institucional**” No. 5

**LA PRUEBA
DE REFUTACIÓN**
**DISCUSIONES, NATURALEZA
Y VIABILIDAD**

Alejandro Decastro González
Autor

ISSN: 2390-0008

Diagramación e impresión
Imprenta Nacional de Colombia

©DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Carrera 9 N° 16 - 21
Apartado Aéreo No. 24299 - Bogotá, D. C.
Tels.: 3147300 - 3144000
www.defensoria.gov.co
[Twitter@DefensoríaCol](https://twitter.com/DefensoríaCol)

Portada:

Lo expuesto en esta edición es responsabilidad
exclusiva de su autor.

Publicación editada en Bogotá, D. C. Colombia,
octubre de 2016.

Carlos Alfonso Negret Mosquera

Defensor del Pueblo

María Clara Jaramillo

Vicedefensora del Pueblo

Claudia Contreras Peña

Secretaria General (E)

Carlos Hernán Rodríguez Becerra

Director Nacional de Defensoría Pública

Alejandro Decastro González

Autor

Colección “Opúsculos de Litigio
Estratégico Institucional” No. 5

**LA PRUEBA
DE REFUTACIÓN
DISCUSIONES, NATURALEZA
Y VIABILIDAD**

Defensoría del Pueblo
Dirección Nacional de Defensoría Pública
Octubre, 2016

Contenido

Presentación	9
Carlos Alfonso Negret Mosquera	
Prólogo	11
Carlos Hernán Rodríguez Becerra	
I. NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN	15
1.1. En qué consiste la prueba de refutación	15
1.2. Alcance de la prueba de refutación	33
1.3. Características de la prueba de refutación	41
II. LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	57
2.1. La prueba de refutación en el Common Law	57
2.1.1. “Abrir la puerta”: El fundamento de la prueba de refutación	57

2.1.2. La doctrina de la materia colateral	60
2.2. La prueba de refutación en Chile.	79
2.3. La prueba de refutación en México	86
III. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA COLOMBIANA	93
IV. CONSAGRACIÓN DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004	109
V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPRE- MA DE JUSTICIA SOBRE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN	145
VI. LA PRUEBA DE CONTRA-REFUTACIÓN	171
CONCLUSIONES	179
BIBLIOGRAFÍA.	183
ANEXO 1. Estudio de caso	195
ANEXO 2. Proyecto de reglamentación	221

Presentación

La Defensoría del pueblo en el desarrollo de su misión constitucional de fortalecer, promover y desarrollar los derechos fundamentales de acceso a la justicia, debido proceso y garantías judiciales de los ciudadanos, en el marco de su política de “litigio estratégico institucional”, se permite presentar a la comunidad jurídica la obra “La Prueba de Refutación”, del Dr. Alejandro Decastro González, Coordinador académico de la ciudad de Medellín, la cual corresponde al quinto número de la colección Opúsculos de Litigio Estratégico Institucional.

La Obra de nuestro Coordinador Académico de la Regional Antioquia, en su segunda edición, es una visión actualizada de la noción alcance y contenido de la prueba de refutación en nuestro medio, la cual se aborda desde una interesante perspectiva doctrinal y de derecho comparado del *common law* y la práctica forense norteamericana y, los sistemas procesales de Chile y México, para finalizar con su consagración legal en la sistemática acusatoria colombiana, en donde de manera detenida muestra como la prueba de refutación y su correlato la prueba de contra-refutación han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante la fijación de claras reglas y subreglas para su correcta aplicación por parte de todos los operadores de nuestro medio judicial.

En la Obra del Doctor Decastro, el lector encontrará un panorama extraordinariamente rico sobre la prueba de refutación y como su perspectiva comparatista no solo muestra las comparaciones conceptuales en la doctrina y la práctica forense norteamericana y, su consagración en las legislaciones penales de Chile y México sobre este medio de prueba, sino los principios y técnicas correctas para su utilización en el foro penal

como insumo fundamental de las estrategias defensivas de las partes en el procedimiento acusatorio a fin de sacar adelante su teoría del caso. En este sentido el autor pone especial énfasis en señalar que aunque la prueba de refutación no hace parte del tema principal de prueba, debe ser solicitada en el inicio del juicio oral para refutar evidencia aportada por la contraparte o, no siendo previsible en el momento de la solicitud probatoria, no es una oportunidad adicional para solicitar pruebas, pero puede ser solicitada en el desarrollo del juicio oral para contradecir, refutar, negar o explicar evidencia propuesta por la parte contraria, asimilándola en tal sentido a la prueba sobreviviente, la cual consecucional y necesariamente está ligada al arte de contrainterrogar al testigo de la parte contraria, como facultad exclusiva de la fiscalía y la defensa, en el sentido estricto de partes es consentida.

En consecuencia, éste es un libro de gran utilidad para todos aquellos que quieran adentrarse en los vericuetos teórico-prácticos de la prueba de refutación como una variante de la prueba testimonial, ligada a las técnicas de impugnación de testimonios y, por la tanto, del derecho a la prueba como parte integrante del ejercicio del contradictorio y elemento central del derecho de defensa, que sin duda alguna contribuirá a una correcta y válida aplicación del derecho en la solución de los casos concretos.

CARLOS NEGRET
Defensor del Pueblo

Prólogo

A la fecha de la publicación de la segunda edición de esta obra, cuando han transcurrido más de 10 años de vigencia del sistema penal acusatorio colombiano, el panorama ha cambiado respecto a la época en que se publicó la primera edición, pues ya la jurisprudencia patria se ha pronunciado sobre la prueba de refutación, tanto a nivel nacional (Corte Suprema de Justicia) como local (tribunales de distrito y juzgados de circuito y municipales).

Cada vez son más frecuentes los planteamientos de los litigantes sobre la prueba de refutación, lo que ha permitido a la jurisprudencia ir desarrollando paulatinamente esta novedosa figura del sistema acusatorio. Sin embargo, aun la Ley no ha reglamentado la prueba de refutación, aunque en el Congreso de la República se han tramitado iniciativas legislativas para reformar el Código de Procedimiento Penal que han incluido leves modificaciones a la prueba de refutación, pero sin entrar propiamente a desarrollarla.

La presente obra ha tenido una amplia acogida. Ha sido citada en Colombia por algunas salas de decisión de tribunales superiores de distrito judicial ¹, y a nivel internacional por la doctrina ² y

1 Así, por ejemplo, la obra ha sido citada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en providencias del 17 de septiembre de 2010, Rad. No. 2010-25428 (2113), M. P: César Augusto Rengifo Cuello; del 10 de marzo del 2011, Rad. No. 05-001-60-00207-2009-00214 (NUI: 2010-62474), M. P: Nelson Saray Botero; y del 14 de abril del 2011, Rad. No. 37641-2009 (029-2011), M. P: Santiago Apráez Villota.

2 La obra ha sido citada por el profesor mexicano Licona Vásquez, René Christian, en: *La deficiente regulación de la prueba de refutación en los nuevos procedimientos penales acusatorios en México*, tomado de: https://letrujil.files.wordpress.com/2013/03/la_deficiente_regulacion_de_la_prueba_de_refutacion.pdf

la jurisprudencia ³. Algunos desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia han coincidido, aunque sin citar la obra, con ciertos planteamientos de la primera edición, resaltándose la propuesta de entender la prueba de refutación como una especie de prueba sobreviniente ⁴.

La segunda edición actualiza la obra con respecto a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y una parcela importante del derecho comparado, fundamentalmente los desarrollos doctrinarios del *common law* sobre esta temática, así como el estado del arte en el derecho chileno y el mexicano.

Se incluyen dos anexos, uno para ilustrar la prueba de refutación a partir de un caso real, extraído de la práctica forense del autor, y otro para presentar un proyecto de articulado que regule la figura.

Los contenidos de la primera edición se han reagrupado y presentado de una manera más organizada para dar cabida a las nuevas materias incluidas en la segunda edición.

Todo esto arroja como resultado una obra con más consistencia doctrinaria y jurisprudencial que, a pesar de estar en permanente revisión, podrá seguir siendo material de consulta sobre la materia en el plano nacional e internacional.

CARLOS HERNÁN RODRÍGUEZ BECERRA
Director Nacional de Defensoría Pública

3 La obra aparece citada por la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Venado Tuerto, Santa Fe, sentencia definitiva del 16 de marzo de 2015, en el proceso seguido a Carlos Andrés Ascaini, en la causa N° 101/2014 por el delito de portación ilegal de arma de guerra sin la debida autorización.

4 Auto del 25 de junio de 2014, Rad. No. AP3455-2014 (43303), M. P. Fernando Albaerto Castro Caballero, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se refiere a la “*prueba sobreviniente de refutación*”.

La Prueba de Refutación

Alejandro Decastro González

Coordinador académico de las barras de abogados de la Defensoría del Pueblo de Colombia. Abogado litigante. Vinculado a *la American Bar Association*. Conferencista nacional e internacional, tratadista, articulista y docente. Conjuer de las salas penales de los tribunales Superior de Medellín y de Antioquia y de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

Sitio web: www.decastroabogados.com

1. Noción y Contenido de la Prueba de Refutación

1.1. En qué consiste la prueba de refutación

En los sistemas procesales que no tienen tradición acusatoria se suele incurrir en equívocos conceptuales al definir la prueba de refutación (*Rebuttal Evidence*). Para evitar confusiones se puede diferenciar entre prueba de refutación en sentido general y prueba de refutación en sentido estricto o técnico.

Prueba de refutación, en sentido general, es “la prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor”¹, sin más condiciones. En este *sentido general* la prueba de refutación atiende exclusivamente a su finalidad: refutar, contradecir o impugnar, independientemente del momento y particularidades en que se ofrezca.

1 La prueba en el Sistema Penal Acusatorio colombiano, Modulo IV para defensores públicos, USAID-Defensoría del Pueblo de Colombia, p. 20, en <http://www.fiu.edu.co/fiu/dp/cdiinteractivo/Manuales%20y%20Formatos/Modulo%20de%20Pruebas.pdf>

Prueba de refutación en sentido estricto o técnico es toda evidencia extrínseca, o independiente de la oportunamente ofrecida por una parte antes del juicio, para contraprobar, controvertir, contradecir o explicar evidencia ofrecida por la contraparte y practicada en juicio en su turno de presentación de la prueba.

La prueba de refutación, en sentido general, *puede* hacer parte de las solicitudes probatorias formuladas antes del juicio, en la audiencia preparatoria. En estos casos se anticipa la evidencia a refutar y se ofrece oportunamente prueba para cuestionar su credibilidad, lo cual es pertinente si tenemos en cuenta que “el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba (...) También es pertinente cuando (...) se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”². Por ejemplo, si la Fiscalía solicita como prueba un testigo que vio al acusado en cierto lugar cometiendo el crimen, la defensa puede solicitar en la audiencia preparatoria, como prueba de refutación, los tiquetes aéreos que demuestran que dicho testigo estaba en otra ciudad para el momento en que dijo ver al acusado cometiendo el hecho.

En cambio, en sentido estricto o técnico, la prueba de refutación alude a evidencia extrínseca o independiente (*extrinsic evidence*) de lo que fue oportunamente descubierto, anunciado y/o solicitado como prueba

a practicar en el juicio, desde la audiencia preparatoria. Se trata de una verdadera *prueba inesperada* en el juicio oral, como cuando se ofrece un testigo o un documento que nunca fue mencionado antes. En este sentido la prueba de refutación es una excepción a la regla del descubrimiento probatorio previo al juicio, siendo esta quizá su nota más característica.

Esta noción de prueba refutación en sentido estricto se corresponde con la definición que propone Licona Vásquez:

“Dentro de un sistema penal acusatorio la prueba de refutación es aquella que tiene como objetivo controvertir o refutar de manera directa la integridad de información novel y relevante, aportada por distinto medio de prueba de la contraparte durante la Audiencia del Juicio Oral”³.

La adecuada distinción que proponemos entre prueba de refutación en sentido general y en sentido estricto, para considerar esta última como la verdadera prueba de refutación propia de los sistemas acusatorios (*Rebuttal Evidence*), es importante para evitar equívocos conceptuales que repercuten en la solu-

3 Licona Vásquez, René Christian. La deficiente regulación..., Ob. cit., p. 25.

ción de los casos concretos. Por ejemplo, el profesor Parada Rueda ilustra un ejemplo de prueba de refutación “en sentido estricto” así:

“No obstante lo anterior, en diversas oportunidades se ha considerado que, por ejemplo, los contra-peritajes que se ofrecen en la audiencia preparatoria, constituyen prueba de refutación por cuanto los mismos atacan el medio de prueba (dictamen pericial) y no el tema de prueba (responsabilidad del procesado). Creemos que no es del todo errada dicha apreciación, e incluso, es correcta. Si precisamente el sentido de la prueba de refutación es atacar el medio y en absoluto el tema prueba, un dictamen que pretenda atacar la veracidad de lo expuesto por el perito ofrecido por la contraparte, con relación a los protocolos, técnicas y medios utilizados, puede llegar a considerarse como una prueba de refutación en sentido estricto”⁴.

El solo hecho de que el medio de prueba se ofrezca en la audiencia preparatoria, ya descarta que estemos

4 Parada Rueda, Rodrigo Javier, “Prueba de referencia, de refutación, sobreviniente y otros comentarios al respecto”, en la obra colectiva de los coordinadores académicos de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo de Colombia “Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio”, coordinador Carlos Arturo Gómez Pavajeau, resaltado propio, próxima a publicar.

ante prueba de refutación en sentido estricto; la verdadera prueba de refutación es la que no se ofrece antes del juicio sino de forma inesperada y novedosa en la propia audiencia del juicio oral.

En otras palabras, la base de la distinción entre prueba de refutación en sentido general y en sentido estricto *no es el objeto de lo que se pretenda atacar* (si el “medio de prueba” o el “tema prueba”) sino el carácter novedoso del medio a refutar, lo que hizo innecesario, e imposible, el ofrecimiento de la prueba de refutación en la audiencia preparatoria.

Así, cuando en la audiencia preparatoria se ofrece un dictamen que pretenda atacar la veracidad de lo expuesto por el perito ofrecido por la contraparte, en relación con los protocolos, técnicas y medios utilizados, es claro que el dictamen de la contraparte ya es conocido en esa oportunidad procesal, tanto que –en el ejemplo en cita– allí se solicita como prueba el contra-peritaje; por eso en el juicio, cuando declare el perito de la contraparte, no estaremos ante nada novedoso ni sorprendente, con lo que no procede la prueba de refutación en sentido estricto sino la ofrecida desde la audiencia preparatoria (así sea con fines de refutación del medio, que no del tema de prueba) para atacar la veracidad de lo expuesto por el perito ofrecido por la contraparte.

La jurisprudencia de las cortes americanas sostiene que “la función legal de la prueba de refutación es explicar, rechazar, contrarrestar o discutir la evidencia introducida por la parte contraria; el alcance de la refutación es definido por la evidencia introducida por la otra parte”⁵.

Algunos autores asimilan la prueba de refutación a la impugnación de la credibilidad del testigo⁶. El Código de Procedimiento Penal colombiano se refiere por separado a la *prueba de refutación*⁷ y al *procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo*⁸, lo que significa que se trata de dos conceptos distintos; aun cuando ambas figuras tienden a la *refutación* de la prueba de la contraparte, lo cierto es que se trata de instituciones procesales diferentes.

En algunos casos la prueba de refutación puede llegar a servir para completar el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo, como cuando se impugna con declaraciones previas incon-

5 United States vs. Saferite No. 03-0271, 59 MJ 270, en <http://www.armfor.uscourts.gov/opinions/2004Term/03-0271.htm>

6 Así, por ejemplo, el siguiente pasaje: “La refutación o impugnación del testigo, como se le conoce en el sistema acusatorio anglosajón, no es otra cosa que aquellas gestiones que realizan las partes en el contra interrogatorio para “atacar” la credibilidad del testigo, con el propósito de hacer que su testimonio sea menos creíble ante el juzgador, y por ende, no se le dé crédito al mismo”. En Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño, Quiñones Vargas, Héctor. Proyecto para el Apoyo del Sistema de Justicia, República de El Salvador, 2003, p. 134, resaltado en el texto original, en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/slv-tecnicas-oralidad.pdf>

7 Art. 362 Ley 906 de 2004.

8 Art. 403 Ley 906 de 2004.

sistentes y este niega la declaración anterior; en este caso se hace necesario probar la declaración anterior mediante quién la recibió como testigo de refutación⁹. Esta hipótesis demuestra que “el derecho a contraexaminar no es siempre suficiente para tenerle por respetado el principio de contradicción rector del procedimiento acusatorio”¹⁰.

Esquemáticamente puede sostenerse que el derecho de contradicción, en cuanto a la prueba testifical, se manifiesta de diversos modos:

- (i) Como derecho a presentar testigos de descargo que sustentan el propio caso, lo cual incluye el derecho a interrogar.
- (ii) Como derecho a conainterrogar los testigos adversos que sustentan el caso de la contraparte, lo cual incluye el derecho a impugnar credibilidad¹¹.
- (iii) Como derecho a presentar prueba de refutación frente a la prueba del adversario.

9 En el Anexo 1 de esta obra se ilustra esta situación a partir de un caso real extraído de la práctica forense del autor de esta obra.

10 Licona Vásquez, René Christian. *La deficiente regulación ...*, Ob. cit., p. 21.

11 La impugnación de credibilidad es una aplicación o técnica del conainterrogatorio. Cfr. Decastro González, Alejandro. “La impugnación de la credibilidad de testigos en el Sistema Penal Acusatorio”, *Revista Opinión Jurídica*, vol. 7, No. 13, Universidad de Medellín, 2008, p. 168, disponible en <http://alejandrocastroabogados.com/blog/wp-content/uploads/2010/04/La-impugnacion-de-credibilidad-de-testigos-en-el-SPA.pdf>

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la Ley 906 de 2004 consagra *un amplio sistema de impugnación de testigos* y desarrolla en su articulado el derecho de confrontación como *garantía autónoma*, tal y como está concebido en los tratados internacionales sobre derechos humanos¹² y en las normas rectoras de la misma¹³. Así, se consagran tres herramientas para facilitar el interrogatorio de los testigos presentados por la parte adversa, a saber: (i) la posibilidad de formular preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio; (ii) la autorización para utilizar declaraciones anteriores con fines de impugnación; y (iii) la posibilidad de presentar evidencia de refutación.

Adicionalmente, las principales expresiones del derecho a la confrontación son (i) el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) el derecho a estar frente a frente con los testigos de cargo y (iii) la posibilidad de lograr la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos¹⁴.

12 Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14).

13 El art. 16 de esa codificación dispone que *“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...”*

14 Providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 43866 del 16 de marzo de 2016. M. P.: Patricia Salazar Cuéllar. En esta providencia se analizan los aspectos más relevantes del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y los demás elementos estructurales del derecho a la confrontación.

Según esto, la posibilidad de presentar evidencia de refutación en el proceso penal es desarrollo del derecho a confrontación, el cual consiste en una metodología de depuración de la evidencia en la medida en que:

“(i) el control al interrogatorio puede evitar la utilización de preguntas que incidan negativamente el relato del testigo (sugestivas, capciosas, confusas, etc.), (ii) la posibilidad de impugnar la credibilidad del deponente le puede dar mejores herramientas al juez para valorar la prueba, (iii) el registro de la audiencia permite conocer de manera fidedigna el contenido del relato, y (iv) la intermediación del juez con el interrogatorio cruzado del testigo puede favorecer la apreciación del testimonio”¹⁵.

La confusión conceptual entre prueba de refutación e impugnación de credibilidad parece inducida a partir del hecho de que, ciertamente, “*la finalidad del conainterrogatorio es **refutar**, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado*”¹⁶. Y si “*para conainterrogar se puede utilizar cualquier declaración que hubiese hecho el testigo so-*

15 *Ibid.*

16 Art. 393 literal a) Ley 906 de 2004.

*bre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral*¹⁷, parece correcto concluir que estamos ante una “prueba de refutación” cuando durante el conainterrogatorio se utiliza, por ejemplo, una entrevista del testigo para refutar lo que ha contestado, esto es: cuando se impugna credibilidad mediante el uso de manifestaciones anteriores.

Los sistemas acusatorios conciben la *prueba de refutación* como una figura autónoma, independiente del conainterrogatorio y diferenciable de la impugnación de credibilidad, aun cuando en ciertos casos, como ya se advirtió, aquella puede llegar a completar la última fase de este procedimiento mediante el ofrecimiento de evidencia extrínseca.

Nótese que cuando se impugna credibilidad se interroga *en forma de conainterrogatorio*¹⁸, mientras que los *testigos de refutación* presentados por una parte son generalmente sometidos a *interrogatorio directo* por ella misma (con prohibición de preguntas sugestivas), de donde se concluye que quien controvierte un hecho

17 Art. 393 literal b) Ley 906 de 2004.

18 Inciso segundo del art. 391: “En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de conainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo”.

mediante testigos de refutación no los somete a contrainterrogatorio, salvo el caso del testigo hostil¹⁹.

La prueba de refutación se enmarca dentro de la denominada estrategia de refutación²⁰, que implica la controversia de la acusación a partir de los siguientes medios: a) rebatir el sustento probatorio de la acusación; b) rebatir la calificación jurídica; c) rebatir la teoría del caso de la contraparte a partir de una nueva teoría fáctica acreditada; d) rebatir la teoría del caso de la contraparte mostrando que los hechos acreditados con la prueba son contradictorios; y e) la refutación por violación del debido proceso. El mismo esquema puede predicarse, guardadas las proporciones, frente a la estrategia de la acusación respecto del caso de la defensa.

Para una mayor comprensión de la prueba de refutación conviene conocer los distintos *tipos de evidencia* que pueden presentarse en un juicio, dentro de los

19 O sea, el que se identifica materialmente con el interés de la parte contraria a la que lo interroga, de donde puede excepcionalmente ser interrogado *en forma de contrainterrogatorio*, bajo ciertas circunstancias, pues no habría otra forma de extraer la información que requiere la parte que lo convocó. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha sostenido que “en algunos casos la declaratoria de testigos hostiles es una manera para controvertir la credibilidad de un declarante” (Providencia del 20 de agosto del 2014, Rad. AP4787 de 2014 (43749), M. P. Eugenio Fernández Carlier). Sobre esta figura ya se había pronunciado desde el 2009 el Tribunal Superior de Medellín, Cfr. Sentencia del 4 de agosto del 2009, Rad. 2008-20226, M. P. Nelson Saray Botero: “*La declaración como testigo hostil no está permitida en la Ley 906 de 2004, tampoco está prohibida, así que es posible su admisión o al menos su reconocimiento judicial*”.

20 La otra estrategia posible con que se puede enfrentar profesionalmente el caso de la contraparte es la de negociación. Se sigue en estas líneas la obra *Proceso oral en el Sistema Acusatorio Colombiano. Módulo instruccional para defensores*, Bogotá, USAID - Defensoría del Pueblo, p. 85.

que se ubica la denominada *evidencia de refutación*²¹. Al respecto el autor citado explica:

“El relato afirmativo que nosotros formulamos casi siempre se contradice con el de un adversario. Por consiguiente, uno puede concebir su propia narración afirmativa como la refutación de la narración del adversario, y viceversa. Además de ofrecer evidencia afirmativa para apoyar las proposiciones fácticas que uno formula, es típico que también proponga prueba para la “refutación”. La prueba de refutación tiende a debilitar la prueba afirmativa del adversario, aunque no es parte de nuestra narración afirmativa.

Por ejemplo, supongamos que estamos acusando de robo a Adam. Adam llama a Sarah, para que atestigüe que ambos estuvieron reunidos, fuera de la ciudad, cuando se cometió el robo. Uno recusa a Sarah mencionando una condena anterior por perjurio. La prueba

21 Conforme enseña Paul Bergman, estos tipos de evidencia serían: **Evidencia afirmativa**, que consiste en los hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica. **Evidencia de credibilidad**, que afecta la verosimilitud y el carácter más o menos fidedigno de los relatos y aporta al juzgador una base para elegir entre historias contrarias. La **evidencia explicativa**, forma de prueba afirmativa que indica al juez por qué los hechos de una historia sucedieron como uno explica que fue el caso. **Evidencia emocional**, que es una forma de evidencia afirmativa o de refutación que apela tanto al corazón como a la mente del juez; y **evidencia de refutación**, que será analizada en detalle (Bergman, Paul. *La defensa en juicio: la defensa penal y la oralidad*, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 26-29).

de esta condena es la evidencia clásica orientada hacia la refutación. Debilita la narración afirmativa del acusado, pero no es una prueba acusatoria afirmativa que relacione a Adam con el robo.

Usted puede ofrecer dos formas de evidencia para la refutación: la “negación” y “reconocer y explicar”. La prueba orientada hacia la “negación” pide al juzgador que descrea de la evidencia ofrecida por la contraparte. La prueba de la condena de Sarah por perjurio es un ejemplo de refutación por vía de negación, pues se la propone con la esperanza de que el juzgador descrea del testimonio que ella aporta.

Uno puede refutar por vía de la fórmula “reconocer y explicar” cuando la contraparte ofrece una evidencia circunstancial en apoyo de una proposición fáctica. (...) un juzgador debe extraer una inferencia con el fin de relacionar la prueba circunstancial con una proposición fáctica. “Reconocer y explicar” implica aceptar la exactitud de la prueba del adversario, pero pidiendo al juzgador que extraiga una inferencia que difiere de la que la contraparte solicita. Por ejemplo, en el caso de las tarjetas de béisbol*, supongamos que

en el intento de satisfacer la proposición fáctica número 3 (el Zurdo sabía que las tarjetas eran reproducciones) Patrick propone una evidencia en el sentido de que el Zurdo “murmuró” cuando dijo a Patrick que las tarjetas eran originales y auténticas. Esa evidencia es circunstancial; para relacionar la prueba con la proposición fáctica, el juzgador debe extraer una evidencia como esta: “El zurdo murmuró porque no quería que nadie salvo Patrick oyese su afirmación falsa”. El testimonio del Zurdo: “En efecto murmuré, porque tenía laringitis”, constituye una refutación del tipo “reconocer y explicar”. Reconoce que el testimonio de Patrick acerca del murmullo es exacto, y aporta otra evidencia con la esperanza de persuadir al juzgador de que no debe extraer la inferencia que le propone Patrick”²².

El funcionamiento de la prueba de refutación se asienta en la dinámica del sistema acusatorio: las partes en litigio deben informar anticipadamente los elementos materiales probatorios y la evidencia física

* El autor en cita se refiere al caso hipotético, utilizado en su obra, en el cual Patrick desea comprar una colección de ilustraciones de béisbol como regalo de graduación de su hija. Asiste a una exposición anual de tarjetas de béisbol donde uno de los comerciantes instalados, beisbolista, el Zurdo O'Righty, le vende una colección muy especial de primera edición de tarjetas de béisbol, asegurándole que todas eran originales y auténticas, por lo que Patrick pagó 7.000 dólares. Más tarde Patrick sometió las tarjetas a la opinión de expertos, quienes le dijeron que se trataba de reproducciones que valían a lo sumo unos cientos de dólares.

22 Bergman, Paul. Ob. cit., pp. 27-28.

que pretenden hacer valer en el juicio oral, así como los testigos que aspiran a convocar (descubrimiento probatorio). Ello, sumado a la investigación del caso que desarrolla cada parte permite anticipar razonablemente qué información va a surgir en el juicio a instancias de la prueba solicitada por la contraparte. Así las cosas, desde la audiencia preparatoria podría solicitarse prueba de refutación para controvertir la prueba que se practicará en el juicio a instancias de la contraparte; esta hipótesis recoge el concepto de prueba de refutación en sentido genérico a que se aludió en un principio.

Pero esa previsión no es absoluta; el juicio oral no es un escenario rígido, y tal y como sucede en el mundo real, a pesar de las previsiones que se tomen, los testigos pueden terminar aportando información que no era razonablemente previsible cuando se solicitaron las pruebas antes del juicio.

Bien se ha escrito que la práctica de la prueba testimonial en juicio en los sistemas acusatorios se caracteriza por su incertidumbre de donde la caracteriza “cierto factor sorpresa que las partes no pueden prever”²³. De ahí que se sostenga que:

23 Licona Vásquez, René Christian. La deficiente regulación ..., Ob. cit., p. 20.

“Ante esa incertidumbre, es un hecho que en los procedimientos penales acusatorios los testigos tienen la oportunidad de introducir al juicio, de manera “sorpresiva” hechos que no habían revelado anteriormente. Ante esa circunstancia la parte contraria debe tener absoluto derecho de controvertir con prueba directa el dicho de aquel testigo siempre y cuando la credibilidad del testigo merezca ser controvertida y siempre y cuando los hechos revelados sean noveles y relevantes. La manera de hacer ello es a través de una prueba de refutación”²⁴.

Esa incertidumbre es tal que puede depender no solo de las respuestas de los testigos, pues hasta puede ocurrir que “durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto”²⁵, pero que no fue oportunamente descubierto.

Cuando bien la acusación o la defensa aportan al juicio evidencia que no fue razonablemente anticipada, se le concede a la otra parte una específica oportuni-

24 Ibid., p. 10.

25 Art. 344 Ley 906 de 2004.

dad para ejercer el derecho de contradicción respecto de esa evidencia. La parte que refuta puede, por lo general, convocar testigos y evidencias que no fueron nunca mencionados antes, en la medida en que sirven *solamente para refutar* la evidencia previamente aportada por la contraparte; esta hipótesis recoge la noción de *prueba de refutación en sentido estricto*.

Ahora bien: el hecho de que la partes conozcan antes del juicio el contenido general de lo que será el testimonio de los testigos, a través de las manifestaciones anteriores que han rendido los mismos (en entrevistas, declaraciones juradas, y a partir de lo que informan los demás elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, propia y descubierta por la contraparte), lo cierto del caso es que

“dada la naturaleza espontánea de la examinación y de la declaración, existe la posibilidad de que el testigo revele información absolutamente desconocida por las partes litigantes. En el calor de la examinación y consecuente declaración en tiempo real del testigo, este puede revelar información que ninguna de las partes tenían prevista. En ese caso, la parte oferente deberá resentir las consecuencias,

buenas o malas de haber ofrecido y de haber examinado a un testigo al cual no entrevistó diligente y suficientemente antes de ofrecerlo en la Etapa Intermedia. Sin embargo —¿qué hay de la contraparte?— quien recién se ha hecho sabedora, sin haber mediado deficiencia ni negligencia de su parte, de hechos noveles que controvierten su teoría del caso”²⁶.

Se presenta así un equilibrio de pesos y contrapesos en la dinámica del juicio oral, pues cuando una parte sorprende a otra con información que esta no pudo razonablemente anticipar en la oportunidad regular para solicitar pruebas antes del juicio, es apenas lógico que se le conceda al perjudicado una oportunidad para refutar dicha evidencia, si es del caso, incluso con información que a su vez la otra parte puede también no conocer hasta ese momento. En suma, la sorpresa probatoria contra la que se reacciona con la prueba de refutación justifica el carácter también sorpresivo de esta, lo cual desarrolla el principio procesal de *paridad para demandar*: cuando a una parte se la faculta puede pedir algo, igual oportunidad debe tener la parte contraria.

1.2. Alcance de la prueba de refutación

La prueba de refutación es una especie del género, por lo que se le aplican las exigencias y condicionamientos legales de la prueba, en especial en materia de pertinencia y admisibilidad. Adicionalmente, la prueba de refutación está sujeta a ciertas reglas especiales que no aplican para los otros tipos de evidencia.

Es necesario distinguir la *prueba del caso* ofrecida por una parte de la *prueba para refutar la prueba de la contraparte*. Las partes acuden al juicio para probar una determinada pretensión, y para el momento de la audiencia preparatoria la Fiscalía y la defensa han debido concebir y estructurar sus respectivas *teorías del caso*²⁷. La pretensión que la parte aducirá en el juicio oral, fundamentada en su teoría del caso, se apoya en la prueba de lo que podríamos llamar *la presentación principal de su caso*.

La Ley 906 de 2004 dispone en su art. 357:

“Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fis-

27 “La llamada teoría del caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte pretende sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han aceptado y habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio” (Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2009, M.P. Vargas Hernández).

calía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión”.

Pues bien: las *pruebas de refutación* se refieren no a la presentación principal del caso sino a la credibilidad de la prueba de la contraparte. Una situación especial se presenta cuando se advierte que la defensa tiene derecho a “No ser obligad[o] a presentar prueba de descargo o contrapueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral”²⁸; hay eventos en los cuales el acusado no solicita prueba en la audiencia preparatoria y asume una estrategia pasiva donde se limita a probar el incumplimiento de la carga de la prueba por parte de la Fiscalía y la existencia de la duda razonable a partir del caso de aquella. En estos eventos “el caso” de la defensa consiste exclusivamente en prueba de refutación.

Es voluntad del legislador que las pruebas que las partes requieran para sustentar su pretensión se soliciten, de manera única y preclusiva, en la audiencia preparatoria. Esto es apenas lógico dentro de un esquema de lealtad e igualdad de armas, pues cada parte tiene derecho a acudir al juicio oral con pleno

conocimiento de las pruebas que aducirá su contraparte.

Así las cosas, el derecho a solicitar pruebas de refutación no es una oportunidad adicional a la legalmente concedida a las partes por el art. 357 para obtener el decreto y práctica de pruebas orientadas a sustentar la pretensión de su caso; en otras palabras, una parte no puede solicitar en el curso del juicio una prueba, aduciendo que es “de refutación”, para que se le permita practicar una(s) prueba(s) que, por olvido o deliberada omisión, debió solicitar en la audiencia preparatoria para sustentar la pretensión que aducirá en el juicio oral.

La prueba de refutación está restringida solo a la materia de que trata la evidencia a refutar. Mediante prueba de refutación no puede aportarse nueva evidencia sobre otras materias distintas. La prueba de refutación es uno de los medios por los cuales una parte puede, en ciertos casos, introducir evidencia sorpresiva contra la otra parte, pero con la limitación anotada. Para explicarlo de algún modo, la parte contra la que se ofrece la prueba de refutación es quien *abre la puerta* a la prueba de refutación al presentar la evidencia de su caso en juicio.

La Regla 607. E) de las Reglas de Evidencia que entraron a regir en Puerto Rico a partir del 01 de enero

de 2010²⁹, sobre el “orden y modo de interrogatorio y presentación de la prueba”, dispone:

“(E) La parte demandante, promovente o el Ministerio Público podrán presentar prueba de refutación luego de finalizada la prueba de la parte demandada, la promovida o la persona acusada para refutar la prueba de cualquiera de estas. En este turno la parte demandante, promovente o el Ministerio Público no podrán presentar prueba que debió haber sido sometida durante el desfile inicial de su prueba. Luego de presentada la prueba de refutación, la parte demandada, promovida o la persona acusada podrá presentar prueba de contra-refutación”.

La prueba que venimos denominando “del caso” es la que una parte debe presentar en el *desfile inicial de su prueba*, la que se requiere “para sustentar su pretensión”. La expresión inglesa *case in chief*, de difícil traducción exacta³⁰, identifica esta idea tal y como se concibe en los sistemas acusatorios angloamericanos. La prueba de refutación no debe referirse al

29 Adoptadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico y enmendadas por la Ley núm. 46 de 30 de julio de 2009.

30 Definido como “Actos probatorios” (Alcaraz Varo, Enrique y Hughes, Brian. *Diccionario de términos jurídicos*, Ariel, 1998, p. 70), aunque quizá sea más exacto hablar de caso principal o presentación del caso.

case in chief, pues para ello cada parte cuenta con la oportunidad probatoria antes del juicio.

De manera similar, la Regla 128 de las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico, sobre “juicio y orden de la prueba” dispone que

“El fiscal y el acusado podrán entonces, en ese orden, presentar solo prueba en refutación de las originalmente aducidas, a menos que el tribunal, por razones que estimare buenas y en pro de la justicia, les permitiere ofrecer evidencia sobre el caso original”.

A partir de dicha norma se desprende claramente que una es la prueba *originalmente aducida*, recaída sobre el caso original, y otra es la prueba para refutarla.

Las cortes americanas han sostenido la exclusión de prueba de refutación atendiendo a que la misma estaba disponible para el demandante durante la presentación de su caso (*available to plaintiff during her case in chief*) y la evidencia del acusado que se pretendía refutar no era imprevisible (*was not unexpected*) para la parte que acudió a la refutación³¹.

31 *Lubanski vs. Coleco Industries, Inc.*, 929 F.2d 42, 47 (1st Cir. 1991).

A esto alude la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana cuando señala que la prueba de refutación tiene por objeto “contradecir otra prueba y no el tema principal del litigio penal”, por tanto, “la razón principal de aquella no es el tema *probandi* que se debe resolver a través de una sentencia absolutoria o condenatoria, o mejor, con ella no se busca fundar la certeza del juez sobre los hechos y circunstancias del suceso criminal, el autor y su responsabilidad penal, su propósito es contradecir otra evidencia o el órgano con la que se produjo para derruir su credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o un aspecto trascendente de su alcance, veracidad, autenticidad o integridad”³².

La prueba de refutación está sujeta a requisitos estrictos y tiene una finalidad objetiva, no es una oportunidad concedida al demandante para simplemente obtener la última palabra³³. Con razón se ha escrito que

“este período de refutación tiene por objeto que las partes puedan rebatir, oponerse, desmentir o rectificar la prueba presentada por la parte contraria en su turno. No se trata de un

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de agosto del 2014, Rad. AP4787 de 2014 (43749), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

33 *Koch vs. Koch Industries, Inc.*, 37 F.Supp. 2d 1231, 1245-6 (D. Kansas 1998): “rebuttal is not an opportunity for the plaintiffs to simply get in the last word”.

período para que los litigantes presenten evidencia adicional o para mejor proveer”³⁴.

Un ejemplo ilustra lo expuesto: supongamos que la Fiscalía acusa a una persona del delito de porte ilegal de armas de fuego. Uno de los elementos de este delito es que el acusado no tenga permiso legítimo expedido por la autoridad competente para portar o conservar el arma de fuego. La Fiscalía tiene la carga de probar todos los elementos del delito por el cual acusa, entre ellos, en este ejemplo, la carencia del aludido permiso.

Asumamos que la Fiscalía omite solicitar en la audiencia preparatoria, como prueba directa en su respectivo turno probatorio, la certificación expedida por la oficina pública competente donde hace constar que el acusado no registra ningún permiso de porte de arma de fuego.

Terminada la presentación del caso por la defensa, quien adujo prueba cuestionando el hallazgo del arma en poder del acusado al momento de la captura, ¿puede la Fiscalía solicitar al juez le permita ingresar como prueba de refutación la certificación donde consta que el acusado no tiene permiso para portar armas?

34 Rommell Ismael Sandoval R. *El proceso penal adversativo: la decisión político-criminal del constituyente*, en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCI10asr.pdf>

Dejando de lado el hecho de que por virtud del principio de libertad probatoria podría demostrarse la ausencia del referido permiso por cualquier medio probatorio, en principio la Fiscalía no podría solicitar al juez le permita ingresar como prueba de refutación la aludida certificación; porque esa prueba hace parte de su caso principal (se trata de probar un elemento del delito), es un elemento esencial de su pretensión de condena y, en consecuencia, ha debido solicitarla en la audiencia preparatoria. Además, nótese que esa prueba no está orientada a *refutar* lo que expuso la defensa en su presentación; en realidad está orientada a suplir una falencia probatoria de la Fiscalía en la audiencia preparatoria.

Pero introduzcamos una variante en los hechos del ejemplo propuesto: el acusado decide declarar y revela en el interrogatorio directo que tiene el permiso para portar el arma de fuego. En ese evento la Fiscalía sí podría pedir se le autorice introducir la certificación como prueba de refutación de esa afirmación del testigo, sobre la base de que fue él quien *abrió la puerta* al planteamiento en su interrogatorio directo y el tema ciertamente no es *colateral* sino asunto esencial en disputa, pues se trata de uno de los elementos esenciales del delito.

Este ejemplo, además de ilustrar las cargas y responsabilidades que impone el sistema acusatorio, cuya dinámica es esencialmente dúctil y dependiente de múltiples variables, nos revela la diferencia entre la

prueba que hace parte de las pretensiones de la parte y la prueba de refutación.

1.3. Características de la prueba de refutación

Ahora veamos cuáles son las notas características de la prueba de refutación:

- a) Su *finalidad* es refutar, contradecir, contraprobar o incluso *explicar*³⁵ cierta evidencia ofrecida por la contraparte.
- b) La prueba de refutación debe ser *pertinente*, como toda prueba. Sin embargo, como el objeto sobre el que recae la prueba de refutación es otra prueba, el análisis de pertinencia del art. 375 C.P.P.³⁶ debe hacerse a la luz de la prueba a refutar.

35 Un ejemplo de la finalidad *explicativa* ocurre cuando se usa testimonio pericial como prueba de refutación para explicar la alegación conforme a la cual un niño que se retracta del delito sexual de que fue víctima, por ese solo hecho no deja de serlo; en estos casos la prueba de refutación tiende también a rehabilitar la credibilidad de un testigo. Véase *Conceptuación del retrato de la víctima en casos de abuso sexual intrafamiliar*, por LCDA. Ana Paulina Cruz Vélez. Cuarta Conferencia de Trabajo Social Forense, en http://www.tribunalpr.org/Miscel/Conferencia/PDF/3_14-julio-05-El-Retrato%20_1_.pdf

36 “Artículo 375. *Pertinencia*. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito” (Ley 906/04).

- c) La prueba de refutación, como toda prueba, debe ser *admisibile*³⁷. Esto significa, fundamentalmente, que la prueba de refutación debe abocarse únicamente a controvertir *hechos relevantes para la propia teoría del caso*, pues “de lo contrario, las partes podrían verse tentadas a caer en un absurdo infinito de desahogo de pruebas de refutación alternadas entre cada parte para refutar las de la contraria”³⁸; esto, en términos de **admisibilidad**, significa que la evidencia de refutación no adolezca de *escaso valor probatorio*, pues en ese caso la refutación será *injustamente dilatoria del procedimiento* y activará la probabilidad de que genere *confusión* en lugar de mayor claridad al asunto.

La credibilidad de un testigo, en general, se considera una razón de pertinencia³⁹ y puede ser un hecho relevante a refutar,

37 “Artículo 376. *Admisibilidad*. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos:

- a) ¿Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido;
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento” (Ley 906/04).

38 Licóna Vásquez, René Christian. La deficiente regulación..., Ob. cit., p. 31.

39 Recuérdese que el art. 375 C.P.P. señala que “El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba (...) también es pertinente cuando (...) se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”.

pero no existe una regla absoluta al respecto porque no en todos los casos ello es así; la relevancia de la credibilidad de un testigo como justificación de una prueba de refutación dependerá de la controversia particular en juego.

De ahí que, como se explicará más adelante, el common law ha desarrollado a este respecto la doctrina de la materia colateral. Por el momento, baste con anticipar que

“respecto de testigos, la credibilidad de los mismos no siempre es relevante en lo que a pruebas de refutación se refiere. Por ello y para fin de no caer en la tentación de hacer del desahogo de testigos un ejercicio interminable, en la mayoría de los casos, las respuestas obtenidas en un contraexamen deben considerarse finales. De ahí la importancia de realizar un contraexamen técnico y con destreza, y de ahí la importancia de que el Tribunal apereciba al testigo a conducirse con verdad”⁴⁰.

40 Licona Vásquez, René Christian. *La deficiente regulación...*, Ob. cit., p. 32.

- d) Sentar las bases (*foundation*) de la prueba de refutación.

Pero cabe preguntarse: cuando se va a presentar prueba de refutación en contra de un testigo de la contraparte, ¿debo preguntarle por la materia antes de ofrecer la evidencia de refutación? La respuesta es afirmativa. Esta es una de las *bases o fundamentos probatorios* de la prueba de refutación; se pretende otorgarle al testigo la oportunidad de defenderse de la acusación contenida en la prueba de refutación⁴¹. Por ejemplo, si pretendo presentar una sentencia condenatoria por falsedad proferida en contra del testigo, debo antes preguntarle por esa materia.

La doctrina y jurisprudencia han señalado con respecto al sistema acusatorio vigente en Puerto Rico:

“Cuando el testigo niega la existencia de la relación de parcialidad o interés, entonces puede ser conveniente presentar evidencia extrínseca o independiente, como por ejemplo otro testigo que explique la existencia de la relación de prejuicio, parcialidad o interés entre el anterior testigo y la parte.

Pero no se puede presentar la evidencia extrínseca de impugnación libremente ya que nuestro tribunal supremo resolvió en el caso de Pueblo vs. Figueroa Gómez, 113 DPR 138, que antes de que se pueda presentar prueba independiente de impugnación tiene que preguntársele al testigo que va a ser impugnado si existe o no algún motivo de prejuicio, parcialidad o interés hacia la parte. Si no se le da esta oportunidad al testigo para que explique, admita o niegue, no podrá luego presentarse evidencia extrínseca para impugnarlo, como por ejemplo, nunca podría presentarse un testigo de refutación para declarar sobre la existencia del prejuicio, interés o parcialidad⁴².

Algo similar ocurre con la impugnación de credibilidad mediante manifestaciones anteriores, pues las afirmaciones allí consignadas “para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el conainterrogatorio”⁴³ a fin de darle al testigo —y a la contraparte— la oportunidad de defenderse de la acusación presentada.

42 Goyco Amador, Pedro G. *El interrogatorio y el conainterrogatorio de testigos*, en http://www.ramajudicial.pr/Miscel/Conferencia/PDF/25_PGoyco.pdf

43 Art. 347 Ley 906 de 2004.

Ahora bien, cuando el adversario presenta evidencia de refutación para contradecir lo declarado por un testigo sin que le haya preguntado por la materia durante el contrainterrogatorio, este puede ser de nuevo requerido por la parte que lo convocó originalmente para que aclare o adicione su testimonio respecto a la información que aporta la evidencia de refutación⁴⁴.

e) Cuando nos referimos a prueba de refutación en sentido estricto, la evidencia que se pretende controvertir o explicar debe ser *razonablemente imprevista* para quien pretende ofrecer prueba de refutación. Las partes preparan y solicitan su prueba directa con base en lo que el oponente descubre antes del juicio, de donde el escenario natural para controvertir lo ya conocido (en especial para la defensa) es la prueba solicitada en la audiencia preparatoria; pero la prueba de refutación también aplica para esa evidencia no previsible que surja en el curso del juicio y respecto de la cual no se pudo razonablemente anticipar la contradicción. Por eso la doctrina explica que se alude a que la prueba de refutación debe abocarse únicamente a controvertir hechos noveles⁴⁵.

44 La regla que sirve para aplicar esta hipótesis es la del parágrafo del art. 393 de la Ley 906 de 2004, que dispone: “El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores”.

45 Licona Vásquez, René Christian. *La deficiente regulación...*, Ob. cit., p. 31.

El elemento sorpresa, inherente a la prueba de refutación ofrecida en el curso del juicio, es una respuesta lógica y proporcionada al carácter también sorprendente de la evidencia primaria a refutar presentada por el oponente, quien *abrió la puerta* al introducir en el juicio información nueva no previsible en la oportunidad probatoria previa al juicio. Por eso se ha sostenido con razón que

“la prueba de refutación no es más que un antídoto que permite a una parte que se siente razonablemente sorprendida el controvertir de manera directa al testigo contrario. Lo anterior con el único fin de servir de contrapeso a la declaración oral del testigo, y evitar en los casos que sea necesario que los testigos contrarios tengan la última palabra respecto a hechos relevantes”⁴⁶.

La clave del concepto de prueba de refutación, que se ofrece en el curso del juicio, es el conocimiento y previsibilidad razonable, por quien la ofrecerá, de lo que aportará la contraparte como prueba. De ahí que las cortes americanas han exigido que la parte

46 *Ibid.*, p. 35.

que presenta la prueba de refutación demuestre que no podía *anticipar razonablemente* la evidencia a refutar⁴⁷.

Es por eso que nuestra Corte Suprema de Justicia ha advertido que

“el conocimiento del motivo que sustenta la prueba de refutación se genere en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte, pues si el supuesto es conocido o previsible antes de ese instante procesal otro será el medio para que se discuta esa situación en el proceso”⁴⁸.

Lo anterior permite comprender que en los sistemas acusatorios suele entenderse que la prueba de refutación existe principalmente para servir al demandante o acusador a fin de equilibrar una cierta situación fáctica de desigualdad probatoria, amparada constitucionalmente, entre demandante y demandado. Ello no deja de ser una reflexión puramente teórica, pues en todo caso, nadie discute que tanto la defensa como la Fiscalía tienen ambos, en un plano de igual-

47 Así lo entienden las cortes norteamericanas al aludir al concepto de “*could not reasonably have anticipated*”. Véase *State vs. Kuhl*, 3 ALR 1694, 1705; *People vs. Brown*, 43 ALR3d 1407; *State vs. Hart*, 41 ALR2d 1199.

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de agosto del 2014, Rad. AP4787 de 2014 (43749), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

dad, derecho de ofrecer prueba de refutación. Es entendible que en la práctica usualmente sea la Fiscalía quien recurra con más frecuencia a esta figura, por la misma forma en que funciona la lógica del sistema.

En efecto, el acusado se presume inocente, la acusación tiene la carga de la prueba y toda duda se resuelve a favor del primero; en esa medida la defensa tiene cierta “ventaja” sobre el demandante, entendible e indiscutible, obviamente, porque se desprende de caros derechos constitucionales fundamentales alcanzados tras dolorosas luchas históricas.

La acusación lleva a cabo su descubrimiento primero que la defensa y esta “se descubre” completamente en la diligencia en que las dos partes solicitan sus pruebas (audiencia preparatoria), lo que significa que la defensa tiene un plazo extra para estudiar e investigar la información descubierta por su contraparte (el comprendido desde la audiencia de acusación hasta la audiencia preparatoria), cosa que no sucede con la acusación por cuanto no está legalmente previsto un plazo entre el momento en que conoce a plenitud la información que le descubre la defensa y la solicitud de sus pruebas.

El acusado, cuando decide declarar, no tiene obligación de revelar sus conversaciones y/o declaraciones

previas⁴⁹. Es por eso que usualmente la acusación conocerá por primera vez la coartada (*alibi*) del procesado cuando efectivamente rinda testimonio en el juicio oral, si decide hacerlo. La doctrina ejemplifica este aspecto así:

“Para efectos de claridad en esta exposición y en virtud de la naturaleza eminentemente casuística del procedimiento penal acusatorio, plantearemos el sencillo caso hipotético de un robo simple el cual el imputado es acusado de haber cometido en las afueras de un colegio.

Durante la Etapa Intermedia, la defensa ofrece y se le admite como prueba el testimonio de su defendido, quien muy probablemente testificará a su favor. Para entonces el Ministerio Público ya habrá ofrecido sus pruebas, sin tener idea precisa de lo que el imputado eventualmente declarará en la Audiencia del Juicio Oral.

Tal y como lo expusimos anteriormente en este análisis, al ser ofrecida, debatida y admiti-

49 Art. 345 de la Ley 906 de 2004: “Restricciones al descubrimiento de prueba. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir: 1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras”.

da en la Etapa Intermedia, llegada la Audiencia del Juicio Oral el Ministerio Público tendrá una idea general de lo que contendrá el testimonio del imputado. Sin embargo, el contenido exacto y relevante del testimonio es del todo desconocido por el Ministerio Público.

En la presentación del caso de la defensa, el imputado toma el estrado y testifica a su favor. Si por alguna razón la defensa considera que es importante para su teoría del caso justificar la presencia del imputado en el lugar de los hechos, seguramente en la examinación directa el abogado examinador enfocará sus preguntas directas en ese sentido. Ahora bien, supongamos que durante su testimonio el imputado justifica su presencia en el lugar de los hechos bajo el argumento de que se encontraba en las afueras del colegio pues ahí fue donde estudió y donde conserva amistades a las que frecuenta, expandiendo su testimonio sobre esa línea.

La relevancia de los anteriores hechos para la defensa, será directamente proporcional al interés del Ministerio Público de controvertir los mismos. Así pues, y en contraexamen, el Ministerio Público enfocará sus repreguntas en desacreditar el dicho del testigo de que

“frecuenta el lugar de los hechos pues ahí fue donde estudió y donde conserva amistades”. Sobre todo ante la sospecha fundada o infundada de que el testigo miente o al menos tergiversa la verdad.

Sin embargo, y tal y como ya lo hemos planteado, el Ministerio Público seguramente carecerá de pruebas para controvertir de manera directa los hechos recién revelados por el testigo. Por muy diestro que sea el Ministerio Público, difícilmente obtendrá testimonio del mismo testigo que controvierta su propio dicho, y con mucha más dificultad logrará hacer que el testigo se retracte.

De la misma manera muy difícilmente el Ministerio Público habrá ofrecido en la Etapa Intermedia prueba testimonial tendiente a demostrar que el imputado no estudió en el colegio ubicado en el lugar de los hechos, ni testimonial tendiente a demostrar que el imputado no tiene ni conserva amistades en ese lugar. Lo anterior pues en la Etapa Intermedia, el Ministerio Público desconocía lo que el imputado iba a declarar y con mucha más razón desconocía que este justificaría

su presencia en el lugar de los hechos en la manera en que lo hemos descrito. Por lo anterior, obligarle al Ministerio Público a ofrecer prueba en la Etapa Intermedia con base en una premisa desconocida es equivalente a obligarlo a ofrecer prueba en el presente para controvertir en el futuro lo desconocido en ese entonces. Sin embargo, esa es precisamente la carga procesal que de una u otra manera todas las legislaciones procesales que han adoptado un sistema penal acusatorio imponen a las partes; ofrecer prueba en la Etapa Intermedia para controvertir en la Audiencia del Juicio Oral lo conocido y lo desconocido en la Etapa Intermedia. Esa carga procesal proviene del paradigma procesal de los procedimientos no acusatorios en los cuales el contenido de las pruebas se revela durante la Etapa de la Averiguación Previa.

Así pues y volviendo al hipotético, el Ministerio Público carecerá de la oportunidad de controvertir de manera directa el dicho del testigo mediante el desahogo, por ejemplo, del testimonio de algún directivo del colegio, quien bien podría controvertir el dicho del testigo declarando de ser el caso que el imputado

nunca estudió en ese colegio, y/o que carece de amistades en el mismo.

Incluso, suponiendo que para la acusación del Ministerio Público no sea del todo relevante la existencia o inexistencia de alguna relación del imputado con el colegio, con mucha mayor razón el Ministerio Público no habrá ofrecido en la Etapa Intermedia medio de prueba que se relacione con ese hecho. Sin embargo, aunque ese hecho no sea relevante para sostener una debida acusación del Ministerio Público, lo que sí le es muy relevante es la credibilidad o falta de credibilidad del testigo contrario.

Luego entonces, si al escuchar el testimonio del imputado, el Ministerio Público tiene sospecha, fundada o infundada de que el testigo miente o tergiversa la verdad, el Ministerio Público tiene absoluto derecho de controvertir la credibilidad del testigo, debiendo tener oportunidad procesal suficiente y real de demostrar con prueba directa que el testigo miente o tergiversa hechos. Esa prueba directa, cuya necesidad de ser desahogada se reveló de manera

contemporánea a la declaración del testigo es precisamente la prueba de refutación”⁵⁰.

En síntesis, para culminar la aproximación al concepto de prueba de refutación, la misma comprende tanto aquella que se solicita desde la audiencia preparatoria para cuestionar la credibilidad de la prueba de la contraparte solicitada en dicha audiencia (prueba de refutación en sentido general), como aquella prueba que se solicita en el curso del juicio para refutar evidencia aportada por la contraparte no previsible desde la audiencia preparatoria (prueba de refutación en sentido estricto).

50 Licona Vásquez, René Christian. *La deficiente regulación...*, Ob. cit., p. 26-28.

2. La Prueba de Refutación en el Derecho Comparado

2.1. La prueba de refutación en el Common Law

2.1.1. “Abrir la puerta”: *el fundamento de la prueba de refutación*

Los fundamentos de la prueba de refutación se encuentran en la naturaleza misma de un sistema adversarial, en el cual las decisiones estratégicas de las partes tienen honda incidencia en la evidencia admisible que puede proponerse en juicio. La prueba de refutación no es una creación artificial de los sistemas legales que acogen un procedimiento de corte acusatorio; su razón de ser está en la esencia misma del sistema acusatorio, y siguiendo a Mueller y Kirkpatrick⁵¹ puede resumirse así:

51 *Evidence*, Foruth Edition, Aspen Publishers, New York, 2009, § 1.4, pp. 11-15.

Las estrategias afirmativas de litigación (introducir evidencia, interrogar testigos, etc.) generan consecuencias importantes para la evidencia que puede introducirse en un juicio. Por eso, un litigante estará limitado en cuanto al derecho a objetar las estrategias y solicitudes que haga la otra parte a manera de contra-ataque a sus estrategias afirmativas.

La *doctrina de la puerta abierta* (*open door doctrine, opening the door*) es una de las consecuencias de las estrategias afirmativas que pueden poner en marcha los litigantes⁵².

Esta doctrina describe lo que pasa cuando una parte introduce evidencia y la otra parte ofrece contra-prueba para refutar o contradecir la evidencia inicial.

Usualmente se trata de un problema de estrategia, pues la parte *elige* que evidencia introducir por lo que no se trata de algo accidental; al hacer estas elecciones se provoca una respuesta en el adversario que quizá no es lo que se esperaba o que prueba algo en forma más contundente o exitosa de lo que se anticipó. Si la parte inicial objeta la contra-prueba, o pierde el caso y plantea un error (en sede de recursos)

52 La otra consecuencia es la *doctrina del error provocado* (*invited error*): cuando una parte le formula una pregunta adecuada a un testigo y obtiene una respuesta clara y precisa, la respuesta del testigo compromete a la parte que lo interrogó, así aquella consista en información que de otra manera sería evidencia excluyente o inadmisibles (prueba de referencia, perjuicio indebido, etc.). La parte queda “amarrada” a la respuesta porque la “invitó” con la pregunta formulada, por lo que la respuesta se considera evidencia admisible.

basado en la admisión de dicha prueba, usualmente la objeción será negada porque ella “abrió la puerta” al contra-ataque de la parte contraria.

En estos casos puede suceder que la contra-prueba habría sido evidencia excluible o inadmisibile, de no ser porque la parte inicial introdujo la prueba.

La doctrina de la puerta abierta puede plantearse como una especie de la teoría de represalia equivalente o toma y daca (*tit-for-tat rule*): la parte inicial rompió una regla, lo que autoriza a la contraparte a hacer lo mismo⁵³.

La verdadera importancia de la doctrina de la puerta abierta consiste en entender que la evidencia que pueda afectar el resultado del caso no debe ser inmune a la refutación. Si la contra-prueba está disponible, el solo hecho de que la prueba inicial haya sido admitida cuenta a favor de permitir alguna respuesta a la contraparte.

Tanto la doctrina de la puerta abierta como la del error provocado descansan sobre la noción central según la cual la parte que trae a colación una materia de cualquier manera queda limitada por sus decisiones estratégicas; no podrá objetar su propia acción

53 La expresión inglesa *tit for tat* significa “represalia equivalente” (toma y daca, tanto “tit” como “tat” son golpes suaves, por lo que vendría a decir “golpea suavemente al que te ha golpeado suavemente”). En ella, un agente que use esta estrategia responderá consecuentemente a la acción previa del oponente. Si el oponente ha cooperado previamente, el agente cooperará. Si el oponente deserta, el agente se vengará de él. Tomado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Toma_y_daca

—que de resultar equivocada equivaldría a alegar la propia incuria— ni se podrá quejar por los razonables contra-ataques que proponga la contraparte frente a sus movimientos de prueba.

En suma, la doctrina de la puerta abierta se resume así: la parte que hace un movimiento ofreciendo evidencia sobre un punto de debate “abre la puerta”, lo que significa que la otra parte puede hacer contra-movimientos para responder o refutar la evidencia inicial, así esta sea en principio excluible o inadmisibile, atacando de ese modo “fuego con fuego”⁵⁴.

La doctrina de la puerta abierta aporta beneficios significativos al proceso, pues la evidencia admitida bajo esta doctrina sana cualquier error que pudiera predicarse de la evidencia inicial; de ahí el término acuñado por Wigmore sobre “admisibilidad curativa” (*curative admissibility*).

2.1.2. La doctrina de la materia colateral

Básicamente la posibilidad de presentar prueba de refutación (evidencia extrínseca a la ofrecida por las partes antes del juicio) implica una oportunidad probatoria adicional, en el curso del juicio, para contradecir, negar o explicar evidencia propuesta por la parte contraria. La pregunta que cabe hacerse a esta

altura de la exposición es si puede ofrecerse prueba de refutación para rebatir *cualquier tipo de evidencia* ofrecida por la contraparte, o si existen límites al respecto.

No siempre se permite presentar prueba de refutación para desvirtuar todo tipo de información aportada por los testigos de la contraparte. Si ello se autorizase en todos los eventos el juicio se dilataría innecesariamente ante las constantes solicitudes probatorias de refutación de las partes frente al más mínimo hecho informado por los testigos que no se corresponda con la verdad y que pueda, efectivamente, ser desvirtuado con evidencia extrínseca.

Para evitar este tipo de situaciones se ha desarrollado la doctrina de las materias colaterales (*collateral matters*) y no colaterales (*not collateral matters*). En esencia, dicha doctrina indica que se puede presentar evidencia extrínseca —en la forma de prueba de refutación— cuando la materia a debatir no es colateral, es decir, cuando el punto que se pretende refutar es la esencia de lo que se discute en el caso (*material issue*).

El *common law* sostiene tradicionalmente que no se permite evidencia extrínseca sobre materias colaterales; de hecho, hay precedentes que se pronuncian en el sentido de prohibir el uso de evidencia extrínseca para impugnar la credibilidad de un testigo sobre

una materia que es meramente colateral⁵⁵, por lo que la parte que conainterroga se tiene que conformar con las respuestas del testigo sobre esas materias.

En la práctica forense angloamericana, la zona donde más frecuentemente se aplica la prueba de refutación es en cuanto al testimonio del acusado, debido a que este usualmente no entrega a la contraparte declaraciones previas; es por eso que normalmente el fiscal escucha por primera vez el testimonio del acusado cuando declara en juicio, momento en el cual pueden surgir datos nuevos nunca antes conocidos sobre aspectos sustanciales del caso y especialmente de la coartada (*alibi*). Por ello las cortes americanas suelen interpretar que la veracidad de la coartada del acusado no es materia colateral y, en consecuencia, habilitan a la Fiscalía para presentar prueba de refutación con la finalidad de controvertirla⁵⁶.

El profesor Irving Younger⁵⁷, en su clásica conferencia *El arte del conainterrogatorio*⁵⁸ explica que todo lo relacionado con las preguntas puede agruparse en

55 "...prohibiting the use of extrinsic evidence to impeach a witness on a matter that is merely collateral..." [*People vs. Puvao*, 59 NY2d 282; *People vs. Schwartzman*, 24 NY2d 241, cert denied 396 US 846].

56 Así, *The People & C., Respondent vs. Reginald Knight* 80 N.Y.2d 845, 600 N.E.2d 219, 587 N.Y.S.2d 588 (1992): "The truthfulness of defendant's alibi (is) relevant to a "material" issue".

57 1932-1988. Fue un connotado abogado, profesor, juez y tratadista norteamericano, reconocido por sus apasionantes conferencias sobre litigación en juicio e historia legal. Es el autor de los célebres *Diez mandamientos del conainterrogatorio*.

58 *The Art of Cross-examination*, The Section of Litigation Monograph series No. 1, American Bar Association, Section of Litigation, 1976. Esta monografía surgió de una famosa conferencia pronunciada por el profesor Younger durante la reunión anual de la American Bar Association en Montreal, el 12 de agosto de 1975.

nueve categorías de impugnación de credibilidad de testigos (*modes of impeachment*). Estas nueve categorías son exhaustivas y aunque algunas jurisdicciones no permitan algunas de ellas lo cierto es que representan el universo posible de la impugnación de testigos. Estas nueve categorías las divide el autor en tres grupos:

El primer grupo está integrado por los elementos de *competencia o capacidad* del testigo, dentro de los cuales se encuentran cuatro categorías de impugnación: (i) el juramento (*Oath*), (ii) la percepción (*Perception*), (ii) la memoria (*Recollection*) y (iv) la comunicación (*Communication*).

Un segundo grupo lo conforman las *características relacionadas* (*related characteristics*), que dan lugar a cuatro modos de impugnación: (i) el interés, prejuicio o parcialidad (*Bias, Prejudice, Interest, Corruption*); (ii) las condenas previas (*prior conviction*); (iii) la mala conducta anterior (*Prior Bad Acts*); y (iv) las declaraciones previas inconsistentes (*Prior Inconsistent Statment*).

El último modo de impugnación, que constituye categoría separada, está conformado por la *reputación de veracidad* (*Reputation for Veracity*)⁵⁹.

Nótese que estas nueve categorías de impugnación pueden equipararse con los seis aspectos respecto de

59 Ibid., pp. 2-16.

los cuales se cuestiona la credibilidad del testimonio, previstos en el art. 403 de la Ley 906 de 2004. Así, del primer grupo, la *percepción*, la *memoria* y la *comunicación* aparecen recogidos en el numeral 2 (“Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración”); el segundo grupo, el *interés*, *prejuicio* o *parcialidad*, se recoge en el numeral 3 (“Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo”); las *condenas previas* y la *mala conducta anterior*, siempre que se refieran a mendacidad, y la *reputación de veracidad* se corresponden con el numeral 5 (“Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad”); y las declaraciones previas inconsistentes están comprendidas en las “manifestaciones anteriores del testigo”, del numeral 4.

Pues bien: al analizar los modos de impugnación comprendidos en el segundo grupo, el profesor Younger enseña que ellos se caracterizan por el hecho de que en esos eventos se impugna la credibilidad del testigo formulándole preguntas que no tienen nada que ver directamente con la materia tratada en el testimonio rendido durante el interrogatorio directo⁶⁰. El autor ilustra la idea con un ejemplo: en

60 Una de las excepciones a la regla conforme la cual el contrainterrogatorio “se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo” (art. 391 inciso segundo Ley 906 de 2004) es, precisamente, cuando se trata de materia relacionada con la credibilidad. Véase Decastro González, Alejandro. “El alcance del contrainterrogatorio”, en *Criterio Jurídico*, revista jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, No. 8-2, Cali, ISSN 1657-3978, diciembre del 2008, pp. 171 y ss.

un caso de accidente de tránsito el testigo de cargo declara en el interrogatorio directo que la luz del semáforo estaba en verde, lo cual perjudica al contrainterrogador. Necesitamos impugnar al testigo y le preguntamos: “Señor, ¿no es un hecho que usted golpeó a su esposa la otra noche?” El caso es acerca del color de la luz del semáforo, el testigo en el interrogatorio directo dijo recordar el color de la luz del semáforo, pero lo impugnamos preguntándole si golpeó a su esposa, lo cual no tiene que ver con el asunto en disputa en el caso (*issue of the case*) o con lo que el testigo dijo en el examen directo.

En dicho ejemplo, asumiendo en gracia de discusión que la pregunta es admisible con fines de impugnación, el testigo responde “Sí, lo hice”. En ese caso se pasa a otro tema, para argumentar en los alegatos de conclusión la idea de que el hecho de golpear a la esposa afecta la credibilidad del testigo. Pero supongamos que el testigo niega el hecho y dice: “No, yo no golpeé a mi esposa”. Surge entonces la cuestión procesal y de evidencia: ¿Qué pasa cuando el testigo niega la información de impugnación y responde “no” a la pregunta? ¿Se nos permitirá como parte de nuestro caso introducir la evidencia tendiente a mostrar que la negativa del testigo es falsa?, por ejemplo, llamando al vecino que testificará que escuchó la golpiza a la esposa la otra noche. O, por el contrario, ¿solo se nos permitirá formular la pregunta y

conformarnos con la respuesta si el testigo niega el hecho?

El autor en cita responde que la cuestión puede argumentarse en dos vías: a favor de la introducción de la evidencia sobre la base de que se relaciona con la credibilidad (*bears upon credibility*); en muchos casos la esencia de un debate es la credibilidad, eso es lo que el jurado tiene que decidir, por lo que desde este punto de vista es valioso invertir tiempo en aportar evidencia que muestre que la negativa del testigo es falsa. Pero se puede argumentar en contra de la admisión de la prueba, ya que, en el ejemplo citado, el juicio es sobre el color de la luz del semáforo, no sobre si el testigo maltrató a la esposa, por lo que permitir aportar evidencia sobre este último hecho consumirá innecesariamente el tiempo de la corte.

Consideramos que este planteamiento del profesor Younger, brevemente resumido en párrafos anteriores, encuadra perfectamente la esencia del problema de la prueba de refutación. La solución a este problema obliga a considerar la distinción entre materias colaterales (*Collateral Matters*) y no colaterales (*Not Collateral Matters*), lo cual no es muy alentador, pues el autor en cita advierte que esa distinción ha confundido a abogados y jueces por generaciones⁶¹.

Siguiendo al profesor Younger, podemos explicar la distinción entre materias colaterales y no colaterales indicando que ella aplica para resolver la cuestión acerca de qué evidencia adicional a la ofrecida inicialmente, o extrínseca, puede ser presentada en un caso. Cabe aclarar que este tema no tiene relación con lo apropiado de la pregunta como tema de impugnación, pues eso se resuelve a partir de los nueve modos de impugnación: si la pregunta encaja en alguna de las nueve categorías entonces es apropiada como impugnación.

En el ejemplo citado, cuando el punto en disputa no es colateral, podemos convocar al vecino para probar que la negación del testigo al hecho contenido en la pregunta de impugnación es falsa. Si el asunto en disputa es colateral podemos formular la pregunta siempre que encuadre dentro de alguno de los nueve modos de impugnación, pero no podemos ir más allá de la respuesta del testigo en el evento en que niegue el hecho contenido en la pregunta de impugnación: no podemos llamar a otro testigo para que declare que realmente golpeó a su esposa⁶².

En el mismo sentido, al referirse a la conducta vergonzosa (*Disgraceful Conduct*) y a los antecedentes de todo orden (*Background*) del testigo como medio de impugnación de su credibilidad, Louis E. Schwartz

62 *Ibid.*, pp. 8-9.

enseña que las preguntas sobre dichas materias no pertenecen a ninguna cuestión esencial en disputa (*issue*), y aunque son permitidas solo con propósitos de impugnación de credibilidad, se juzgan *puramente colaterales*, por lo que quien conainterroga está limitado por las respuestas del testigo. Esto implica que el conainterrogador no puede convocar otros testigos ni ofrecer evidencia para contradecir al testigo o refutar sus respuestas sobre esos aspectos.

Pero ello no significa, continúa el autor en cita, que el conainterrogador no deba formular más preguntas al testigo cuando este niegue el hecho por el que se le impugna a partir de la conducta inmoral o los antecedentes. El conainterrogador puede preguntar más, mientras actúe de buena fe, con la esperanza de inducir al testigo a abandonar su respuesta negativa. Estas preguntas no son impropias simplemente por su cantidad, pero puede ser un error admitir demasiadas preguntas después de que los hechos de impugnación han sido admitidos por el testigo⁶³.

El análisis anterior, extraído de la obra del profesor Younger, se enriquece siguiendo las enseñanzas de McCormick⁶⁴. Podemos sostener que en el *common*

63 *Proof, Persuasion and Cross-examination. A Winning Approach in the Courtroom*, Executive Reports Corporation, New Jersey, Sixth Printing, 1978 pp. 2210-2211. Y cita dos precedentes sobre la materia: *People vs. McCormick* (1952), 303 N.Y. 403, 103 N.E. 2d 529 y *Derrick vs. Wallace* (1916), 217 N.Y. 520, 112, N.E. 440.

64 Broun, Kenneth S. *McCormick On Evidence*, Thomson West, St Paul - Min, 2006, Sixth Edition, pp. 87-90.

law el uso de evidencia extrínseca para contradecir al testigo está restringido en orden a evitar:

- a) confundir los puntos centrales en disputa;
- b) desorientar al juzgador;
- c) dilaciones indebidas y
- d) perjuicios indebidos.

Si la materia se considera *colateral* el abogado queda limitado a una impugnación intrínseca (*intrinsic impeachment*), lo que significa que si durante el directo, o el contra-interrogatorio, el testigo se sostiene en no aceptar la impugnación el abogado debe aceptar la respuesta del testigo (“*take the witness’s answer*”) sin que sea admisible evidencia extrínseca, que contradiga la respuesta del testigo.

Si, en cambio, la materia es *no colateral*, se permite la introducción de evidencia extrínseca para contradecir la respuesta del testigo, bien la suministre en el directo o en el contrainterrogatorio.

La regla de la materia colateral y no colateral *no limita el contrainterrogatorio*, pues el contrainterrogador puede poner a prueba cualquier aspecto del testimonio directo del testigo. Si el testigo brinda inicialmente una respuesta desfavorable sobre materias colaterales el contrainterrogador queda atado a la respuesta

del testigo, pero eso no significa que no esté habilitado para insistir sobre el tema e incluso aplicar mayor presión para obtener una respuesta honesta (“*to apply further pressure for a truthful answer*”), por ejemplo, recordándole al testigo las penas aplicables en el evento de cometer falso testimonio.

Una de las razones principales para no permitir la presentación en juicio de evidencia extrínseca sobre materias colaterales consiste en evitar dilaciones indebidas, para que el juzgador no dedique más tiempo del necesario sobre materias que solo son relevantes de cara a la credibilidad del testigo. En efecto, se consumiría mucho tiempo en un juicio si un testigo termina de declarar y el abogado llama a otro testigo para impugnar *cualquier aspecto* declarado por aquel; es mucho más práctico y ágil confrontar al primer testigo directamente con cualquier escrito que él pueda autenticar.

Por lo general, el *common law* considera inadmisibles llamar un segundo testigo para impugnar, mediante una cierta evidencia, la credibilidad del primer testigo, por configurar *materia colateral*.

Sin embargo, algunas técnicas de impugnación son excepciones a la regla de la materia colateral en vista de su alto valor probatorio en materia de credibilidad (“*highly probative on credibility*”), por ejemplo:

- a) Interés, motivo y parcialidad.
- b) Uso de drogas o alcohol.
- c) Conocimiento personal.
- d) Condenas previas.

Estas materias tienen tanto valor probatorio sobre la credibilidad del testigo (“*great probative worth on the issue of the witness’s credibility*”) que las Cortes toleran invertir tiempo adicional en la presentación de evidencia extrínseca para probar esos hechos en caso de que el testigo los niegue.

Por otro lado, se considera materia colateral: (i) la impugnación basada en actos deshonestos del testigo –siempre y cuando no se hayan concretado en una sentencia condenatoria–; (ii) la prueba de la declaración previa inconsistente del testigo; y (iii) la impugnación por contradicción. Los dos últimos casos admiten excepciones a partir de las cuales se puede considerar que se trata de materia no colateral que permite la incorporación de evidencia extrínseca.

Cuando el testigo niega sus actos previos de deshonestidad el conainterrogador queda sometido a la respuesta del testigo, no se permite evidencia extrínseca de refutación. Esta regla tiene una excepción bajo la doctrina de admisibilidad curativa de la puerta abierta (*door opening doctrine*): puede presentarse evi-

dencia extrínseca de actos deshonestos previos cuando se introduce para refutar específicas afirmaciones fácticas producidas durante el interrogatorio directo del acusado. Por ejemplo, si el acusado declara en el directo que “jamás” ha cometido un acto deshonesto, el fiscal puede ofrecer prueba extrínseca de que sí lo ha hecho *para refutar* esta aseveración. Por fuera de esta excepción no se permite la incorporación de evidencia extrínseca para probar actos previos del testigo que impliquen deshonestidad.

La prueba extrínseca para demostrar declaraciones previas se considera materia colateral o *no colateral*, según el caso concreto. Aquí el juzgador debe realizar una labor de ponderación en el curso de la práctica del testimonio para determinar si hace o no a lugar las objeciones planteadas.

Hay dos situaciones en las cuales se considera que las declaraciones previas constituyen materia no colateral. La primera se presenta cuando la materia es en sí misma relevante respecto de un hecho que tiene consecuencias en los fundamentos del caso; cuando el hecho es lógicamente relevante para los fundamentos del caso, tanto como para la credibilidad del testigo, se justifica invertir el tiempo de la corte en escuchar la evidencia extrínseca.

La segunda situación se presenta cuando la evidencia extrínseca se relaciona con un hecho clave o funda-

mental o engranaje (*“linchpin” fact*) de la declaración del testigo, un hecho que resulta ser el eje del relato que subyace al testimonio. Bajo este test, para fines de impugnación, una parte de la historia relatada del testigo puede ser cuestionada cuando, a partir de las reglas la experiencia, él no podría estar equivocado sobre ese hecho clave si la idea central de su testimonio fuese cierto.

Veamos un ejemplo siguiendo lo expuesto por McCormick: Juan declara que el color de la luz del semáforo era rojo al momento del accidente que él percibió en la esquina de la calle B. En el interrogatorio directo Juan declara que cuando vio el accidente estaba manejando por la vía donde está ubicado el restaurante C y, de hecho, se dirigía hacia ese restaurante. Agrega que el restaurante está localizado en la esquina de la calle B. En el conainterrogatorio el abogado le pregunta: “¿No es un hecho que el restaurante C está localizado en la carrera A, tres cuadras después, en la calle E?” La pregunta es apropiada porque cuestiona la capacidad de percepción y recuerdo del testigo. Si Juan se sostiene en que el restaurante está ubicado en la calle B, el conainterrogador no puede incorporar evidencia extrínseca durante la presentación de su caso en orden a probar la exacta ubicación del restaurante. La materia es colateral porque la ubicación del restaurante no es relevante en la litigación del caso, solo sirve para

contradecir el testimonio de Juan. Incluso, si Juan niega bajo conainterrogatorio haber rendido una declaración previa en la cual dijo que el restaurante está ubicado en la calle E podrá impugnársele credibilidad con esa declaración, pero no se permite evidencia extrínseca para probar la declaración previa por considerarse materia colateral.

Por otro lado, el color de la luz del semáforo ubicado en la calle B es materia no colateral, es en sí mismo relevante para decidir el caso. La evidencia de contradicción que muestre que el color de la luz del semáforo era verde será admisible. Por eso, si Juan niega en conainterrogatorio haber rendido una declaración previa donde dijo que el color de la luz del semáforo era verde, se considera admisible evidencia extrínseca para probar la existencia de la misma.

Supongamos que a Juan se le pregunta en conainterrogatorio acerca de si estaba utilizando sus anteojos mientras conducía; una respuesta positiva puede ser controvertida mediante evidencia extrínseca de que para el momento del accidente tenía en reparación su único par de anteojos; esto por cuanto la evidencia que discute la habilidad del testigo para percibir los hechos relevantes del caso es *no colateral*. Del mismo modo, si Juan niega en conainterrogatorio que su esposa es familiar del demandante, se considera admisible la evidencia extrínseca para acreditar ese hecho.

La evidencia de la parcialidad del testigo es *no colateral*. La evidencia extrínseca ofrecida para probar el interés, prejuicio o parcialidad del testigo puede ser admitida después de su negativa sobre un hecho que da lugar a una inferencia de parcialidad.

Asumamos ahora que Juan testifica que cuando vio el accidente estaba conduciendo exactamente sobre la calle B donde, dice él, está ubicado el restaurante. En ese caso la evidencia de contradicción es que el restaurante está realmente situado en otro sitio, sobre la calle E. Si Juan estaba situado en la calle E, y no en la B, la evidencia extrínseca de la ubicación del restaurante sería admisible. En este caso, el error sobre la ubicación del restaurante cuestiona la confiabilidad de todo el testimonio de Juan porque él pudo ver las luces del semáforo que controlan la calle E, no las de la calle B. La ubicación del restaurante se considera un hecho clave o eje del testimonio, y la evidencia extrínseca sería admisible para impugnar. Un hecho negando el supuesto de que el testigo estaba en el lugar correcto al momento de percibir lo que testifica es un clásico ejemplo de un “*linchpin*” fact.

Complementa el análisis de la prueba de refutación en el *common law* lo expuesto por Ronald, Deckle y Bailey, en su obra *Cross-Examination Handbook*. Per-

*suasion, Strategies and Techniques*⁶⁵, quienes destacan relaciones entre *contrainterrogatorio, nueva evidencia y refutación*. Algunas veces el contrainterrogatorio sirve para descubrir nuevos testigos o nueva evidencia, pues parte del testimonio del declarante puede ser totalmente inesperado e imprevisto, involucrando información desconocida en forma de testigos o evidencia.

Pensemos en un acusado por el delito de porte de estupefacientes que declara que al momento de la captura un transeúnte intercedió en su favor ante el policía que hizo la captura. Si el policía que hizo la captura niega este hecho surge un asunto central sobre la credibilidad del acusado. Si el fiscal en el contrainterrogatorio al acusado puede precisar suficientes detalles para identificar al transeúnte, quien niega haber intercedido a favor del acusado ante el policía, este puede ser llamado por el fiscal como un testigo de refutación para confirmar el testimonio del policía.

Los autores en cita exponen la relación existente entre *impugnación y refutación*⁶⁶: algunas veces la prueba de refutación sirve para completar el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo. Si el testigo al ser impugnado no admite haber rendido

65 Clark, Ronald H.; Deckle, George R. y Bailey, William S. *Cross-Examination Handbook. Persuasion, Strategies and Techniques*, New York, Aspen Publishers, 2011, p. 26.

66 *Ibid.*, pp. 81 y 151-152.

la declaración previa inconsistente con lo declarado en juicio, el conainterrogador debe completar el procedimiento de impugnación probando la existencia de la declaración anterior con un testigo de refutación. El testimonio de refutación es el de quien escuchó la declaración anterior y permite persuadir al juzgador de que la declaración anterior fue verdadera. En estos casos, el testigo de refutación es interrogado para cubrir cinco aspectos básicos⁶⁷:

1. Que se hizo una declaración.
2. Dónde fue hecha la declaración.
3. Cuándo se dijo eso.
4. Quién la escuchó.
5. Qué fue lo que se dijo.

De este modo la declaración anterior al juicio es fortalecida y el testimonio contrario del testigo rendido en juicio es desacreditado⁶⁸.

67 Esto es lo que los autores en cita denominan las cinco “Ws” (the five Ws): whether the statement was made; where the statement was made; when it was said; who heard it; and what was said. *Ibid.*

68 Un ejemplo de esta situación, extraído de nuestra práctica forense como litigante, se presentará en el Anexo 1 de esta obra.

Finalmente, Mauet⁶⁹ sostiene que se puede impugnar (en el concontrainterrogatorio) sobre materias colaterales, pues la distinción de materias colaterales y no colaterales no tiene nada que ver con el concontrainterrogatorio sino con el evento en que el testigo no admita la materia impugnada, evento en el que se puede exigir que el concontrainterrogador pruebe la materia impugnada con evidencia extrínseca. La impugnación sobre materia no colateral es importante y si el testigo niega la impugnación esta debe ser probada con evidencia extrínseca; si la impugnación es sobre materia colateral no se considera importante y no puede probarse si el testigo la niega.

De nuevo, la doctrina de *common law* reitera que el carácter colateral o no colateral de la materia a impugnar se establece a partir de su valor probatorio en cuanto a: (i) perjuicios indebidos, (ii) posibilidad de generar confusión, (iii) que resulte indebidamente dilatorio o (iv) el carácter repetitivo de la evidencia.

Y una vez más, se considera que no son materias colaterales y, en consecuencia, se permite la presentación de evidencia extrínseca:

- a. Cuando el testigo no admite el interés, perjuicio o parcialidad.

- b. Cuando el testigo no admite las sentencias condenatorias proferidas en su contra previamente por delitos que impliquen deshonestidad.

Los actos previos de deshonestidad se consideran materias colaterales, por lo que si el testigo no los admite se prohíbe su prueba con evidencia extrínseca.

En el caso de las declaraciones previas inconsistentes y los hechos contradictorios con la declaración se analiza caso por caso si se trata de materia no colateral o colateral, y dependiendo de ello se admite o no evidencia extrínseca (respectivamente) para desvirtuar la negativa del testigo.

2.2. La prueba de refutación en Chile

El art. 366 del Código de Procedimiento Penal chileno dispone lo siguiente:

“Artículo 336.- Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de

nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”.

La doctrina de ese país ha desarrollado los conceptos de *prueba nueva* y *prueba sobre prueba*, así:

“El artículo 336 CPP regula dos supuestos de prueba no ofrecida oportunamente, esto es, en la etapa de preparación del juicio oral, pero cuya rendición en el juicio oral puede, no obstante, llevarse a cabo.

El inciso primero del precepto legal recién citado contiene el supuesto de prueba cuyo conocimiento se hubiere obtenido con posterioridad a la oportunidad para ofrecerla, y tal circunstancia se justifique por la parte que desea rendirla. El tribunal ordenará la recepción de la nueva prueba siempre que sea a petición de alguna de las partes. Se dejó constancia en los antecedentes de la tramitación parlamentaria del Proyecto, que el propósito de esta norma fue minimizar las posibilidades de que un imputado se quedase sin prueba por una defensa negligente, “aunque para mantener el principio de igualdad ante la ley” se hizo extensiva a las demás partes. Además, se promo-

vió una utilización restrictiva de esta norma, “debiendo probar el interesado que no tuvo conocimiento de su existencia” sino hasta ese momento⁷⁰.

El segundo inciso del art. 336 CPP se refiere al supuesto que con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, y no se hubiere ofrecido prueba oportunamente para acreditar dichos extremos. Se añade que el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer estos puntos, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad por la parte interesada en rendirla. Esta problemática, como se advirtió oportunamente⁷¹, es especialmente relevante en el ámbito de la prueba documental, ámbito en el que suelen presentarse objeciones respecto a su autenticidad o integridad, o respecto a la veracidad de su contenido⁷². Sin embargo, no podrá hacerse uso de esta facultad si quien la alega pudo prever la necesidad de rendir prueba sobre alguna de las circunstancias que señala la norma. De

70 [Cita en el texto original] PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 335.

71 [Cita en el texto original] Vid. Supra 3.4.2.3.1.

72 [Cita en el texto original] No es casual que se ocupe una terminología conocida en el ámbito civil. Cfr. arts. 341 y ss. CPC.

allí que quien pretenda introducir como prueba documental de cargo una carta manuscrita supuestamente confeccionada por el imputado y que contiene declaraciones que lo incriminan, debería contar con la negativa de este a su reconocimiento y ofrecer la correspondiente pericia caligráfica. Distinto sería el caso si se impugnara la veracidad del contenido de un documento público recién en el juicio oral por quien emitió las declaraciones que en él se contienen, sin que nunca antes se hubiera puesto en tela de juicio tal veracidad.

La norma es amplia y se refiere a cualquier medio de prueba. Es perfectamente posible que se pueda alegar falta de autenticidad o de integridad, o ausencia de veracidad de las declaraciones, datos, información, mensajes, imágenes, u otro tipo de contenido ideológico recogido en películas cinematográficas, videograbaciones, fotografías, fonografías, versiones taquigráficas, software y, en general, cualquier sistema de reproducción de la imagen o del sonido. Sin embargo, ello no es tan evidente en el caso de los medios de prueba personales, como testigos y peritos, cuando se trata de la falta de veracidad de sus declaraciones.

En efecto, la forma habitual de dejar en claro la inconsistencia o las contradicciones en sus declaraciones será atacando su credibilidad en el conainterrogatorio, por ejemplo, a través de la lectura de declaraciones anteriores, esto es, por la vía que franquea el artículo 332 CPP*. Además, en las personas puede presentarse una situación especial: en tanto la percepción sensorial tiene límites diferentes en los distintos sujetos, es posible que el testigo se represente como veraz la declaración que emite aunque los hechos no hayan sucedido como él los percibió e incurra en contradicciones evidentes. Algo similar podría ocurrir con un perito que no dominara correctamente las reglas de la ciencia o arte sobre la cual se ha solicitado su opinión experta o equivocase los hechos sobre los cuales aplicó sus conocimientos. Por tanto, y en nuestra opinión, la falta de veracidad que permitiría el recurso a esta norma debe recaer sobre hechos concretos fácilmente verificables, no sobre percepcio-

* [Nota fuera del texto original] "Artículo 332.- Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral. Solo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes. Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado."

nes u opiniones. El expediente que concede el inciso 2º. del artículo 336 CPP solo podría utilizarse en la hipótesis excepcional que el testigo o perito mienta sobre algún hecho o antecedente determinado y no controvertido con anterioridad, cuya falsedad fuera fácilmente demostrable a través de otro medio de prueba. Así, por ejemplo, un testigo que negase haber estado fuera de Chile en la época en que ocurrieron los hechos, y cuya estancia en el extranjero pudiera acreditarse con un oficio de Policía Internacional. En todo caso, siempre debe justificarse por el solicitante de prueba nueva que no fue posible prever su necesidad en la oportunidad que la ley señala para su ofrecimiento”⁷³.

Por lo expuesto, la norma chilena que autoriza la “*prueba nueva*” es sumamente amplia; en Colombia no existe norma que habilite esa facultad, y para proteger el derecho del acusado a una adecuada defensa existe la posibilidad de solicitar la nulidad de la actuación por falta de defensa técnica a fin de que se retrotraiga el proceso a la fase pertinente

73 Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 325-327.

para solicitar las pruebas de defensa que fueron omitidas por el anterior representante legal del acusado.

De otro lado, la “prueba sobre prueba” se corresponde con el concepto de prueba de refutación en sentido estricto, cuyas características, acertadamente reguladas, son:

- a. No se exige que esa prueba haya sido ofrecida oportunamente, en la fase intermedia del juicio que es la oportunidad ordinaria para solicitar prueba, sino en la propia audiencia de juicio oral.
- b. Su pertinencia surge con ocasión de la rendición de otra prueba previamente practicada en juicio.
- c. Su finalidad es controvertir o esclarecer esa prueba ya practicada, exclusivamente con relación a su (i) veracidad, (ii) autenticidad o (iii) integridad.
- d. El solicitante siempre debe demostrar que no fue posible prever la necesidad de la prueba ofrecida.

2.3. La prueba de refutación en México

En México, antes de la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, cada uno de los estados que integran el sistema federal expedieron un Código de Procedimiento Penal. Dichos códigos regulaban la figura de la “*prueba superveniente*”, asemejada a la prueba de refutación.

A continuación, presentamos algunas de las regulaciones de los Códigos Estatales sobre la materia:

C. P. P. ESTADO DE DURANGO	C. P. P. ESTADO DE BAJA CALIFORNIA	C. P. P. ESTADO DE ZACATECAS
<p>Artículo 390.- Prueba superveniente</p> <p>El tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes, cuando estas justifiquen no haber sabido de su existencia.</p> <p>Si con ocasión de la rendición de una prueba surja una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad.</p> <p>En ambos casos, el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate y el juez deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de la prueba superveniente, para preparar los contrainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superveniente.</p>	<p>Artículo 368.- Prueba superveniente</p> <p>El tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes, cuando justifique no haber sabido de su existencia.</p> <p>Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.</p> <p>En ambos casos, el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate y el juez deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de la prueba superveniente, para preparar los contrainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superveniente.</p>	<p>Artículo 406.- El Tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes, cuando justifique no haber sabido de su existencia.</p> <p>Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.</p> <p>En ambos casos, el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate y el Tribunal deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de la prueba superveniente, para preparar los contra-interrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superveniente.</p>

C. P. P. ESTADO DE NUEVO LEÓN	C. P. P. ESTADO DE MORELOS	C. P. P. ESTADO DE MEXICO
<p>Artículo 590.- Cuando alguna de las partes, tenga conocimiento de una prueba superveniente respecto de la cual hubiere desconocido su existencia, deberá ofrecerla antes de que se declare el asunto visto y el juez tomando en cuenta la opinión de la otra parte, resolverá lo conducente, siempre salvaguardando la oportunidad de la parte o partes no oferentes de la prueba para preparar los contrainterrogatorios de testigos y peritos en su caso y para, en su oportunidad, ofrecer la práctica de diversas diligencias en el sentido de controvertir la ordenada.</p>	<p>Artículo 368. Prueba superveniente y de refutación</p> <p>El tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes cuando justifique no haber sabido de su existencia.</p> <p>Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.</p> <p>En ambos casos el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate, se concederá un plazo razonable para preparar el medio de prueba y el juez deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de la prueba superveniente o de refutación para preparar los contra interrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superveniente o de refutación.</p>	<p>Artículo 378. Prueba superveniente</p> <p>Las pruebas supervenientes deberán ofrecerse y desahogarse hasta antes del cierre de debate y para ser admitidas, deberán ser de fecha posterior al ofrecimiento de pruebas en la etapa intermedia o bien, manifestarse bajo protesta de decir verdad, que se tuvo conocimiento de su existencia después de aquella.</p> <p>Si con motivo de su desahogo surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.</p>



Tabla 1. Regulaciones sobre la prueba
superveniente o de refutación en algunos
Códigos de Procedimiento Penal mexicanos

Como puede verse, estas regulaciones son en esencia muy similares, cuando no copia textual, de la consagración chilena de la “prueba nueva” y la “prueba sobre prueba”.

La doctrina demuestra que la regulación de la prueba de refutación en los nuevos códigos penales acusatorios en México es deficiente, lo cual impacta negativamente al principio de contradicción del sistema acusatorio⁷⁴, por cuanto:

“[...] los códigos reformados han mal regulado la prueba de refutación, caracterizándola en algunos casos como una prueba superveniente, y en otros como una prueba nueva que busca controvertir la identidad, autenticidad y veracidad de distinto medio de prueba. Sin embargo, la anterior es del todo deficiente, pues la prueba no es superveniente, ni tampoco es la única que busca controvertir la identidad, autenticidad y veracidad de distinto medio de prueba.

(...)

Vista la manera en que los códigos procesales han pretendido regular la figura de la prueba

74 Licona Vázquez, Renné Christian. La deficiente regulación de la prueba de refutación en los nuevos procedimientos penales acusatorios en México, ya citada.

de refutación resulta que la misma no es suficiente para tener por respetado el principio de contradicción del sistema penal acusatorio. Lo anterior es así pues la falta de regulación legal deja a las partes contendientes en un estado de incertidumbre jurídica que incide directamente en la obligación del Ministerio Público de presentar una debida acusación y en el derecho de su contraparte de levantar una debida defensa. No es posible presentar una debida acusación ni levantar una debida defensa si las partes carecen del medio procesal idóneo, perfectamente regulado en la ley, que les permita, cuando sea necesario, controvertir con prueba directa, el testimonio de un testigo contrario siempre que se cumplan los requisitos de procedencia perfectamente regulados en la ley. La ausencia de regulación pormenorizada de la prueba de refutación puede conducir a las partes a la muy indebida conclusión de que aquel testigo contrario ofrecido en la Etapa Intermedia que tenga la última palabra en la Audiencia del Juicio Oral es infalible.

(...)

Así pues, la prueba de refutación debe ser regulada con mucha más especialidad y claridad, de tal suerte que la misma no se vuelva letra

muerta, pero tampoco se convierta en instrumento que permita a las partes construir una cadena sin fin en que la credibilidad de todo testimonio sea refutada con otro testigo, quien a su vez podrá ser controvertido por la contraparte y así alternada y sucesivamente”⁷⁵.

El autor en cita diferencia la prueba de refutación de la prueba que los códigos mexicanos denominan de “superviviente”, así:

“La prueba de refutación no es ni debe confundirse con la prueba superveniente, pues la prueba de refutación no es una prueba cuya existencia se desconocía sino hasta la Audiencia del Juicio Oral. Tampoco es una prueba cuya existencia se reveló durante la declaración de un testigo contrario. En el mejor de los casos es una prueba cuya necesidad de ser desahogada se reveló de manera subsecuente a la Etapa Intermedia durante la Audiencia del Juicio Oral.

Sin embargo, y para fin de distinguirla perfectamente de la prueba superveniente, debemos apuntar que la prueba de refutación es aquella

75 *Ibid.*, pp. 11, 29-30.

prueba cuya imperante necesidad de ser desahogada en la Audiencia de Juicio Oral se hace evidente hasta el momento del desahogo de las pruebas de la contraparte”⁷⁶.

Recientemente se expidió en México un Código Nacional de Procedimientos Penales a fin de unificar la regulación de la materia para toda la nación. Dicho estatuto reguló la prueba de refutación de manera muy semejante a como se consagra en los códigos de procedimientos penales de los Estados, siguiendo una vez más el enfoque chileno:

“Artículo 390. Medios de prueba nueva y de refutación

El Tribunal de enjuiciamiento podrá ordenar la recepción de medios de prueba nueva, ya sea sobre hechos supervenientes o de los que no fueron ofrecidos oportunamente por alguna de las partes, siempre que se justifique no haber conocido previamente de su existencia.

Si con ocasión de la rendición de un medio de prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal de enjuiciamiento

podrá admitir y desahogar nuevos medios de prueba, aunque ellos no hubieren sido ofrecidos oportunamente, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

El medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate, para lo que el Tribunal de enjuiciamiento deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de los medios de prueba supervenientes o de refutación, para preparar los conainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversos medios de prueba, encaminados a controvertirlos”.

Prueba nueva, prueba sobre prueba, prueba de refutación, prueba sobreviniente y prueba superveniente son conceptos que se relacionan íntimamente y, a veces, según el ordenamiento jurídico de que se trate, se toman por equivalentes. Esta perspectiva de derecho comparado aporta elementos para pensar la relación que existe entre prueba de refutación y prueba sobreviniente, a fin de determinar si, como se sostiene en obra, la prueba de refutación es una manifestación especial de la prueba sobreviniente.

3. Antecedentes de la Prueba de Refutación en la Tradición Jurídica Colombiana

Antes de la expedición de la Ley 906 de 2004 nunca se había aludido a la prueba de refutación en nuestros códigos de procedimiento. A pesar de ello, la figura no es absolutamente extraña a nuestra tradición jurídica, si atendemos a su contenido material, como prueba que se solicita en el curso del juicio.

En efecto, puede apreciarse cierta peculiar similitud entre la prueba de refutación de los sistemas acusatorios y la conocida en nuestra tradición jurídica como *prueba derivada o sobreviviente en la audiencia de juzgamiento*, prevista en ordenamientos procesales derogados de corte mixto con tendencia inquisitiva. Este análisis comparativo histórico tiene el propósito de explorar ciertas facetas de la tradición procesal penal

colombiana para tratar de comprender más a fondo una figura que resulta, a primera vista, extraña a nuestras tradiciones procesales.

Antes de la expedición del Código de Procedimiento Penal de 1991⁷⁷, no se consagró expresamente la facultad de las partes para solicitar pruebas sobrevivientes en la audiencia de juzgamiento. Sin embargo, existía la posibilidad de que en dicha audiencia se decretaran y practicaran pruebas no conocidas antes, cuya existencia o importancia se hacía evidente en ese momento, *por decisión oficiosa del juez para el mejor esclarecimiento de los hechos*. Así, por ejemplo, el art. 512 del Código de Procedimiento Penal de 1971⁷⁸ disponía sobre la Dirección de la Audiencia que en el curso de la misma el juez tenía “amplias facultades” para

“practicar las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos y para aceptar o rechazar, según su conducencia, las peticiones o interpelaciones propuestas por las partes”.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal de 1987⁷⁹, de forma más escueta, pero con el mismo alcance práctico, al regular el *Decreto y Práctica de las Pruebas*, señalaba en el art. 492 que “De oficio, el juez podrá decretar las pruebas que considere necesarias”.

Es con la aparición del Código de Procedimiento Penal de 1991 que surgió propiamente la figura de la *prueba sobreviviente o derivada*, independientemente de la facultad que aún conservaba el juez para decretar pruebas de oficio. Este Código contenía una novedosa regla que le permitía expresamente a las partes solicitar pruebas, después de iniciada la audiencia pública de juzgamiento y hasta antes de su finalización, siempre y cuando surgieran de las practicadas en dicho acto y sirvieran al esclarecimiento de los hechos. La norma pertinente señalaba:

“ARTÍCULO 448. PRUEBAS. Las pruebas decretadas conforme lo previsto en el artículo anterior, se practicarán en la audiencia pública, excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, las cuales se practicarán en el término que fije el juez, el cual no podrá exceder de quince días hábiles.

79 Decreto 050 de 1987.

Si de las pruebas practicadas en las oportunidades indicadas en el inciso anterior, surgieren otras necesarias para el esclarecimiento de los hechos deberán ser solicitadas y practicadas antes de que finalice la audiencia pública.

De oficio, el juez podrá decretar las pruebas que considere necesarias”. (Resaltado propio.)

A partir de esta norma, por ejemplo, cuando en el juicio declaraba A, que fue oportunamente solicitado como prueba antes del juicio, y mencionaba que un hecho relevante para resolver el caso le constaba a B, las partes podían solicitar al juez que convocara al testigo B como prueba derivada, aun cuando no fue decretado en la oportunidad legal previa al juicio. De acuerdo con la regulación legal, las notas definitivas de la *prueba derivada, sobreviviente o sobreviniente* eran las siguientes:

- Eran pruebas que excepcionalmente se podían solicitar por fuera de la oportunidad legal prevista antes de la audiencia pública de juzgamiento⁸⁰.

80 En el procedimiento penal regulado por el Decreto 2700 de 1991, ejecutoriada la resolución de acusación adquirían competencia los jueces encargados del juzgamiento, el fiscal adquiría la calidad de sujeto procesal y perdía la dirección de la investigación; a partir de allí el expediente quedaba “a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes” (Arts. 444 a 446 del Decreto 2700 de 1991).

- La oportunidad para solicitar estas pruebas iniciaba desde el momento en que se instalaba la audiencia pública de juzgamiento y hasta el momento en que finalizara la misma⁸¹.
- La primera condición de admisibilidad de la prueba sobreviniente se refiere al origen o fuente de la prueba: debía surgir u originarse en la prueba practicada en la audiencia de juzgamiento. Significa ello que estas pruebas derivadas no necesariamente eran conocidas al momento de elevarse las solicitudes probatorias antes del juicio⁸².
- La segunda condición de admisibilidad de la prueba sobreviniente se refería a su finalidad: debía ser *necesaria para el esclarecimiento de los hechos*. No bastaba, entonces, con que la prueba sobreviniente surgiera de otra decretada y practicada en audiencia, se exigía una especial importancia probatoria o capacidad demostrativa frente a los hechos juzgados.

81 Conviene aclarar que todo juicio, sea cual fuere el sistema de que se trate, tiene dos fases: la probatoria y la de alegaciones. La prueba solo puede solicitarse y practicarse antes de cerrarse la fase probatoria del juicio, pues de lo contrario se sorprendería a la parte que ya ha presentado o está presentando sus alegaciones solo con base en la prueba efectivamente practicada hasta ese momento.

82 Al referirse a este tipo de prueba la jurisprudencia nacional explicó que "... la prueba sobreviniente, como la misma expresión lo señala, es aquella que se deriva de otra, cuya viabilidad y conocimiento emerge de la práctica de otra, cuya existencia no era conocida o de la cual no resultaba posible establecer su conduencia, procedencia o necesidad" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de agosto de 2004, Rad. 22692, M.P. Herman Galán Castellanos).

El Código de Procedimiento Penal del 2000⁸³ no consagró la facultad de solicitar pruebas sobrevinientes o derivadas durante el juicio ordinario, aun cuando reguló la materia en el trámite de los *Juicios Especiales ante el Congreso*⁸⁴; a pesar de ello, la jurisprudencia continuó permitiendo que se practicaran de oficio pruebas sobrevinientes en el juicio ordinario, a instancias del juez y para lograr el esclarecimiento de los hechos. Al respecto dijo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Respecto a la posibilidad de solicitar pruebas que se deriven de las practicadas en la etapa del juicio, es decir, sobrevinientes, la nueva normatividad procesal [Se refiere a la ley 600 de 2000], de aplicación inmediata, dado su carácter instrumental, no reprodujo el inciso 2° del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal de 1991, que establecía: “*Si de las pruebas practicadas en las oportunidades indicadas en el inciso anterior, surgieren otras necesarias para el esclarecimiento de los hechos*”

83 Ley 600 de 2000.

84 Título III, especialmente en cuanto a la Actuación ante el Senado (Capítulo II): “Artículo 457. Práctica de pruebas en audiencia. Si de las pruebas practicadas surgieren otras necesarias para el esclarecimiento de los hechos, mientras se celebra la audiencia pública, el Senado o la Comisión podrá ordenar la práctica de las pruebas que considere conducentes y decretará las que las partes soliciten, antes de llevar a cabo la sesión privada del Senado”.

deberán ser solicitadas y practicadas antes de que finalice la audiencia pública” y agregaba “De oficio el juez podrá decretar las que considere necesarias”.

Sobre el particular, solo se encuentra la mención que hace el art. 401 *ibíd.*, respecto a la posibilidad que tiene el juez de decretar pruebas de oficio, así como la facultad que le concede el legislador en el art. 409 de la citada codificación al indicar que

“Corresponde al juez la dirección de la audiencia pública. En ella tendrá amplias facultades para tomar las determinaciones que estime necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos...”

De las anteriores revisiones se colige que la invocada jurisprudencia de la Corte no puede ser aplicada al caso que se analiza por haberse desarrollado el juicio bajo unas nuevas disposiciones legales de aplicación inmediata, lo cual obliga a analizar el punto dentro de ese contexto, del que se deduce que una vez agotadas las oportunidades que tienen los sujetos procesales para solicitar pruebas (a

las que se hizo mención) el juez como director de la audiencia pública puede ordenar su práctica en cuanto sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, (art. 409 Código de Procedimiento Penal) es decir, que la facultad dispositiva que se le concede debe ser ejercida con ese propósito, a la cual indudablemente puede acudir, aun a instancia de los sujetos procesales, hasta antes de que conceda el uso de la palabra a estos para que inicien las intervenciones finales, como quiera que el juez también está sometido al debido proceso, esto es, al cumplimiento de las previsiones legales de las que se deriva que terminado el período probatorio se dará inicio a las intervenciones de los sujetos procesales (art. 407 *Ibíd.*).

Por consiguiente, el juez podrá decretar pruebas de oficio en la audiencia de juzgamiento respecto de las que se puedan derivar de las practicadas en la audiencia, ordenadas en virtud del art. 400 del C.P.P., o en razón del traslado subsiguiente a la variación de la calificación jurídica efectuada por el fiscal a iniciativa propia o por sugerencia del juez (art. 404.1) y finalmente, cuando concluido este período pro-

batorio, estime que hay prueba sobreviviente, necesaria para el esclarecimiento de los hechos objeto de juzgamiento (art. 409 ya citado)⁸⁵.

De lo hasta aquí expuesto se concluye que existe alguna similitud o semejanza entre la *prueba de refutación*, tal y como se consagra en los sistemas de corte acusatorio, y la que en nuestra tradición jurídico-penal se ha denominado *prueba derivada*, la cual se manifestaba en la audiencia de juzgamiento. No quiere decir esto que se trata de la misma figura ni que deban equipararse sin más.

En efecto, (i) al igual que la prueba de refutación, la prueba derivada se peticionaba por fuera de la oportunidad regular para solicitar pruebas antes del juicio; (ii) estas pruebas derivadas, como las de refutación, se podían solicitar en el curso de la audiencia de juzgamiento y hasta antes de que finalizara el acto; (iii) tanto la prueba de refutación como la derivada surgen necesarias por su relación con otras pruebas practicadas, no se trata entonces de una oportunidad adicional para solicitar las pruebas que no se solicitaron en la oportunidad establecida legalmente para ello; (iv) tal y como ocurría con la prueba derivada, lo usual es que las pruebas

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de agosto de 2004, Rad. 22692, M. P. Herman Galán Castellanos.

de refutación no sean conocidas antes del juicio, es por eso que la necesidad de su solicitud y práctica se hacen evidentes en el curso de la audiencia de juzgamiento, no antes.

Sin embargo, hay una diferencia importante entre ambas figuras: mientras el factor relevante para determinar el decreto de la prueba derivada es el “esclarecimiento de los hechos”, en la prueba de refutación lo es la finalidad de refutar, contradecir o explicar evidencia presentada por el adversario. Así las cosas, la prueba derivada tiene un horizonte más amplio porque el esclarecimiento de los hechos no solo se logra a través de la refutación. Esta diferencia es perfectamente explicable si tenemos en cuenta que la prueba derivada surgió en un esquema de proceso penal mixto con tendencia inquisitiva, mientras que la prueba de refutación es característica de los sistemas procesales acusatorios.

Este recorrido por la tradición jurídica colombiana en materia de prueba de refutación no puede pasar por alto el aporte de Romero Soto y Romero Álvarez, quienes, de manera esclarecedora e insular, siguiendo sin duda orientaciones norteamericanas – pero sin señalar referentes bibliográficos–, explican lo siguiente sobre la *prohibición de aducción de pruebas inconducentes o materias colaterales*:

“El planteamiento central en cualquier caso criminal es si el acusado es o no culpable del delito que se le imputa. Este planteamiento central tiene ramificaciones para el interrogatorio y para quien interroga. En donde quiera o cuando quiera que se interroge a un testigo se debe siempre distinguir entre interrogatorio referido a lo que es materia de la investigación propiamente del caso y las materias a este colaterales. La razón de esta investigación es significativa. Si quien interroga recibe una respuesta adversa del testigo de la contraparte con respecto a un tema juzgado material para el punto o planteamiento principal, no existe límite alguno a las respuestas del testigo, pero pueden introducirse pruebas extrínsecas (por ejemplo, pruebas introducidas a través de terceros) para refutarla. Si quien interroga recibe una respuesta adversa de un testigo de la contraparte sobre un tema juzgado colateral al planteamiento central, se encuentra limitado por la respuesta del testigo y no puede introducir pruebas extrañas para refutarla.

Esta decisión tiene un efecto de largo alcance en los procesos penales, por cuanto el interrogatorio frecuentemente se centra sobre la

credibilidad que merece el testigo de la contraparte. La decisión es que las materias que hacen referencia a la credibilidad del testigo de la contraparte son colaterales y quien interroga está, en consecuencia, limitado por esa respuesta. Frecuentes excepciones a esta regla son los ataques al testigo de la contraparte en las siguientes áreas:

- * Distorsiones.
- * Prejuicios.
- * Interés.
- * Intoxicación alcohólica en el momento de la percepción que es objeto de la discusión.
- * Intoxicación por drogas en el momento de la percepción discutida.
- * Otras alteraciones mentales padecidas en el momento de la percepción discutida.

En tanto todos esos ataques tienen que ver con la credibilidad del testigo de la contraparte, son juzgados materiales por cuanto que las distorsiones, los prejuicios o interés de testigo llevan directamente a la propensión de este a

la veracidad y las alteraciones mentales y físicas del testigo (bien por el alcohol o por intoxicación con drogas) inciden directamente sobre su habilidad para haber propiamente observado aquello que pretende haber percibido. Y como todas y cada una de las alteraciones inciden de manera directa o inmediata sobre la exactitud del directo testimonio del declarante, son generalmente consideradas ser materiales y no colaterales. De la misma manera, pruebas de anteriores convicciones certificadas por un juez son permitidas en la mayoría de las jurisdicciones para refutar a un testigo de la contraparte al negar que fue convicto de un delito.

Otras dentro de esas limitadas instancias, sin embargo, atacan la credibilidad del testigo, como la prueba de vicios o actos inmorales ejecutados anteriormente, son juzgados ser colaterales y quien interroga debe darse cuenta que él está limitado por las respuestas del testigo en el interrogatorio, sin cuidarse el que esa respuesta sea una admisión o una negación. Esto no quiere decir que por quien interroga se deban aceptar las respuestas del testigo e inmediatamente pasar a otro punto.

Para estar seguro, quien interroga, puede permanecer en el punto original y continuar para lograr que el testigo lo admita. Una vez terminado el interrogatorio por el jurado se apreciará la prueba con respecto a aquellas cuestiones colaterales o planteamientos del género que allí hubieren surgido.

La razón de esta regla o decisión se funda en principios de economía procesal. Por cuanto el planteamiento central gira sobre la consideración si el procesado es o no culpable del delito que se le imputa, por el juez se escuchará o tendrá en cuenta toda evidencia de importancia que parte de los testigos que para ello fueren necesarios para decidir. Pero si a las cuestiones colaterales surgidas se hace referencia, el número de testigos al respecto sería innumerable porque habrían de ser todos admitidos a deponer al respecto y así las cosas por el jurado se perdería de vista la finalidad propuesta.

Desde el punto de vista de quien interroga, el significado de la regla es que cuando se planea un ataque al testigo debe conocer o tener conocimiento de cuál de esos ataques tiene el ca-

rácter de colaterales o referido a esas materias. Si se ataca un vicio anterior o un acto inmoral del testigo, que es una materia colateral, debe conocerse el peligro que está en ello presente en virtud de la inhabilidad para probar dicho acto si el testigo plantea una negativa al respecto”⁸⁶.

Y agregan:

“Si por quien se interroga se decida a hacerlo sobre materias colaterales, y si razonablemente anticipa una negación de parte del testigo, estará preparado para adelantar el interrogatorio, desde otros puntos una vez la negación fuere hecha y en una posición ventajosa. Existen varios caminos en los cuales quien interroga puede en forma legítima presionar sobre un testigo de la contraparte con el propósito de hacerlo admitir puntos colaterales en el interrogatorio. Los más efectivos al respecto son:

* Haciendo la cita de informaciones específicas al testigo insistiendo

⁸⁶ Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío. *Técnica jurídica de investigación penal e interrogatorio*, 3ª. ed., actualizada, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003, pp. 542-544.

ahincadamente al respecto en un esfuerzo para conseguir que el testigo cambie su respuesta.

- * Mostrar o enseñar al testigo un documento o cualquier objeto que tenga el carácter de prueba fehaciente que lleve al testigo a cambiar su respuesta⁸⁷.

4. Consagración de la Prueba de Refutación en la Ley 906 de 2004

La única norma del Código de Procedimiento Penal colombiano que se refiere expresamente a la “prueba de refutación” es el art. 362 de la Ley 906 de 2004:

“Artículo 362. *Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba.* El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía” (Resaltado propio).

Del art. 362 se desprenden *prima facie* dos conclusiones básicas:

- (i) Que existe una institución en nuestra legislación procesal penal denominada *prueba de refutación*. Ello significa que esta figura tiene una identidad, un cierto modo de operar y un papel en la dinámica del sistema acusatorio, correspondiendo al operador jurídico desentrañar su sentido y aplicarla.
- (ii) Que existe un derecho en cabeza de la defensa y de la Fiscalía a presentar pruebas de refutación. De ahí que se sostenga que del art. 362 del C.P.P. se desprende la existencia de un *derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación*, como una de las manifestaciones del derecho de contradicción, que a su vez es uno de los principios de la prueba en el procedimiento penal colombiano⁸⁸.

Esto último significa, a contrario sensu, que ni el juez, ni el Ministerio Público, ni el apoderado de las víctimas pueden ofrecer pruebas de refutación. Se trata de una facultad exclusivamente asignada a la Fiscalía y a la defensa, lo cual desarrolla los principios de imparcialidad e igualdad de armas.

88 En este sentido el Modulo IV para defensores públicos, *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Bogotá, USAID-Defensoría del Pueblo de Colombia, p. 14, en <http://www.fiu.edu.co/fiu/dp/cdinteractivo/Manuales%20y%20Formatos/Modulo%20de%20Pruebas.pdf>

El Proyecto de Ley 126 de 2013, de la Cámara de Representantes, por el cual se modifica la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal, en su art. 70, pretendía modificar el 362 del C.P.P. en punto a facultar a la víctima para presentar pruebas de refutación. Este Proyecto de Ley nunca prosperó, pero actualmente se debate otra iniciativa con idéntica pretensión de reforma⁸⁹.

Sería del todo desafortunado que esta iniciativa se convirtiera en Ley; permitir que la víctima presente prueba de refutación en el juicio oral es introducir una modificación a los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio por alteración sustancial de la igualdad de armas. La defensa, en ese evento, estaría afectada a un segundo acusador o contradictor que podría confrontar sus pruebas mediante otras de recusación, en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso.

Si la representación de víctimas tiene conocimiento de alguna prueba de refutación por solicitar en el curso del juicio debe hacérselo saber a la Fiscalía,

89 Proyecto de Ley 021 de 2015, Cámara, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones. "Artículo 131. Modifíquese el artículo 362 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

"Artículo 362. *Decisión sobre el orden de la presentación de la prueba.* Las partes decidirán autónomamente respecto del orden en que presentarán su prueba en el juicio. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa, luego las de la víctima y la Fiscalía".

quien está en la obligación de escucharla para que, de considerarlo pertinente y útil, la solicite como propia.

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que se justifica la limitación de los derechos de la víctima cuando estos se ejercen en la etapa del juicio oral, así:

“7.4.6. En relación con la expresión “*las partes*”, empleada en el artículo 378, el artículo 391 y la expresión “*la parte que no está interrogando o el Ministerio Público*”, utilizada en el artículo 395 de la Ley 906 de 2004, es necesario por las mismas razones invocadas anteriormente efectuar una integración con el correspondiente artículo, visto globalmente⁹⁰. Sobre tales disposiciones, la Corte observa que:

(i) excluyen a la víctima de los actores procesales que pueden controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral;

90 [Cita en el texto original] Corte Constitucional, sentencia C-320 de 1997, MP. Alejandro Martínez Caballero. En este evento la integración de unidad normativa se hace bajo la primera hipótesis planteada en dicha sentencia, esto es, porque lo demandado no tiene un sentido claro o unívoco que sea posible entenderlo o aplicarlo sin integrar su contenido normativo con el resto del artículo.

(ii) *sin embargo, dado que la posibilidad de ejercer estas facultades ocurre en la etapa del juicio oral, sí existe una razón objetiva que justifica la limitación de los derechos de la víctima, como quiera que su participación directa en el juicio oral implica una modificación de los rasgos estructurales del sistema penal acusatorio que comporta una alteración sustancial de la igualdad de armas y convierte a la víctima en un segundo acusador o contradictor en desmedro de la dimensión adversarial de dicho proceso;*

(iii) *por ello, esta omisión no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, sino que busca evitar que la defensa quede en una situación de desventaja en el juicio oral dados sus rasgos esenciales definidos por el propio constituyente; y*

(iv) *tampoco supone un incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, como quiera que la posibilidad de que la víctima (o su apoderado) intervenga para controvertir los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se planteen en el juicio oral, se ejercerá a través del fiscal con base en la actividad propia y en la*

de las víctimas en las etapas previas del proceso, según los derechos que le han sido reconocidos en esta sentencia y en la ley. En efecto, a lo largo del proceso penal, en las etapas previas, la víctima ha podido participar como interviniente especial en la construcción del caso para defender sus derechos, de tal forma que en el juicio mismo estos se proyectarán mediante la actividad fiscal.

No obstante, la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos en la etapa del juicio sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propio caso al margen del fiscal. El conducto para culminar en esta etapa final del proceso el ejercicio de sus derechos es el fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Así, por ejemplo, este podrá aportar a la Fiscalía observaciones para facilitar la contradicción de los elementos probatorios, antes y durante el juicio oral, pero solo el fiscal tendrá voz en la audiencia en aquellos aspectos regulados por las normas acusadas. En el evento de que la víctima y su abogado estén en desacuerdo con la sentencia podrán ejercer el derecho de impugnarla, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 906 de 2004⁹¹.

Cabe destacar que en el art. 362 el legislador alude a la *prueba de refutación* solo para referirse al “orden de la presentación de la prueba”. Así las cosas, aun cuando el juez tiene discrecionalidad para decidir en qué orden se ofrece la prueba, “en todo caso” debe respetar la regla general conforme a la cual la de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, lo cual aparece ratificado por el art. 390 de la Ley 906 de 2004, sobre examen de los testigos, donde se señala que “primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa”. La excepción a la regla general es justamente la *prueba de refutación*, evento en el cual primero se ofrece y practica la de la defensa y luego la de la Fiscalía.

Ahora bien: el inciso final del art. 344 de la Ley 906 de 2004 dispone:

“Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.

Es usual que los códigos de procedimiento de una u otra forma consagren una regla de este estilo, a manera de válvula de escape aplicable a situaciones probatorias imprevistas ocurridas en el curso del juicio.

La regla del art. 344 consagra lo que podríamos denominar un *incidente de admisibilidad excepcional de evidencia muy significativa encontrada durante el juicio*. Esta institución tiene grandes semejanzas con la denominada por nuestra tradición jurídica *prueba derivada en la audiencia de juzgamiento*, ya analizada.

De acuerdo con la jurisprudencia⁹², esta norma “*propende por la búsqueda de la verdad de lo ocurrido condicionado, desde luego, al respeto de los derechos del acusado*” y regula la última etapa del proceso de descubrimiento probatorio, pues es claro que en nuestro sistema acusatorio “*no existe un único momento para realizar en forma correcta el descubrimiento*”.

Señala la Corte en el precedente citado que el descubrimiento probatorio ocurre en diversos momentos: (i) con el escrito de acusación⁹³; (ii) en la audiencia de formulación de acusación⁹⁴; (iii) en la audiencia

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 12 de mayo de 2008, Rad. 28847.

93 Art. 337 Ley 906 de 2004.

94 Art. 344 Ley 906 de 2004.

preparatoria⁹⁵; y, por último, (iv) en la oportunidad regulada en el inciso final del art. 344. 117

Sobre esta norma la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“Existe, sin embargo, la posibilidad de que ya en el juicio oral alguna de las partes intervinientes solicite la práctica de una prueba, la cual podrá ser decretada por el juez, si se reúnen las condiciones exigidas en el inciso final del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que ese medio de prueba solicitado se hubiere encontrado durante el desarrollo del juicio, que sea muy significativo por su incidencia en el juzgamiento y que, por ende, deba ser descubierto.

En tal evento, dice la norma, ‘oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio’, el juez decidirá si excepcionalmente la prueba encontrada y solicitada es admisible o si debe excluirse.

Un caso de esta naturaleza podría presentarse cuando de una prueba practicada en el juicio surja la necesidad de practicar otra; o cuando en desarrollo del juzgamiento alguna de las partes ‘encuentre’ o se entere sobre

95 Art. 356.2 Ley 906 de 2004.

la existencia de un medio de conocimiento que antes ignoraba, por alguna razón lógica y atendible.

No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubiesen enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello, por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe⁹⁶.

Dos son las hipótesis básicas en que se admite, durante el juicio oral, la práctica de un medio de conocimiento que no fue descubierto ni solicitado como prueba en la audiencia preparatoria: (i) cuando se desconocía su existencia con anterioridad; y (ii) cuando a pesar de conocerse antes del juicio *no resultaba evidente y obvia su solicitud*⁹⁷, pero en ambos casos el decreto de la prueba se condiciona a que la omisión de descubrimiento no sea imputable a quien la solicita.

Las características del incidente previsto en el inciso final del art. 344 son las siguientes:

96 Sentencia del 30 de marzo de 2006, Rad. 24468.

97 Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha admitido el testimonio de la víctima después de iniciado el juicio oral, a pesar de que no fue solicitado en la audiencia preparatoria, porque para ese momento el declarante se encontraba en imposibilidad física y mental para testificar, pero cuando se inició el juicio recuperó sus facultades orgánicas y psíquicas al punto de ponerse en condiciones de testificar. En este caso la Corte concluyó que el Tribunal incurrió en yerro al excluir el testimonio de la víctima argumentando su aducción ilegal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo del 2009, Rad. 30645).

1° Solo las partes pueden proponerlo, esto es: la Fiscalía y la defensa; no puede hacerlo el apoderado de las víctimas⁹⁸ y mucho menos el juez de oficio⁹⁹, pues ello generaría una evidente desigualdad de armas en el curso del juicio.

Igual situación cabría deducir respecto del Ministerio Público, quien no puede solicitar pruebas en el curso del juicio al amparo del inciso final del art. 344 de la Ley 906 de 2004.

En efecto, el Título IV de la Ley 906 de 2004, sobre “partes e intervinientes”, se refiere a la Fiscalía General de la Nación (Capítulo I), a la defensa (Capítulo II), al imputado (Capítulo III) y a las víctimas (Capítulo IV); el Ministerio Público es regulado en un apartado independiente (Título III), de donde puede deducirse que no es una “parte” del proceso. De ahí que el legislador en eventos concretos se refiere por separado a las “partes” y al “Ministerio Público”¹⁰⁰.

98 Ya que la Sentencia C-209 de 2007 le restringe a las víctimas la facultad probatoria en el juicio oral, la cual deberá ejercerse por conducto de la Fiscalía. *La ratio decidendi* de esta sentencia, que prohíbe al apoderado de las víctimas interrogar o contrainterrogar testigos y objetar preguntas debe extenderse a la facultad (también probatoria) de solicitar prueba de refutación.

99 Mediante Sentencia C-396 del 2007 la Corte Constitucional declaró exequible el art. 361 de la Ley 906 de 2004, conforme al cual “*En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio*”.

100 Así, el art. 47 sobre *Solicitud de cambio*: “Antes de iniciarse la audiencia del juicio oral, las partes, el Ministerio Público o el Gobierno Nacional, oralmente o por escrito, podrán solicitar el cambio de radicación ante el juez que esté conociendo del proceso, quien informará al superior competente para decidir”.

Si bien el art. 111 numeral 1 literal g) de la Ley 906 de 2004 faculta al Ministerio Público para *participar en las audiencias cuando lo considere necesario*, lo cierto es que debe hacerlo “conforme a lo previsto en este código”. Y dentro de las funciones del Ministerio Público se reguló expresamente en el art. 112 la facultad de solicitar pruebas en dos supuestos especiales¹⁰¹ sin que el legislador haya aludido, pudiendo haberlo hecho, al supuesto del art. 344 inciso final; de ahí que la facultad probatoria del Ministerio Público en el juicio oral se restrinja a la audiencia preparatoria, y siendo una competencia excepcional¹⁰² es por definición de interpretación restrictiva.

Además, la facultad probatoria del Ministerio Público después de iniciado el juicio oral se limita a la posibilidad de formular a los testigos “preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso”¹⁰³, lo que significa que una vez agotados los interrogatorios de las partes, el Ministerio Público (al igual que el juez) solo puede formular

101 Señalando que “podrá solicitar pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el artículo 284 del presente código. Asimismo, podrá solicitar pruebas en el evento contemplado en el último inciso del artículo 357 de este código”.

102 Art. 357 inciso final: “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

103 Art. 397 Ley 906 de 2004.

preguntas orientadas a *perfeccionar o complementar el núcleo fáctico introducido por aquellas a través de los respectivos interrogantes formulados al testigo*, es decir, que si las partes no construyen esa base y el Ministerio Público o el juez la observan deficiente, pueden completar, pero *no les corresponde a su libre arbitrio y sin restricciones confeccionar su propio caudal fáctico*.

Todo lo expuesto es aún más claro tratándose de la prueba de refutación, que se encuentra comprometida con una determinada teoría del caso que se pretende probar, por lo que su aducción no es simplemente complementaria a la labor de las partes y sabido es que

“el esquema acusatorio demanda un enfrentamiento, en igualdad de condiciones y de armas, entre las partes, expresado en afirmaciones y refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos, desarrollado ante un tercero que decide objetiva e imparcialmente la controversia”¹⁰⁴.

104 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero del 2009, Rad. 29415. Las expresiones en itálica son tomadas de esta sentencia, relativa a la facultad del juez para formular preguntas complementarias al testigo, pero cuya *ratio decidendi* extendemos por analogía al caso de la facultad del Ministerio Público de formular preguntas complementarias al testigo, ya que se trata de la misma norma y potestad.

- 2º El incidente del inciso final del art. 344 se puede proponer durante la fase probatoria de la audiencia de juicio oral, esto es: desde la instalación de la misma y hasta que termine su período probatorio. La oportunidad probatoria precluye cuando se inicia la fase de alegaciones del juicio oral, por sustracción de materia¹⁰⁵.
- 3º Lo que activa el derecho a proponer el incidente es que se trate de evidencia *encontrada durante el juicio*. En principio, se entiende que una parte desiste deliberadamente de la evidencia *encontrada antes del juicio* cuando no la descubre y/o solicita en forma oportuna. Excepcionalmente, tal y como ya fue expuesto, la jurisprudencia admite que puede presentarse evidencia conocida antes del juicio, pero *cuya solicitud no resultaba evidente y obvia* en ese momento.
- 4º No puede tratarse de cualquier evidencia, necesariamente debe ser *muy significativa*. La ley no define en qué debe consistir esta calidad de la evidencia, que es condición de su admisibilidad tardía en juicio. Se trata de un concepto jurídico indeterminado.

105 Es la doctrina de la Corte Suprema desde la vigencia del Decreto 2700 de 1991, Auto del 27 de julio de 1999, Rads. 9274 y 9562. M.P. Gustavo Gómez Velásquez: "...la oportunidad probatoria precluye para todos los sujetos procesales, sin excepción, una vez se inician sus intervenciones, donde cada uno concreta sus pretensiones..."

nado cuya concreción queda librada a la sana discreción del juez a partir de las reglas sobre pertinencia y admisibilidad, así como del análisis de la totalidad de las circunstancias¹⁰⁶. Podría pensarse que la evidencia es *muy significativa* cuando permite probar o desvirtuar una de las teorías del caso en disputa, pero a ello hay que aclarar que este incidente no es una oportunidad adicional para solicitar las pruebas que se omitieron en la audiencia preparatoria; si es ese el caso el juez debe excluir dicha evidencia.

5° La evidencia encontrada durante el juicio es de aquella que “debería ser descubiert[a]” antes del juicio, de haberse encontrado; justamente por su carácter muy significativo el legislador asume que las partes la habrían descubierto y solicitado como prueba antes del juicio.

A esta altura cabe preguntarse para los efectos de esta investigación: ¿Qué relación existe entre la prueba de refutación y esta hipótesis de evidencia excepcionalmente admisible durante el juicio? ¿Existe conexión hermenéutica entre los arts. 362 y 344 *in fine*? ¿Acaso la prueba de refutación se puede ofrecer a través de

106 En especial, “el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio” y si su descubrimiento se omitió “por causas no imputables a la parte afectada” (art. 346 Ley 906 de 2004).

este incidente como *evidencia muy significativa* encontrada durante el juicio?

La respuesta a estas preguntas debe ser afirmativa.

La doctrina procesal dominicana, de la mano de la legislación allí vigente¹⁰⁷, se inclina por la respuesta afirmativa al definir la prueba de refutación como un supuesto probatorio de *entrada tardía*, exponiendo:

“Supongamos que mientras se celebra una vista pública en donde se juzga a una persona de homicidio culposo hay en el público una persona que al oír el testimonio del testigo del fiscal, se percata que él estuvo presente en esos hechos que dan lugar a la acción penal. Nota además que el testigo del fiscal está tergiversando los hechos y narrándolos de una manera muy distinta a como realmente ocurrieron. La persona se le acerca al abogado defensor y le indica que eso que está declarando el testigo no ocurrió de esa forma y le dice que él está dispuesto a declararlo en la vista pública bajo juramento. ¿Puede el abogado defensor solicitarle al juez que le permita presentar a este testigo para refutar lo dicho por el testigo presentado por el fiscal?

107 Art. 330 del C. de P. Penal de República Dominicana, Ley 76 de 2002: “Nuevas pruebas. El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieren esclarecimiento.”

Muchos jueces ante reformas penales similares han interpretado que no pueden admitir a ese testigo, puesto que para que procediera su admisión se hubiese tenido que, en la etapa de instrucción, incluir su nombre en la lista de testigos que la defensa se proponía utilizar en la vista pública. A esa altura del proceso es tardía la solicitud. ¿Cómo puede el abogado defensor saber en la etapa de instrucción cuáles testigos necesita para refutar a los testigos del fiscal, si no es hasta el juicio que los escucha por primera vez decir todo aquello que saben en relación con los hechos del caso, puesto que en las etapas anteriores los testigos no declaran? ¿Cómo es posible que ese abogado defensor hubiese podido anunciar el nombre de ese testigo en la etapa de instrucción si desconocía su existencia?

En un caso como el anterior se le estaría privando al acusado de presentar prueba en apoyo de su defensa por un tecnicismo jurídicamente contradictorio. El propio sistema se estaría privando de la oportunidad de llegar lo más cerca posible a la “verdad real” y descubrir aquel que acude a sus salas de justicia a prestar falso testimonio bajo juramento.

En el sistema acusatorio adversarial esto es lo que se conoce como la prueba de refutación (*rebuttal*). Es aquella prueba que presenta una de las partes para refutar y contradecir

la prueba presentada por la parte adversa. Es decir, en un proceso penal, luego que declaran los testigos del fiscal, le toca el turno a la representación legal del acusado para presentar su prueba originalmente planificada y toda aquella prueba disponible para refutar la prueba presentada por el fiscal. De igual forma, una vez que la defensa ha presentado su prueba original y la de refutación, le toca un segundo turno al fiscal para presentar, de tenerla disponible, aquella prueba de refutación de la prueba presentada por la defensa. En este segundo turno el fiscal solo puede traer prueba de refutación. Estaría impedido de presentar aquella prueba que pudo haber presentado en su primer turno. Así se continúa hasta que ya no exista más prueba de refutación disponible para ninguna de las partes”¹⁰⁸.

El caso hipotético traído a colación por la doctrina comparada encontraría solución exacta en nuestra legislación a partir del *incidente de admisibilidad excepcional de evidencia muy significativa encontrada durante el*

108 Escuela Nacional de la Judicatura. *Derecho procesal penal*, República Dominicana, 2007, p. 259, resalta-
do propio. En el mismo sentido, Quiñones Vargas, Héctor. *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal
salvadoreño*, Proyecto para el apoyo del sistema de justicia, República de El Salvador, 2003, p. 48, en
<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/slv-tecnicas-oralidad.pdf>

juicio consagrado en el art. 344 *in fine* de la Ley 906 de 2004. 127

A continuación, se analizan comparativamente la prueba de refutación y el incidente de admisibilidad excepcional de evidencia muy significativa encontrada durante el juicio:

1° En ambas figuras la evidencia no necesariamente se encuentra durante el juicio. Algunas veces se conoce la existencia de la prueba antes del juicio, pero la necesidad de su utilización surge evidente durante el juicio con ocasión de la presentación de la prueba de la contraparte. De ahí que, como ya se advirtió, la Corte Suprema de Justicia permite que la prueba excepcional del inciso final del art. 344 pueda conocerse antes del juicio, a condición de que no resulte evidente y obvia su solicitud.

Un ejemplo aclara el punto: cuando la defensa prepara su caso *antes del juicio encuentra* que existe una sentencia ejecutoriada por el delito de falsedad en contra del testigo de cargo de la Fiscalía. En el juicio declara el testigo de cargo y al ser contrainterrogado niega tener algún antecedente, por lo que la defensa ofrece la sentencia como prueba de refutación. El antecedente penal no fue encontrado *durante el*

juicio; lo que surgió durante este fue la necesidad de refutar una negativa del testigo mediante evidencia extrínseca.

2º En cuanto a la prueba de refutación, la evidencia solo tiene *finalidad de refutación*, mientras que la evidencia del inciso final del art. 344 no está limitada a este fin, basta con que sea “muy significativa”, incluyendo en dicho concepto la finalidad de *esclarecimiento de los hechos* que es más amplia que la de refutación. Así las cosas, la norma citada comprende la prueba de refutación, pero no se agota en ella.

En este punto surge necesario reflexionar detenidamente sobre prueba de refutación y descubrimiento probatorio:

¿Tienen las partes obligación de descubrir su prueba de refutación en la audiencia preparatoria? ¿Debe solicitarse la prueba de refutación en la audiencia preparatoria para que sea practicada en el juicio?

La doctrina nacional ha respondido de manera diversa a estos interrogantes. Así, Sandra Jeannette Castro Ospina responde afirmativamente a estas preguntas, cuando sostiene:

“No deben confundirse las pruebas de refutación con las impugnaciones. Las pruebas de refutación deben ser anunciadas en la audiencia preparatoria, según se infiere de lo previsto en el artículo 362 del C.P.P., pues se altera el orden de presentación de la prueba. Las pruebas de refutación son medios probatorios que se presentan para desacreditar los allegados por la Fiscalía. Ejemplo: Si el testigo Y de la Fiscalía dice haber visto al acusado en compañía de X el día de los hechos, puede llevarse como testigo de refutación a X quien podrá demostrar que estaba fuera del país ese día. No es estratégico manifestar en la audiencia preparatoria qué dirá el testigo X, basta con decir que X es testigo de refutación de Y”¹⁰⁹.

Contrario a lo expuesto, José Leibniz Ledesma Romero expone:

“El fiscal empieza probando su teoría del caso por medio de sus testigos, a quienes hace el interrogatorio y, una vez culminado, la defensa hace el contrainterrogatorio, y es en este momento cuando se puede ofrecer prueba de

109 *Descubrimiento de pruebas*, resaltado propio, en http://www.defensoria.org.co/pdf/publica/apelaciones/descubrimiento_de_pruebas.pdf

refutación, prueba que no ha sido descubierta, ofrecida o decretada como prueba, pero cuyo uso se permite porque tiene que ver con credibilidad.

(...)

Si el documento, la información legalmente obtenida o los elementos materiales probatorios se quieren utilizar como prueba de refutación, no es necesario que se descubran y se pidan en las audiencias previas al juicio, ya que habría una desigualdad de armas entre Fiscalía y defensa, en la medida en que la defensa tiene derecho al descubrimiento de prueba en la audiencia de formulación de acusación, momento en el cual empezaría su labor de indagar por las probanzas que utilizará para dar al traste con la credibilidad de los testigos de la Fiscalía y que va a solicitar en la audiencia preparatoria, oportunidad que no tendría el ente investigador, porque apenas en la audiencia preparatoria conoce el descubrimiento de prueba de cargo de la defensa.

(...)

La defensa, que tiene primero conocimiento del descubrimiento de prueba del adversario,

puede pedir prueba de refutación en la audiencia preparatoria, pero el no hacerlo no la excluye de la posibilidad de hacerlo en juicio...¹¹⁰

Ambas opiniones son acertadas si se tiene en cuenta que asumen la noción de prueba de refutación en distinto sentido. La prueba de refutación en *sentido genérico* debe descubrirse y solicitarse como prueba en la audiencia preparatoria, pues hace parte de la prueba del caso de la parte. En este evento se anticipa la evidencia del adversario y se solicitan pruebas para refutarla.

En cambio, no hay obligación de descubrir antes del juicio la prueba de refutación en el *sentido estricto del término*, o sea la auténtica prueba de refutación, en cuanto que surge una evidencia durante el juicio para contradecir o explicar la evidencia nueva no previsible aportada por el adversario.

Es en esta última eventualidad que la prueba de refutación surge como una de las notables excepciones que consagran los sistemas acusatorios al deber de descubrimiento probatorio antes del juicio. Esto por cuanto se trata de evidencia que no hace parte de la presentación del caso de la parte. Su finalidad de re-

110 Defensoría del Pueblo. *Impugnación de credibilidad de testigos*, Bogotá, Imprenta Nacional, pp. 29, 30 y 31. (Resaltado propio.)

futación surge necesaria ante la nueva evidencia presentada por la contraparte en juicio y, por lo mismo, no es anticipable en la audiencia preparatoria. En la audiencia precitada aún no ha surgido la condición primera de admisibilidad de la prueba de refutación que se solicita en el curso del juicio al amparo del art. 344 *in fine*: la práctica de la prueba por refutar.

Finalmente, la prueba de refutación podrá surgir con ocasión de la solicitud, decreto y práctica de la evidencia excepcionalmente admisible de que trata el inciso final del 344, precisamente para refutarla, pues quizá ningún otro caso ilustra más gráficamente la aparición de una nueva evidencia en el juicio frente a la cual la contraparte tiene derecho de contradicción, no solo mediante conainterrogatorio sino, sobre todo, mediante la posibilidad de presentar otra evidencia, que sería en estricto sentido de refutación¹¹¹.

Así, en el ejemplo citado por la doctrina dominicana, en el cual una persona que escucha el juicio se percató de que presenció el caso que relata falsamente

111 En este sentido resulta acertada la observación de Ledesma Romero, cuando afirma: “La defensa, que tiene primero conocimiento del descubrimiento de prueba del adversario, puede pedir prueba de refutación en la audiencia preparatoria, pero el no hacerlo no la excluye de la posibilidad de hacerlo en juicio, y sobre todo, cuando el juez ha decretado alguna prueba sobreviniente a instancia de la Fiscalía o Ministerio Público, pues en ese momento se activa su derecho de contradicción, siendo una de sus manifestaciones la de impugnar la credibilidad del testigo que lesiona su teoría del caso” (Defensoría del Pueblo. *Impugnación de credibilidad de testigos*, Bogotá, Imprenta Nacional, pp. 31. [Resaltado propio.]). Sin embargo, por las razones expuestas antes, no consideramos que sea ajustado a derecho que el Ministerio Público pueda proponer el incidente de admisibilidad excepcional de evidencia muy significativa encontrada durante el juicio.

otro testigo, declarando finalmente a instancias de la defensa, el fiscal podrá convocar como prueba de refutación (o de contra-refutación, si aquella era de refutación) los tiquetes aéreos que demuestran que este “testigo de última hora” en realidad estaba en otra ciudad para el momento en que dice haber estado percibiendo el hecho.

Por último, la prueba de refutación puede consistir en cualquiera de los medios de prueba legalmente permitidos. La ley consagra como principio la *libertad probatoria*, pero los requerimientos del sistema acusatorio indican que toda información ingresa válidamente al juicio oral a través de testigos, y la prueba de refutación no es la excepción. Cabe aclarar que los testigos que declaran en el juicio pueden llegar a ser nuevamente convocados, una vez declaren para aclarar o adicionar su testimonio con fines de refutación respecto de lo declarado por otro testigo¹¹².

Ahora, cabe preguntarse cuál es la oportunidad para ofrecer y practicar la prueba de refutación en la Ley 906 de 2004.

La prueba de refutación debe ofrecerse y practicarse en la audiencia de juicio oral, antes de que culmine

112 Parágrafo del art. 393 de la Ley 906 de 2004: “El testigo deberá permanecer a disposición del juez durante el término que este determine, el cual no podrá exceder la duración de la práctica de las pruebas, quien podrá ser requerido por las partes para una aclaración o adición de su testimonio, de acuerdo con las reglas anteriores”.

la fase probatoria del juicio. Thomas Mauet explica que aun cuando es posible que la evidencia que pudo haberse presentado como parte del caso principal pueda ser admisible como prueba de refutación, las cortes difieren en la manera de enfrentar esta problemática, por lo que la aproximación más segura es usar la prueba de refutación solo para controvertir nueva evidencia afirmativa sustancial (substantial new affirmative evidence) presentada por el adversario¹¹³.

Y advierte el autor en cita sobre los peligros de no descubrir oportunamente pruebas que sirven para probar las pretensiones del caso con la esperanza de presentarlas después como pruebas de refutación:

“Nunca oculte evidencia de la presentación principal de su caso solamente porque tendrá la oportunidad de presentarla como evidencia de refutación. Es peligroso atrincherarse. Su oponente puede terminar la presentación del caso antes de lo esperado, o puede presentar solo un caso limitado e impedirle la presentación de la evidencia de refutación. Como cuestión de persuasión, esa evidencia se presenta más efectivamente cuando hace parte de la

presentación del caso principal para corroborar otra evidencia lo que hará parecer su caso invencible antes de que su oponente tenga oportunidad de responder.

Cuando la corte conceda una oportunidad legítima de presentar evidencia de refutación, asegúrese de que el testigo sea sólido y de que el testimonio sea esencialmente para confrontar. Convocar testigos de refutación poco sólidos o presentar testimonio que apenas es escasamente confrontativo solo ayuda a fortalecer el caso de su adversario y le sugiere al jurado que su caso no es tan sólido como debería ser. La prueba de refutación es apenas una oportunidad para sugerir un punto débil en el caso del oponente. Utilícela cuando pueda ser empleada con decisión, o no la use para nada”¹¹⁴.

Un ejemplo puede ilustrar estos peligros: la Fiscalía puede probar uno de los elementos del delito mediante prueba de su caso en cuanto tal, pero omite hacerlo para presentar la evidencia como prueba de refutación cuando el acusado declare. Si el acusado decide guardar silencio la Fiscalía no podrá presentar la evidencia.

114 Ob. cit., pp. 20-21.

¿Cuándo deben las partes presentar su prueba de refutación? ¿Antes o después de presentar la prueba de su caso? Un ejemplo ilustra la situación. El fiscal presenta su caso. Dentro de sus testigos esta A, quien declara información perjudicial para la contraparte que no era previsible por ella antes del juicio. La parte afectada con el testimonio de A tiene evidencia para refutar esa información. ¿Cuándo debe el defensor presentar esa evidencia de refutación? Hay varias posibles respuestas a esta pregunta: (i) Cuando conainterrogue a A; y (ii) Cuando el fiscal termine de presentar su caso y comience el turno de la defensa. En este último evento cabe preguntarse si debería hacerlo cuando comience la presentación de su caso, al finalizar o en cualquier momento a discreción de la parte interesada.

Igualmente, cuando la Fiscalía se propone presentar prueba de refutación, cabe preguntarse si debe hacerlo a medida que la defensa presente su prueba o cuando esta termine de hacerlo.

En cuanto al momento de presentar prueba de refutación el Código de Procedimiento solo expresa en el art. 362 que primero *debe* ingresar la prueba de refutación de la defensa y luego la de la Fiscalía.

Obviamente, la prueba de refutación se ofrece después de practicada la prueba por refutar. Esta premi-

sa indiscutible es pasada por alto en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando advierte:

“Y en su tarea por dejar alineados todos los detalles relacionados con el éxito del proceso de conocimiento a surtirse en el juicio, el juez debe señalar el orden en que habrá de practicarse la prueba decretada, atendiendo especialmente la precisión hecha por el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, que advierte:

“El juez decidirá el orden en que debe presentarse la prueba. En todo caso, la prueba de la Fiscalía tendrá lugar antes que la de la defensa, sin perjuicio de la presentación de las respectivas pruebas de refutación en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía”.

“Así, la prueba de la defensa dirigida a impugnar la credibilidad de algún testigo de la Fiscalía, en tanto de refutación, deberá practicarse, en todo caso, antes de la prueba que con ella se pretende cuestionar”¹¹⁵.

115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia 36562 del 13 de junio del 2012, M.P. Bustos Ramírez.

Como ya lo manifestamos en otra oportunidad¹¹⁶, esta última argumentación de la jurisprudencia implica que se genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto debatido en un juicio. Además, confunde inadecuadamente la impugnación de credibilidad (que se ejecuta con evidencia intrínseca al proceso, previamente descubierta y anunciada en audiencia preparatoria) con la prueba de refutación (que en su manifestación más pura implica evidencia extrínseca, no conocida ni descubierta hasta ese momento). Lo que la norma dice es que primero debe practicarse la prueba de refutación de la defensa, en cuanto al turno de presentación de la prueba, no en cuanto a que se practique la prueba de refutación antes que la prueba por refutar. Sería ilógico y anti-pedagógico, de cara al juez que presencia el debate probatorio, que la prueba de refutación se presente antes que la prueba por refutar, pues aquella tiene un sentido accesorio a esta, que es lo principal.

En materia del orden de presentación de la prueba de refutación la norma es imperativa, lo que significa que la discreción del juez para decidir al respecto no puede desconocer esta voluntad expresa del legislador.

Si se tiene en cuenta que la prueba del caso de la Fiscalía siempre precede a la de la defensa, se concluye que el orden en que se puede presentar la prueba de refutación admite dos posibles modalidades, al amparo del art. 362:

La modalidad consecutiva:

CASO FISCALÍA → CASO DEFENSA → REFUTACIÓN DEFENSA → REFUTACIÓN FISCALÍA

O la modalidad intercalada:

CASO FISCALÍA → REFUTACIÓN DEFENSA → CASO DEFENSA → REFUTACIÓN FISCALÍA

A la modalidad intercalada alude el *Manual de procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano*, cuando señala:

“Decidido lo anterior, el juez determina el orden de la presentación de la prueba en el juicio oral, teniendo en cuenta el siguiente orden: Primero la de la Fiscalía y después la de la defensa, sin perjuicio de intercalar las pruebas de refutación de la defensa y la acusación, en su orden. Después las que excepcionalmente haya solicitado el Ministerio Público.

(...)

Los testigos son interrogados individualmente, uno después de otro, según el orden establecido por la parte que los haya solicitado, salvo que se trate de prueba de refutación, en cuyo caso podrá el juez decidir el orden de la presentación, a efecto de escuchar de manera sucesiva al testigo de cargo y enseguida al de refutación¹¹⁷.

Bajo la modalidad intercalada es posible alterar el orden legal de presentación de las pruebas, conforme al cual primero presenta su caso la Fiscalía y luego la defensa. En efecto, supongamos que en la audiencia preparatoria la Fiscalía solicita los testigos A, B y C. La defensa, al amparo de una *estrategia de refutación*, solicita los testigos D, E y F “para refutar” los hechos que establecerán los testigos A, B y C, respectivamente.

Si se entiende que en este caso las pruebas de la defensa son de *refutación* entonces podrá ocurrir, conforme al art. 362 y bajo la modalidad del *ofrecimiento intercalado*, que cuando la Fiscalía presente al testigo A y este sea excusado¹¹⁸ la defensa podrá solicitar se

117 Fiscalía General de la Nación. 2005. ISBN 958-97542-5-2, 2005, pp. 147 y 155, resaltado propio, en <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/ManualProcedimientoFiscalia.pdf>

118 En el lenguaje acusatorio un testigo es *excusado* cuando cumple con el deber de declarar para el cual fue convocado por una de las partes.

escuche inmediatamente a D como testigo de refutación; cuando B termine de declarar se pedirá haga lo propio E en el acto, “para refutarlo”; y cuando testifique C podrá rendir testimonio F, siempre como testigo de refutación.

Una vez la Fiscalía termine de presentar su caso (los testigos A, B y C) la defensa, quien deberá proceder a presentar el suyo, no podrá hacerlo por sustracción de materia, pues ya lo hizo mediante los testigos D, E y F que, como eran “de refutación”, declararon antes que los testigos de la Fiscalía; en este juicio hipotético restará solo que la Fiscalía presente sus testigos de refutación, si los tiene.

Ambas modalidades de presentación de la prueba de refutación, consecutiva e intercalada, son permitidas por cuanto lo que la ley exige es que “serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la Fiscalía”, condición que se cumple a cabalidad en ambas hipótesis.

Quizá sea más persuasivo y efectivo presentar la prueba de refutación en la modalidad intercalada, pues de esa manera se permite al juez apreciar nítidamente y de manera inmediata el contraste entre el testigo a refutar y la prueba de refutación sobre el específico punto a contradecir o explicar. En este sentido la doctrina explica:

“El juez, en la audiencia del juicio oral, decretará la prueba de refutación ofrecida por las partes en la medida en que sea pertinente y admisible, para impugnar la credibilidad de los testigos y se practicará primero la de la defensa y luego la de la Fiscalía, ya que, al estar un testigo declarando, quiere el juez conocer en un mismo momento aquellas situaciones que pueden afectar la credibilidad de quien bajo la gravedad del juramento colabora con la construcción de la verdad, anhelada por la justicia”¹¹⁹.

En el *common law* lo habitual es que la prueba de refutación se presente de manera sucesiva, no intercalada. Se considera que la parte que está presentando su caso tiene un derecho a no ser interrumpida por la contraparte mediante el ofrecimiento de pruebas de refutación durante la práctica de sus pruebas. La legislación colombiana no adopta expresamente este enfoque, por lo que dentro de la previsión del art. 362 caben ambas modalidades de presentación: intercalada y sucesiva.

Ocampo Ortiz señala lo siguiente sobre la oportunidad para solicitar la prueba de refutación en el juicio oral:

“Es precisamente en el momento del juicio oral, cuando se está practicando una prueba, o a más tardar una vez finaliza la práctica de esa prueba, que se debe solicitar la prueba de refutación contra la prueba que acaba de realizarse. Dicha prueba refutada, puede ser de la Fiscalía o de la defensa, y, ya sea de una u otra parte, allí es cuando se origina el derecho de la prueba de refutación y será entonces necesario que se solicite inmediatamente al juez de conocimiento, ya que en un tiempo posterior, o en la práctica de la siguiente prueba, resultará definitivamente extemporánea”¹²⁰.

No consideramos que la prueba de refutación tenga que solicitarse inmediatamente finalice la práctica de la prueba a refutar y, que de no hacerse así, sería extemporánea.

La prueba de refutación solo será extemporánea cuando se solicite después de concluida la fase probatoria del juicio. Como la defensa presenta primero su prueba de refutación que la Fiscalía, puede hacerlo en su turno de presentación de su caso, una vez presentadas todas las pruebas ofrecidas por la Fiscalía en la audiencia preparatoria; cuando la defensa

120 Ocampo Ortiz, Carlos Hernán. “Características de la prueba de refutación en el sistema penal acusatorio constitucional”, en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (Coord.) *Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio*, Bogotá, Defensoría del Pueblo de Colombia (en prensa).

termina de presentar su caso (y sus pruebas de refutación) le corresponde el turno de estas a la Fiscalía.

Cuando se practica la prueba a refutar es apenas natural que en algunos casos la parte contraria deba hacer verificaciones e investigaciones en orden a corroborar si lo acabado de declarar por el testigo es conforme con la realidad; por eso, sería irrazonable exigir, so pena de extemporaneidad, que la prueba de refutación se tenga que solicitar inmediatamente termine de practicarse la prueba refutada¹²¹.

Ciertamente el derecho a la refutación surge una vez se practica la prueba refutada, pero las partes tiene libertad para ofrecer la prueba de refutación en oportunidad posterior a la práctica de la prueba refutada, mientras se respete la oportunidad mencionada por el art. 361 del C.P.P.

121 De ahí que el autor en cita admita que “Pero también puede suceder que no sea posible la práctica de la prueba de refutación inmediatamente, ya sea por dificultades en la citación inmediata del testigo o no se tiene el documento al alcance o inclusive porque no existe y se necesita obtener a través de una prueba pericial, por ejemplo, lo que exigiría un tiempo razonable. En este caso pensamos que el juez deberá otorgar un plazo prudente para conseguir la prueba, pero no deberá suspender el juicio, con el fin de realizar los principios de economía procesal, eficiencia y un proceso sin dilaciones” (Ibid.).

5. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sobre la Prueba de Refutación

5.1. En la providencia del 20 de agosto del 2014¹²², Rad. 43749, M.P. Eugenio Fernández Carlier, el problema jurídico a resolver consistió en determinar si la decisión que negaba, en primera instancia, una prueba de refutación en el curso del juicio oral admitía o no el recurso de apelación.

La Corte respondió negativamente, indicando que la solicitud de la evidencia de refutación se resuelve siempre de plano, mediante providencia que no admite recursos, por lo que la Corte Suprema de Jus-

122 Para el análisis de este precedente se sigue lo expuesto en Decastro González, Alejandro. "La prueba testimonial en el sistema penal acusatorio colombiano: 10 años de balances y perspectivas", en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (Coord.) *Balace crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio*, Bogotá, Defensoría del Pueblo de Colombia (en prensa).

ticia se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto contra una decisión que negó prueba de refutación solicitada en el curso de un juicio oral.

No compartimos este criterio. Deben permitirse los recursos de ley contra la providencia que niegue la prueba de refutación; de ese modo se garantiza la doble instancia y se crea una protección contra la eventual arbitrariedad judicial en una materia tan sensible como lo es el *derecho a la prueba*, manifestación directa del debido proceso.

En el precedente en cita la Corte Suprema razona como sigue para negar la procedencia de recursos contra la prueba de refutación:

“**Recursos.** Las razones con base en las cuales la Sala considera que la providencia que resuelve sobre la prueba de refutación no es recurrible, son las siguientes:

La ley 906 de 2004 únicamente enunció la prueba de refutación, en consecuencia su desarrollo integral y sistemático le corresponde asumirlo a la jurisprudencia y más en el campo de los recursos respecto de las decisiones de los jueces (singular o plural) en esa materia.

Dado que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, como ha quedado

explicado en esta providencia, la solicitud de la evidencia primeramente citada se resuelve de plano, mediante providencia que no admite recursos. La misma regla aplica para las pruebas de contra refutación.

El principio de la doble instancia en materia de pruebas de origen legal tiene su regulación en los artículos 20 y 176 de la Ley 906 de 2004, en tanto que ese mismo criterio rector en el orden constitucional se apoya en el artículo 29 de la Carta Política, advirtiéndose en su cotejo diferencias que obligan en el caso concreto del auto que resuelve sobre la prueba de refutación a preferir literalmente la restricción que trae el mandato superior que prevé la apelación para las sentencias, providencia esta que resuelve definitivamente los problemas jurídicos que registre la actuación procesal (sustanciales, de estructura o de garantías).

En apoyo de la restricción a la impugnación de la providencia que decida sobre la prueba de refutación, se suma la necesidad de administrar una justicia pronta, sin dilaciones, en donde las decisiones judiciales materialicen la eficacia de la justicia y den prevalencia al derecho sustancial, propósitos que se verían gravemente comprometidos con trámites que posponen en el tiempo lo que se ha de resolver en la sentencia que ponga fin al proceso.

A juicio de la Sala dados los fines del proceso penal y aplicando a ellos los moduladores de la actividad procesal (artículo 27 ídem) se impone con criterio ponderado evitar los excesos contrarios que resulten en detrimento de la función pública de administrar justicia, como así se evidenciaría con la posibilidad de interponer recursos sobre temas de estricta refutación probatoria y los cuales se controlan por el juez al decidir si decreta o no la prueba, o denegando actuaciones temerarias o dilatorias (artículos 140-2, 141 y 161-3 del C de P.P.) o en la sentencia al apreciar la prueba con los principios de identidad, existencia material o jurídica, sana crítica, legalidad o convicción y al verificar el respeto de las garantías debidas para el tema en examen al acusador, al procesado o al defensor.

El derecho de contradicción de las partes se ejercitaría al presentarse la petición de la prueba de refutación y **argumentarse la necesidad, conducencia, pertenencia o utilidad** y la correspondiente crítica en el traslado de la solicitud a la contraparte.

La doble instancia para las partes estaría materializada con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prue-

ba de refutación y que sean trascendentes en relación con las garantías o derechos fundamentales o la credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión.

Los recursos contra las sentencias realizan plenamente la contradicción y el examen por el superior funcional de la situación que se resuelve en esta providencia, pues no necesariamente en el ordenamiento jurídico todas las decisiones admiten inmediatamente recursos, ejemplo de ello es la que decide o no el decreto de la prueba de refutación, pues tratándose de un aspecto relativo al cuestionamiento de un medio probatorio su incidencia en el proceso se advierte con certeza en el fallo al momento de definir la eficacia de los elementos en los que se ha de soportar la absolución o la condena, de ahí que ese sea el momento procesal idóneo para que las partes censuren o reclamen lo que tenga trascendencia para su teoría del caso”.

El argumento de fondo de la Corte es puramente eficientista y, por lo mismo, inaceptable: se opta por una interpretación literal y restrictiva de la doble instancia para saciar “*la necesidad de administrar una justicia pronta, sin dilaciones*”; ciertamente el sistema acusatorio colombiano está colapsado por diversas causas, y la principal no es el trámite de recursos contra decisiones que niegan pruebas de refutación.

El colapso del sistema acusatorio en cuanto a la manifiesta dilación de los procedimientos tiene raíces muy profundas que no tienen por qué tratar de solucionarse con el recorte de las garantías constitucionales; otros son los medios y remedios que debe poner en marcha el Estado para solucionar la crisis de una justicia que hace mucho dejó de ser “pronta y cumplida”. Este tipo de argumentos conllevan a *la disolución del Estado constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo*¹²³.

Ahora, si de lo que se trata es de aplicar un “criterio ponderado” para “evitar los excesos contrarios que resulten en detrimento de la función pública de administrar justicia”, la solución no es negar de tajo y en todos los casos la posibilidad de recurrir la negativa sobre temas de estricta refutación probatoria. Esta suerte de generalizaciones argumentativas son inconvenientes y conducen a situaciones injustas porque no reparan en las particularidades del caso concreto.

123 La cita es tomada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Cfr. Sentencia T-008 de 1998, M.P. Cifuentes Muñoz. Se trató de un caso en el cual la justicia regional (antes llamada “justicia sin rostro”) tuvo en cuenta, como un indicio, la declaración de un testigo con reserva de identidad, obtenida violando las garantías consagradas en las normas legales que establecen la mencionada figura. El caso llegó a la Corte Constitucional, quien sostuvo que dicha prueba, al haber sido recaudada con violación al debido proceso constitucional, resultaba nula de pleno derecho y, en consecuencia, debió ser excluida del expediente, y agregó: “Proceder de otro modo implicaría el fin de las garantías mínimas del debido proceso, la condena de personas con fundamento en testimonios inexistentes o en pruebas obtenidas mediante torturas o allanamientos arbitrarios y, en suma, la disolución del Estado Constitucional en las tinieblas del más cínico eficientismo”.

Sostiene la Corte que:

*“el derecho de contradicción de las partes se ejercitaría al presentarse la petición de la prueba de refutación y argumentarse la **necesidad, conducencia, pertenencia o utilidad** y la correspondiente crítica en el traslado de la solicitud a la contraparte”.*

Este argumento es equivocado. El derecho de contradicción respecto de la solicitud de prueba de refutación obviamente se satisface cuando la misma se ofrece y argumenta, pero el derecho de contradicción respecto de la decisión sobre la solicitud se refiere a otro escenario porque la decisión es *posterior* a la solicitud; la Corte confunde la solicitud de una prueba con su decisión y entiende que la garantía de contradicción respecto de lo primero cobija a lo segundo, lo cual es un imposible ontológico.

Más traído de los cabellos es el argumento conforme al cual

“La doble instancia para las partes estaría materializada con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prueba de refutación y que sean trascendentes en relación con las garantías o derechos fundamentales o la credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión”.

La práctica de la prueba de refutación tiene sentido *antes* de que se cierre la fase probatoria del juicio oral, no *después* de que se dicte sentencia. ¿Qué efecto útil tiene permitir en la apelación de la sentencia una controversia sobre la decisión errada en un tema de refutación que ya precluyó porque el juicio terminó? ¿Acaso propiciar una nulidad para que el proceso se retrotraiga hasta el momento en que el juez negó la prueba de refutación para que la decrete? Y si así fuese, ¿en qué quedaría entonces aquello de “*evitar los excesos contrarios que resulten en detrimento de la función pública de administrar justicia*”? ¿No es acaso peor el remedio que la enfermedad? La posibilidad de recurrir la decisión sobre temas de refutación debe permitirse en el momento mismo en que se presenta la controversia para que, de haberse equivocado el juez de instancia, se ordene la práctica del medio de refutación y el mismo pueda ser valorado en la sentencia.

Por estas razones, consideramos equivocado el precedente de la Corte Suprema de Justicia que niega el derecho a la doble instancia respecto de la decisión que niega la prueba de refutación en el curso del juicio oral. Varios sectores de la doctrina también han mostrado su desacuerdo contra este precedente judicial.

Así, el profesor Parada Rueda, al referirse a la no procedencia del recurso de apelación contra la deci-

sión que decide la solicitud de prueba de refutación, **153**
sostiene:

“En nuestro sentir, la anterior precisión contraviene lo dispuesto en el artículo 20¹²⁴, y no tiene mayor soporte jurídico que el mero capricho de la alta corporación, cuestión que es a todas luces atentatoria del debido proceso”¹²⁵.

Por su parte, Ocampo Ortiz, advierte lo siguiente:

“La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, señala actualmente que la decisión del juez sobre la negativa o concesión de la prueba de refutación y contra-refutación, no admite recursos (Sentencia Sala de Casación Penal, 2014)¹²⁶ aduciendo en nuestra opinión argumentos de utilidad y de eficientismo jurídico, más que de protección de derechos fundamentales. Pareciera que inclusive la Corte llega al punto de negar para la prueba de refutación,

124 [Cita en el texto original] Ley 906 del 2004, art. 20: *Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación.* (Subrayado propio.)

125 Parada Rueda, Rodrigo Javier, Ob. cit.

126 [Cita en el texto original] “(...) Dado que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, como ha quedado explicado en esta providencia, la solicitud de la evidencia primeramente citada se resuelve de plano, mediante providencia que no admite recursos. La misma regla aplica para las pruebas de contra refutación (...) En apoyo de la restricción a la impugnación de la providencia que decida sobre la prueba de refutación, se suma la necesidad de administrar una justicia pronta, sin dilaciones, en donde las decisiones judiciales materialicen la eficacia de la justicia y den prevalencia al derecho sustancial, propósitos que se verían gravemente comprometidos con trámites que posponen en el tiempo lo que se ha de resolver en la sentencia que ponga fin al proceso. (...)”.

la posibilidad de interponer el recurso de reposición.

Contrario a lo sostenido por la Sala, nosotros pensamos que la prueba de refutación, a pesar de aceptar que tiene unas características muy especiales, sigue siendo una prueba y por lo tanto, conforme al principio de la doble instancia, existe la garantía al derecho de solicitar y controvertir las pruebas en el proceso, así como los autos que determinen la admisibilidad y práctica de las mismas, siendo susceptible de interponer, tanto el recurso de reposición como el recurso de apelación.

Debemos aclarar, que a nuestro juicio sí procede el recurso de apelación, contra la decisión de negar la prueba de refutación, así como también la de negar la prueba de contra-refutación, pero aceptamos que solo proceda el recurso de reposición, frente al auto que sí concede las pruebas respectivas.

Si el argumento es de economía procesal, de eficiencia y eficacia y de un Debido Proceso sin dilaciones injustificadas, pensamos que el recurso de apelación debe concederse en el efecto devolutivo y no suspensivo, con el fin de no afectar la audiencia de juicio oral y permitir que se practiquen las demás pruebas previamente decretadas. Sin embargo consideramos que no será posible que el juez de conocimiento

declare el sentido del fallo en el proceso penal o inclusive declare clausurado el período probatorio con el fin de escuchar los alegatos de conclusión, mientras no se decida el recurso de apelación interpuesto contra el auto que ha negado la práctica de la prueba de refutación o de contra - refutación”¹²⁷.

En el mismo sentido, consideramos que contra la decisión que niega una prueba de refutación deberían proceder los recursos ordinarios en el *efecto devolutivo*¹²⁸, con la finalidad de activar un mecanismo procesal que permita ponderar el derecho de defensa (materializado en la solicitud de prueba de refutación) con los principios de *juicio rápido* y *economía procesal*, que se verían afectados de admitirse la suspensión del juicio cada vez que se solicite una prueba de refutación o contra-refutación. Igualmente, para reforzar la protección de estos últimos principios, a quien solicite una prueba de refutación *ostensiblemente infundada* deberían aplicársele las medidas correccionales de que trata la Ley¹²⁹, pues este comportamiento tiene un alto impacto sobre el rápido adelantamiento del juicio oral y los derechos

127 Ocampo Ortiz, Carlos Hernán. Ob. cit.

128 “... en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación” (art. 177 C.P.P.).

129 El art. 143 de la Ley 906 de 2004 dispone: “*Poderes y medidas correccionales*. El juez, de oficio o a solicitud de parte, podrá tomar las siguientes medidas correccionales: ...”

de las partes, pudiendo adecuarse a la hipótesis de “obstaculización de la audiencia”¹³⁰, “al comportamiento contrario a la eficacia del acto o su correcto desarrollo”¹³¹, equivaldría a solicitar “pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes”¹³², o a un supuesto de “temeridad o mala fe”¹³³.

Estos poderes correccionales, sumados al *efecto devolutivo* con el cual se concederían los recursos, permiten ponderar adecuadamente el derecho de defensa con el principio de economía procesal. Esta regla excepcionaría lo dispuesto de manera general por el art. 177.4 del C.P.P., donde se dispone que “el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral” se concede “En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva”.

La regla general del efecto suspensivo del recurso de apelación se activaría nuevamente en un único caso:

130 *Ibid.*, Numeral 3. “A quien impida u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, le impondrá arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba”.

131 *Ibid.*, numeral 5. “A quien en las audiencias asuma comportamiento contrario a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo, le impondrá como sanción la amonestación, o el desalajo, o la restricción del uso de la palabra, o multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales o arresto hasta por cinco (5) días, según la gravedad y modalidades de la conducta”.

132 *Ibid.*, numeral 6. “A quien solicite pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

133 *Ibid.*, numeral 7. “A quien en el proceso actúe con temeridad o mala fe, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

cuando la práctica de la totalidad de la prueba decretada en audiencia preparatoria haya culminado y solo se esté pendiente de la práctica de la prueba de refutación; en ese evento habrá que esperar hasta que el recurso de apelación sea resuelto para continuar —de confirmarse la negativa a practicar la prueba de refutación— con la fase de alegaciones del juicio¹³⁴. De este modo, modificamos nuestra posición, plasmada en otra oportunidad¹³⁵, conforme a la cual, si la solitud de prueba de refutación fuese manifiestamente inconducente, impertinente o superflua el juez podría rechazarla de plano.

Pero más allá de la regla de decisión a que se contrae este precedente, la Corte sentó en un extenso *dictum* el criterio jurisprudencial vigente sobre la prueba de refutación¹³⁶, cuyas principales características son las siguientes:

- a. La prueba de refutación “resulta ser independiente y diferente a las enunciadas por las partes para llevar al juicio oral en la fase preparatoria del proceso con el fin de sus-

134 Así, Ocampo Ortíz, Carlos Hernán. Ob. cit.: “Lo que sí consideramos, es que no se podrá declarar la terminación del período probatorio, ni escuchar alegatos y mucho menos dictar el sentido del fallo, hasta tanto no se haya practicado la prueba de refutación”.

135 Decastro González, Alejandro. “La prueba testimonial en el sistema penal acusatorio colombiano: 10 años de balances y perspectivas”, en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (Coord.) *Balace crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio*, Bogotá, Defensoría del Pueblo de Colombia (en prensa).

136 Estas razones de la decisión no constituyen precedente vinculante sino auxiliar porque no guardan relación de causa a efecto con el problema jurídico debatido y la resolución del mismo.

tentar sus pretensiones”. Este criterio coincide con lo expuesto en esta obra sobre el concepto de prueba de refutación en sentido estricto, en contraposición a la acepción genérica del término.

- b. La prueba de refutación “tiene por objeto cuestionar un medio refutado, en aspectos relativos a la veracidad, autenticidad o integridad, pero con las connotaciones de ser la primera de las citadas directa, novedosa, trascendente, conocida a través de un medio suministrado por la contraparte en la audiencia pública, para contradecir otra prueba y no el tema principal del litigio penal”.

De este modo se reconocen dos de las características fundamentales de la prueba de refutación: *novedad y trascendencia*.

- c. “El conocimiento del motivo que sustenta la prueba de refutación se genera en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte, pues si el supuesto es conocido o previsible antes de ese instante procesal otro será el medio para que se discuta esa situación en el proceso (interrogatorio, contrainterrogatorio,

prueba sobreviniente, impugnación de credibilidad, testigo hostil, o contradicción a través de otra prueba solicitada en la preparatoria”.

De nuevo se reconoce la *imprevisibilidad* (lo que caracteriza la “novedad”) como definitoria de la prueba de refutación.

- d. “No es la prueba de refutación el mecanismo idóneo para superar las deficiencias u omisiones de las partes en la fase investigativa o para complementar la labor previa a la preparación de la audiencia del juicio oral. Estas últimas se sustentan fundamentalmente en lo conocido o previsible al momento de su solicitud (audiencia preparatoria), en tanto que la prueba de refutación aparece con base en un suceso desconocido hasta el momento en que la prueba de la contraparte lo pone de presente en dicho debate”.

Se reitera el criterio de sorpresa y novedad como definitorio de la prueba de refutación.

- e. Cuentan con legitimación para proponer prueba de refutación “el procesado y desde luego su defensor y el fiscal”. Criterio tam-

bién acertado, pues no pueden proponer la prueba de refutación el Ministerio Público, las víctimas ni mucho menos el juez de oficio.

- f. “En consecuencia, siempre que sea dable anticipar razonablemente la evidencia o la premisa que debe ser cuestionada, es la audiencia preparatoria la oportunidad en la que debe ofrecerse y solicitarse la práctica de la prueba requerida, no siendo tales medios de refutación porque no son datos que aparezcan en el debate probatorio del juicio como consecuencia de la práctica de otra prueba, además no suministran supuestos desconocidos para ese acto procesal y en tales condiciones no tienen el carácter de novedosos”.

El criterio de la *anticipación razonable* define acertadamente las características de novedad e imprevisibilidad como esenciales a la prueba de refutación.

- g. “El ofrecimiento de la prueba de refutación señalada (juicio oral) no requiere protocolos especiales de descubrimiento, debe si solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada y, en todo caso, si es procedente tiene que autorizarse y en lo posible practicarse inmediatamente después

que culmine la introducción del medio a contradecir”.

Se propende, así, por el mecanismo de la *práctica intercalada* de la prueba de refutación.

Los anteriores planteamientos constituyen un importante esfuerzo de regulación jurisprudencial de la prueba de refutación en vista del silencio legislativo existente sobre la materia. En el Anexo 2 de esta obra presentamos una propuesta de reforma al Código de Procedimiento Penal para que la prueba de refutación cuente con una debida reglamentación en el Código de Procedimiento Penal.

5.2. Mediante auto del 25 de junio de 2014, Rad. AP3455-2014 (43303), M. P. Fernando Alberto Castro Caballero, la Corte estudió un caso de *falso positivo*¹³⁷ que involucró prueba de contra-refutación. Los planteamientos allí desarrollados los aplica la Corte tanto a la prueba de refutación como a la de contra-refutación.

Los hechos del caso informan qué persona fue encontrada muerta en un terreno rural ubicado al lado de un cultivo de tomates; en el proceso penal por el

137 En Colombia se denomina “falso positivo” a la práctica de las fuerzas militares consistente en ejecutar extrajudicialmente a una persona para hacerla aparecer posteriormente como una baja ocurrida dentro de un combate legítimo con la delincuencia. En estos casos la discusión probatoria suele presentarse en torno a si realmente existió un combate en cuyo desarrollo murió la víctima.

delito de homicidio agravado la Fiscalía alegaba que esta persona había sido ejecutada extrajudicialmente por el grupo de militares acusados, mientras la defensa sostenía que en el lugar donde fue hallado el cadáver existió un combate entre la patrulla contra un grupo de delincuentes armados, entre los que se encontraba el occiso, lo cual habría justificado el homicidio como un acto del servicio.

Durante el juicio oral, para desvirtuar que en el sitio ocurrió un combate, la Fiscalía llamó como testigo de refutación al propietario del cultivo de tomates, quien declaró que las plantaciones no sufrieron daños el día de los hechos. La defensa solicitó la práctica de una prueba de contra-refutación, el testimonio del copropietario del cultivo de tomates, para demostrar que el día de los hechos resultaron dañados los hilos que sostenían las plantaciones de tomate.

El juzgado negó el testimonio de contra-refutación porque el tema no era relevante dado que se iba a referir a un asunto (los hilos que sostenían el cultivo de tomate) que no era el mismo al que se refirió el testigo de refutación (el cultivo en sí); además —consideró el Juzgado— el testigo de refutación mencionó que el testigo de contra-refutación (quien no era su mediero en la parte del terreno donde estaba el cultivo de tomates) nada le había mencionado respecto

a que se hayan dañado los hilos del cultivo el día de los hechos.

La defensa acude a la Corte solicitando la nulidad para que se retrotraiga el proceso a la fase probatoria del juicio y se permita la práctica de la prueba de contra-refutación; alega que de haberse recibido la misma se habría desvirtuado la declaración del testigo de refutación de la Fiscalía (quien dijo que los cultivos de tomate no sufrieron daños el día de los hechos) y, en consecuencia, se habría probado que en ese sitio donde fue hallado el cadáver existió un combate, que en el curso del mismo murió la víctima y, por lo tanto, no se habría tratado de una ejecución extrajudicial.

En este caso el problema jurídico consistió en determinar si la negativa del juzgado a decretar el testigo de contra-refutación para probar que los cultivos de tomate —existentes en el terreno donde fue hallado el cadáver— sufrieron daños el día de los hechos (lo cual refutaría el testimonio de refutación que declaró que eso no ocurrió), vulneraba el derecho de defensa del acusado.

La Corte respondió negativamente e inadmitió los cargos formulados por nulidad en relación con la *prueba sobreviniente de contra refutación*. La cual analiza la prueba de contra refutación a partir de los mismos requisitos exigidos para la prueba de refutación.

Acudiendo al significado gramatical de la palabra refutar¹³⁸ la Corte señala que “puede afirmarse que en sentido lato la prueba de refutación es aquella que se ofrece con la finalidad de controvertir o contraprobar la presentada por la contraparte, en orden a restarle credibilidad”.

Luego, a partir de una interpretación sistemática de las normas que regulan el régimen probatorio en el procedimiento consagrado en la Ley 906 de 2004, señala que

“surge claro que la prueba de refutación no puede ser ajena a las reglas que informan el debido proceso probatorio, esto es, el descubrimiento de los elementos de convicción que las partes pretendan hacer valer en el juicio” por lo cual “es deber de las partes efectuar el descubrimiento de los elementos de prueba, incluyendo aquellos de refutación, en las oportunidades que la ley señala, cuyo incumplimiento genera su rechazo en los términos del artículo 346 del Código de Procedimiento Penal”. (Resaltado propio.)

Posteriormente la Corte se refiere al “caso de que la prueba de refutación surja en desarrollo del juicio oral”, indicando que en ese evento “para su admisión deben concurrir las exigencias contenidas en el inciso final del art. 344 de la Ley 906 de 2004”, a saber:

- (i) que la parte encuentre el elemento de convicción durante el juicio, o se derive de otra prueba allí practicada;
- (ii) que hasta ese momento no conocía o no le era previsible conocer ese elemento;
- (iii) que el mismo sea muy significativo para el caso;
- (iv) que la omisión en su descubrimiento no obedezca a causas atribuibles al interesado;
- (v) el juez deberá evaluar el impacto negativo que la aceptación de la solicitud acarree al derecho de defensa y a la integridad del juicio.

En el caso particular, la Corte consideró que la motivación del juzgado para negar la prueba de contra-refutación “se ofrece razonable”, pues el testigo de contra refutación solicitado para cuestionar al de refutación “iba a referirse puntualmente a si habían ocurrido daños, no en la siembra de tomate, sino en los hilos que sostenían las matas del citado fruto, cuando el último en mención había atestiguado so-

bre lo primero”, y el testigo de refutación no le había comentado nada respecto del deterioro en los hilos al ofrecido como de contra-refutación, entre otras razones, porque no era su mediero en ese cultivo, sino en otro; la materia del daño a los hilos, que no del cultivo, no resulta un aspecto relevante o muy significativo para el juicio y de accederse a esa solicitud se estaría afectando la integridad del juicio.

Advierte la Corte que

“uno de los aspectos a tener en cuenta al decidir sobre la admisión de la prueba sobreviniente, sea o no de refutación, es precisamente la relevancia que tiene el medio de convicción para el caso”.

Adicionalmente, la Corte advierte que el defensor contaba con una entrevista realizada al testigo, ofrecida como de contra-refutación por parte de uno de sus investigadores y que en audiencia preparatoria se hicieron solicitudes probatorias, tanto por la Fiscalía como por la defensa, tendientes a demostrar circunstancias relevantes de la escena del crimen, de donde concluye:

“Entonces, el aspecto atinente a si el cultivo de tomate contiguo al lugar donde ocurrieron los hechos en que fue muerto el señor Porras

Bernal, había resultado o no afectado, para de esa manera corroborar o infirmar la tesis del combate entre los militares procesados y el acusado, era un tema previsible para las partes, y por tanto era carga de la defensora de los soldados profesionales descubrir y solicitar en la respectiva audiencia, las pruebas que aparecían obvias para sustentar su tesis...” (Resaltado propio.)

Por esto, la defensa debió solicitar en la audiencia preparatoria el testigo de contra-refutación porque servía para sustentar la tesis según la cual existió un combate en el sitio donde estaba ubicado el cultivo de tomate y fue hallado el cadáver,

“máxime cuando la abogada reconoce que contaba con una entrevista que el citado había rendido a uno de sus investigadores, pero como no la descubrió, esa omisión, que sin duda le es atribuible, impide admitir la referida declaración como prueba sobreviniente en el juicio”¹³⁹.

139 Aunque lo anterior fue suficiente para respaldar la negativa del juzgado a decretar la prueba de contra-refutación en el curso del juicio, la Corte advierte que no se acreditó en sede de casación la trascendencia del alegado error, porque los falladores acreditaron que no existió ningún combate en el sitio de los hechos a partir de otros medios probatorios distintos del testigo de refutación ofrecido por la Fiscalía para probar que el cultivo de tomate no sufrió daños, como los testimonios de los investigadores de la Fiscalía y las evidencias que estos incorporaron como pruebas al juicio oral, tales como el registro fotográfico del lugar de los hechos obtenido al momento de realizar la inspección al cadáver, entre otras muchas circunstancias acreditadas.

Varias conclusiones y aportes importantes surgen de esta providencia para desentrañar el alcance de la prueba de refutación y contra-refutación:

- a) Lo primero es que la Corte reconoce la existencia de la prueba de contra-refutación en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando la misma no aparece mencionada en el Código de Procedimiento Penal colombiano.
- b) En segundo lugar, la Corte entiende que la prueba de refutación y la de contra-refutación son una especie de prueba sobreviniente, al punto que se refiere a ellas como “prueba sobreviniente de refutación” y “prueba sobreviniente de contra refutación”. Esta lectura coincide con el criterio expuesto en la primera edición de esta obra, anterior al proferimiento del precedente analizado.

Dos son los requerimientos básicos que le imponen las reglas de evidencia a la prueba de refutación:

- c) La *relevancia* que tiene el medio de convicción para el caso, que extrae la Corte a partir de la expresión “muy significativa” del art. 344 inciso final de la Ley 906 de 2004. Este requerimiento equivale a la condición de admisibilidad consistente en que la prueba no ostente *escaso valor probatorio*, o dicho en

sentido contrario, en la prueba de refutación debe advertirse un *valor probatorio relevante*.

- d) La previsibilidad de la prueba de refutación al momento de la audiencia preparatoria, criterio que la Corte de nuevo desprende de los requisitos de la prueba sobreviniente consagrada en el inciso final del art. 344 y que constituye la característica de novedosa que identifica la prueba de refutación.

En síntesis, este precedente, sin bien no desarrolla de manera detallada y expresa la figura de la prueba de refutación y contra-refutación, tiene la virtud de: (i) plantear de manera acertada los elementos básicos de la prueba de refutación; (ii) reconocer la existencia de la prueba de contra-refutación en nuestro ordenamiento jurídico; y (iii) desarrollar una interpretación sistemática de la legislación procesal penal colombiana que permite entender la prueba de refutación como especie de prueba sobreviniente, armonizando así los arts. 344 inciso final, 346 (sanciones por omisión de descubrimiento) y 362, que consagra la prueba de refutación.

6. La Prueba de Contra-Refutación

La evidencia de contra-refutación (*surebuttal*) es aquella que explica o niega la prueba de refutación ofrecida por la contraparte¹⁴⁰. En clave de derecho comparado, cabe resaltar que el inciso final del literal (E) de la Regla 607, de las *Reglas de evidencia* de Puerto Rico, que entraron en vigor a partir del 1° de enero de 2010, señala que “*Luego de presentada la prueba de refutación, la parte demandada, promovida o la persona acusada podrá presentar prueba de contra-refutación*”.

Un ejemplo simple puede ayudar a percibir la importancia de la problemática: el acusado presenta un testigo de coartada que lo ubica en un lugar distinto el día y hora en que ocurrieron los hechos. La teoría del caso es la imposibilidad física de cometer

140 THOMAS A. MAUET, *Fundamental of Trial Techniques*, Little Brown and Company, Canada, 1980, p. 21.

el delito. En su testimonio directo el declarante manifiesta su carácter consistente con la honestidad y la verdad; la Fiscalía presenta prueba de refutación consistente en una condena proferida recientemente en contra del testigo por el delito de falso testimonio. ¿Puede la defensa ofrecer como prueba de contra-refutación la sentencia de revisión que dejó sin efecto el fallo condenatorio proferido en contra del testigo?

Nuestro Código de Procedimiento Penal no menciona la prueba de contra-refutación. Ante la omisión de regulación legislativa de un fenómeno jurídico pueden deducirse dos consecuencias interpretativas: (i) que la intención del legislador fue prohibir la figura legal, pues de lo contrario la habría mencionado; o (ii) que del silencio del legislador no debe deducirse necesariamente la prohibición de la entidad legal omitida, pues la vigencia de la figura se podría llegar a imponer por requerimiento de normas constitucionales.

Un buen ejemplo de este tipo de problema se aprecia al analizar lo ocurrido con la figura de las *interpelaciones* durante la audiencia de juzgamiento, con ocasión del tránsito legislativo de 1987. En el Código de Procedimiento Penal de 1971 el legislador permitía expresamente a las partes la facultad de

“interpelar” durante la audiencia pública¹⁴¹. A partir de esta norma se permitía por los jueces que las partes objetaran o interpelaran a la contraparte durante los alegatos de conclusión. Al expedirse el Código de Procedimiento Penal de 1987 quedó derogada la regulación anterior y no se reprodujo la norma que permitía las interpelaciones. Durante la vigencia del Decreto 050 de 1987 ocurrió que un sujeto procesal planteó en casación la violación del derecho de defensa, por cuanto se impidió interpelar durante los alegatos de conclusión de la contraparte. La Corte Suprema de Justicia expuso:

“La Sala entiende que el derecho a la interpelación surge claro de las preceptivas constitucional y legal que consagran el derecho a un debido proceso, en igualdad de circunstancias para todas las partes, institucionalizando como un proceso público, de partes, contradictorio, que tiene como finalidad fundamental hacer realidad el derecho penal material. Con ello se quiere afirmar que su objetivo es la obtención de la justicia real, en el sentido de que en la medida de lo posible la decisión del juez

141 Art. 512 del Decreto 409 de 1971: “Corresponde al juez la dirección en la audiencia pública. En el curso de ella tendrá amplias facultades (...) para aceptar o rechazar, según su conducencia, las peticiones o interpelaciones propuestas por las partes”.

debe coincidir con la realidad de los hechos tal como estos acontecieron”¹⁴².

Este ejemplo ilustra cómo resulta insuficiente sostener que el silencio legislativo sobre determinado fenómeno jurídico equivale a su prohibición. Que la prueba de contra-refutación no haya sido mencionada en la Ley 906 de 2004 no significa que el Código prohíba la posibilidad de presentar esta modalidad de evidencia. Todo lo contrario: actualmente existe el derecho a solicitar prueba de contra-refutación para contradecir o explicar la prueba de refutación aducida por la contraparte, obviamente bajo los requerimientos legales del caso concreto sobre pertinencia y admisibilidad. Dos argumentos demuestran esta conclusión:

Primer argumento: la posibilidad de presentar prueba de contra-refutación es derivación directa del derecho constitucional de defensa y contradicción, que a su vez hace parte del debido proceso¹⁴³. La Constitución es norma de normas¹⁴⁴ y prevalece directamente sobre una omisión de regulación con inferior jerarquía. Así las cosas, se vulneraría el derecho al debido proceso, tanto a la Fiscalía

142 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 3 de noviembre de 1993, Rad. 8185.

143 Art. 29 de la Constitución Política.

144 Art. 4, *ibid.*

como a la defensa, de no permitirse la presentación de prueba de contra-refutación para defenderse de la prueba de refutación aportada por el adversario, siempre y cuando ella sea pertinente y admisible en el caso concreto.

Segundo argumento: justamente los derechos constitucionales de defensa y contradicción, integrantes del debido proceso, originan y explican una serie de normas procesales que desarrollan la controversia en el trámite del proceso penal acusatorio. Una lectura sistemática y finalista de algunas normas del Código de Procedimiento Penal permite concluir que en nuestro sistema acusatorio existe una *oportunidad de contradicción frente a los actos de contradicción de la contraparte*, con la consecuencia de que *todo debate se cierra con una última oportunidad de contradicción en cabeza de la parte que no lo inició*.

Este principio se extrae de manera inductiva a partir de varias reglas procesales. Así, en materia de examen de testigos, quien interroga permite una oportunidad a su adversario para que contrainterrogue; el ejercicio del interrogatorio re-directo por parte de quien convocó al testigo que fue contrainterrogado abre la oportunidad a un segundo contrainterrogatorio por la parte contraria (re-contrainterrogatorio) “*si considera necesario hacer claridad*

sobre las respuestas dadas en el re-directo”¹⁴⁵; y en materia de turnos para alegar de conclusión, la utilización de la réplica por parte de la Fiscalía frente a los alegatos de conclusión de la defensa, le permite a esta la oportunidad de presentar una contra-réplica limitada a los temas abordados en la réplica del acusador¹⁴⁶.

De manera análoga, en materia de prueba de refutación, se debe permitir que la defensa presente prueba de contra-refutación exclusivamente para debatir la prueba de refutación presentada por la Fiscalía, y viceversa, pues el debate debe cerrarse con la *oportunidad de contradicción* para el adversario del sujeto procesal que lo inició.

Obviamente en esta materia el juez debe tener amplia discreción y aplican, como con toda prueba, las exigencias de pertinencia y admisibilidad, de manera que si el juez considera que la prueba de contra-refutación en el caso concreto no aporta nada al debate puede negarla por inadmisibile porque, por ejemplo, exhibe “escaso valor probatorio” o es “injustamente dilatoria del procedimiento”¹⁴⁷.

145 Art. 391 de la Ley 906 de 2004.

146 Art. 443 de la Ley 906 de 2004.

147 Art. 376 literales b. y c. de la Ley 906 de 2004.

En todo caso, el debate acerca de la existencia de la prueba de contra-refutación en nuestro ordenamiento jurídico queda zanjado a partir de los dos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, proferidos con posterioridad a la publicación de la primera edición de esta obra, en los cuales se reconoce abiertamente su aplicabilidad en el proceso penal colombiano.

En efecto, mediante auto del 25 de junio de 2014, Rad. AP3455-2014 (43303), M. P. Fernando Alberto Castro Caballero, ya analizado en páginas anteriores, la Corte estudió en casación un cargo de nulidad planteado a partir de la negativa del juez de primera instancia a decretar una prueba sobreviniente de contra-refutación, lo que significa que la figura es perfectamente aplicable por los operadores jurídicos.

Y en providencia del 20 de agosto del 2014, Rad. AP4787 (43749), M. P. Eugenio Fernández Carlier, la Corte admite la posibilidad de presentar prueba de contra-refutación mediante el siguiente *dictum*¹⁴⁸:

148 El problema jurídico en este caso consistió en establecer si la providencia que negaba una prueba de refutación en primera instancia era o no susceptible del recurso de apelación. La Corte contestó negativamente.

“**Contra-refutación.** Dado el equilibrio de oportunidades, facultades y derechos que debe existir entre las partes en la actuación procesal, emerge la posibilidad que se presente la contra refutación mediante la cual se cuestiona la prueba de refutación, siempre que cumpla las exigencias que se han señalado para el medio de refutación”.

Conclusiones

El Código de Procedimiento Penal colombiano no define ni regula la prueba de refutación. Es necesario acudir al derecho comparado para desentrañar la naturaleza y alcance de esta figura. Sería muy aconsejable que se legislara expresa y detalladamente sobre la materia. En esta obra incluimos un proyecto de articulado.

La prueba de refutación no trata sobre la prueba del caso de quien la ofrece sino sobre el contenido y/o credibilidad de una prueba de la parte contraria.

En *sentido estricto* la prueba de refutación alude a evidencia ofrecida en el curso del juicio oral, usualmente no conocida con anterioridad, para controvertir o refutar cierta información ofrecida sorpresivamente por la contraparte. La Corte Suprema de Justicia se ha referido, acertadamente a nuestro juicio, a la *prueba sobreviniente de refutación* y, en esa medida, a falta de regulación expresa, podemos aplicarle a la

prueba de refutación los requisitos de la prueba sobreviniente (art. 344 inciso final, Ley 906 de 2004). La diferencia práctica entre prueba de refutación y la prueba sobreviniente, o derivada, no es muy significativa; existe una estrecha relación entre ambos conceptos, al punto que se puede considerar que *la prueba de refutación es una especie de prueba sobreviniente*, sujeta a ciertos requerimientos especiales.

La prueba de refutación no es una oportunidad adicional a la legalmente establecida para solicitar pruebas. Cuando el caso de una de las partes consista en pruebas de refutación frente a las solicitadas por la contraparte estas deben solicitarse en la audiencia preparatoria. En estos eventos la noción de prueba de refutación se asume en *sentido general*.

La doctrina de la *materia colateral* es aplicable a nuestro procedimiento penal acusatorio a partir de los conceptos de evidencia “muy significativa” del art. 344 *in fine* de la Ley 906 de 2004 y las reglas generales sobre pertinencia y admisibilidad de la prueba; esto con el fin de establecer, en los casos concretos, cuándo puede admitirse evidencia extrínseca en el curso de un juicio, como prueba de refutación. No puede ofrecerse prueba de refutación para rebatir *cualquier tipo de evidencia* practicada a instancias de la contraparte; la doctrina de la materia colateral y no colate-

ral es la línea divisoria entre la prueba de refutación admisible y no admisible.

Si la razón de ser de la regla sobre materias colaterales es que la presentación de evidencia extrínseca sobre las mismas acarrea una indebida pérdida de tiempo en el juicio, podemos soportar la vigencia de dicha doctrina a partir de dos conceptos legales:

De un lado, la evidencia de refutación debe ser “muy significativa”, de conformidad con el art. 344 *in fine*, lo que resulta opuesto a la *materia colateral*. En otras palabras, los *asuntos colaterales* no son “muy significativos”, mientras que los no colaterales si lo son.

De otro lado, una determinada materia será *colateral* cuando resulte ser “injustamente dilatoria del procedimiento”, o bien posea “escaso valor probatorio”¹⁴⁹. Con base en estos criterios legales el juez puede, escuchadas las partes, resolver en los casos concretos si la materia a contradecir o explicar mediante la prueba de refutación ofrecida es *colateral* al debate y, por lo mismo, *inadmisible*.

149 Art. 376 de la Ley 906 de 2004. Estas parecen ser las dos categorías de inadmisibilidad que más se acomodan a la doctrina de la materia colateral. Sin embargo, la norma citada también consagra como motivos de inadmisibilidad “Que exista peligro de [que la prueba pueda] causar grave perjuicio indebido” y la “Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto”.

La prueba de refutación se puede ofrecer en juicio para que sea practicada bien en *modalidad intercalada* (una vez practicada la prueba a refutar) o *sucesiva* (una vez finalizado el turno de la prueba del contrario). En los sistemas acusatorios se prefiere la presentación sucesiva, o sea sin interrumpir la presentación de la totalidad del caso de la contraparte, pero la jurisprudencia nacional se inclina por la “presentación intercalada”, esto es: ofrecer y practicar la prueba de refutación inmediatamente se practique la prueba por refutar.

Finalmente, la parte perjudicada con prueba de refutación tiene la oportunidad de ofrecer prueba de contra-refutación sujeta a los requerimientos de aquella.

Bibliografía

Normas nacionales

- Decreto 409 de 1971.
- Decreto 050 de 1987.
- Decreto 2700 de 1991.
- Ley 600 de 2000.
- Ley 906 de 2004.
- Proyecto de Ley 126 de 2013, de la Cámara de Representantes, “Por el cual se modifica la Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal”.
- Proyecto de Ley 021 de 2015, de la Cámara de Representantes, “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

Normas extranjeras

- Código de Procedimiento Penal de la República Dominicana, Ley 76 de 2002.
- Reglas de evidencia adoptadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico y enmendadas por la Ley núm. 46 de 30 de julio de 2009.
- Código de Procedimiento Penal chileno.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de México.
- Código Nacional de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos.

- Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-396 del 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 3 de noviembre de 1993, Rad. 8185, M.P. Edgar Saavedra Rojas.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 27 de julio de 1999, Rad. 9274 y 9562, M. P. Gustavo Gómez Velásquez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de agosto de 2004, Rad. 22692, M. P. Herman Galán Castellanos.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 12 de mayo de 2008, Rad. 28847, M.P. Jorge Luis Quintero Milanes.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero del 2009, Rad. 29415, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo del 2009, Rad. 30645, M.P. María del Rosario González de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia 36562 del 13 de junio del 2012, M.P. José Leónidas Bustos Ramírez.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 25 de junio de 2014, Rad. AP3455-2014 (43303), M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 20 de agosto del 2014, Rad. AP4787 de 2014 (43749), M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Providencia del 16 de marzo de 2016, Rad. 43866, M. P. Patricia Salazar Cuéllar.

- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Sentencia del 4 de agosto del 2009, Rad. 2008-20226, M. P. Nelson Saray Botero.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Providencia del 17 de septiembre de 2010, Rad. No. 2010-25428 (2113), M. P. César Augusto Rengifo Cuello.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Providencia del 10 de marzo del 2011, Rad. 05-001-60-00207-2009-00214 (NUI: 2010-62474), M.P. Nelson Saray Botero.
- Tribunal Superior de Medellín. Sala de Decisión Penal. Providencia del 14 de abril del 2011, Rad. 37641-2009 (029-2011), M. P. Santiago Apráez Villota.

Precedentes extranjeros

- United States vs. Saferite, No. 03-0271, 59 MJ 270, en <http://www.armfor.uscourts.gov/opinions/2004Term/03-0271.htm>
- State vs. Kuhl, 3 ALR 1694, 1705; People vs. Brown, 43 ALR3d 1407; State v. Hart, 41 ALR2d 1199.

- Lubanski vs. Coleco Industries, Inc., 929 F.2d 42, 47 (1st Cir. 1991).
- Koch vs. Koch Industries, Inc., 37 F. Supp. 2d 1231, 1245-6 (D. Kansas 1998).
- People vs. Pavao, 59 NY2d 282.
- People vs. Schwartzman, 24 NY2d 241, cert denied 396 US 846.
- The People & C., Respondent vs. Reginald Knight 80 N.Y.2d 845, 600 N.E.2d 219, 587 N.Y.S.2d 588 (1992).
- People vs. McCormick (1952), 303 N.Y. 403, 103 N.E. 2d 529.
- Derrick vs. Wallace (1916), 217 N.Y. 520, 112, N.E. 440.

Doctrina nacional

- Castro Ospina, Sandra Jeannette. Descubrimiento de pruebas, resaltado propio, en http://www.defensoria.org.co/pdf/publica/apelaciones/descubrimiento_de_pruebas.pdf

- Decastro González, Alejandro. “La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio”, *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 2008, vol. 7, No. 13, en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=94571308>
- Decastro González, Alejandro. “El alcance del contrainterrogatorio”, en *Criterio jurídico*, *Revista Jurídica del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana – Cali*, N°. 8-2, Diciembre del 2008. ISSN 1657-3978, N°. 8-2.
- Decastro González, Alejandro. “La audiencia preparatoria en el Sistema Penal Acusatorio colombiano”, en *Estudios de derecho penal y procesal penal*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2013, pp. 633-670. ISBN 978-958-8571-72-0.
- Decastro González, Alejandro. “La prueba testimonial en el sistema penal acusatorio colombiano: 10 años de balances y perspectivas”, en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (Coord.). *Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio*, Bogotá, Defensoría del Pueblo (en prensa).

- Fiscalía General de la Nación. Manual de procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano, 2005, ISBN 958-97542-5-2, en <http://www.justiciares-taurativa.com/Documentos/ManualProcedimientoFiscalia.pdf>
- Ledesma Romero, José Leibniz. Impugnación de credibilidad de Testigos, Bogotá, Defensoría del Pueblo - Imprenta Nacional.
- Ocampo Ortiz, Carlos Hernán. “Características de la prueba de refutación en el sistema penal acusatorio constitucional”, en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (Coord.). Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio, Bogotá, Defensoría del Pueblo (en prensa).
- Parada Rueda, Rodrigo Javier. “Prueba de referencia, de refutación, sobreviniente y otros comentarios al respecto”, en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (Coord.). Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio, Bogotá, Defensoría del Pueblo (en prensa).

- Romero Soto, Julio y Romero Álvarez, Rocío. Técnica jurídica de investigación penal e interrogatorio, 3ª. ed., actualizada, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2003.
- USAID - Defensoría del Pueblo de Colombia. La prueba en el Sistema Penal Acusatorio colombiano, Modulo IV para defensores públicos, en <http://www.fiu.edu.co/fiu/dp/cdinteractivo/Manuales%20y%20Formatos/Modulo%20de%20Pruebas.pdf>
- USAID - Defensoría del Pueblo. Proceso oral en el Sistema Acusatorio colombiano. Módulo instruccional para defensores.

Doctrina extranjera

- Alcaráz Varó, Enrique y Hughes, Brian. Diccionario de términos jurídicos, Madrid, Ariel, 1998.
- Broun, Kenneth S. McCormick On Evidence, Sixth Edition, St Paul – Min, Thomson West, 2006.
- Bergman, Paul. La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad, 2ª. ed., Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1995.

- Clark, Ronald H.; Deckle, George R. and Bailey, William S. *Cross-Examination Handbook. Persuasion, Strategies and Techniques*, New York, Aspen Publishers, 2011.
- Cruz Vélez, Ana Paulina. *Conceptuación del retrato de la víctima en casos de abuso sexual intrafamiliar*. Cuarta Conferencia de Trabajo Social Forense, en http://www.tribunalpr.org/Miscel/Conferencia/PDF/3_14-julio-05-El-Retracto%20_1_.pdf
- *Derecho Procesal Penal*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2007.
- Goyco Amador, Pedro G. *El interrogatorio y el contrainterrogatorio de testigos*, en http://www.ramajudicial.pr/Miscel/Conferencia/PDF/25_PGoyco.pdf
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Licona Vásquez, René Christian, en *La deficiente regulación de la prueba de refutación en los nuevos procedimientos penales*

acusatorios en México, tomado de: https://letrujil.files.wordpress.com/2013/03/la_deficiente_regulacion_de_la_prueba_de_refutacion.pdf

- Mauet, Thomas A. *Fundamental of Trial Techniques*, Canada, Little Brown and Company, 1980.
- Mauet, Thomas A. *Trials. Strategy, Skills, and the New Power of Persuasion*, New York, Aspen Publishers, 2005.
- Mueller & Kirkpatrick. *Evidence, Fourth Edition*, New York, Aspen Publishers, 2009.
- Quiñones Vargas, Héctor. *Las técnicas de litigación oral en el proceso penal salvadoreño, Proyecto para el Apoyo del Sistema de Justicia*, República de El Salvador, 2003, en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/slv-tecnicas-oralidad.pdf>
- Sandoval R., Rommell Ismael. *El proceso penal adversativo: la decisión político-criminal del constituyente*, en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCI10asr.pdf>.

- Schwartz, S. Louis. Proof, Persuasion and Cross-examination. A Winning Approach in the Courtroom, Sixth Printing, New Jersey, Executive Reports Corporation, 1978.
- Younger, Irving. The Art of Cross-examination, The Section of Litigation Monograph series No. 1, American Bar Association, Section of Litigation, 1976.

ANEXO 1

Estudio de caso

En un proceso por hurto de unas piedras preciosas¹⁵⁰ la única testigo de cargo declara durante el interrogatorio directo, en repetidas ocasiones, que para la época en que percibe los hechos *no conocía al denunciante*, propietario de los bienes hurtados y perjudicado con el delito. Las expresiones utilizadas en el interrogatorio directo sobre este tema fueron: “*no sabía que [el denunciante] se llamaba O*”; “*el señor que yo no conozco...*”; “*don O, que yo no lo conocía...*”; “*don O me hizo así, con señas que siguiera, pero pues yo a él no lo conocía...*”; “*yo no lo conocía a él [el denunciante] para nada, porque fue la primera vez que me crucé palabras así con él de hablar*”.

En el contrainterrogatorio se le impugnó credibilidad a la testigo de cargo con una entrevista rendida a la Fiscalía en la cual manifestó que para la época

150 Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, caso No. SPOA: 11001-60-00-049-2008-04674. NI: 123750.

de los hechos *conocía al denunciante desde hacía cuatro años*. Al ser confrontada con su manifestación previa inconsistente la testigo negó haberla dicho, indicando que eso lo anotó allí la persona que le recibió la declaración sin que ella realmente lo hubiese manifestado.

El contrainterrogatorio de la testigo de cargo se desarrolló del siguiente modo¹⁵¹:

“Defensor. Usted le contestó a la Fiscalía que al señor O no lo conocía para esa época de abril del 2008, ¿eso es correcto?”

Testigo. Sí.

D. Y de hecho -según le entendí en sus respuestas previas- ni siquiera usted sabía cómo se llamaba, ¿correcto?”

T. Sí.

D. Sin embargo, no es cierto que usted le afirmó a la Fiscalía en una entrevista que: “*a O lo conozco hace cuatro años aproximadamente y por la misma que conocí a E [el acusado]*”, ¿no dijo usted eso?”

T. No, yo primero... Don E y después del 2008, que ni siquiera sabía cómo se llamaba don O, a él lo distinguí, ni siquiera lo conocía.

D. Vamos a ser más claros con esto, permiso señora juez me acerco a la testigo.

Juez. Siga.

(Defensor acercándose al testigo con un documento)
Dígame si usted reconoce o no lo que le...

(Se presentan objeciones en cuanto al uso de la entrevista)

Juez. No hay lugar a objeciones doctor, una entrevista. Por favor, una entrevista es la que pueden utilizar ustedes para la testigo de quien rindió esa entrevista. Sigamos.

D. Bueno. Dígame si usted sabe lo que tiene ahí.

T. Sí, claro. De una equivocación terrible de la muchacha que escribió esto.

D. Un momentico, un momentico. Yo le estoy preguntando, ¿qué es eso? ¿Ese papel se llama equivocación?

T. Sí, claro.

D. ¿Qué es eso que usted tiene ahí?

T. Es que ahí está diciendo que dizque yo conozco al señor O de hace cuatro años y...

D. Señora testigo, ¿qué tiene ahí en el escritorio?

T. ...Y después conocí E, eso lo escribieron mal.

Juez. Mire, todo esto que usted me desatiende a mí, en cuanto a las observaciones que le estoy haciendo.

Testigo. Sí señora.

Juez. ...usted como testigo simplemente debe someterse a contestar las respuestas, usted no puede venir aquí a presentar alegatos. Entonces, conteste por favor las preguntas y todo queda grabado.

Testigo. Sí, señora.

Juez. Todo queda grabado, las intervenciones mías repetidas, los llamados de atención...

Testigo. Sí, señora.

Juez. La persona cuando se sale de su... O es irrespetuosa...

Testigo. Sí señora.

Juez. ...O cuando no atiende las repetidas observaciones que uno... afortunadamente todo queda grabado.

Defensor: Continúo: ¿Qué es el documento que usted tiene en sus manos?

T. Sí o no, ¿Qué le contesto?

D. No, no es “sí o no”, es: ¿qué documento tiene usted ahí? ¿Qué es eso? Sí lo reconoce...

T. Usted lo colocó acá.

D. Por eso le digo...

Juez. ¡Ay señora!

Testigo. Pues no sé qué es, supuestamente es una entrevista que...

Juez. Léalo, revíselo, por favor.

Testigo. Ya lo revisé doctora y le dije a él lo que decía.

Defensor. Pero...

Juez. No le están preguntando eso.

Defensor. Dígame si eso tiene su firma. Vamos a avanzar: revíselo, todas las hojas porque no es solo una hoja.

T. Sí señor.

D. Dígame si eso es o no una entrevista que usted le rindió a la Fiscalía.

T. Sí.

D. Dígame qué fecha tiene esa entrevista. Se encuentra al principio, puede revisar al inicio.

T. 06 del 2010.

D. ¿Y antes del 06 que número hay?

T. 08.

D. 08/06/2010, ¿correcto?

T. Sí señor.

D. ¿Recuerda usted que rindió esta entrevista en la Fiscalía?

T. Sí señor.

D. ¿Esa entrevista era sobre este mismo caso o sobre otro? El caso de don O.

T. No.

D. ¿No, qué?

T. No sé qué contestarle.

D. ¿La han citado a la Fiscalía para otras cosas? Aparte de esta.

T. No.

D. Entonces, cuando usted rinde una entrevista en la Fiscalía, ¿debemos entender o no que fue para este caso de don O, o fue para otro?

T. No sé si hay otro.

D. Cuando a usted la cita la Fiscalía a una entrevista, dígame si usted a la Fiscalía le habló con la verdad, o no.

T. Sí.

D. Le dijo lo que usted sabía cuando le preguntaban, ¿cierto?

T. Sí.

D. Y no le dijo usted a la Fiscalía. Remítase por favor a la primera parte que está subrayada y dígame si estoy leyendo lo que está ahí, dice: “Al señor O lo conozco hace unos cuatro años aproximadamente y por la misma razón que conocí a Edward”, eso lo dijo usted en la Fiscalía, ¿cierto?

T. No.

D. ¿No?

T. Yo no dije eso.

D. ¿Está insinuando que lo que está en la entrevista no lo dijo usted?

T. Es que lo tergiversó la niña, se equivocó.

D. ¿Cuál niña?

T. Pues... O la doctora que me tomó la entrevista, lo tergiversó... Bueno, yo no sé cómo explicárselo, pero yo nunca conocí a don O antes que don E.

D. Entonces, ¿usted bajo la gravedad del juramento está diciendo que el funcionario que le tomó la entrevista tergiversó lo que usted dijo?

T. Se equivocó, se equivocó.

D. ¿Se equivocó?

T. Sí, claro porque yo como voy a decir una cosa que no es.

D. O sea: no copió lo que usted dijo, ¿eso es lo que usted está diciendo?

T. No, no, se equivocó, lo copió, pero lo copió mal.

Una vez terminada la presentación de la prueba por la Fiscalía, la defensa ofrece como testigo de refutación, *no solicitado en la audiencia preparatoria*, el testimonio de la funcionaria de la Fiscalía que recibió la entrevista de la testigo. Esta prueba de refutación es solicitada *para completar el procedimiento de impugnación* en vista de que la testigo negó haber rendido la declaración anterior en la parte que impugna el dicho vertido en audiencia: que no conocía al denunciante. La declaración del testigo de refutación es necesaria para probar que la declaración fue rendida por la testigo de cargo en los términos en que ella lo negó en el juicio oral.

El interrogatorio de la testigo de refutación se desarrolló así¹⁵²:

“Defensor. Usted a qué se dedica actualmente

Testigo. Soy funcionaria de la Fiscalía General de la Nación.

D. ¿Hace cuánto?

T. 14 años.

D. Para el año 2010, ¿nos puede decir a qué se dedicaba dentro de la Fiscalía?

T. Fungía como asistente de fiscal 2 en el Despacho de la Fiscalía 126 de la Unidad de Automotores.

D. ¿Qué le correspondía hacer en ese despacho en esa época?

T. Era asistente de despacho y cumplía funciones transitorias de policía judicial, de acuerdo con la Res. 506 del 96, emitida por el Fiscal General de la Nación.

152 Sesión de juicio del 22 de septiembre de 2014, registro 11001600004920080467400_110013109019_1., a partir del minuto 00:47:50.

D. En el cumplimiento de esas funciones de policía judicial, ¿qué actividades de policía judicial en concreto hacía para el 2010, en ese despacho?

T. Tomaba interrogatorios, tomaba entrevistas, y lo que, relacionado a cadena de custodia.

D. ¿Recuerda usted para esa época en esa Fiscalía, en ejercicio de esas funciones, un caso que involucraba una pérdida de unas esmeraldas? O no lo recuerda

T. Sí señor, sí lo recuerdo.

D. ¿Qué recuerda?

T. Recuerdo que había una denuncia penal por el hurto de unas esmeraldas en el Despacho de la Fiscalía 126.

D. ¿A Usted le correspondió o no, participar en actividades de policía judicial en ese caso?

T. Sí señor.

D. ¿Qué le tocó hacer?

T. Tomé entrevistas.

D. ¿Usted recuerda, a quién le tomó entrevistas en ese caso?

T. Le tomé entrevista a una señora M, creo que le tomé entrevista también a un señor, E, creo que tomé entre dos y tres entrevistas dentro de ese caso.

D. ¿Cómo tomaba usted las entrevistas?, ya que las tomó en este caso.

T. Las entrevistas las tomé utilizando el protocolo que nos fue enseñado en el curso de policía judicial, previa lectura y conocimiento de la carpeta como tal, de la denuncia como tal, se procedía a hacer la entrevista, interrogando a la persona sobre lo que el despacho necesitaba aclarar dudas.

D. ¿Cómo se consignó, o por qué medio técnico se consignaban las preguntas y las respuestas?

T. Las tomaba en el computador.

D. Y usted ¿de qué manera plasmaba las respuestas del testigo en el computador?, exactamente ¿cómo procedía?

T. No le entiendo la pregunta.

D. Me explico: cuando el testigo contestaba, ¿usted qué hacía?

T. Cuando el testigo contesta se plasma exactamente lo que el testigo dice.

D. ¿Exactamente?

T. Lo que, exactamente la respuesta que el testigo da.

D. ¿En algún caso se resume la respuesta?

T. No, no, uno siempre copia tanto en los interrogatorios, como en la entrevista, lo que el testigo dice.

D. Hablemos de esa entrevista que usted ya dijo recuerda, recibió a una señora M, ¿cómo se recibió en concreto esa entrevista?

T. ¿Esa entrevista?, si recuerdo bien era para esclarecer algunas dudas que tenía el despacho respecto de unas entrevistas iniciales que se le habían tomado a ella por parte de otros funcionarios, no recuerdo si era SIJIN o CTI, pero ya había una entrevista, que no le esclarecía dudas al despacho; y por ende en coordinación con el fiscal del despacho se ordenó tomar la entrevista por el despacho, precisamente para aclarar esas dudas.

D. Pero mi pregunta es: ¿cómo fue la mecánica?, nos puede decir lo que recuerde de cuando usted, física y literalmente recibió la entrevista, ¿cómo lo hizo?, con esta señora.

T. Pues como todas las entrevistas, inicialmente se le pregunta a la señora por sus generales de ley, se consignan sus generales de ley, se le pregunta a ella si tiene conocimiento, las razones por las cuales ha sido citada por el despacho, y despliega uno el interrogatorio que se le va a hacer respecto de las entrevistas, en este caso a la señora M, creo que se le preguntaba algo concreto sobre la pérdida de unas esmeraldas, y en sí, si conocía al demandante, al denunciante perdón, y a otra persona. O sea, sí conocía al señor E y a la otra persona que no recuerdo en este momento exactamente el nombre

D. Señora investigadora, la razón por la que usted está aquí, se concreta en la siguiente pregunta, la señora M.E.P.A., la persona a quien usted está refiriendo le recibió una entrevista, bajo la gravedad del juramento dijo en este estrado en sesión de audiencia de juicio oral lo siguiente: se le preguntó si ella había dicho lo que dice en la entrevista...

Fiscal. Objeción señora juez, esa no es la técnica para llevar a cabo la, la...

Juez. A lugar.

Fiscal. Esa no es la técnica, la que está utilizando el abogado, no debe leer la...

Juez. A lugar.

Fiscal. Gracias doctora.

Defensor. Reformulo la pregunta: señora investigadora, ¿recuerda si la señora M le manifestó en la entrevista que conocía al señor O desde hacía 4 años aproximadamente?, ¿lo recuerda?

T. Sí señor, porque esa fue una de las preguntas que yo le hice, que se sirviera informar al despacho si conocía a esta persona, desde qué fecha y en razón de qué, y ella contestó que lo conocía, sí recuerdo.

D. ¿Eso de los 4 años se lo dijo a usted?

T. Sí señor.

D. ¿Y usted recuerda si lo plasmó en la entrevista?

T. Totalmente, todo lo que ella dijo se plasmó.

D. La señora M dice que ella no dijo eso, que le tergiversaron la entrevista, que ella nunca dijo que lo conocía hace 4 años, ¿usted que tiene para decir al respecto?

T. Doctor, no hay lugar a eso, porque la entrevista luego de imprimírsele, se le pasa para que la lea y corrija, y antes de cerrar la entrevista se le pregunta si tiene alguna objeción respecto de la entrevista o algo que corregir o enmendar, la señora dijo que no, se le imprimió la entrevista, se le pasó para que la leyera y la firmó doctor.

D. ¿Usted recuerda que se la pasó para que se la leyera?

T. Claro que sí señor.

D. ¿Hizo ella alguna observación a lo que leyó?

T. Ninguna observación doctor. No sé si la leyó, pero sé que la tuvo en sus manos con dirección de sus ojos hacia el documento y posteriormente firmó.

D. ¿Existe alguna posibilidad de que Usted se haya equivocado cuando anotó: “al señor O lo conozco hace 4 años”?

T. Ninguna doctor.

Fiscal. Objeción señora juez, es sugestiva, está sugiriendo la respuesta.

Juez. Ya no hay lugar porque ya contestó.

Defensor. ¿Qué contestó?

T. No, no, o sea, no hay lugar a que yo me haya equivocado en eso, porque es que consigo exactamente lo que las personas que se citan a entrevista manifiestan.

D. Alguna vez en sus muchos años de ejercicio de función de policía judicial, ¿ha resumido la respuesta de algún testigo?

Fiscal. Pregunta compuesta, objeción su señoría, pregunta compuesta.

Defensor. No es compuesta señora juez, es un solo hecho.

Juez. No a lugar.

Fiscal. Porque está, preguntando...

Juez. No a lugar.

Defensor. Le repito la pregunta:

T. No le entendí la pregunta.

D. En todo su tiempo como funcionaria de policía judicial, ¿alguna vez ha resumido la respuesta de un entrevistado?, o sea, ¿no ha copiado literalmente lo que él diga?

T. Nunca doctor.

D. ¿Por qué no?

T. Siempre se nos explicó a nosotros en el curso de policía judicial que en las entrevistas y en los interrogatorios se debía transcribir exactamente lo que el entrevistado dijera.

D. Entonces termino con esta pregunta: cuando la señora M bajo juramento aquí dice que usted se equivocó y copió mal esa parte de la entrevista, ¿está de acuerdo o no está de acuerdo con ella?

Fiscal. Objeción su señoría...

Juez. No.

Fiscal. ... referencia.

Juez. No hay lugar, no hay lugar.

Defensor. ¿Está de acuerdo o no está de acuerdo?

T. No estoy de acuerdo doctor, porque no me he podido equivocar en ningún momento, en copiar la respuesta que la señora dio.

D. Gracias. No tengo más preguntas señora juez.

Juez. Bien, señora fiscal.

Fiscal. Gracias señora juez.

Juez. Contrainterrogatorio

F. Usted ha dicho en esta audiencia que hace, en el 2008 trabajó en la Unidad de Automotores, ¿no es cierto?

T. Sí señora.

F. Ejercía, no solamente funciones de policía judicial, funciones como asistente de fiscal, ¿verdad?

T. Sí señora.

F. Y que igualmente realizaba funciones de policía judicial

T. Sí señora.

F. ¿Usted me puede decir cuántas entrevistas realizó usted en el 2008 y cuánto tiempo

estuvo como asistente judicial en ese despacho?

T. Doctora, en el 2008 aclaro, la pregunta que me hizo el abogado fue exactamente en el 2010, en el 2010 estaba en el Despacho 126 de la Unidad de Automotores, en el 2008 no. En el 2010 estuve, llegué trasladada de Florencia, Caquetá, exactamente a esta Unidad y adscrita a ese despacho y en ese despacho, en varios procesos, no solamente en el proceso de las esmeraldas sino en procesos de vehículos, y en procesos de, en otros procesos que llegaron de estructura de apoyo, tomé muchas entrevistas y tomé muchos interrogatorios.

F. Y ¿por qué recuerda con claridad esta entrevista en el, del día de hoy, al punto de decir, qué fue lo que dijo la testigo, si han pasado aproximadamente 4 años?

T. Sí doctora, porque era el único caso de esmeraldas y siempre le decía al fiscal que por qué Automotores tenía un caso de esmeraldas, pero es que era un caso que venía, era un caso agregado a la Unidad de Automotores y precisamente lo recuerdo, porque las entrevistas que se tomaron inicialmente por la

policía judicial no eran concretas para llevar a concluir elementos materiales probatorios que infirieran una decisión de fondo.

F. Y usted ha dicho que, de nuevo, que recibía varias entrevistas, al punto de que, de que pues, trabajaba frente, o era su función, entonces usted nos puede decir, ¿por qué recuerda con exactitud la anterior entrevista, que le habían hecho a la persona ya citada?

T. Claro doctora, porque para tomar una decisión de fondo, primero se leen las entrevistas y se estudian los elementos materiales probatorios que se han recogido hasta el momento, y si ello amerita la recolección de más elementos materiales probatorios o la aclaración de una entrevista, el fiscal la ordena y uno procede.

F. Usted dijo en la entrevista, que había leído la carpeta totalmente para cerciorarse de cómo recibía la entrevista, ¿verdad?

T. No le entiendo la pregunta, señora fiscal.

F. Usted manifestó en su respuesta, que usted para, la técnica para recibir declaraciones era revisar la carpeta, ¿no es cierto?

T. Sí señora.

F. Usted nos puede indicar, ya que recordó a la fecha todo el episodio, de cómo debe realizar sus funciones, ¿cuándo se realizó la entrevista anterior por parte de un funcionario de policía judicial de manera concreta?

T. Concretamente la fecha no la recuerdo, pero sí sé que dentro de la carpeta hay una entrevista tomada por un policía judicial, que es la que nos pide que aclaremos situaciones con la nueva entrevista.

F. Y usted, si recordó lo de hoy, que tiene tan buena memoria, quisiéramos, es la inquietud que tiene esta delegada de preguntarle, ¿por qué entonces no recuerda la fecha de esa entrevista, sabiendo que la tenía, que era la base para hacer usted el interrogatorio?

T. Doctora, no recuerdo exactamente la fecha en que el funcionario anterior haya tomado la entrevista, pero sí recuerdo la entrevista de la señora M porque, primero porque el caso de las esmeraldas era único caso en particular, y segundo porque fue a una mujer a la que le tomé la entrevistas y precisamente fue a la señora M.

F. ¿O sea que solamente a mujeres usted le recibía entrevistas?

T. Yo no le recibo entrevistas a mujeres, a los dos sexos les recibo entrevistas, pero en esa carpeta de las esmeraldas, solo a una mujer le tomé entrevista.

F. Correcto. Eso es todo, señora juez.

Juez. Señor defensor.

Defensor. No es necesario señorita no hay preguntas”.

Aplicando los conceptos expuestos en esta obra al análisis del caso expuesto se tiene lo siguiente:

1. ¿Cuál es la prueba refutada? El testimonio de la testigo de cargo.
2. ¿Cuál es la prueba de refutación? El testimonio de la funcionaria de la Fiscalía que le recibió la entrevista a la testigo de cargo.
3. ¿Cuál es la finalidad de la prueba de refutación? La *finalidad directa* es controvertir la afirmación de la testigo según la cual ella no dijo en la entrevista que se conocía desde hacía cuatro años con el denunciante, demostrando que esa afirmación

si fue dicha por ella en esa diligencia y que, en consecuencia, miente cuando dice (i) que no dijo eso en la entrevista, y (ii) que no conocía al denunciante con anterioridad. La *finalidad indirecta* es controvertir el desconocimiento de la testigo con el denunciante, esa finalidad la cumple el procedimiento de impugnación de credibilidad mediante la declaración anterior, pero como la testigo negó la declaración anterior es necesario probar la existencia de la misma mediante la prueba de refutación. Así, la prueba de refutación, en este caso, complementa el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

4. ¿Era razonablemente previsible, al momento de la audiencia preparatoria, que la testigo de cargo negara conocer al denunciante?

De serlo, ha debido solicitarse en la audiencia preparatoria el testimonio de la funcionaria de la Fiscalía que recibió la entrevista de la testigo de cargo y no sería procedente la prueba de refutación. En el caso concreto esta situación no era previsible al momento de solicitar las pruebas en la audiencia preparatoria porque **no era razonable anticipar en ese momento** del proceso: (i) que la testigo de cargo al ser interrogada iba a manifestar que no conocía al denunciante, al contrario: lo razonable era esperar que iba a admitir que lo conocía desde hacía cuatro años, porque

así lo dijo en una entrevista rendida antes del juicio; (ii) que la testigo iba a negar en el juicio esa parte de su declaración previa, al ser confrontada con la entrevista, donde dijo conocer al denunciante desde hacía cuatro años.

5. ¿La situación es novedosa y sorpresiva al momento de la práctica del testimonio de cargo en la audiencia de juicio oral?

Sí. Por las razones expuestas en el punto anterior. Lo que resulta sorpresivo y novedoso para la parte afectada con esta declaración es la información suministrada por la testigo de cargo en el juicio respecto a que: (i) no conocía al denunciante y (ii) no aceptó que dijo en la entrevista, que lo conocía.

6. ¿El desconocimiento del denunciante por parte de la testigo es materia colateral o no colateral?

Al respecto pueden plantearse dos posibilidades interpretativas:

Podría argumentarse que esa materia es *colateral* porque el juicio no trata acerca de si la testigo conocía al denunciante o no, trata de quien es el responsable de un hurto; el asunto entonces solo tocaría con la credibilidad de la testigo y para ello la impugnación debe ser intrínseca, debiendo el contra interrogador

conformarse con las respuestas de la testigo (cuando niega haber dicho en la entrevista que conocía al denunciante) sin que pueda introducir evidencia extrínseca (el testimonio de quien recibió la entrevista) para probar que la declaración de la entrevista fue rendida por la testigo. Esto de acuerdo con la doctrina sobre la materia en el *common law*; sin embargo, en Colombia el juez goza de discrecionalidad para establecer si esta materia es “muy significativa”, o si por el contrario ostenta “escaso valor probatorio”.

De otro lado, podría argumentarse que la materia es *no colateral* porque el conocimiento previo con el denunciante desde hacía cuatro años permitiría construir una *inferencia de parcialidad*, en cuanto que puede estar declarando a favor del denunciante como único testigo del hurto de que este dice haber sido víctima en atención al trato y conocimiento previo que tuvo con él por ese espacio de tiempo.

ANEXO 2

Proyecto de reglamentación

“Artículo 362A. Prueba de refutación. La prueba de refutación se someterá a las siguientes reglas.

- a. Solo podrán solicitarla Fiscalía y defensa.
- b. Debe ser pertinente y admisible.
- c. Su finalidad es refutar, contradecir, contraprobar o explicar cierta evidencia ofrecida por la contraparte.
- d. Quien solicite prueba de refutación debe demostrar que la prueba por refutar no era conocida ni razonablemente anticipable al momento de la audiencia preparatoria.
- e. La providencia que resuelve sobre la prueba de refutación admite los recursos ordinarios en el efecto devolutivo, a menos que se hayan practicado todas las pruebas decretadas en la audiencia preparatoria, en

cuyo caso la apelación se concederá en el efecto suspensivo.

- f. A quien solicite una prueba de refutación ostensiblemente infundada se le sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

“Artículo 362B. Prueba de contrarrefutación

La parte distinta a quien solicitó la prueba de refutación podrá solicitar prueba de contrarrefutación sujeta a las exigencias previstas para la prueba de refutación”.



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia