

**LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO
REGULADO EN LA LEY 906 DE 2004**

DIANA CAROLINA CAMPOS BOTELLO

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
BUCARAMANGA**

2019

**LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO
REGULADO EN LA LEY 906 DE 2004**

DIANA CAROLINA CAMPOS BOTELLO

Tesis para optar por el título de Abogada

**Director:
JUAN CARLOS GÓMEZ NIETO
Abogado**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS
PROGRAMA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2019**

*En agradecimiento primero a Dios, y luego a mis padres,
por su apoyo y amor incondicional,
A mis hermanos,
por ser mi alegría y motor a seguir.*

*Infinitos agradecimientos a mi director de tesis y amigo Juan Carlos Gómez Nieto,
y
A quien considero un gran maestro Rodrigo Javier Parada Rueda,
Muchas Gracias.*

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	6
1. DESARROLLO LEGAL DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004	9
2. ALCANCE DEL DESARROLLO QUE, EN MATERIA DE PRUEBA DE REFUTACIÓN, HAN DADO LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE BOGOTÁ, BUCARAMANGA Y MEDELLÍN.....	12
2.1 QUÉ SE DEBE ENTENDER POR PRUEBA DE REFUTACIÓN.	13
2.1.1 Prueba de refutación en sentido general	14
2.1.2 Prueba de refutación en sentido estricto.....	15
2.2. SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	20
2.3. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	23
2.4. PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	26
2.5. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE ADMITE O NIEGA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	28
2.6. PRUEBA DE CONTRA – REFUTACIÓN	30
2.7. CONCLUSIÓN PRELIMINAR	30
3. PRUEBA DE REFUTACIÓN A PARTIR DE LA DOCTRINA Y LA ACADEMIA NACIONAL.....	32
3.1 QUÉ SE DEBE ENTENDER POR PRUEBA DE REFUTACIÓN.	34
3.1.1. Prueba de refutación en sentido general.	35
3.1.2. Prueba de refutación en Sentido estricto.	38
3.1.3. Características de la Prueba de Refutación.....	41

3.2. SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	42
3.3. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	43
3.4. PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	44
3.5. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE ADMITE O NIEGA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.....	49
3.5.1 Prueba de Refutación y otros medios de contradicción.	50
3.5.2. La prueba de Refutación y la prueba sobreviniente.....	51
3.6. PRUEBA DE CONTRA-REFUTACIÓN.....	53
4. CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA.....	66

INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, implicó un cambio de paradigmas en el plano jurídico y judicial en nuestro país, por cuanto se dio cabida a la incorporación de un esquema procesal más garantista pero no por ello acorde a nuestra realidad. Convertir al juez, frente a los actos de postulación de partes, en un mero espectador (salvo afectaciones de garantías fundamentales) que no puede intervenir oficiosamente, sin lugar a dudas ha venido generando con el paso de los años una profunda reflexión acerca de si contamos con el mejor esquema procesal posible, o si finalmente transpolamos un esquema que no se compadece con nuestra estructura constitucional. Y es que, más allá de la modificación necesaria al artículo 250 constitucional, debemos cuestionarnos acerca de si no se estimaba prudente hacer ajustes adicionales a los cimientos del Estado Social de Derecho (en materia constitucional), a efectos de evitar tensiones innecesarias, por ejemplo, entre los derechos del acusado y de la víctima, como a diario ocurre sin que exista una solución unánime al respecto. Una muestra de lo que exponemos, es que nuestro código de procedimiento penal contiene normas respecto de las cuales la Corte Constitucional ha dado un alcance distinto al inicialmente pensado y a efectos de hacerle compatible con la carta fundamental. Adicional a esto, debe recordarse que la ley 906 de 2004 contiene en un solo cuerpo normativo las disposiciones que determinan el procedimiento como tal, y aquellas que regulan los aspectos probatorios. Es decir; no contamos con unas “reglas de evidencia”¹ que permitan conocer el alcance de algunos de los institutos. Muestra de lo anterior, es la denominada “prueba de refutación”, que constituye el centro de este trabajo.

¹ Término que traducimos del cuerpo normativo americano denominado “*rules of evidence*”

Aún hoy, luego de quince años desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 y el acto legislativo 03 de 2002 (normas que en la actualidad estructuran el sistema probatorio y procesal penal colombiano), continuamos indagando sobre cuál era la “*ratio legis*” en algunos segmentos del código de procedimiento penal. Y es que, en muchos de sus articulados, no se denota mayor claridad, más allá de una mera enunciación o enumeración que implica necesariamente la existencia de un vacío normativo. Podría pensarse que no siendo el juez hoy día “*boca de ley*”², puede determinar el efecto de la norma, pero ello no es tan claro si se tiene en cuenta que nos encontramos (en gran parte) frente a institutos procesales y/o probatorios foráneos.

Ejemplo de ello, y como se arriba se dijo, lo encontramos en el artículo 362 del código de procedimiento penal, en el que el legislador inicialmente pretendió desarrollar lo atinente a la decisión del orden de presentación de las pruebas, pero además, señaló como excepción en el orden, el hecho de que se esté en presencia de una prueba de refutación, adicionando de esta forma, un nuevo instituto en el sistema probatorio en el proceso penal, sin mayores consideraciones. Al respecto, señala la norma:

*“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 la respectiva **prueba de refutación** en cuyo caso será primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía”.* (Negrilla fuera del texto)

De esta forma, se considera (o al menos se intuye) que el legislador buscó de cierta manera, introducir en el ordenamiento jurídico un nuevo instituto probatorio bajo un

² Al respecto, recuérdese que Montesquieu elaboró la teoría de la división de los poderes del Estado y, cuando se refirió a Juez, lo contempló como un simple aplicador de la ley; de ahí la expresión de que el “*Juez es la boca de la ley*”.

objetivo en específico, pero sin que hubiere ofrecido mayor descripción que la antes referida.

Así las cosas, y retomando lo relacionado con el orden de la presentación de la prueba en sentido general y su eventual excepción, el legislador no definió cuál sería el alcance del instituto, y por ende tampoco aludió a lo que debe entenderse por prueba de refutación.

En este sentido, el presente trabajo tiene como fin el de analizar por medio de las fuentes del derecho tales como: la ley, la jurisprudencia y la doctrina, cuál es el alcance en materia probatoria en el proceso penal en Colombia de la denominada prueba de refutación.

En este orden de ideas, iniciaremos realizando un análisis del instituto a partir del contenido de la ley 906 de 2004, y pro seguiremos desarrollando el instituto probatorio en mención desde la perspectiva de la jurisprudencia, a partir de la referencia a algunas providencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y de los tribunales superiores de Medellín, Bogotá y Bucaramanga.

En los capítulos terceros y cuartos por su parte, analizaremos el instituto en mención a partir de lo expuesto por la doctrina, para culminar en un último capítulo, exponiendo las conclusiones pertinentes.

1. DESARROLLO LEGAL DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004

Desde la entrada en vigencia del acto legislativo 03 del 2002, y su desarrollo a través de la ley 906 de 2004 (actual código de procedimiento penal), se contempla en el título III, cuáles son los componentes de la audiencia preparatoria, que, como su nombre lo indica, pretende sentar los cimientos y pautas para el buen desarrollo de la audiencia de juicio oral.

La audiencia preparatoria en el proceso penal tiene como fin, delimitar el alcance probatorio del “tema de prueba”³, al definir concretamente los medios de prueba que tendrán vocación que convertirse en prueba durante el juicio oral y con la intermediación del juez de conocimiento; además, *es la fase donde se busca controlar la aducción de la prueba, y garantizar el derecho al debido proceso*⁴

Es de resaltar que en dicha fase, que denominaremos de “depuración probatoria”⁵, en el capítulo I, título III en los artículos 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361 y 362 del código de procedimiento penal, se describe cómo se ha de desarrollar la misma, a partir de los siguientes ítems: **i)** se dará por terminado el descubrimiento probatorio correspondiente a las partes (excepcionalmente la Fiscalía podrá efectuar un descubrimiento tardío en este momento, que no se entiende como prueba

³ Al respecto, y frente a su diferencia con el “medio de prueba”, ha señalado la CSJ, en SP7570-2016 (40961), M.P. Patricia Salazar Cuellar, que: *Visto de esta manera, sólo pueden tenerse como declaraciones anónimas aquellas manifestaciones de contenido testimonial que el Estado pretende utilizar como medio de prueba de uno o varios aspectos integrantes del tema de prueba en un determinado caso penal.*

⁴ SARAY BOTERO, Nelson. *Procedimiento penal acusatorio. Imputación, Acusación, Preparatoria, Juicio Oral, Procedimiento especial abreviado y acusador privado*. 2° ed. Bogotá D.C., Colombia, Leyer. 2017, ISBN 978 958 769 593 9.

⁵ *Ibidem*

sobreviniente)⁶; **ii**) se enunciarán los elementos que se harán valer en audiencia de juicio oral; **iii**) se dará el espacio para que las partes efectúen estipulaciones probatorias; **iv**) las partes harán las respectivas solicitudes probatorias, pudiéndose incluso presentar controversia acerca de los medios de convicción solicitados para ser incorporados; y por último **v**) la fase de decisión judicial en donde se dispondrá el orden de presentación de la prueba, dándose finalmente cabida a los correspondientes recursos.

De esta forma, el final de la etapa de la audiencia preparatoria, se encuentra enmarcada con la decisión del juez del orden de la presentación de la prueba y los recursos de ley a que haya lugar; sin embargo y para el fin de este trabajo, debemos recordar que el artículo 362 contempla una situación excepcional respecto a la “... *presentación de la respectiva prueba de refutación* ...”

En punto a la excepción referida, el legislador delimitó las instancias en que la misma puede desarrollarse u ofrecerse, disponiendo que, en todo caso, primero tendrá el turno la Defensa y luego la Fiscalía. Así, pues, sin mayor enunciado que lo así descrito, del anterior articulado podemos definir los siguientes aspectos:

i) La existencia de la prueba de refutación dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ello significa, bajo el principio de identidad, que dicha prueba no sólo existe en el ordenamiento jurídico Colombiano, sino que también se rige por los preceptos de validez, y legalidad de la norma, y dentro del cual corresponde al interprete analizar su idoneidad, noción y desarrollo legal.

⁶ Respecto a este tema, ha señalado la CSJ, en AP8489-2016 (48178), M.P. Eyder Patiño Cabrera, que: *En conclusión, una prueba decretada en la audiencia preparatoria no puede ser calificada como sobreviniente pues ha cumplido todo el proceso probatorio. Es necesario tener en cuenta que es posible solicitar una prueba en las condiciones enunciadas, aunque los funcionarios judiciales tendrán que ser muy rigurosos en el escrutinio de las circunstancias en que se conoció, y finalmente, si dentro de la misma audiencia que prepara el juicio se decreta el medio así descubierto, esa decisión no tendrá recurso de apelación, tal como lo establece la ley y lo ha decantado la jurisprudencia.*

ii) La prueba de refutación es una prueba distinta a las pruebas refutada. Entendiéndose como prueba refutada, toda prueba que recae sobre el tema de litigio y la oportunidad para solicitarla deberá ser en el traslado del escrito de acusación, por parte de la fiscalía y la audiencia preparatoria, para la defensa, a su vez, la prueba de refutación recaerá ya no sobre el tema del litigio, si no, sobre el medio de prueba y la oportunidad se dará en audiencia de juicio oral.

iii) La solicitud de la prueba de refutación recaerá en las partes, es decir, se encuentra en cabeza de la Fiscalía y de la Defensa. En este sentido, el artículo 362 contempla que dicha facultad recae sólo en cabeza de la Defensa y la Fiscalía, como las partes legitimadas para solicitar la prueba de refutación. Así, pues, y en el mismo sentido, el artículo 361 del c.p.p. establece la imposibilidad del juez de ser parte en la solicitud a partir de una facultad oficiosa, por cuanto ello iría en contravía de los principios de igualdad, imparcialidad, contradicción, y del derecho de defensa, aspectos sobre los cuales se estructura el sistema acusatorio colombiano.

iv) Y por último, señala que el orden de la prueba será primero las presentadas por la defensa y luego las de la fiscalía. De esta forma el creador de la norma señaló que, encontrándonos dentro de la respectiva excepción, el primer turno sería para la Defensa y luego para la Fiscalía.

2. ALCANCE DEL DESARROLLO QUE, EN MATERIA DE PRUEBA DE REFUTACIÓN, HAN DADO LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE BOGOTÁ, BUCARAMANGA Y MEDELLÍN.

Como ya se expuso, el desarrollo normativo del instituto de la prueba de refutación es nulo en la legislación colombiana, siendo mencionada de forma expresa en una sola única ocasión, sin que a lo largo del código de procedimiento penal se haga alguna acotación adicional al respecto, la cual tampoco se advierte siquiera tácitamente.

Diferente ocurre con otros tipos de pruebas, como la sobreviniente (art. 344 CPP) y la prueba de referencia (art. 437 CPP), donde sí se da un desarrollo más amplio sobre el tema, sin embargo, frente a la presente figura, su consagración en el sistema colombiano se limita a establecer el orden de presentación de las pruebas de refutación y a disponer su presentación a la defensa y el ente acusador, aspectos en los que se profundizará más adelante.

Lo anterior implica, simultáneamente, una dificultad y una oportunidad, pues demanda que el contenido y funcionamiento de esta modalidad probatoria se desarrolle a través de la jurisprudencia y la doctrina, partiendo de un análisis sistemático del sistema adversarial, los principios generales del derecho y las necesidades de la ejecución práctica del derecho penal.

De esta manera, se procederá a realizar un breve recuento de las características de la prueba de refutación, a partir de lo expuesto por diversas autoridades judiciales, como son la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, y los tribunales superiores de Medellín, Bogotá, y Bucaramanga.

Así, pues, en sentencia 43749⁷: proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se aborda la temática a partir de los siguientes aspectos **i)** noción de la prueba de refutación **ii)** sujetos procesales legitimados para solicitar la prueba de refutación **iii)** oportunidad para presentar la prueba de refutación **iv)** práctica **v)** procedencia de recursos contra el auto que admite o niega práctica de la prueba de refutación y **vi)** Prueba de Contra – refutación. Veamos cómo se desarrolla.

2.1 QUÉ SE DEBE ENTENDER POR PRUEBA DE REFUTACIÓN.

Una de las primeras tareas que ha tenido que acometer el intérprete de la norma, ha sido la de establecer qué debe entenderse por prueba de refutación en sentido estricto, y su acepción en sentido general y/o prueba refutada.

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, en sentencia 43749 con ponencia del Magistrado Eugenio Fernández Carlier⁸, en posiciones asumidas y aceptadas por los tribunales superiores de Medellín – Sala de Decisión Penal⁹, y de Bucaramanga – Sala de Decisión Penal¹⁰, puntualiza lo que debe entenderse como tal, de la siguiente manera:

⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Aprobado Acta No. 269, 20, agosto, 2014 M.P. Eugenio Fernández Carlier. [en línea] Disponible en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

⁸ Ibídem

⁹ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala penal, Radicado CUI 050016000207200900214, Acta de aprobación N° 102 10, marzo, 2011, M.P. Nelson Saray Botero

¹⁰ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL, Sala de decisión penal, radicado CUI 680816000 000 2012 00054 (15 – 386 A), aprobado mediante acta No. 496 23, junio, 2017, M.P.: Jesús Villabona Barajas.

2.1.1 Prueba de refutación en sentido general

En todo caso, la prueba de refutación [en sentido estricto] no podrá entenderse por prueba a refutar o prueba refutada¹¹, entendiéndose esta última como prueba a practicar en el juicio oral a petición de una de las partes y es ofrecida, descubierta y solicitada en la fase probatoria ordinaria de la actuación procesal (audiencia preparatoria, a menos que sea sobreviniente y deba cumplirse ese rito en el juicio oral).

Con ellas, cualquiera sea su naturaleza o especie, se busca sustentar las pretensiones expresadas en la teoría del caso o en los descargos, por tanto, su objeto versa sobre aspectos principales de la controversia procesal, probatoria, jurídica y sobre los hechos objeto del juicio y que dieron lugar al adelantamiento de la causa penal¹² (pág.13). Esto implica, necesariamente, que a través de la prueba refutada se pretende abordar el tema de prueba, conforme lo establece el artículo 375 de la ley 906 de 2004.

La Corte Constitucional¹³ en posición compartida por el Tribunal Superior de Medellín¹⁴, en este sentido añadió:

*De acuerdo con lo anterior, las pruebas descubiertas y solicitadas por la Fiscalía y la defensa y, es necesario añadir, por la víctima, en la audiencia preparatoria, con el fin de ser practicadas en el juicio oral, **son sustancialmente diferentes a las pruebas de refutación**, desde el punto de vista de su objeto. Mientras que las primeras buscan demostrar la teoría del caso de la parte que las solicita y las circunstancias que estructuran la responsabilidad penal del acusado o tienden a desvirtuarla, **el objeto de las pruebas de refutación es***

¹¹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

¹² *Ibíd.*

¹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁴ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL, Sala de decisión penal, radicado 050016000 206 2009 15196, acta de aprobación No. 024 (16, febrero, 2016) M.P. Leonardo Efraín Cerón.

el conjunto de elementos que permiten controvertir el mérito probatorio de otras pruebas. La parte que ofrece la prueba de refutación tiene el propósito de atacar la credibilidad de elementos de convicción previamente practicados por su adversario.

2.1.2 Prueba de refutación en sentido estricto. Conforme lo anterior, se advierte que la prueba de refutación en sentido estricto es un medio diferente al refutado, y se dirige directamente a **controvertir, rebatir, contradecir o impugnar aspectos novedosos e imprevistos y relevantes,** suministrados por los **medios de conocimiento practicados en el juicio oral** a petición de la contraparte para sustentar su pretensión.

El Diccionario de la Lengua Española, establece que **controvertir** es *Discutir extensa y detenidamente sobre una materia defendiendo opiniones contrapuestas*¹⁵, y **rebatir** significa *refutar (contradecir con argumentos lo que otros dicen)*¹⁶.

Ahora, el vocablo **contradecir**, evoca el *dicho de una persona: Decir lo contrario de lo que otra afirma, o negar lo que da por cierto; Probar que algo no es cierto o no es correcto*¹⁷, e **impugnar** denota el *Combatir, contradecir, refutar*¹⁸.

¹⁵ REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, RAE, 2018, [en línea] disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=controvertir>

¹⁶ REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE, 2018, [en línea] disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=rebatir>

¹⁷ REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE, 2018, [en línea] disponible en: <https://dle.rae.es/?id=AY61u03>

¹⁸ REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE, 2018, [en línea] disponible en: <https://dle.rae.es/?id=L9Ba8TP>

La Corte Constitucional¹⁹ ,comparte postura asumida por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal²⁰, en el entendido en que:

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 (pág. 33).

(...)

Conviene precisar también lo siguiente. Mediante la prueba de refutación se pretende **restar capacidad demostrativa** a otros elementos de conocimiento. Sin embargo, para hacerlo, la parte que la propone no demuestra una hipótesis más sostenible que aquella que resulta acreditada con la prueba a controvertirse. **La prueba de refutación no propone una «verdad paralela» a la que eventualmente muestra la evidencia que se ataca.** En la práctica, esa estrategia podría conducir a disminuir la credibilidad de los medios de convicción censurados. Indirectamente, una versión más consistente de lo sucedido puede hacer menos verosímil la opuesta. Sin embargo, este no es el sentido de la prueba de refutación. Por ello, en rigor, la prueba de refutación no es solo genéricamente una prueba orientada a restar mérito probatorio a otra (pág. 35).

Así mismo (...) la prueba de refutación puede ser considerada **una «prueba especial», bajo el entendido de que recae sobre otra prueba, no sobre los hechos del caso.** [Y] Su objetivo no es, como el de todas las demás evidencias, acreditar hechos tendientes a demostrar la responsabilidad penal del acusado, o a descartarla, sino a evidenciar que, a su vez, otras pruebas no son creíbles. **Están**

¹⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (pág. 35 y ss).

²⁰ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

instituidas en función de persuadir al juez para que no tenga por cierto lo que ellas indican, no a persuadirlo sobre la ocurrencia, o no, de hechos relativos a la responsabilidad del procesado²¹(pág. 36)

De manera que, respecto a este punto cabe aclarar que la prueba de refutación es dependiente de la práctica de la prueba a refutar, y en todo caso, en lo que tiene que ver con la prueba testimonial, por ejemplo, dependerá, además, de los factores que atentan contra la veracidad de los testigos que no hayan quedado demostrados antes con la figura procesal de la impugnación de la credibilidad. Así las cosas, cabe resaltar que es solamente durante el juicio oral, el momento procesal para solicitar las pruebas de refutación y sustentar su admisibilidad, con arreglo a lo correspondientes criterios establecidos en el Código de Procedimiento penal, en punto a la pertinencia, conducencia y utilidad.

En síntesis, la prueba de refutación se caracteriza por los siguientes elementos²²:

- (i) Su objeto es controvertir la solidez y credibilidad de otra prueba, evidenciar que esta no es creíble, más no acreditar la responsabilidad del acusado ni descartarla;*
- (ii) Únicamente puede ser solicitada y decretada en el juicio oral, pues sólo a partir del resultado de la práctica de la prueba que se pretende rebatir adquiere razón de ser;*
- (iii) Este resultado de la prueba, dado que se conoce solo en la citada audiencia, es naturalmente imprevisto;*
- (iv) Debe estar orientada a disminuir valor probatorio a un elemento que, a su vez, potencialmente demuestre hechos relevantes para los resultados del juicio;*

²¹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256, 31, agosto, 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. pág. 36

²² *Ibíd.*

(v) Su admisibilidad depende de su necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad, determinadas a la luz de su objeto;

(vi) Las pruebas de refutación son diferentes de los medios empleados para impugnar la credibilidad del testigo, por cuanto:

a. estos se encuentran a disposición de la parte que los utiliza antes de que se practica la prueba que se ataca, en tanto la evidencia de refutación sólo surge con posterioridad;

b. mientras que la citada impugnación se realiza a través del contrainterrogatorio, la prueba de refutación se introduce por medio del interrogatorio directo; y

c. la impugnación de credibilidad solo controvierte la prueba testimonial, mientras que la prueba de refutación puede atacar la solidez de otros medios de prueba distintos (pág. 38).

Así las cosas, es claro que su fin (el de la prueba de refutación) no es el de llevar conocimiento al juez sobre el tema principal de prueba del juicio, sino controvertir la solidez y credibilidad de otra prueba y, más exactamente, poner de manifiesto hechos, razones o circunstancias por las cuales otra prueba tiene concretos problemas que impiden creer en lo que aparentemente demuestra.

*Lo anterior muestra que **la prueba de refutación es un elemento a disposición de las partes, de carácter esencialmente estratégico.** Esto, porque **su fin no es demostrar cuestiones de hecho relativas a la responsabilidad del acusado, sino circunstancias que comprometen la credibilidad de otras pruebas practicadas en el juicio oral.** Si bien, indirectamente, la prueba de refutación puede tener consecuencias en la convicción del juez acerca del tema principal de prueba, esa relación no es evidente e Inmediata. El medio de refutación no es de suyo un elemento de persuasión sobre los hechos que convocan el juicio, sino una herramienta permitida entre las partes para controvertir el desempeño de las pruebas.*

El Tribunal Superior de Medellín²³ por su parte, ha venido aportando a la interpretación de la prueba de refutación a través de las providencias, como por ejemplo se advierte en la siguiente posición:

*Del canon 362 de la Ley 906 de 2004 se debe concluir, primero, **que existe la prueba de refutación**; segundo, **que es un derecho de la partes presentar la prueba de refutación**; y, tercero, **que es exclusiva para Fiscalía y Defensa y no para los intervinientes.** (pág. 3)*

En igual sentido a la posición sostenida por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia²⁴, el Magistrado Ponente Dr. Saray Botero²⁵, realiza distinción, entre la noción de la prueba de refutación en sentido general y la prueba de refutación sobreviniente, al adicionar el carácter de sobreviniente.

Prueba de refutación en su acepción general, “*como lo dice el señor abogado defensor, puede tener un sentido general, es decir, aquella que sirva para **contradecir, impugnar** (credibilidad) o **contraprobar**” (pág. 3). (...) La refutación se puede ejercer con otro testigo a través del interrogatorio directo; por supuesto que dicha prueba deberá cumplir con el requisito del descubrimiento (artículo 376 del C.P.P.)*

En contra posición, la prueba de refutación sobrevinientes o en sentido técnico o estricto^{26 27}, es aquella que surge en juicio como evidencia extrínseca. Como es

²³ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, Radicado CUI 050016000207200900214, Acta de aprobación N° 102 (10, marzo, 2011), M.P. Nelson Saray Botero

²⁶ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, Radicado CUI 050016000206 2010 25428, (17, septiembre, 2010), M.P. César Augusto Rengifo Cuello

²⁷ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, aprobación de acta No. 059 (14, abril, 2011) M.P. Santiago Apráez Villota.

prueba de refutación sobreviniente no hay lugar a su descubrimiento en la audiencia preparatoria.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga – Sala Penal²⁸ añade, como dentro de las novedades del nuevo sistema procesal acusatorio nacional, se encuentra la denominada prueba de refutación y sobreviniente, como la de referencia, de las cuales no se ha tenido mayores pronunciamientos, no obstante, su ocasional invocación.

Ad initio, el diccionario de la lengua española, define por refutación, como “acción y efecto de refutar. Argumentar o prueba cuyo objeto es destruir las razones del contrario”.

(...)

En principio, dos aspectos: (i) de orden ontológico: que la prueba ya existe y cuenta el interesado con ella, (ii) del orden procesal: A- que su descubrimiento ha de ser en la audiencia preparatoria, desde luego que sea pertinente, conducente y útil, y juega para el orden de presentación en el juicio. B- excepcionalmente, puede aparecer en el juicio para lo cual ha de seguir la exigencia y rigorismo del artículo 344 ibidem, pues de lo contrario no será posible admitirla (pág. 5).

2.2. SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.

En este sentido, el Código de procedimiento penal denota de manera clara y expresa en el artículo 362, la facultad de solicitar la respectiva prueba de refutación

²⁸ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA, Sala de decisión penal, aprobado por acta. No. 602 15, septiembre, 2014 M.P. Héctor salas Mejía, pág. 4

a las partes, a decir, la fiscalía y a la defensa, siendo primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía.

La Corte Suprema de Justicia - Sala penal²⁹, en este sentido, irroga:

Legitimación. La tienen el procesado y desde luego su defensor y el fiscal. Aunque no hay pautas jurídicas para radicar en cabeza de la defensa con exclusividad la prueba de refutación y en la Fiscalía la contra refutación, ambas partes tienen la posibilidad de ofrecer tales evidencias, según obren bajo el supuesto de hecho que corresponda a la noción que se le ha asignado a cada uno de tales medios (refutación y contra refutación)

No pueden proponer la prueba de refutación i) el Ministerio Público porque la facultad de pedir pruebas la tiene únicamente en la audiencia preparatoria; ii) las víctimas no están autorizadas para formular una teoría del caso propia y la iniciativa en la materia tratada en esta providencia es de las partes no de los intervinientes y iii) al juez le está prohibida la actividad probatoria de oficio. (pág. 19)

La Corte Constitucional³⁰ en acción pública de inconstitucionalidad al demandar el artículo 362, por considerarlo en contravía a los artículos 2, 13, 29, 228 y 229 de la Constitución Política, al considerar el demandante que se vulnera el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas, la Corte ratificó la posición sostenida por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia³¹, al señalar:

“En estos términos, la exclusión de la posibilidad para la víctima de solicitar directamente la práctica de pruebas de refutación se halla plenamente justificada en el mantenimiento del mencionado principio [de igualdad] y como forma de asegurar que el juicio se

²⁹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

³⁰ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³¹ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

desarrolle en condiciones de equidad. La Corte coincide, por ende, con la mayoría de los intervinientes, quienes sostienen entre las partes, en desmedro de las garantías procesales del acusado y del postulado de la igualdad de armas (pág.41).

Así mismo, la mentada sentencia amplía:

- i) **La víctima tiene el carácter de interviniente especial** y le asiste el derecho a intervenir, a concedérsele la tutela especial, las medidas de protección, a los derechos de verdad, justicia y reparación.*
- ii) La intervención de la víctima ha de ser en relación con la intervención de la fiscalía.*
- iii) El constituyente centro y realizó mayor hincapié en la Audiencia de Juicio oral como la piedra angular del proceso penal, y lo acentuó en su carácter adversarial y sobre el delimito **a partir del principio de igualdad de armas, al derecho de partes,** restringiendo de esta manera la intervención de las víctimas dentro de la Audiencia de Juicio.*

La Corte³² resalta respecto al principio de igualdad de armas como parte del núcleo esencial de los derechos de defensa, de contradicción y del principio de un juicio justo, en este punto la igualdad de armas busca garantizar que la acusación y la parte acusada, tengan a su alcance oposiciones reales y ciertas para ejercer sus derechos y las herramientas necesarias para situarse en un equilibrio de potestades y atribuciones en aras de hacer respetar sus intereses. esto se vería quebrantado si el legislador concediera ciertos privilegios o ventajas exclusivas a una de las partes.

Colorario de lo anterior, se puede observar como el intérprete de la norma, ha buscado resaltar y resguardar, la capacidad que tienen las partes, al facultar a la fiscalía y la defensa, para solicitar la prueba de refutación; no sólo por encontrarnos en un sistema de partes, y un sistema adversarial, si no por la protección de los

³² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

principios constitucionales de igualdad de armas, debido proceso y acceso a la justicia.

2.3. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.

En ese entendido, la oportunidad para solicitar la prueba de refutación dependerá en todo caso, del sentido de la misma, es decir, sí se está ante la prueba de refutación en sentido general, la oportunidad para solicitar la misma será en la audiencia preparatoria, así, señala la Corte suprema de Justicia³³ *la audiencia preparatoria impone a las partes obrar con lealtad, ejercer su facultad, deberes y derechos con equilibrio, por lo que opera la regla que esta oportunidad se deben solicitar las pruebas para demostrar los supuestos hasta ese momento conocidos y que resultan necesarios para soportar la teoría del caso o ejercer el derecho de contradicción (pág. 20).*

La prueba de refutación en sentido estricto, por su parte, ha de cumplir la características esenciales, de ser de carácter de novedoso e imprevisto, “*abre la puerta*” o configura la oportunidad para solicitar la prueba en estudio, en Audiencia de juicio oral, y en este sentido posición asumida en igual sentido por la Corte Constitucional³⁴, el Tribunal superior de Bucaramanga³⁵:

La oportunidad procesal para advertir la necesidad de aducir prueba de refutación es el juicio oral, por ser este el momento en el que el aporte de información con la prueba practicada puede

³³ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

³⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁵ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, Sala de Decisión Penal, radicado No. 68276600140 2010 0016 1, febrero, 2016, M.P. Julián Hernando Rodríguez Pinzón

*suministrar datos razonablemente no previsibles antes, lo que constituye uno de los requisitos esenciales que justifican la autorización de la citada prueba*³⁶ (pág. 22).

Conviene recabar en que la prueba de refutación únicamente puede ser solicitada y decretada en el juicio oral, pues solamente allí se vierte el contenido de las evidencias cuya credibilidad se ataca y, en especial, porque solo en ese momento adquiere sentido. Mediante la prueba de refutación se pretende demostrar al juez que una prueba carece de valor probatorio, por medio de la demostración de un hecho que lleva a esa conclusión. No obstante, antes del juicio oral son inciertas las pruebas que efectivamente se practicarán, dado que las partes pueden renunciar a los elementos debidamente descubiertos y solicitados y se desconocen los exactos términos de las teorías del caso que buscarán demostrar³⁷.

Cabe resaltar que la prueba de refutación, no es un mecanismo idóneo para revivir etapas preclusivas, así mismo [o] *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 de 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.*

El Tribunal Superior de Bucaramanga³⁸, sintetiza: *la prueba de refutación se caracteriza por los siguientes elementos: (...) (ii) **únicamente puede ser solicitada y decretada en el juicio oral, pues solo a partir del resultado de la práctica de***

³⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit. pág. 22.

³⁷ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 31, agosto, 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁸ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, sala de decisión penal, radicado CUI 680816000 000 2012 00054 (15 – 386 A), aprobado mediante acta No. 496 (23, junio, 2017), M.P.: Jesús Villabona Barajas.

la prueba que se pretende rebatir adquiere razón de ser. (iii) Este resultado de la prueba, dado que se conoce solo en la citada audiencia, es naturalmente imprevisto (...)

El Tribunal superior de Medellín en sentencia³⁹, incoa como, la prueba de refutación comparte con la prueba sobreviniente el hecho de que al tratarse de una evidencia “*muy significativa debe ser encontrada durante el juicio o al menos debe surgir evidente su utilización en el desarrollo del juicio*”.

Por su parte el tribunal de Medellín⁴⁰ según el *A - quo*, el momento procesal para solicitar la prueba de refutación es antes de darse por terminado el interrogatorio del testigo de la contraparte, toda vez que puede darse varias pruebas de refutación para un mismo testigo. Sin embargo, el *Ad - quem* considera que “*no es razonable, ni practico, que cuando está declarando un testigo y se advierte la necesidad de refutar alguna de sus respuestas en ese mismo instante, como si se tratara de objeciones*”.

Magistrado ponente Dr. Santiago Apráez Villota⁴¹, denota, así mismo, [la] **prueba de refutación comparte en esencia la misma naturaleza de la prueba sobreviniente, en el entendido que debe tratarse de una evidencia muy significativa que debe ser encontrada durante el juicio** o al menos que surja evidente su utilización en desarrollo del mismo, su finalidad es distinta como ha sido dicha precisamente por el autor Alejandro Decastro (pág. 9).

*En cuanto a la prueba se encuentra limitada a controvertir una materia concreta de la evidencia a refutar y **en ningún caso puede abrir la***

³⁹ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, aprobación de acta No. 059 (14, abril, 2011) M.P. Santiago Apráez Villota.

⁴⁰ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, Radicado CUI 050016000206 2010 25428, (17, septiembre, 2010), M.P. César Augusto Rengifo Cuello

⁴¹ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, aprobación de acta No. 059 (14, abril, 2011) M.P. Santiago Apráez Villota.

***puerta** para que se convierta en una oportunidad adicional a la legamente concebida a las partes para lograr el decreto y practica de pruebas orientadas a obtener apoyo a su teoría del caso.*

El Tribunal de Bogotá⁴² añadió respecto a los reseñado por el a quo, al rechazar el recurso del defensor, sobre la prueba de refutación por considerar que la prueba debió solicitarse en audiencia preparatoria, el recurrente argumento que el momento debía ser en la Audiencia de Juicio Oral.

2.4. PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

De esta manera, la práctica de la prueba de refutación no dependerá de la acepción de la misma, a decir, en sentido general o en sentido estricto, sin embargo, en lo que corresponde a la etapa procesal dable para su ofrecimiento, descubrimiento, y criterios de admisibilidad, sí varía según el sentido de la misma.

Respecto a la prueba de refutación en sentido general. La necesidad de aducir prueba de refutación es en audiencia preparatoria, así como su ofrecimiento, descubrimiento, y criterios de admisibilidad no requiere protocolos especiales, el mismo sí debe solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada.

A consideración de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal⁴³, acogida por el Tribunal Superior de Bucaramanga – Sala Penal⁴⁴, advierte respecto a la prueba de refutación en sentido estricto:

⁴² TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Penal, Radicación 110016000055 2012 00285 02, aprobado: Acta número 064 (25, junio, 2018) M.P. Juan Carlos Garrido Barrientos.

⁴³ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

⁴⁴ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, Sala de Decisión Penal, radicado No. 68276600140 2010 0016 (1, febrero, 2016), M.P. Julián Hernando Rodríguez Pinzón

*Y, en todo caso, si es procedente tiene que identificar de la prueba refutada los factores indicativos de la prueba de refutación relacionados con la **credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o probabilidad** de aquella. Así como dentro de los criterios de admisibilidad se deberá demostrar su **necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad** (pág. 22).*

La práctica y el orden de recepción de la prueba de refutación no es discrecional de las partes o del juez, *el legislador lo estableció en el artículo 362 del C de P.P., de tal manera que si la prueba refutada es de la **Fiscalía deberá practicarse a continuación la refutación de la defensa**, a fin de que el Juez se forme de manera integral el juicio acerca de la prueba cuestionada y viceversa* (pág. 23).

La Corte Suprema de Justicia – Sala Penal⁴⁵, retomado por el tribunal superior de Bucaramanga – sala penal⁴⁶ en los criterios de admisibilidad ha establecido que la prueba de refutación al ser un evento excepcional, el solicitante deberá demostrar su necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad, de conformidad con la naturaleza y fines que en esta providencia se le han asignado a dicho medio, como ya se ha señalado, que no son los mismos de la prueba refutada, ni de las pretensiones de las partes en el proceso.

⁴⁵ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

⁴⁶ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, Sala de Decisión Penal

2.5. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE ADMITE O NIEGA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

La Sala penal de la Corte Suprema de Justicia considera que la providencia que resuelve sobre la prueba de refutación no es recurrible⁴⁷, posición asumida por el Tribunal del distrito judicial de Bucaramanga – Sala penal en sentencia⁴⁸, bajo el entendido en que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, *así 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 (pág. 25)*

A juicio de la Sala 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, los fines del proceso penal y aplicado 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,***

⁴⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

⁴⁸ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, Sala de decisión penal, radicado CUI 680816000 000 2012 00054 (15 – 386 A), aprobado mediante acta No. 496 (23, junio, 2017), M.p.: Jesús Villabona Barajas.

conducencia, pertenencia o utilidad y la correspondiente crítica en el traslado de la solicitud a la contraparte.

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 (pág. 26).

A juicio del Tribunal Superior de Medellín⁴⁹, en donde revocó la decisión del A – Quo al negar la práctica de la prueba de refutación, el Ad – Quem ordeno la práctica al afirmar:

Ya se dijo, que si bien la prueba de refutación puede presentarse antes del juicio, en la audiencia preparatoria, cuando precisamente alguna de las partes para ese momento cuenta con la evidencia para refutar la prueba cuya práctica solicitara en el juicio su contraparte; es por excelencia, en el curso del juicio, al surgir sorpresivamente una nueva evidencia, que para la contraparte se torna necesaria y pertinente desvirtuar, la oportunidad para demandar o presentar la prueba de refutación (pág. 8)

⁴⁹ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala penal, Radicado CUI 050016000207200900214, Acta de aprobación N° 102 (10, marzo, 2011), M.P. Nelson Saray Botero

2.6. PRUEBA DE CONTRA – REFUTACIÓN

Aun cuando las pautas jurídicas, no señalaron que debía recaer sobre la defensa, la solicitud de prueba de refutación o sobre la fiscalía la prueba de contra- refutación, lo cierto es que, ambas partes tienen la posibilidad de ofrecer tal evidencia. Así como corresponda.

La Corte suprema de Justicia – Sala Penal⁵⁰ en este sentido, ha instituido sobre la prueba de 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 (pág. 24).*

2.7. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

De esta manera, podemos concluir que de acuerdo a las providencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal y los Tribunales de Bogotá, Bucaramanga y Medellín **i)** existen dos formas de entender la prueba de refutación: en sentido general y en sentido estricto; entendiendo esta última, como prueba que busca refutar el medio refutado o prueba refutada (en sentido general) **ii)** dependiendo del sentido que se trate, la oportunidad para solicitar la prueba varía entre la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral; y deberá solicitarse de manera inmediata a la prueba a refutar.

iii) la carga argumentativa es mayor que para una prueba en sentido general, pues hay que sustentar la novedad de la prueba y la razona imposibilidad de haber

⁵⁰ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Op. Cit.

previsto su necesidad en una etapa anterior del proceso; **iv)** no hay consenso sobre la procedencia de recursos de reposición y/o apelación contra el auto que admite o niega la prueba de refutación; **v)** es posible realizar varias interpretaciones sobre el orden en que se practican las pruebas, **vi)** existe la prueba de contra - refutación, bajo las mismas reglas que la prueba de refutación.

3. PRUEBA DE REFUTACIÓN A PARTIR DE LA DOCTRINA Y LA ACADEMIA NACIONAL

Así mismo, por medio de la doctrina, también se ha venido analizando el instituto jurídico de la prueba de refutación, de esta manera y en adelante se procederá a emprender un breve repaso de la construcción que se ha dado a través de la academia y la doctrina nacional del instituto en estudio. En este se encontrará disensiones con la visión jurisprudencial de la figura, y una profunda influencia de la tradición judicial angloamericana, algo lógico considerando que el sistema de *common law* fue uno de los principales puntos de inspiración para la adaptación de la adversarialidad en el derecho penal nacional.

Cabe aclarar que la prueba de refutación, como es concebida por la doctrina, no implica un medio de conocimiento distinto a los demás reconocidos en el procedimiento penal para el esclarecimiento de la verdad, sino una situación especial de la prueba, que le supone ciertas reglas particulares sin afectar el núcleo de los principios del sistema adversarial y, al contrario, garantizando su realización.

Antecedentes nacionales

El autor Decastro⁵¹ relaciona los antecedentes de la prueba de refutación consagrada en el estatuto de procedimiento penal de 2004, con la figura de *prueba derivada o sobreviviente en la audiencia de juzgamiento*, presente en los sistemas de corte inquisitivo o mixto que predominaron en Colombia antes de la implementación del sistema penal acusatorio. (p.93)

⁵¹ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *La prueba de refutación. Discusiones, naturaleza y viabilidad*. Bogotá D.C., Colombia: Defensoría del Pueblo, octubre de 2016, ISSN: 2390 - 0008.

Dicha figura se consagró de forma expresa mediante el Código de Procedimiento Penal de 1991; sin embargo, el autor localiza que antes de esto, por vía jurisprudencial, se había reconocido la posibilidad de que en audiencia de juzgamiento “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.*”⁵². Lo anterior, dentro del marco regulatorio de los Códigos de Procedimiento Penal de 1971 y de 1987, sustentándose en el derecho de contradicción y en las amplias facultades del juez para decretar las pruebas que considerase necesarias.

Sobre el Código de 1991, el mismo autor⁵³ señala que:

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. (p.95)

Con la aprobación de la Ley 600 de 2000, se derogó el Código de 1991 y, sin renovarla, la consagración de la figura de la prueba derivada; “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.”⁵⁴

Zetien⁵⁵ de otro lado, encuentra fundamento para la prueba de refutación durante la vigencia de la Ley 600, cobijándose en el *principio de integración o remisión* que supone que, para aquellas materias no reguladas expresamente por el código

⁵² Ibíd. p. 94

⁵³ Ibíd.

⁵⁴ Ibíd. p. 98

⁵⁵ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *La prueba de refutación en el proceso penal (reimpreso)*. Bogotá D. C., Colombia Ibáñez. 248 páginas, 2019 ISBN 978 958 749 686 4.

procesal penal o leyes especiales, son aplicables las disposiciones del código de procedimiento civil vigente (p.70). De tal forma, en el articulado de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, y la Ley 1564 de 2012:

Se ubica la normativa que sustenta la refutación o contradicción, es decir, la posibilidad de ofrecer prueba contra otra prueba, en la oportunidad de ley previamente o posterior, para controvertir o explicar la prueba presentada por la otra parte. (p.71)

En cualquier caso, fue con el Sistema Penal Acusatorio aprobado en la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente, que se consagró por primera vez y de forma expresa la prueba de refutación, denominada de esa forma y dando pie a su desarrollo jurisprudencial y doctrinal como se conoce hoy en día.

3.1 QUÉ SE DEBE ENTENDER POR PRUEBA DE REFUTACIÓN.

A partir de la lectura e interpretación del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal vigente, autores como Decastro⁵⁶, Parada⁵⁷, Saray⁵⁸ o Zetien⁵⁹ coinciden en identificar dos sentidos distintos, atribuidos a la prueba de refutación, que, si bien guardan similitudes esenciales, vale la pena diferenciar: *sentido general* y *sentido estricto*.

⁵⁶ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. Op. Cit..

⁵⁷ PARADA RUEDA, Rodrigo Javier, Prueba de referencia, de refutación, sobreviniente y otros comentarios al respecto. En la obra de los coordinadores académicos de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo “Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio” Colombia“ Bogotá D.C, resultados propios, próximo publicar.

⁵⁸ SARAY BOTERO, Nelson. Op. Cit.

⁵⁹ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. Op. Cit.

3.1.1. Prueba de refutación en sentido general. Dicha diferenciación obedece a que la *refutación*, en sentido general, no es una función limitada a una forma específica de la prueba, sino que es acometida mediante el uso de diversos medios permitidos en el curso del juicio oral, como el contrainterrogatorio o la impugnación de la credibilidad; al fin y al cabo, refutar implica, ateniéndose a lo literal de las palabras, “Contradecir, rebatir, impugnar con argumentos o razones lo que otros dicen.”⁶⁰. Coherentemente, la refutación:

*[...] tiene el específico fin de controvertir sus contenidos para determinar la eficacia, legalidad, mismidad o alcance del producto probatorio construido y con el que se debe resolver el problema jurídico que dio origen al proceso o también se puede cuestionar otro medio u órgano de prueba*⁶¹.

De otro lado, tal como Jaramillo⁶² es citado en Zetien

*Podríamos definir la refutación como una de las partes del discurso jurídico que tiene como objeto **rebatir** o **contradecir** las pruebas y las posiciones (como la teoría del caso) que asumen las partes o lo operadores jurídicos en un proceso*⁶³.

Así pues, el primer sentido es el de la prueba de refutación en sentido, lato, laxo o *general*.

Decastro⁶⁴ entiende la prueba de refutación en este sentido, de acuerdo con la definición del Módulo IV para defensores públicos, es decir, como “*la prueba que se*

⁶⁰ RAE.: Real Academia Española. Refutar. Madrid [en línea] disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=refutar>

⁶¹ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit. Op. Cit.* 625.

⁶² CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, Oralidad, redacción, argumentación y texto jurídico, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, p. 704.

⁶³ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit. p. 74.*

⁶⁴ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit.*

ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor” (p.15). La misma definición es acogida por Saray⁶⁵

Por su parte, basándose en la doctrina angloamericana de GIFIS, Parada⁶⁶ señala sobre la misma que la prueba de refutación en sentido general es aquella que:

*[se] “distancia, contradice, o de otra manera refuta la evidencia del adversario por cualquier medio y consiste simplemente en **menoscabar** o **anular** la fuerza de convicción” 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.*

De otro lado, Zetien⁶⁷ identificando este sentido como el más correspondiente con la intención del legislador en la Ley 906 de 2004, expresa lo siguiente:

De la lectura del artículo 362 de la Ley 906 de 2004, estimo que se advierte de manera expresa, la consagración de un concepto de prueba de refutación genérico por el legislador, porque se busca a través de ésta, controvertir por la respectiva parte, antes del juicio oral, desde la audiencia preparatoria, la prueba que se practicará por la contraparte; además se encuentra ubicada la norma dentro del capítulo que trata sobre el trámite de la audiencia preparatoria y no taxativamente dentro del trámite de la audiencia de juicio oral [...]. (p. 78)

Así pues, sintetizando lo visto, el sentido laxo de la prueba de refutación la identifica como aquella orientada a sustentar la teoría del caso de quien la presenta, y a refutar una prueba de la contraparte, que fue prevista por la parte interesada y, por tanto, solicitada en audiencia preparatoria.

⁶⁵ SARAY BOTERO, Op. Cit. p. 695.

⁶⁶ PARADA RUEDA, Rodrigo Javier, Op. Cit.

⁶⁷ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. Op. Cit.

Es importante hacer énfasis en la última característica, con el objetivo de facilitar la comprensión de este sentido y el que se explicará más adelante. La prueba de refutación no versa sobre el tema central del proceso (en este caso, la configuración o no de un delito tipificado), es decir “*the issue of the case*”⁶⁸. Dicho concepto nos permite establecer una diferencia clara entre las pruebas encaminadas a sustentar la teoría del caso propia de cada parte, identificadas como *prueba refutada*⁶⁹, de aquellas que el interesado aporta con el objetivo de atacar la prueba del adversario, y, por tanto, son susceptibles de ser tratadas como pruebas de refutación.

De tal forma, la prueba de refutación ya sea en sentido laxo o sentido estricto, el cual se estudiará a continuación, se circunscribe en la necesidad de la parte de oponerse a los medios de prueba propuestos por la contraparte, pero no a reforzar su propia versión de los hechos, dado que en ese caso se estaría hablando de pruebas directas. Como señala acertadamente Saray⁷⁰ “*Con la prueba de refutación no se busca fundar la certeza del juez sobre los hechos y las circunstancias del suceso criminal, el autor y su responsabilidad penal.*”,(p. 698). Continúa más adelante indicando que:

El propósito de la prueba de refutación 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, por tanto, la prueba de refutación no se extiende a materias diferentes a las señaladas. (p. 698)

Podemos observar, además, que, en este sentido laxo, la prueba de refutación no presenta grandes diferencias respecto a las reglas generales aplicables a otros medios de prueba, pues se le imponen los mismos requisitos de oportunidad, pertinencia y admisibilidad, establecidos en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004.

⁶⁸ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro Op. Cit.. p. 65

⁶⁹ SARAY BOTERO, Nelson. Op. Cit. p- 697

⁷⁰ *Ibíd.*

3.1.2. Prueba de refutación en Sentido estricto. Como se había adelantado, a parte del sentido general de la prueba de refutación, se encuentra la categoría de prueba de refutación en sentido estricto o técnico.

Esta forma de prueba de refutación surge cuando “la posibilidad del empleo de la prueba de refutación surja durante la práctica de las pruebas en el juicio oral, en pleno desarrollo de cualquiera de las pruebas (...)”⁷¹, requiriendo así mismo tener un carácter inesperado, sorpresivo e imprevisible.

Así pues, encontramos que Decastro⁷² establece lo siguiente al respecto de este tipo de prueba:

*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. (p.16)*

Parada, por su parte, concluye a partir del análisis jurisprudencial que:

*i. La prueba de refutación en sentido estricto es aquella que nace luego de practicada la prueba de refutación en sentido general (o también llamada prueba refutada) , ii. Por tanto, nace en el desarrollo del juicio, y iii. Pretende rebatir la credibilidad de la prueba practicada en el juicio oral.*⁷³

Así pues, en este caso encontramos una prueba que surge de la necesidad de oponerse a una prueba practicada por la contraparte, haciendo necesario énfasis en la expresión “practicada”. Lo anterior es debido a que, en este sentido de la prueba de refutación, la misma surge como necesidad para oponerse a un hecho o

⁷¹ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.* p. 78

⁷² DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit*

⁷³ *Ibíd.*

circunstancia que no era esperable o previsible antes de la práctica probatoria. De otra forma, la correspondiente prueba de refutación habría sido solicitada en audiencia preparatoria.

En el caso de la prueba de refutación así vista, la parte afectada por la prueba refutada se enfrenta a una pieza de información que no hubiera podido prever en etapas ya precluidas del proceso, creando con ello una situación de desequilibrio entre las partes confrontadas.

De tal forma, se justifica el carácter extraordinario de la prueba de refutación, permitiendo que la misma pueda ser descubierta y admitida para su práctica en el proceso, a pesar de no haber sido solicitada en audiencia preparatoria. Con ello se logra restablecer el equilibrio perdido con la situación razonablemente inesperada o imprevisible.

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 contraria⁷⁴.

Esto se entiende mejor cuando se recuerda que uno de los principios fundamentales del proceso adversarial, es la igualdad de armas entre las partes como asiento de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Es por ello por lo que, en

⁷⁴ *Ibíd.* p. 32

etapas como la acusación y la audiencia preparatoria, las partes tienen la obligación de descubrir los medios probatorios de que disponen para sustentar sus cargos o descargos, y en el caso de la fiscalía, también aquellos que sean beneficiosos para su contraparte, de forma que a cada parte le constan los elementos y teoría de caso de su contraparte, y puede con ellos estructurar su propia estrategia.

Cuando durante la práctica de la prueba refutada, en pleno juicio oral, surge una nueva pieza de información que no era previsible antes, siempre de acuerdo con un principio de razonabilidad, se deshace la igualdad de armas y la prueba de refutación surge como una forma de respuesta para garantizar el derecho a contradicción. Por supuesto, de acuerdo con esta lógica, se justifica también el concepto de prueba de contra - refutación, el cual se estudiará más adelante.

Así, vistos los dos sentidos de la prueba de refutación, es interesante observar cómo Zetien⁷⁵ sintetiza una definición común, capaz de englobar ambas concepciones:

*En nuestro concepto, bajo la perspectiva del derecho procesal penal colombiano, el instituto de la prueba de refutación hace referencia a la evidencia o elementos material probatorio que se pide por la fiscalía o la defensa en la audiencia preparatoria o seguido a la práctica de una prueba en el juicio oral, cuyo fin es **controvertir, explicar, contradecir o desestimar el valor de la prueba presentada o practicada por la contraparte**; la cual no pudo ser prevista razonablemente en los momentos procesales de descubrimiento de la prueba de la respectiva parte y que en todo caso, derivó de determinada evidencia presentada o practicada con el objeto de contradecirla o refutarla. (p. 79)*

⁷⁵ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.*

3.1.3. Características de la Prueba de Refutación. Zetien⁷⁶ hace, así mismo, una síntesis de las principales características de la prueba de refutación de acuerdo con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín⁷⁷, como sigue:

1. *Es evidencia, por tanto, debe cumplir con los requisitos de pertinencia y admisibilidad de toda prueba (Art. 357.2 SAP)*
2. *Su finalidad es contradecir, contraprobar o explicar cierta evidencia ofrecida por la contraparte.*
3. *La prueba de refutación se puede pedir desde la audiencia preparatoria (en sentido general).*
4. *Surge en el juicio oral de manera inesperada (por tanto, es excepción al deber de descubrimiento), pero se deben sentar las bases o fundamentos probatorios. En sentido técnico.*
5. *La prueba debe ser razonablemente imprevista, esto es, no previsible desde la audiencia preparatoria. (p.80)*

Además, recoge algunas características adicionales:

- La prueba de refutación puede consistir en cualquiera de los medios de prueba legalmente permitidos.
- La prueba de refutación en sí misma no constituye una modalidad probatoria o medio de conocimiento adicional a los reconocidos en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004.
- Su decreto debe ser motivado ante el juez de conocimiento o tribunal, y es susceptible de los recursos de Ley, en efecto suspensivo.
- En caso de recurso de apelación contra el auto que niega su práctica, la prueba también puede ser decretada por el juez o tribunal de segunda instancia.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, Sala de Decisión Penal. Auto del 13 de marzo de 2013, radicado 2012-63703, M.P. Nelson Saray Botero, referenciada en la obra de Zetien Castillo, Jaime Alfonso. *La prueba de refutación en el proceso penal (reimpreso)*. Bogotá D. C., Colombia Ibáñez. 248 páginas, (2019) ISBN 978 958 749 686 4.

- La prueba de refutación sólo puede ser solicitada por la fiscalía o la defensa, excluyendo a la víctima o el ministerio público.
- La práctica de la prueba de refutación se realiza en juicio oral.
- La prueba de refutación corresponde en primer turno a la defensa, y en segundo turno a la fiscalía.
- No existe límite o prohibición, adicionales a la razonabilidad y justificación exigida a la prueba de refutación, para que una misma parte realice más de una solicitud en el curso del juicio oral. (pp.80-82)

3.2. SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN.

Un punto fuera de discusión para la doctrina es la legitimación para solicitar la prueba de refutación, deviniendo esto de lo literal del artículo 362 de la Ley 906 de 2004. De dicho artículo se desprende que las partes legitimadas para solicitar este tipo de prueba son las partes, es decir, la defensa y la fiscalía^{78 79}.

Por descarte, según la regla anterior, la Víctima y el Ministerio Público no cuentan con la posibilidad de solicitar este tipo de pruebas. No obstante, cabe recordar que la fiscalía debe velar por el interés de la víctima, y en dicha posición, solicitar las pruebas de refutación que considere pertinentes para la satisfacción de dichos intereses.

Sin embargo, considera Zetien⁸⁰ un evento específico en que la víctima podría solicitar prueba de refutación:

⁷⁸ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.* p. 120

⁷⁹ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit.* p. 701.

⁸⁰ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit*

La víctima en el trámite del artículo 357 del CPP, podrá incluir en sus peticiones probatorias prueba de refutación, en la medida que conoció el descubrimiento probatorio de la defensa y el turno que tiene durante la audiencia preparatoria es anterior a éstas y seguido al de la fiscalía. (p.126)

3.3. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

La doctrina coincide en apreciar que la oportunidad adecuada para solicitar la práctica de la prueba de refutación en sentido general es la audiencia preparatoria, es decir, el momento ordinario de solicitud probatorio. De nuevo, teniendo como fundamento el artículo 362 de la Ley 906 de 2004, que se sitúa en el título III del libro III de dicho estatuto procesal.

En este sentido, de acuerdo con Zetien⁸¹ la prueba de refutación podrá ser solicitada a partir de la audiencia preparatoria, con fundamento en los artículos 357 y 358 del Código de Procedimiento Penal, una vez descubiertas las evidencias por las partes (p. 114).

El mismo autor retrata también la siguiente posibilidad:

Particularmente estimo que también podría pedirse prueba de refutación durante la audiencia preparatoria, seguido a la terminación de la solicitud probatoria de cualquiera de las partes (Fiscalía o defensa), la víctima e incluso el Ministerio Público, **al derivarse la necesidad intempestiva e inesperada, de ofrecer prueba que refute la credibilidad o materia de la prueba de la contraparte y del Ministerio Público, conforme a la sustentación que se brindó**, o bien a retiro o no solicitud de determinado medio de prueba que previamente se había descubierto y enunciado. (p.114)

⁸¹ Ibíd.

Sin embargo, en lo que respecta a la prueba de refutación en sentido estricto, no se entiende que la misma cree una nueva oportunidad para solicitar pruebas, en la cual las partes puedan corregir sus omisiones o negligencia de la audiencia preparatoria⁸² ⁸³. Como se ha indicado anteriormente, la necesidad de la prueba de refutación en este sentido surge para contraprobar, controvertir, contradecir o explicar una evidencia que durante su práctica aporta información que no era previsible anteriormente. Es decir, surge como nueva en sede de juicio oral, etapa procesal en la que la única previsión sobre una posible solicitud probatoria es la de la prueba sobreviviente indicada en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004, y siempre con un carácter excepcional.

*Quiero indicar que la petición de refutación es continua a la terminación del medio de prueba respectivo de la parte y no esperar que se inicie con otros medios de prueba o incluso, que terminen todas las pruebas previstas para dicha parte, porque en esa medida, se perdería la razón, motivo o justificación de la prueba de refutación.
(p.116)*

3.4. PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

La prueba de refutación, como ya fue indicado, aunque específica y autónoma, no implica una categoría adicional de medio de conocimiento, sino que supone una consideración especial por su finalidad. Por tanto, su práctica está sujeta a las mismas formalidades que los demás medios de prueba permitidos en el proceso penal, siempre que se respete el principio de legalidad⁸⁴

Conforme a lo anterior, la prueba de refutación, independientemente del sentido que se trate, debe ser practicada en juicio oral, de acuerdo con las ritualidades del

⁸² ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.* p. 113

⁸³ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit* p. 700

⁸⁴ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit* p. 142

sistema penal acusatorio, en lo que respecta a los principios de publicidad, intermediación, concentración y contradicción. Así mismo, si se trata de una prueba documental, deberá ser ingresada mediante un testigo⁸⁵

En cuanto al orden de presentación de la prueba de refutación, esta es la única materia que el código de procedimiento penal de 2004 regula sobre la figura, y, aun así, no tiene una interpretación única e inmediata, sino que ofrece varias posibilidades.

Se recuerda, entonces, que dicho estatuto establece que primero se practicarán las pruebas de la fiscalía y, a continuación, las de la defensa, mientras que para las pruebas de refutación de sigue el orden contrario; valga la obviedad, primero las de la defensa y a continuación las de la fiscalía. De lo anterior deviene que Decastro⁸⁶ identifique dos posibles formas de presentación de la prueba, así:

La modalidad consecutiva:

CASO FISCALÍA → CASO DEFENSA → REFUTACIÓN DEFENSA
→ REFUTACIÓN FISCALÍA

O la modalidad intercalada:

CASO FISCALÍA → REFUTACIÓN DEFENSA → CASO DEFENSA
→ REFUTACIÓN FISCALÍA. (p.139)

Es decir, que, en una modalidad consecutiva, en primer lugar, se presentarían las pruebas de cargo de la fiscalía; en segundo lugar, las pruebas de descargo de la defensa, y, una vez finalizada la práctica de las pruebas directamente relacionadas con el objeto del litigio, en tercer lugar, las pruebas de refutación de la defensa y en último lugar las de la fiscalía.

⁸⁵ *Ibíd.* p. 143

⁸⁶ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit*

Por el contrario, en la modalidad intercalada, de forma inmediata a la práctica de la prueba refutada de la fiscalía, se daría paso a la prueba de refutación de la defensa; una vez culminada la fase de cargos sin que queden más testigos de refutación de la defensa, se pasaría a la práctica de las pruebas refutadas de la defensa, seguida de las pruebas de refutación de la fiscalía.

El mismo auto señala que:

*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. (p.141)*

Sin embargo, indica que es preferible la modalidad intercalada a la consecutiva, dado que permite que el juez presencie de forma inmediata el contraste entre la prueba refutada y la prueba de refutación, permitiéndole así una mejor oportunidad para emitir un juicio adecuado a la verdad.

La solicitud, en caso de realizarse en audiencia preparatoria, debe ser resuelta por el juez de conocimiento en el auto que niega o admite la práctica de pruebas en juicio oral; de otro lado, si se solicita durante curso del juicio oral, la admisión o negación por parte del juez deberá ser inmediatamente después a la solicitud elevada por la respectiva parte, una vez escuchada la parte contraria sobre la viabilidad de esta⁸⁷.

Dicha solicitud no está exenta de carga argumentativa. Como expresa Zetien⁸⁸. “[d]ebe la parte explicar de manera clara y sucinta la viabilidad de la práctica, que

⁸⁷ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit p. 115*

⁸⁸ *Ibíd*em

conlleva a demostrar a **necesidad, conducencia, pertinencia** y **utilidad** de la evidencia de refutación, de conformidad con su objeto y características” (p. 128); postura que también sostienen Saray⁸⁹, y Decastro⁹⁰. A ello lo que además debe agregar la identificación del medio de prueba al cual va dirigida la refutación; el tema u objeto de prueba; justificar la razonabilidad de la imprevisibilidad de la prueba en anteriores oportunidades⁹¹

Tampoco debe olvidarse el sustrato de novedad que se le demanda a este tipo de prueba. Como expresa Saray⁹².

*Las pruebas de refutación han de tener un **sustrato de novedad respecto de su propósito para que no terminen sustituyendo las que se propusieron por las partes en la fase ordinaria del proceso como demostrativas del objeto del juicio**, ni tampoco puede aquella desplazar lo que debe hacerse conforme a su objeto específico, a través de otros medios, con los que no se puede confundir la refutación examinada. (p.699)*

Es esencial para que proceda la solicitud en audiencia de juicio oral, que la necesidad de la prueba no fuera previsible en audiencia preparatoria. Como explica el mismo autor⁹³:

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. (p. 703)

⁸⁹ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit p. 703*

⁹⁰ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit p. 148*

⁹¹ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit p. 129*

⁹² SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit*

⁹³ *Ibíd.*

De otro lado, es importante señalar la existencia de la *doctrina de la materia colateral*, que pone de presente Decastro⁹⁴, con origen en la práctica angloamericana. De tal forma, el mismo autor señala que:

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). (p.61)

No obstante, la no colateralidad no debe confundirse con que la materia de la prueba de refutación deba encaminarse a apoyar los cargos o la teoría del caso de la parte que la presenta, pues en tal caso, necesariamente, la misma podría haber sido prevista en audiencia preparatoria como prueba directa del caso y desvirtuaría su naturaleza de refutación. Lo que implica realmente es que, a pesar de que la prueba de refutación se oriente a contradecir o desvirtuar una prueba en específico de la contraparte, dicha relación debe ser relevante para el caso, de forma que se prevenga un bucle constante de pruebas de refutación y contra-refutación que nada aporten a la solución del proceso.

⁹⁴ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit* p. 60

3.5. RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE ADMITE O NIEGA PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

El auto que admite o niega la prueba de refutación en sentido general, siendo el mismo auto que niega o admite la práctica de pruebas en juicio oral, es claramente susceptible de recursos de reposición o apelación⁹⁵.

Respecto a la prueba de refutación en sentido estricto⁹⁶, y se acogen a la postura jurisprudencial, de acuerdo con la cual no proceden recursos contra el auto que niega o admite la prueba de refutación.

El primero de los autores añade también que:

*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 sustancia, propósitos que pospone en el tiempo lo que se ha de resolver en la sentencia que ponga fin al proceso. (p.705, 708)*

Zetien⁹⁷, Decastro⁹⁸, y Parada⁹⁹ sostienen que sí es posible interponer recursos de reposición y apelación contra el auto que admite o niega la prueba de refutación (p.117) cuando esta se solicita en el curso de la audiencia de juicio oral.

Este último es enfático en su oposición a la posición de la Corte Suprema: “*En nuestro sentir, la anterior precisión contraviene lo dispuesto en el artículo 20, y no*

⁹⁵ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.* p. 117

⁹⁶ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit.* p. 705

⁹⁷ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.* p. 117

⁹⁸ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit.* p. 146

⁹⁹ PARADA RUEDA, Rodrigo Javier, *Op. Cit.* p. 14

tiene mayor soporte jurídico que el mero capricho de la alta corporación, cuestión que es, a todas luces, atentatoria del debido proceso.” (p.14)

Por su lado, Parada¹⁰⁰ afirma que:

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. (p.)

3.5.1 Prueba de Refutación y otros medios de contradicción. La doctrina diferencia la prueba de refutación de otros medios de prueba o técnicas para el ejercicio de la refutación en el curso de un proceso penal, en especial, del conainterrogatorio y la impugnación de credibilidad.

En el primer caso, es fácil comprender la diferencia, en tanto el conainterrogatorio constituye un derecho de la defensa y la fiscalía respecto a los testimonios presentados por su contraparte. En ningún momento constituye un medio probatorio adicional. En cambio, sí podría haber confusión en cuanto a la prueba de refutación y la impugnación de la credibilidad, en tanto el segundo caso se vale de medios probatorios adicionales al testigo, y, en ambos casos su uso va encaminado a refutar¹⁰¹. Sin embargo, es fácil aclarar esto cuando se considera que

El Código de Procedimiento Penal colombiano se refiere por separado a la prueba de refutación y al procedimiento de impugnación de credibilidad del testigo, 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. (p.20)

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit.* p. 23

Aterrizando lo anterior a la práctica, en el caso de la impugnación de la credibilidad de un testigo, se hace uso como prueba de una declaración previa del testigo o documento, el cual debió ser previamente solicitado en audiencia preparatoria. Lo anterior significa tanto que la impugnación va encaminada a poner en evidencia las contradicciones presentes en la información aportada por el testigo, y, más importante aún, que dicha contradicción es previsible antes de la práctica del testimonio. Existe una relación de dependencia entre el testimonio impugnado y el medio de impugnación, que es evidente al momento de la solicitud probatoria.

Es por lo anterior que cabe recordar que la prueba de refutación:

[E]s una prueba que se pide para contrargumentar, contradecir, explicar, rebatir, impugnar con argumentos o razones lo que dijo o pretende decir otro medio de prueba presentado por la contraparte; no es una impugnación o un argumento que se trae, sino una evidencia independiente o extrínseca de la oportunamente ofrecida, por una parte, para atacar otra evidencia que fue imprevisible confrontar con los demás medios de prueba solicitados o presentados¹⁰².

3.5.2. La prueba de Refutación y la prueba sobreviniente. La doctrina considera necesario recordar que la prueba sobreviniente y la prueba de refutación no se tratan de los mismo. Dicha confusión es, sin embargo, razonable cuando se toma el sentido estricto de la prueba de refutación, y la forma en que la prueba sobreviniente es concebida en el artículo 344 de la Ley 906, pues en ambos casos la prueba se solicita de forma excepcional por la fiscalía o la defensa, con posterioridad a la actividad de descubrimiento probatorio obligatorio, en sede de juicio oral.

¹⁰² ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.* p. 79

Ante dicha confusión, Zetien¹⁰³ señala que la prueba sobreviniente “es diferente a la prueba de refutación, debido a su objeto y su propósito” (p.93).

De la misma forma expresa Saray¹⁰⁴:

La prueba sobreviniente no puede identificarse con la prueba de refutación, así sea en el evento en que ésta última se conoció únicamente en el juicio oral con los resultados probatorio de la prueba anticipada, por la diferencia de objeto que caracteriza a cada una. (p.707)

Dichos propósitos serían, así pues, que la prueba de refutación se orienta a demeritar otra prueba en concreto, en tanto la sobreviviente busca sustentar o infirmar la teoría del caso o los descargos, considerando siempre que de no hacerlo podría materializarse un perjuicio grave al derecho a la justicia o la defensa, sustentando esto en la prevalencia de lo material sobre la formalidad.

Decastro¹⁰⁵ en cambio, considera que las similitudes entre ambos tipos de pruebas suponen que la prueba de refutación no es más que una especie de la prueba sobreviniente, implicando a su vez que se le apliquen los requisitos del artículo 344. Ello lo expresa afirmando que:

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. (p.181)

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit.*

¹⁰⁵ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit.*

Señala así mismo, la forma en que la Corte Suprema de Justicia de Colombia se refiere a la prueba de refutación en sentido estricto como *prueba sobreviniente de refutación*, lo que a su juicio sustenta la tesis del género y la especie.

En la posición opuesta se encuentra Parada¹⁰⁶, en cuyo concepto, no es posible equiparar ambas tipologías, es por ello por lo que se distancia de la postura de la Corte y de Decastro, afirmando que:

Incluso, y respetando la posición mayoritaria, creemos que yerra la Corte Suprema de Justicia cuando analiza la prueba de refutación y le da un tratamiento de “excepcional”, por cuanto, en nuestro sentir, la excepcionalidad está supeditada exclusivamente a la prueba sobreviniente de que trata el inciso final del artículo 357¹⁰⁷.

3.6. PRUEBA DE CONTRA-REFUTACIÓN

La prueba de refutación encuentra un importante sustento en el equilibrio de oportunidades entre las partes. Es, por tanto, previsible que, este tipo de pruebas puedan pasar a ser así mismo pruebas refutadas, bajo el entendido de que aporten información que la contraparte no habría podido prever, relevante para el objeto del proceso, y que sería susceptible de refutación mediante la inclusión de nuevo material probatorio en el sentido estricto. En tal caso, se estaría hablando de una prueba de contra-refutación.

Lo mismo es expresado por Saray¹⁰⁸ cuando explica que:

Dado el equilibrio de oportunidades, facultades y derechos que debe existir entre las partes en la actuación procesal, emerge la posibilidad

¹⁰⁶ PARADA RUEDA, Rodrigo Javier, *Op. Cit.*

¹⁰⁷ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit.*

¹⁰⁸ SARAY BOTERO, Nelson. *Op. Cit.*

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. (p.704)

Por otra parte y para más ahondar, Zetien¹⁰⁹recuerda que el modelo de corte acusatorio implantado con la Ley 906 de 2004 consagra garantías y derechos como “la igualdad de las partes, la imparcialidad, la presunción de inocencia y la necesidad de adelantar un proceso justo [...]” (p.145) y, por tanto, “*La prueba de contra-refutación, es a o dudarlo un instrumento procesal probatorio que también legitima y fortalece el ideal de justicia y protección de derechos que tiene como razón de ser la Ley 906 de 2004.*” (p.145).

Así pues, es prueba de contra-refutación “*aquella que explica o niega la prueba de refutación ofrecida por la contraparte.*”¹¹⁰. Por otra parte, a pesar de que la misma no es expresamente mencionada la Ley de procedimiento, ello no implica su inexistencia o prohibición; como bien señala el autor ya mencionado, la Corte Suprema de Justicia ya reconoció su procedencia en el sistema penal colombiano (p.177).

Visto lo anterior, podemos concluir que de acuerdo a la doctrina **i)** existen dos formas de entender la prueba de refutación: en sentido general y en sentido estricto; **ii)** dependiendo del sentido que se trate, la oportunidad para solicitar la prueba varía entre la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio oral; **iii)** la carga argumentativa es mayor que para una prueba en sentido general, pues hay que sustentar la novedad de la prueba y la razona imposibilidad de haber previsto su necesidad en una etapa anterior del proceso; **iv)** no hay consenso sobre la procedencia de recursos de reposición y/o apelación contra el auto que admite o niega la prueba de refutación; **v)** es posible realizar varias interpretaciones sobre el

¹⁰⁹ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.*

¹¹⁰ DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *Op. Cit.* p. 171

orden en que se practican las pruebas, **vi**) existe la prueba de contra - refutación, bajo las mismas reglas que la prueba de refutación.

4. CONCLUSIONES

El objetivo principal que se planteó este trabajo fue el de hacer un repaso al instituto de la *prueba de refutación* presente el Sistema Penal Acusatorio que rige la impartición de justicia en la legislación probatoria colombiana. Ello, partiendo de la necesidad de agregar claridad sobre una figura que, si bien fue consagrada en la Ley 906 de 2004, - Código de Procedimiento Penal -, lo hizo de forma mínima, sin apenas sustento para situarla dentro de la construcción del sistema y ni mucho menos con reglas suficientes para aterrizarla a la realidad.

En atención a lo anterior, fue evidente que un estudio limitado a la legislación sería a todas luces insuficiente, y por tanto habría que direccionar la mayor parte de la atención las dos fuentes interpretativas que han desarrollado un cuerpo teórico-práctico más consistente en el tema que nos ocupa: el precedente jurisprudencial y la doctrina nacional.

En cada una de esas fuentes se estudiarían los siguientes puntos, definidos al ser considerados los más destacables y relevantes al momento de abordar la figura:

1. Concepto de prueba de refutación
2. Oportunidad para presentar la prueba de refutación
3. Sujetos procesales legitimados para solicitar la prueba de Refutación
4. Práctica de la prueba de refutación
5. Procedencia de recursos contra el auto que admite o niega práctica de la prueba de refutación
6. La Prueba de Contra-Refutación

De tal forma, en adelante se presentan los resultados que ha arrojado la metodología que se acaba de exponer, con las limitaciones a las que ya se ha hecho

mención respecto a la cantidad de información proporcionada por las fuentes legislativas.

1. En primer lugar, al momento de buscar un concepto de *prueba de refutación*, no fue posible encontrarlo en la Ley vigente ni derogada, ya que fue la Ley 906 de 2004 la primera en concebirla bajo su denominación actual, si bien la doctrina identifica como un posible antecedente el instituto de la *prueba derivada*. No obstante, fue posible concebir una serie de características que podrían orientar la construcción de un concepto más preciso:

i) En el ordenamiento jurídico colombiano existe la prueba de refutación; **ii)** esta prueba es una distinta a las pruebas refutadas; **iii)** la legitimidad de la solicitud de la prueba de refutación recaerá en las partes, y no podrá ser solicitada de oficio por parte del juez y, por último; **iv)** el orden de presentación de la prueba será primero por la defensa y luego por la fiscalía, como forma excepcional al orden establecido para las demás pruebas en sentido general¹¹¹.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal¹¹², con ponencia del doctor Eugenio Fernández Carlier, aportó más información que el legislador para colaborar a la construcción de una definición de *prueba de refutación*, así:

En tanto que la prueba de refutación es un medio diferente al refutado y se dirige directamente a controvertir, rebatir, contradecir o impugnar aspectos novedosos e imprevistos y relevantes, suministrados por los medios de conocimiento practicados en el juicio oral a petición de la contraparte para sustentar su pretensión.

¹¹¹ En este sentido, la ley 906 de 2004, señala en el artículo 362 la decisión del orden de las pruebas, indicando que: serán primero las presentadas por la fiscalía, siendo este el orden por regla general de la presentación de las pruebas en el sistema procesal penal acusatorio, y en caso excepcional, se presentarán la prueba de refutación primero por la defensa y luego la solicitada por la fiscalía.

¹¹² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, *Op. Cit.*

En la misma providencia se hace énfasis en que “la prueba de refutación tiene por objeto cuestionar un medio refutado, en aspectos relativos a la veracidad, autenticidad o integridad”; así mismo, esta deberá ser “*novedosa, trascendente, conocida a través de un medio suministrado por la contraparte en la audiencia pública*”. Así mismo, determina uno de los aspectos más importantes del instituto jurídico, y es que la *prueba de refutación* se orienta a contradecir otra prueba y no el tema principal del litigio penal.

Encontramos que esta postura también se apoya en lo indicado por la Corte Constitucional, cuando afirma que:

*El objeto de las pruebas de refutación es el conjunto de elementos que permiten controvertir el mérito probatorio de otras pruebas. La parte que ofrece la prueba de refutación tiene el propósito de atacar la credibilidad de elementos de convicción previamente practicados por su adversario*¹¹³.

De otro lado, se encontró que el Tribunal Superior del Circuito de Medellín, con ponencias de los Magistrados Nelson Saray Botero¹¹⁴ y Santiago Apráez Villota¹¹⁵, reconoce la posibilidad de identificar dos posibles concepciones de la *prueba de refutación*, distinguiendo un uso *general* y un uso *estricto* o *sobreviviente*.

Dicha distinción es mucho más clara en la doctrina, que identifica el sentido *general* con el de la prueba orientada a la refutación, “*pero conocida y solicitada en sede de audiencia preparatoria*”, y el sentido *estricto*, con el de aquella que surge en el curso

¹¹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁴ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, sala penal, Radicado CUI 050016000207200900214, Acta de aprobación N° 102 (10, marzo, 2011), M.P. Nelson Saray Botero

¹¹⁵ COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, sala de decisión penal, aprobación de acta No. 059 (14, abril, 2011) M.P. Santiago Apráez Villota.

del juicio oral y no podía ser esperada o prevista antes de practicada la prueba que pretende contradecir.

Sin restar valor a todo lo anterior, de las definiciones estudiadas, se opta aquí por resaltar la de Zetien¹¹⁶

En nuestro concepto, bajo la perspectiva del derecho procesal penal colombiano, el instituto de la prueba de refutación hace referencia a la evidencia o elementos material probatorio que se pide por la fiscalía o la defensa en la audiencia preparatoria o seguido a la práctica de una prueba en el juicio oral, cuyo fin es controvertir, explicar, contradecir o desestimar el valor de la prueba presentada o practicada por la contraparte; la cual no pudo ser prevista razonablemente en los momentos procesales de descubrimiento de la prueba de la respectiva parte y que en todo caso, derivó de determinada evidencia presentada o practicada con el objeto de contradecirla o refutarla. (p. 79)

2. En segundo lugar, respecto a la oportunidad para presentar la prueba de refutación, se arribó a que, ateniéndose exclusivamente al código de procedimiento penal y al sentido general, sólo sería posible solicitarla por las partes en la audiencia preparatoria, junto con cualquier otro medio de prueba, toda vez que su existencia es regulada por el artículo 362, situado en el título destinado a ese momento del proceso.

Sin embargo, y de forma coherente con la existencia de una concepción *estricta* de la prueba de refutación, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁷, se expresa que:

¹¹⁶ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.*

¹¹⁷ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, *Op. Cit.*

La oportunidad procesal para advertir la necesidad de aducir (la) prueba de refutación es el juicio oral, por ser este el momento en el que el aporte de información con la prueba practicada puede suministrar datos razonablemente no previsibles antes, lo que constituye uno los requisitos esenciales que justifican la autorización de la citada prueba.

Se encontró así mismo que, con esta postura, coinciden las salas penales de los Tribunales Superiores de Distrito de Bucaramanga y Medellín, al igual que la doctrina estudiada. En fin, que la *prueba de refutación*, que nace como consecuencia de la práctica de una prueba refutada, y cuya necesidad no era razonable prever antes de juicio oral (pues surge de forma sorpresiva), se solicita en *turno* del juicio oral, claro está, con la carga argumentativa que esta situación excepcional le demanda.

3. En tercer lugar, uno de los aspectos más claros encontrados sobre la prueba de refutación, fue el de la legitimación para solicitar este tipo de prueba, siendo que tanto la Ley, como la jurisprudencia y la doctrina, coinciden en que corresponde de forma exclusiva a las partes, es decir, la defensa y la fiscalía; conclusión que excluye al Juez, el Ministerio Público y a la víctima.

Este aspecto resalta una diferenciación de este tipo de prueba respecto a las ordinarias, para las cuales sí se ha previsto la posibilidad excepcional de las víctimas o el ministerio público para solicitarlas.

En especial, en las fuentes estudiadas llama la atención la exclusión de la víctima como sujeto legitimado. Respecto a esto cabe resaltar lo expresado por la Corte Constitucional¹¹⁸

¹¹⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 (31, agosto, 2016). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En estos términos, la exclusión de la posibilidad para la víctima de solicitar directamente la práctica de pruebas de refutación se halla plenamente justificada en el mantenimiento del mencionado principio (de Igualdad) y como forma de asegurar que el juicio se desarrolle en condiciones de equidad. La Corte coincide, por ende, con la mayoría de los intervinientes, quienes sostienen entre las partes, en desmedro de las garantías procesales del acusado y del postulado de la igualdad de armas. (2016)

No obstante, lo anterior Zetien¹¹⁹ sostiene la existencia de un caso particular en que la víctima tendría la facultad de solicitar prueba de refutación, si bien en sentido general, “*en la medida que conoció el descubrimiento probatorio de la defensa y el turno que tiene durante la audiencia preparatoria es anterior a éstas y seguido al de la fiscalía*”. (p.126)

4. En cuarto lugar, indagando sobre las reglas atribuibles a su decreto, práctica y carga argumentativa, se encontró que cuando la prueba surge como consecuencia de la práctica probatoria, es apenas lógico que esta sea solicitada y practicada de forma inmediata en el juicio oral, ya que no existiría ninguna otra oportunidad procesal para solicitarla y practicarla sin incurrir en una vulneración al debido proceso y demás garantías de la víctima y el acusado.

En el caso de la prueba de refutación en *sentido general*, por el contrario, dado que no goza del sustrato de *novedad* necesario, es totalmente imprescindible que su solicitud se realice en audiencia preparatoria, pues en caso opuesto, no podrá ser solicitada de forma posterior bajo el principio de preclusividad de las etapas procesales.

Y es que se ha podido comprobar a lo largo de este trabajo que la *prueba de refutación* en el sentido *estricto* demanda una carga argumentativa adicional al de

¹¹⁹ ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *Op. Cit.*

la prueba en su sentido ordinario. Es decir, no basta con probar la pertinencia, necesidad, conducencia y utilidad; sino que debe justificarse su relación para contradecir la prueba refutada (característica por definición) y la razonabilidad de la imprevisibilidad de la prueba en anteriores oportunidades, en otras palabras, su novedad en juicio oral.

Además, los estudiosos de la materia señalan la existencia de la *doctrina de la materia colateral*, la cual indica que es posible presentar prueba de refutación cuando la materia a debatir no es colateral, en otras palabras, cuando aquello que se pretende refutar tiene relevancia para el tema de discusión del caso. Lo anterior es aplicable siempre y cuando no se olvide uno de los requisitos de la prueba de refutación, es que esta tiene como objetivo contradecir la prueba refutada, no apoyar directamente la tesis de la parte que la invoca.

Así las cosas, es posible concluir que la parte interesada deberá solicitar la práctica de la prueba inmediatamente practicada la prueba de la contraparte a raíz de la cual surge su necesidad. Dicha solicitud deberá sustentar los puntos generales exigidos a cualquier medio de conocimiento y, adicionalmente, los que se acaban de señalar. El juez o magistrado pasará, en dicho momento, a emitir el auto admitiendo o no la solicitud de la parte.

Si la prueba es admitida, la práctica de la misma sigue el orden indicado en el artículo 362 del CPP. Sin embargo, se encontró que la doctrina reconoce dos interpretaciones del texto legal: la primera, **i)** la *modalidad consecutiva*, en que las partes practican sus pruebas de cargo y descargo, primero fiscalía y luego defensa, y posteriormente las pruebas de refutación, primero las de la defensa y luego fiscalía; **ii)** la segunda, la *modalidad intercalada*, en que se practican las pruebas de cargo de la fiscalía e inmediatamente después las pruebas de refutación de la defensa, para después, practicar las pruebas de descargo de la defensa y seguidamente las de refutación de la defensa.

Se encontró que la modalidad *intercalada* ofrece una mayor realización de los principios de inmediación e inmediatez en la práctica probatoria, mientras que la *consecutiva* parece ser la más adecuada a lo establecido en el artículo 362 del CPP. Sin embargo, no hay consenso claro sobre cuál de las dos modalidades es la adecuada, y, por tanto, es algo que se encomienda a los jueces, la aplicación de la interpretación sistemática y teleológica de la norma, en harás a propender un análisis conforme a los principios que enmarcan el derecho procesal penal Colombiano.

Por lo demás, de acuerdo a la doctrina, la práctica de la prueba de refutación está sujeta a las normas de cualquier otro medio de prueba, lo que incluye la necesidad de un testigo de acreditación para las pruebas documentales.

5. El tema de la interposición de recursos de reposición y/o apelación contra el auto que admite o niega la prueba de refutación es, probablemente, el menos uniforme respecto a esta figura. A lo largo de esta investigación se ha verificado que no existe consenso entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina y que, incluso, entre los propios doctrinantes existen posiciones contrapuestas.

La posición de no procedencia está defendida por la Corte Suprema de Justicia¹²⁰ así:

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

¹²⁰ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, *Op. Cit.*

que registre la actuación procesal (sustanciales, de estructura o de garantías).

Para cierto sector de la doctrina este razonamiento es absolutamente insuficiente, y apoyan la procedencia de estos recursos en el derecho fundamental a la doble instancia. En sí, sostienen que la resolución de la alta corte obedece más a un capricho que a argumentos jurídicos sólidos, Lo cual es evidente pues, ni en una u otra fuente se encuentra un desarrollo tan amplio como para otros aspectos de esta figura.

6. Por último, se analizó la prueba de contra refutación, encontrando que, aunque no está expresamente consagrada en la legislación, bajo un análisis de los principios fundamentales de debido proceso, defensa y contradicción, es posible deducir su necesidad en el sistema penal acusatorio.

Así, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina, este tipo de prueba surge cuando la prueba de refutación devela hechos que no eran previsibles en un momento anterior, y cuya contradicción es posible con una nueva prueba que se manifiesta necesaria para la resolución justa del proceso. De tal forma, *la prueba de contra refutación no es otra cosa que la prueba de refutación de una prueba de refutación anterior.*

Por tanto, hay coincidencia en apreciar que las reglas aplicables sobre la solicitud, admisión, recursos y practica de esta prueba son los mismos que la prueba de refutación. Sin embargo, se hace un llamado a que no se haga abuso de este instituto, prestando atención a la necesidad y la relación con el caso objeto del litigio.

Con todo lo anterior, como se había anticipado, es posible afirmar que todavía quedan puntos por aclarar y desarrollar respecto a la *prueba de refutación*. Siendo ese el objetivo de esta investigación, realizándose no sólo un repaso, en el que se

pudiera suponer una base para identificar los puntos sobre los que es necesario seguir indagando para establecer un bagaje completo y coherente sobre dicho instituto, que inspire al interprete y a la academia en un corto futuro para regular, implementar y estudiar la figura de la *prueba de refutación en el proceso penal colombiano*. En especial, lo concerniente a: **i)** la oportunidad para realizar la solicitud de ésta, **ii)** los requisitos especiales que le sean aplicables, **iii)** los recursos contra el auto que admite o niega su práctica, **iv)** la prueba de contra refutación y los límites aplicables a la misma.

BIBLIOGRAFÍA

CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, Oralidad, redacción, argumentación y texto jurídico, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014, p. 704.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, sentencia Radicado No. 43749, Aprobado Acta No.269, 20, agosto, 2014 M.P. Eugenio Fernández Carlier. [en línea] Disponible en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

COLOMBIA, SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en AP8489-2016 (48178), 05 diciembre de 2016 M.P. Eyder Patiño Cabrera

COLOMBIA, SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SP7570-2016 (40961), 8 de junio de 2016, M.P. Patricia Salazar Cuellar

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 2016, expediente D-11256 31, agosto, 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala penal, Radicado CUI 050016000207200900214, Acta de aprobación N° 102 10, marzo, 2011, M.P. Nelson Saray Botero

COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, aprobación de acta No. 059 14, abril, 2011 M.P. Santiago Apráez Villota.

COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de decisión penal, Radicado CUI 050016000206 2010 25428, 17, septiembre, 2010, M.P. César Augusto Rengifo Cuello

COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Penal, Radicación 110016000055 2012 00285 02, aprobado: Acta número 064 25, junio, 2018 M.P. Juan Carlos Garrido Barrientos.

COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, Sala de decisión penal, radicado CUI 680816000 000 2012 00054 (15 – 386 A), aprobado mediante acta No. 496 23, junio, 2017, M.P.: Jesús Villabona Barajas.

COLOMBIA, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA, Sala de decisión Penal, radicado No. 68276600140 2010 0016 1, febrero, 2016, M.P. Julián Hernando Rodríguez Pinzón

DECASTRO GONZÁLEZ, Alejandro. *La prueba de refutación. Discusiones, naturaleza y viabilidad*. Bogotá D.C., Colombia: Defensoría del Pueblo, octubre de 2016, ISSN: 2390 - 0008.

PARADA RUEDA, Rodrigo Javier, *Prueba de referencia, de refutación, sobreviniente y otros comentarios al respecto*. En la obra de los coordinadores académicos de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo “Balance crítico a los diez años de vigencia del sistema acusatorio” Colombia“ Bogotá D.C, resultados propios, próximo publicar.

REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, RAE, 2018, [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=controvertir>

REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE, 2018, [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=rebatir>

REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE, 2018, [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=AY61u03>

REAL, ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE, 2018, [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=L9Ba8TP>

RAE.. MADRID: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Refutar septiembre, 2019 [en línea] Disponible en: <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=refutar>

SARAY BOTERO, Nelson. *Procedimiento penal acusatorio. Imputación, Acusación, Preparatoria, Juicio Oral, Procedimiento especial abreviado y acusador privado. 2° ed.* Bogotá D.C., Colombia, Leyer. (2017), ISBN 978 958 769 593 9.

ZETIEN CASTILLO, Jaime Alfonso. *La prueba de refutación en el proceso penal (reimpreso).* Bogotá D. C., Colombia Ibáñez. 248 páginas, (2019) ISBN 978 958 749 686 4.