

**PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA PRUEBA DE REFUTACIÓN EN SEDE DE
JUICIO ORAL EN EL MARCO DE LA LEY 906 DE 2004**

ANGELA MARIA OROZCO HURTADO

KASSANDRA JHAILU ZULETA HOYOS

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TITULO DE
MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL Y TEORIA DEL
DELITO**

ASESORA

GEOVANA ANDREA VALLEJO JIMENEZ

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE POSGRADOS

MEDELLIN

2019

Problemas jurídicos de la prueba de refutación en sede de juicio oral en el marco de la ley 906 de 2004¹.

Kassandra Jhailu Zuleta Hoyos²

Ángela María Orozco Hurtado³

Resumen: El tema principal al que hace referencia este artículo tiene que ver con los problemas jurídicos que la prueba de refutación presenta en el marco normativo colombiano, toda vez que esta no ha tenido un desarrollo exhaustivo por parte del legislador, conllevando a que se generen vacíos jurídicos que provocan la vulneración de derechos como el debido proceso y el de contradicción. En aras de comprender un poco más la prueba de refutación, en este trabajo adicionalmente se analizaron otros sistemas jurídicos procesales como el de México, Chile y Estados Unidos que contienen esta figura, para finalmente realizar una propuesta que permita una mejor comprensión de la misma en la legislación interna.

Palabras clave: Prueba de refutación, debido proceso, derecho de defensa y derecho de contradicción.

Abstract. The main issue referred to in this article has to do with the legal problem that the rebuttal evidence presents in the Colombian regulatory framework, since this has not had an exhaustive development on the part of the legislator, leading to the creation of legal gaps that cause the violation of rights such as due process and contradiction. In order to understand a little more the proof of refutation, in this work additionally analyzed other procedural legal systems such as Mexico, Chile and the United States that contain this figure, to finally make a proposal that allows a better understanding of it in the domestic legislation.

Key words. Proof of rebuttal, due process, right of defense and right of contradiction

1. Introducción.

¹ Este artículo es producto del proyecto de investigación “Problemas jurídicos de la prueba de refutación en sede de juicio oral en el marco de la ley 906 de 2004” que se elabora como requisito para optar al título de magíster en Derecho procesal penal y teoría del delito de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLAULA). Tutora: Dra. Geovana Andrea Vallejo Jiménez

² Estudiantes de la maestría en Derecho procesal penal y teoría del delito. Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLAULA), especialista en Derecho procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLAULA). Correo-e: kassa.9307@gmail.com.

³ Abogada de la Universidad Católica Luis Amigó, especialista en Derecho procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNLAULA) y Correo -e: angioro09@hotmail.com.

El proceso penal en Colombia se encuentra regido por la ley 906 de 2004, sistema adversarial con tendencia acusatoria, siendo necesario que cada parte a través de sus argumentos lleve al juez más allá de toda duda razonable a través de las pruebas ofrecidas en la audiencia de juicio oral a proferir una sentencia acorde con lo allí probado. De ahí que existan diferentes tipos de prueba, con un amplio desarrollo legal, definidas y con reglas suficientes para la práctica de las mismas, tales como: documental, testimonial, pericial y de refutación; siendo esta última la que será objeto de estudio en este texto, toda vez que la misma presenta un precario desarrollo legislativo en el ordenamiento jurídico penal colombiano, limitándose prácticamente a su enunciación.

Para hablar de la prueba de refutación es necesario referirnos a la Ley 906 de 2004, toda vez que es a partir de esta normativa que se hace una referencia directa a la prueba de refutación como tal. Dicha mención se da específicamente en el artículo 362, que en su tenor literal reza:

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

No obstante, más allá de la anterior mención legislativa, las partes y el operador jurídico no encuentran más información sobre la prueba de refutación, esta carece de desarrollo adicional en la legislación. De igual manera, es efímero el tratamiento en la doctrina y jurisprudencia; por lo tanto, la norma en mención, tal y como lo advertíamos al principio, solo es de carácter enunciativo, por ende, las formalidades o indicaciones sobre cuándo, cómo y por qué debe solicitarse, admitirse y practicarse la misma no existen, pese a ser de gran importancia en el campo procesal actual, porque sirve para rebatir o contradecir pruebas y posiciones que asumen las partes. Asimismo, la ausencia de definición de la prueba de refutación, genera una confusión con la prueba sobreviniente, enunciada en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP).

Si bien desde el punto de vista lingüístico refutar significa rechazar la validez de una idea o afirmación de otra persona mediante razones y argumentos; y desde lo jurídico, es demeritar, dejar sin efecto o eficacia una prueba de la contraparte y puede hacerse a través de un testimonio, pericia, documento, inspección; en fin cualquier medio probatorio autorizado por la ley (Decastro, 2016, pág. 24) Desde lo legal no existe ninguna descripción de su significado.

La situación expuesta permite ver que en la prueba de refutación existan serios vacíos de comprensión, afectando de manera directa los derechos, el primero porque si las partes no tienen certeza sobre las reglas de la admisibilidad y el momento procesal donde puede solicitarse la misma, ésta situación afectaría la garantía constitucional al debido proceso, y el segundo porque efectivamente al desconocer el tratamiento de este medio probatorio no sabría a ciencia cierta cómo atacarlo. Adicionalmente los problemas que en la práctica se advierten por la falta de regulación de esta materia, solo por enunciar algunos ejemplos, se ven reflejados en temas tan simples, como la admisión o no de dicha prueba, así como sí, frente a la decisión de aceptación o rechazo de la misma, proceden o no recursos. Lo anterior, primordialmente porque al tratarse de una prueba, podría pensarse que por regla general se solicita su admisión en la audiencia preparatoria, donde pasa por el tamiz de conducencia, pertinencia y utilidad de la misma, pero la práctica ha enseñado que dicha situación también puede surgir en sede de juicio oral, mientras que en el juicio oral se tendría como carga adicional sustentar por qué para el momento resulta relevante refutar el medio de prueba ofrecido por la contraparte, qué hay ahora novedoso y de tal magnitud que cambiaría la valoración de la misma.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que el poco desarrollo que se conoce de la prueba de refutación, es de carácter jurisprudencial. Por parte de la Corte Constitucional encontramos las sentencias C-144 de 2010 y C-473 de 2016, entre tanto, en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia encontramos que este organismo se ha pronunciado en los autos 3455 del 25 de junio de 2014 y el 4787 del 20 de agosto de 2014 y como única sentencia de dicho órgano tenemos la 2709 del 11 de julio de 2018. En cuanto a la doctrina colombiana,

observamos que el tema ha sido abordado por algunos autores, como Decastro (2016) y Zetien (2017) pero aun así, sigue siendo muy escasa su discusión, y, es por ello que nos hemos visto obligadas en este texto a revisar adicionalmente, el desarrollo doctrinal y legislativo que se le ha dado en otros países a esta figura.

Por lo tanto, en este trabajo hemos partido del siguiente interrogante: ¿Cuáles son los problemas jurídicos de la prueba de refutación en sede de juicio oral en el marco de la ley 906 de 2004?

La metodología que se empleó en esta investigación consistió en realizar un rastreo desde la doctrina, la ley y la jurisprudencia nacional, para revisar el tratamiento que se le ha dado a la prueba de refutación en el sistema penal colombiano con tendencia acusatoria, pero partiendo de que este modelo fue tomado del anglosajón se hizo indispensable consultar la forma como allí se aborda dicha figura, ampliando el panorama con los sistemas de Chile y México, también entrados en igual sistemática.

Por lo anterior, en este texto se hace en primer lugar, un análisis de la regulación de la prueba de refutación a partir de lo establecido por el art. 362 de la ley 906 de 2004. En segundo lugar, se examinan los derechos que podrían verse vulnerados con la actual aplicación de la sistemática antes mencionada. En tercer lugar, se establecen las características de la prueba de refutación en otros sistemas procesales. Por último, se expondrán brevemente las conclusiones y aportes personales frente al objeto de estudio.

2. La prueba de refutación en el artículo 362 de la ley 906 de 2004

Colombia acogió desde el año 2004, el sistema penal con tendencia acusatoria, con un marco normativo establecido en la ley 906 de 2004. Dentro de este sistema se estableció el tipo de pruebas y la forma como ingresarían al proceso penal.

Dentro de este abanico encontramos la prueba de refutación consagrada en el artículo 362 de la Ley mencionada, que, tal y como explica Decastro, en términos generales (2016, La Prueba de Refutación), “es la prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor”, sin más condiciones. Atiende exclusivamente a su finalidad: refutar, contradecir o impugnar, independientemente del momento y particularidades en que se ofrezca. Ahora bien, siguiendo al mismo autor, en sentido estricto o técnico, se puede afirmar que la prueba de refutación 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.

Resulta entonces importante resaltar las características de la prueba de refutación. En palabras Decastro (2016, pág. 45) así:

- * Se trata de una especie de evidencia, en cuanto está sujeta a los requerimientos de toda prueba: pertinencia y admisibilidad.
- * Su finalidad es refutar, contradecir, contraprobar o incluso explicar cierta evidencia ofrecida por la contraparte.
- * La prueba de refutación en sentido general puede hacer parte de las solicitudes probatorias formuladas antes del juicio, en la audiencia preparatoria.
- * En estricto sentido o técnico la prueba de refutación alude a evidencia extrínseca o independiente (extrinsicevidence) de lo que fue oportunamente descubierto, anunciado y/o solicitado como prueba a practicar en el juicio, en la audiencia preparatoria.

* lo que se busca es otorgarle al testigo la oportunidad de defenderse de la acusación contenida en la prueba de refutación.

De igual manera, Zetien hace referencia a que la prueba de refutación es la evidencia o elemento material probatorio que solicita cualquiera de las partes, cuyo fin es controvertir, explicar, contradecir o desestimar el valor de la prueba presentada o practicada por la contraparte (Zetien, 2017, pág.79). Advierte como características principales que: aunque puede recaer sobre cualquier medio de prueba, solo ingresa como prueba testimonial; forma parte de los medios de conocimiento consagrados en el art. 382 del C.P.P.; solo puede ser decretada por el juez conocimiento si previamente ha motivado la razones para su aceptación, lo que abre la puerta a la presentación de recursos.

Por lo tanto, podemos afirmar conforme a lo expuesto por estos doctrinantes que la prueba de refutación es un instituto que hace referencia a una evidencia o elemento material probatorio que se solicita únicamente por las partes (fiscalía y Defensa) cuyo fin es controvertir o desestimar el valor de la prueba presentada por la contraparte. Así entonces sus principales características son: la prueba de refutación puede consistir en cualquier medio probatorio, pero siempre ingresará por prueba testimonial; no es una modalidad de prueba diferente a los consagrados en el artículo 382 del C.P.P., de hecho puede solicitarse desde la audiencia preparatoria, pero también puede surgir de manera inesperada en la realización del juicio oral; de igual manera, al ser el decreto o inadmisión de una prueba, por ley proceden los recursos ordinarios.

No obstante, tal y como se anunció al inicio de este trabajo, en nuestro sistema penal ha sido deficiente el desarrollo legislativo que se le ha dado a esta figura, situación que ha sido reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) en el auto AP 3455/14 rad. 43303, MP Castro Caballero Fernando Alberto:

(...) en un primer acercamiento al mentado concepto, queda claro que el legislador no indicó lo que debe entenderse por prueba de refutación, tampoco dijo si se trataba de una figura autónoma o cómo debe aplicarse, ni en qué eventos resulta admisible, como sí lo hizo, por

ejemplo, en relación con la prueba sobreviniente (CPP, art. 344) y la prueba de referencia (art. 437 ibídem) (CSJ, AP 3455, 2014).

Para tener un mejor entendimiento sobre el tema, haremos un recorrido cronológico sobre el desarrollo jurisprudencial de esta figura jurídica. Al respecto tenemos que la Corte Constitucional ha abordado el tema por razones de constitucionalidad de la norma, así entonces la Sentencia C-144 de 2010, declaró la ineptitud de la demanda de constitucionalidad de la norma consagrada en el artículo 362 del CPP, advirtiendo que el tema que debía abordar el máximo tribunal se circunscribía en establecer por qué el orden en que debe presentarse la prueba de que trata el mencionado artículo equivale sin más a un decreto oficioso de pruebas, pero el censor solo acusó el primer apartado del precepto, lo que rompe la unidad normativa que existe al interior de la disposición, porque el orden de la prueba que en ella se refiere, resulta comprensible sólo en la medida en que se estudie el alcance de la proposición jurídica siguiente y según la cual, primero deberán presentarse las pruebas de la Fiscalía y luego las de la defensa, salvo que se trate de pruebas de refutación que se presentarán en orden inverso. Aunque en dicha sentencia no se abordó de fondo el asunto sí dejó claro que el orden de la presentación de la prueba de refutación, es inverso al común, es decir, primero debe de ser la defensa quien presente su prueba de refutación (Corte Constitucional, C-144,2010).

Posteriormente en la Sentencia C-473 de 2016, la Corte Constitucional profundiza un poco más sobre el tema, adujo que 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, además como parte llamativa ofrece unas características de la misma:

- “(i) su objeto es controvertir la solidez y credibilidad de otra prueba, mostrar que otra prueba no es creíble, no acreditar la responsabilidad del acusado ni descartarla.
- (ii) Únicamente puede ser solicitada y decretada en el juicio oral, pues solo a partir del resultado de la práctica de la prueba que se pretende rebatir adquiere razón de ser.
- (iii) El resultado de la prueba, 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. (v) Su admisibilidad depende de su necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad, determinadas a la luz de su objeto...”. (Sentencia C-473, 2016)

Del análisis hecho por la Corte Constitucional, se puede concluir que el alto tribunal asume una posición acertada cuando asegura que la prueba de refutación se introduce a través del testimonio directo y es solo para restar valor probatorio a otro medio de convicción, aunque no se comparte el criterio en cuanto a que solo puede ser solicitada en sede del juicio oral, porque desde el descubrimiento probatorio que hagan las partes puede conocerse el medio de conocimiento que refute el de su contraparte; por lo tanto, es necesario agotarlo en la audiencia preparatoria al juicio oral.

Por otra parte la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, también se ha pronunciado en varias providencias sobre el tema. Encontramos que en (CSJ, AP-4787, 2014, radicado 43.749), estipula que la refutación expresa en la justicia penal la materialización de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, igualmente aclara que la denominación de “prueba de refutación” no la convierte en un medio de prueba diferente a los establecidos en el artículo 382 de la ley adjetiva penal. Todos los medios de prueba, en razón de la oportunidad procesal en que deben postularse, el objeto o los fines específicos de los mismos y el órgano de prueba con el que se producen, resultan diferentes a la prueba de refutación de que trata el artículo 362, dilucidó que es diferente impugnar la credibilidad de un testigo, a presentar la refutación de la prueba propiamente dicha, lo que se pretende es 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. Asimismo advierte en esta providencia, que la decisión de negar o admitir la prueba de refutación en sede de juicio oral, no es recurrible porque dicha prueba tiene un

objeto diferente, es decir, no afecta o descarta la responsabilidad del acusado y, por tanto, para evitar dilaciones innecesarias se debe resolver de plano.

Recientemente el Alto Tribunal emitió la sentencia SP 2709 del 11 de julio de 2018, dentro del proceso con radicado 50637 en la que someramente hace algunas referencias generales a la prueba de refutación como otro mecanismo para atacar la credibilidad del testigo, es decir, no solo mediante la impugnación de credibilidad del testigo, como técnicamente se conoce, sino además con la prueba de refutación propiamente dicha, en igual sentido, advirtió la CSJ que con ésta, se puede atacar la credibilidad cuando ingrese la entrevista rendida como prueba de referencia, es decir que ingresa como una evidencia externa. En todo caso, precisa que la prueba de refutación no puede presentarse antes de que el testigo declare, precisamente porque este debe tener la oportunidad de aceptar o negar el punto de impugnación que se le pone de presente durante el conainterrogatorio.

En cuanto a la prueba de refutación la CSJ ha tomado posturas contradictorias, toda vez que en un momento inicial menciona que la prueba de refutación no es para atacar la credibilidad de un testigo porque para esto existe su propia técnica; sin embargo, en el pronunciamiento reciente, abrió también la posibilidad de atacarla con dicha prueba, situación que resulta totalmente novedosa y da un amplio panorama a la contraparte. Por otro lado, deja en claro que al tener la prueba de refutación un objeto diferente, porque ataca es la veracidad del medio de prueba presentado, más no la responsabilidad del acusado, respecto a su solicitud debe el juez de instancia de resolverla de plano para evitar dilaciones innecesarias. Vale la pena anotar, que en este trabajo se disiente de ésta última postura, porque el operador jurídico debe de tener en cuenta que al tratarse de una solicitud probatoria, se abre la puerta para que sea susceptible de los recursos de ley, tal y como se anunció anteriormente.

En órganos de menor instancia, también se han producido algunos pronunciamientos relacionados con la prueba de refutación y que consideramos vale la pena considerar en este trabajo, es así como encontramos la decisión del el Tribunal Superior del Distrito de Medellín, también en sede de segunda instancia en del 20 de septiembre de 2016, radicado 2015-00392. Al respecto advierte el Tribunal que la prueba de refutación puede solicitarse antes del juicio o en el curso del mismo; siendo esta última, por excelencia, la oportunidad en que ocurre, ante la necesidad de controvertir la nueva evidencia que de la contraparte surge en el juicio.

La forma de presentar esta prueba según el Tribunal es antes del juicio es decir, en la audiencia preparatoria, luego que la defensa conozca la evidencia que pretende llevar la Fiscalía para fundar su caso, y en el curso del juicio, solo cuando surge sorpresivamente una nueva evidencia y es necesario, como pertinente para la contraparte desvirtuar el valor de la misma.

De acuerdo con el Tribunal con la prueba de refutación, al igual que con la impugnación de la credibilidad del testigo, lo que se pretende no es acreditar los fundamentos de la teoría del caso de la parte que la presenta, sino desvirtuar o afectar el valor o credibilidad de la prueba de la contraparte. La prueba de refutación puede presentarse antes del juicio o en el curso del mismo; siendo esta última por excelencia la oportunidad en que ocurre, ante la necesidad de controvertir la nueva evidencia que de la contraparte surge en el juicio. Antes del juicio, en la audiencia preparatoria, luego de que la defensa conozca la evidencia que pretende llevar la Fiscalía para fundar su caso; y en el curso del juicio, solo cuando surge sorpresivamente una nueva evidencia y es necesario, como pertinente para la contraparte desvirtuar el valor de la misma.

El Tribunal del Distrito Judicial de Medellín, avanza más en el tema, bajo el entendido que permite la solicitud de una prueba de refutación precisamente en la audiencia preparatoria al juicio oral, contradiciendo el concepto de las Altas Cortes, pero que de acuerdo con el criterio adoptado en este trabajo, resulta siendo lo más sensato, porque desde el momento del descubrimiento puede considerar la parte que tiene como atacar el medio de conocimiento ofrecido por su contraparte. Es de destacar que, no se esperaba menos de este pronunciamiento toda vez que es precisamente en los jueces de instancia que se presenta dicha situación, difícilmente esta realidad se presente en las Altas Corporaciones, siendo su aporte muy ilustrativo para el proceso penal con tendencia acusatoria

Tal y como lo han expuesto las Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Distrito, la finalidad del medio de refutación es impugnar otra prueba, precisamente la refutada, la razón principal de aquella no es el tema probado que se debe resolver a través de una sentencia absolutoria o condenatoria, o mejor, con ella no se busca fundar la certeza del juez sobre los hechos y circunstancias del suceso criminal, el autor y su responsabilidad penal, su propósito es contradecir otra evidencia o el órgano con la que se produjo para derruir su credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o un aspecto trascendente de su alcance, veracidad, autenticidad o integridad, por tanto, la prueba de refutación no se extiende a materias diferentes a las señaladas, siendo claro que la misma puede solicitarse en la audiencia preparatoria como lo consideró el legislador colombiano o en la misma audiencia de juicio oral, donde sería su escenario por naturaleza; bien porque es allí donde se conoce la realidad del medio probatorio y, por tanto, podría generarse la posibilidad de refutarlo o bien porque la parte presente una prueba sobreviniente y como su nombre lo indica, como sobreviene la misma naturaleza tendría la prueba para refutarla.

La justificación de la prueba de refutación está ligada al surgimiento de información, datos o hechos importantes, no conocidos por la parte afectada antes de la práctica de la respectiva evidencia. Por ello, solo en este trámite, en que se hace público el contenido específico de las pruebas, pueden las partes ofrecer otras evidencias orientadas a derrumbar

su valor probatorio. De ahí que, en lo posible, deben ser utilizadas inmediatamente después de ser practicada la prueba cuya verosimilitud se pretende rebatir.

Es un tipo de prueba que solo puede ser solicitada por las partes, lo que significa, que ni el ministerio público, ni el apoderado de las víctimas, pueden ofrecer pruebas de refutación, se trata de una facultad exclusivamente asignada a la Fiscalía y a la Defensa, porque son los únicos que tienen una teoría del caso, lo cual permite desarrollar los principios de imparcialidad e igualdad de armas. El ofrecimiento de la prueba de refutación no requiere protocolos especiales de descubrimiento, debe sí solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada y, en todo caso, si es procedente tiene que autorizarse y, en lo posible, practicarse inmediatamente después que culmine la introducción del medio a contradecir (Decastro, 2016).

En síntesis, la prueba de refutación guarda las siguientes características a partir de lo consagrado en el art. 362 del C.P.P:

- * Su objeto es. Controvertir la solidez y credibilidad de otra prueba, mostrar que otra prueba no es creíble, no es para acreditar la responsabilidad del acusado ni para descartarla.
- * Su solicitud. Únicamente puede ser solicitada por la fiscalía y la defensa y decretada bien sea en la audiencia preparatoria ó en el juicio oral, pues solo a partir de la práctica de la prueba que se pretende rebatir adquiere su razón de ser.
- * Su resultado. El resultado es totalmente imprevisto porque sólo se conocerá en la audiencia.
- * Su finalidad. Debe estar orientada a disminuir valor probatorio a un elemento que, a su vez, potencialmente demuestre hechos relevantes para los resultados del juicio.
- * Su admisibilidad. Al tratarse de una solicitud probatoria va depender que se le muestre al juez la conducencia, pertinencia, necesidad y utilidad de la misma.

Visto lo anterior se puede afirmar que la prueba de refutación es un evento excepcional, y el solicitante debe demostrar su necesidad, conducencia pertinencia y utilidad de esta. Necesidad por qué esta prueba tiene la capacidad cognoscitiva de refutar lo presentado por la contraparte, conducencia por qué demostrará que la prueba ofrecida con anterioridad no es verosímil, pertinencia tipo de prueba, pericial, testimonial etc. Utilidad, de conformidad con la naturaleza y fines que se le han asignado a dicho medio, que no son los mismos de la prueba del caso ni de las pretensiones de las partes en el proceso.

A modo de conclusión, después de realizar un rastreo por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, se afirma lo ya dicho, el desarrollo del tema ha sido precario, lo que permite advertir contradicciones, así:

En cuanto al momento procesal en que debe solicitarse la misma, si en sede de audiencia preparatoria o en la audiencia de juicio oral.

Tal y como se ha venido insistiendo, la audiencia preparatoria es el escenario propio para realizar las solicitudes probatorias que se pretenden practicar en el juicio oral, es decir que las partes ya tienen clara una teoría del caso para defender en la audiencia final, por lo que al estar al tanto de los medios de conocimiento de su contraparte, desde allí se abre la puerta para que se realice la solicitud de una prueba de refutación; sin embargo, no descartamos que también sea posible presentarse en sede de juicio oral, pues no es ajeno a las vicisitudes del proceso, es que es allí, donde se conoce su verdadero alcance y, por ende, la posibilidad de refutarla. Así entonces, podemos afirmar que la oportunidad para solicitar la prueba de refutación, incluye los dos momentos procesales.

Por último, en cuanto a los vacíos sobre la interposición de los recursos, la ley 906 de 2004, no es clara frente al asunto, pero si miramos que la enunciación de la prueba de refutación la contempla precisamente en el capítulo que trata sobre la audiencia preparatoria, debería entonces regirse también por el artículo 177 del C.P.P., es decir que en el evento de la

inadmisibilidad de la prueba, se abre la puerta para la interposición de los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, considerando además que el mismo efecto debe traer si la prueba de refutación es solicitada en la audiencia de juicio oral.

No obstante, pese a la interpretación hecha hasta el momento, que es evidente que la legislación penal al presentar estos vacíos normativos, genera inseguridad jurídica en cuanto a la aplicación de la prueba de refutación, lo que provoca una posible vulneración al debido proceso y el derecho de contradicción, tal y como lo veremos en el siguiente acápite.

1. Los derechos vulnerados con la prueba de refutación a partir de la escasa regulación normativa.

Dentro del sistema procesal penal colombiano, se encuentran consagrados como principios rectores el derecho al debido proceso y el derecho de contradicción, artículos 6, 8 y 15 del CPP., derechos que además hallan su fundamento en la Constitución Política en su artículo 29 como un derecho de carácter fundamental, así como en instrumentos internacionales como la Convención Americana en el artículo 8 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14, instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Estos derechos se encuentran ligados a principios denominados “bilateralidad o de controversia o de igualdad procesal” (Jauchen, 2014, pag. 29), que no son más que las mismas oportunidades para que las partes ejerzan sus derechos.

1.1.Derecho al debido proceso

De lo ampliamente enunciado es evidente que la escasa regulación normativa sobre la prueba de refutación, podría conllevar a todas luces a dar al traste con derechos fundamentales como el debido proceso, es que en palabras de la Corte Constitucional este se entiende como: “...una serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las

autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados...” (CC, sentencia C-496, 2015).

En este sentido vemos entonces que el debido proceso es el límite para que todas las actuaciones se ciñan a lo previamente establecido por el legislador, es decir, es el límite al poder punitivo del Estado; es ajeno al propio arbitrio y preserva las garantías de raigambre constitucional. Refiere además el Tribunal Constitucional que el debido proceso busca asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas, por eso, la importancia del debido proceso está ligada a la búsqueda del orden justo, por lo cual deben respetarse los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, el derecho mismo como una forma de asegurar la materialización de la justicia, porque el cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Respecto al alcance del debido proceso, se encuentran dos tendencias: la garantista promovida por el jurista italiano Luigi Ferrajoli a la que parece adherirse nuestra Corte Constitucional y, la que reduce el debido proceso al reconocimiento de las reglas procesales, de origen anglosajón. En palabras del mencionado jurista en lo relativo al mismo, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: el principio de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida de juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio de juez natural (Ferrajoli, 2003).

Como lo que se pretende es resolver un conflicto en torno a una pretensión, Echandía explica que la pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración; efecto jurídico que buscan el demandante, querellante o denunciante

frente al proceso, bien sea una demanda o una denuncia a la cual se quiere vincular al demandado, querrelado o imputado (Echandía, 2017, pág. 223)

El derecho a la prueba, es un derecho que se encuentra en cabeza de las partes que componen el proceso penal, se integra al debido proceso y consecuentemente al derecho de defensa y contradicción; este derecho cobija entonces la posibilidad de pedir y practicar pruebas de refutación siendo ésta la manifestación más clara del principio de igualdad de armas; porque tiene como objetivo fundamental asegurar que el sujeto involucrado en el proceso penal, tenga la oportunidad de cuestionar la veracidad de cualquier medio de convicción allegado al proceso, valga aclarar que este derecho sólo está en cabeza de la fiscalía y la defensa, toda vez que la víctima hace su solicitud probatoria a través de la fiscalía.

Bajo este panorama y entendiendo que el debido proceso comprende los principios de legalidad, igualdad, imparcialidad y presunción de inocencia entre otros, es que podemos afirmar que es un derecho que debe ser aplicado y garantizado a lo largo del proceso penal; por lo que al no existir un desarrollo legal sobre la prueba de refutación, este derecho es muy vulnerable, toda vez que la decisión se deja al arbitrio del juez de instancia, aunado a que no podría apoyarse en las diferentes posturas de las altas Cortes, pues las mismas resultan contradictorias entre sí.

1.2 Derecho de Contradicción.

Este principio fundamental, se halla recogido en el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el canon 8.1 y 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el precepto 29 de la Constitución Política nacional.

Estos mandatos, fueron desarrollados por los artículos 15 y 16 de la Ley 906 de 2004, según los cuales, el principio de contradicción concede a las partes en el proceso penal el derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. (CSJ, SP 2144, 2016).

El derecho de contradicción probatoria propiamente dicho, inmerso también en el derecho de defensa, junto con el debido proceso; son pilares en toda la actuación que rige el proceso penal al tratarse del pleno de las garantías del procesado; el derecho a la contradicción, que le permite a las partes y especialmente a la defensa, acceder a cualquier prueba que se pretenda hacer valer dentro del proceso y a alegar cuando se considere oportuno, con la legítima finalidad de poder influir en la decisión del juez, de forma que favorezca sus propios intereses (Jaén, 2006, pág. 214 y 215).

El derecho de contradicción se materializa en la posibilidad de participar en el proceso, de oponerse, de refutar las afirmaciones de la parte contraria. El derecho a ser oído implica la posibilidad de otorgar a las partes procesales idénticas oportunidades de defensa, no pudiendo el Juez emitir una determinada decisión cuando no se ha dado la oportunidad de ser escuchado en un término razonable. (Agudelo, 2005, pág. 9).

Así las cosas. la contradicción probatoria se puede entender como la participación de las partes en cada una de las fases de la actividad probatoria, y en la construcción argumentativa de la verdad, este es un derecho que emana del derecho constitucional y permite que la defensa se haga efectiva en cada proceso, es decir, contra quien se dirige una pretensión pueda hacer uso de los medios que sean necesarios para su defensa, asegurando así una igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario (Cafferata, 2000, pág. 27), porque tal y como sostiene Zaffaroni, es una ficción que la investigación del acusador se hace siempre en búsqueda de la verdad procesal y nada más, obviando su

inclinación funcional a prestar una mayor, cuando no única atención a la recolección de las pruebas de cargo. Así, dejando de lado las ficciones normativas, es menester admitir que el ministerio público (fiscalía), por principio, investiga para acusar y, por ende, es necesario que alguien investigue para defender (Zaffaroni, 2002, pág. 19) lo que a todas luces abre la puerta a la contra prueba.

Sin embargo, la sola existencia del defensor técnico no garantiza una perfecta igualdad entre las partes, que parece irrealizable en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico si se tiene en cuenta que las posiciones de partida son evidentemente desiguales. El ministerio público, (fiscalía) debido a su propia investidura, está en una posición privilegiada durante la fase preparatoria, disponiendo de todo un arsenal de medios y facultades (sin paralelo con las de la defensa) que puede utilizar en contra del imputado (Londoño, 1982, pág. 86); atendiendo esta gran ventaja con que cuenta el ente acusador, debería estudiarse con más ahínco la prueba de refutación en nuestro sistema.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre el alcance del derecho de contradicción, aduciendo que va íntimamente ligado con el principio de inmediación, reiterando y respaldando la naturaleza y fines que les asigna la teoría de la prueba como criterios rectores de la producción y valoración de los medios de convicción. (CC, Sentencia C-371, 2011).

La Corte Suprema de Justicia, por su parte también se ha pronunciado al respecto, siendo enfática al afirmar que el derecho a la contradicción no se limita a la posibilidad de conainterrogar o confrontar a un testigo, ni a estar presente en determinada diligencia, sino que esta garantía puede desplegarse por medio de múltiples formas de gestión defensiva, tales como la aportación probatoria, el planteamiento de críticas sobre su contenido, la contraprueba, las alegaciones y las impugnaciones, entre otras. (CSJ, SP 2144, Rad. 41712, 2016). Atendiendo la ventaja que ya lleva la fiscalía en su labor investigativa.

Lo anterior nos muestra de manera clara que la prueba de refutación está inmersa en el derecho de contradicción, es decir, se pueden presentar testigos de descargos para sustentar la teoría del caso; contrainterrogar los testigos adversos y a presentar prueba de refutación frente a la prueba ofrecida por la contraparte, siendo esta prueba una expresión de este derecho. Es así, como podemos advertir que este derecho, también puede ser objeto de vulneración, al no tener certeza si ante la inadmisibilidad de la prueba por parte del juez de instancia proceden o no la interposición de recursos, siendo este un punto álgido en el derecho de contradicción; porque precisamente una manera de garantizar el derecho de contradicción probatoria es interponiendo los recursos en contra de las decisiones que decretan pruebas, (posibilidad que ha surgido por vía jurisprudencial), las que excluyen, rechazan o niegan la práctica de pruebas. El artículo 363 de la ley 906 de 2004 consagra como motivo de suspensión de la audiencia preparatoria el trámite de la apelación de las providencias relacionadas con pruebas.

Así resulta algo obvio el fin de la prueba de refutación, pero precisamente brilla por su ausencia todo el formalismo para el ingreso de dicho medio probatorio a la audiencia de juicio oral, por la técnica sabemos que ingresa como prueba testimonial pero como ya se ha dicho a la largo del artículo ante el escaso desarrollo, se generan grandes dudas sobre el momento procesal para solicitarla, que aunque se encuentra estatuida dentro de la audiencia preparatoria, la practica nos ha demostrado que también puede surgir en la audiencia de juicio oral propiamente dicha; todas estas situaciones generan un vacío en la ley que a todas luces vulnera el derecho de contradicción y defensa.

2. La prueba de refutación en otros sistemas procesales

La prueba de refutación se ha venido desarrollando en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, por supuesto tomada del ordenamiento jurídico anglosajón. En cada país se adopta dicha prueba de manera diferente y en instancias procesales diferentes. Pero en todos los países la naturaleza de la prueba de refutación se fundamenta en un sistema adversarial que se adelanta en sede de juicio.

En todos estos ordenamientos jurídicos, la prueba de refutación lo que implica es la posibilidad o una oportunidad probatoria adicional, en el curso del proceso, para contradecir, negar o explicar evidencia propuesta por la parte contraria, pero cada ordenamiento jurídico de cada país o continente determinará como se introducirá, sus efectos y en qué momento.

El sistema penal de México, establece la prueba superveniente en el art. 378. Las pruebas supervenientes deberán ofrecerse y desahogarse hasta antes del cierre de debate, y para ser admitidas, deberán ser de fecha posterior al ofrecimiento de pruebas en la etapa intermedia, o bien, manifestarse bajo protesta de decir verdad que se tuvo conocimiento de su existencia después de aquélla. Si con motivo del desahogo surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad (Código Nacional de Procedimientos Penales, México)

La legislación penal mexicana contempla la prueba superveniente, y su regulación es diferente en cada estado. Por ejemplo, el Estado de Durango sobre la prueba de refutación, contemplaba en su código de procedimiento penal que:

Artículo 390.- Prueba superveniente: El tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes, cuando estas justifiquen no haber sabido de su existencia.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surja una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá

autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad.

En ambos casos, el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate y el juez deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de la prueba superveniente, para preparar los conainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superveniente.

Y el Estado Morelos en su código de procedimiento penal contempla que:

“Artículo 368. Prueba superveniente y de refutación El tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes cuando justificare no haber sabido de su existencia.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

En ambos casos el medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate, se concederá un plazo razonable para preparar el medio de prueba y el juez deberá salvaguardar la oportunidad de la contra parte del oferente de la prueba superveniente o de refutación para preparar los contra interrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversas pruebas encaminadas a controvertir la superveniente o de refutación”.

En ambos casos, solo por traer a colación algún ejemplo se puede observar que dicha regulación se parece mucho a la chilena. En palabras de DeCastro (2016), estas regulaciones son en esencia muy similares, cuando no copia textual, de la consagración chilena de la “prueba nueva” y la “prueba sobre prueba”.

Prueba de refutación en Chile.

De igual manera, en el sistema procesal chileno, desarrolla la prueba de refutación en su código de procedimiento penal, específicamente en su artículo 366, el cual reza lo siguiente:

Artículo 336.- Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento. Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

En este país, doctrinalmente, bajo el precepto del sistema adversarial o contradictorio, desarrolla dos conceptos, prueba nueva y prueba sobre prueba. Dichos conceptos son desarrollados en el mismo artículo 336 del código de procedimiento penal.

De acuerdo con Decastro inicialmente, “el inciso primero del precepto legal recién citado contiene el supuesto de prueba cuyo conocimiento se hubiere obtenido con posterioridad a la oportunidad para ofrecerla, y tal circunstancia se justifique por la parte que desea rendirla. El tribunal ordenará la recepción de la nueva prueba siempre que sea a petición de alguna de las partes” (De Castro, 2016, p. 81).

Por otro lado, el inciso segundo del citado artículo, “se refiere al supuesto que con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, y no se hubiere ofrecido prueba oportunamente para acreditar dichos extremos” (De Castro, 2016, p. 82).

En lo que respecta a la prueba sobre prueba, esta tiene correlación directa con el sentido estricto de la prueba de refutación, cuyas características, según DeCastro (2016), son las siguientes:

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

De lo preceptuado, es claro que en el ordenamiento chileno, el desarrollo de la prueba de refutación es mucho más amplio, pues permite entre otros, la introducción de prueba nueva, ampliando el espectro y permitiendo que el acusado tenga más herramientas para ejercer de mejor manera su derecho a la defensa; un ejemplo claro de ello, es lo que afirma DeCastro (2016), para proteger el derecho del acusado a una adecuada defensa, existe la posibilidad de solicitar la nulidad de la actuación por falta de defensa técnica, aportando una prueba nueva, a fin de que se retrotraiga el proceso a la fase pertinente. Todo lo contrario, al nuestro, ya que ni por asomo nuestro ordenamiento otorga ese tipo de facultades, es más, ni siquiera menciona la posibilidad de introducir pruebas nuevas en sede de juicio, solo refutar la practicada.

Conforme a lo anterior, puede observarse que en los sistemas procesales latinoamericanos logra percibirse mejor la figura de la prueba de refutación, por lo menos, está definida, aunque es evidente que carece de una reglamentación con relación a la operatividad procesal de la figura.

Por lo anterior, y atendiendo a que nuestro sistema penal acusatorio es tomado del sistema norteamericano, estudiar el origen de la prueba de refutación (*rebuttalevidence*) en el sistema anglosajón, esta determina a una evidencia extrínseca o independiente de lo que fue descubierto oportunamente y/o solicitado como una prueba a practicar en el juicio. A diferencia, de nuestro sistema penal acusatorio, en el sistema anglosajón, dicha prueba se trata de una verdadera prueba inesperada, la cual se debe practicar única y exclusivamente en la instancia de juicio (Decastro, 2016). Según Vásquez, dentro de un sistema penal acusatorio la prueba de refutación es aquella que tiene como objetivo controvertir o refutar de manera directa la integridad de información novel y relevante, aportada por distinto medio de prueba de la contraparte durante la audiencia de Juicio oral (Licon, 2013). La prueba de refutación es aquella que no se ofrece antes del juicio, es decir, que no está anunciada desde la audiencia de preparación de juicio oral, por el contrario, es aquella que se debe de solicitar de forma inesperada y sorpresiva dentro del propio juicio oral.

La jurisprudencia de las cortes americanas sostienen que “ la función legal de la prueba de refutación es explicar, rechazar, contrarrestar o discutir la evidencia introducida por la parte contraria; el alcance de la refutación es definido por la evidencia introducida por la otra parte” (Saferite, 2004, p.52.), pero de igual forma las mismas Cortes, han realizado la exclusión de la prueba de refutación, en el entendido de que la misma prueba estaba disponible para la parte desde la presentación de su caso, es decir, no es una prueba de la cual no se tenía conocimiento desde la audiencia de solicitudes probatorias

En el sistema anglosajón, la prueba de refutación está gestada como una prueba autónoma, es decir, es una prueba totalmente independiente del contrainterrogatorio y también diferenciable a la impugnación de la credibilidad del testigo. En el procedimiento norteamericano, se presentan dos hipótesis para la presentación de la prueba de refutación, en la primera de ellas, se aborda el tema de la prueba no enunciada en la audiencia de

preparación de juicio oral, se trata de prueba nueva sobre el fondo de caso (Baytelman A, 2005)

Estas pruebas podrán ser autorizadas por el juez, cuando la parte que debió haberla presentado justifica no haber conocido de su existencia hasta ese momento. El rol de los jueces es controlar que la función de la Fiscalía como ente acusador que representa al Estado, está basada en una investigación seria y eficiente. Si la fiscalía no fuera seria en su investigación, el rol de los jueces es declararlo así a través de la absolución. De esta manera, el ente acusador no puede decir simplemente: “su señoría, no supe de la existencia de esta prueba así que quiero ingresarla sorpresivamente ahora”. (Baytelman A, 2005, p. 65) Los jueces deberán hacer fuertes exigencias acerca de si efectivamente no la conocían, sino además, de sí no estuvo en condiciones de conocerla. El juez además deberá tener presente que estará ingresando una prueba respecto de la cual la defensa no tuvo tiempo de trabajar, investigar independientemente y asumir dentro de su modo de encarar el juicio.

Se trata pues de una facultad delicadísima de cara a la seriedad del derecho de defensa y a la contradicción del juicio; el uso que le den los jueces se generaran practicas del sistema, pues si los jueces no hacen fuertes exigencias de admisibilidad a esta prueba nueva, entonces la fiscalía entenderá que no es necesario abrir todas sus cartas en la audiencia de preparación de juicio oral; podrá, y será muy conveniente guardarse algunas pruebas para ingresarlas sorpresivamente como prueba nueva, minimizando la posibilidad de respuesta por parte de la defensa, lo anterior, atendiendo el poder que tiene el juez de ese sistema de fijar sus reglas.

En la segunda hipótesis se trata de la llamada prueba sobre prueba, esta se presenta cuando sugiere una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba, como ejemplo se tiene el testigo que niega haber escrito la carta que se le exhibe o firmado el documento que se le muestra; en ese caso, la parte que lo está conainterrogando podrá pedir al juez autorización para ingresar el peritaje calificado si es que lo tiene, o un tiempo razonable para realizarlo si no cuenta con este, aun cuando dicho

peritaje no haya sido anunciado en la audiencia de preparación del juicio oral. (Baytelman A, 2005) La razón detrás de esa norma es que no es razonable ni conveniente pedir a las partes que prevean todas las posibles ocasiones en que los testigos van a negar su firma, letra, sus actos o en que simplemente van a mentir acerca de ellos. Además, no se trata realmente de pruebas sobre el fondo del caso y, en consecuencia, el perjuicio de la sorpresa respecto de la contraparte disminuye ostensiblemente; lo que sería en nuestro sistema penal una prueba de refutación propiamente dicha (Baytelman A, 2005).

Los fundamentos de la prueba de refutación se encuentran en la naturaleza misma de un sistema adversarial, en el cual las decisiones estratégicas de las partes tienen honda incidencia en la evidencia admisible que puede proponerse en juicio. La prueba de refutación no es una creación artificial de los sistemas legales que acogen un procedimiento de corte acusatorio; su razón de ser está en la esencia misma del sistema acusatorio (Decastro, 2016, p.61)

Quiere decir ello que las estrategias que se usen para llevar adelante el juicio oral, tales como alegatos de apertura, interrogatorios, contra interrogatorios, introducción de evidencia etc., se conjugan para saber cuáles serán las evidencias para introducir en la etapa de juicio oral.

De acuerdo con Decastro, hay dos fundamentos de la prueba de refutación en el sistema anglosajón, uno de ellos es “abrir la puerta” y el otro es la doctrina de la materia colateral.

La doctrina de la puerta abierta (*open door doctrine, openingthedoor*) es una de las consecuencias de las estrategias afirmativas que puedan poner en marcha los litigantes. Esta doctrina describe lo que pasa cuando una parte introduce evidencia y la otra parte ofrece contra-prueba para refutar o contradecir la evidencia inicial. Usualmente se trata de un problema de estrategia, pues, la parte elige que evidencia introducir, por lo que no se

trata de algo accidental; al hacer estas elecciones se provoca una respuesta en el adversario que quizá no es lo que se esperaba o que pruebe algo en forma más contundente o exitosa de lo que se anticipó. Si la parte inicial objeta la contra-prueba, o pierde el caso y plantea un error (en sede de recursos) basado en la admisión de dicha prueba, usualmente la objeción será negada porque ella “abrió la puerta” al contraataque de la parte contraria (Decastro, 2016, págs. 62-63). Indica este autor que “la verdadera importancia de la puerta abierta consiste en entender que la evidencia que puede afectar el resultado del caso no debe de ser impune a la refutación” (Decastro,2016, pág. 63)

Por su parte la doctrina de la materia colateral consiste en la eventualidad de presentar una prueba de refutación, es una oportunidad que se da dentro de la instancia de juicio oral, buscando contradecir, negar, y/o explicar, la evidencia que está tratando de introducir la contraparte, indica Decastro en su obra:

No siempre se permite presentar prueba de refutación para desvirtuar todo tipo de información aportada por los testigos de la contraparte. Si ello se autorizase en todos los eventos el juicio se dilataría innecesariamente ante las constantes solicitudes probatorias de refutación de las partes frente al más mínimo hecho informado por los testigos que no corresponda con la verdad y que pueda, efectivamente, ser desvirtuado con evidencia extrínseca (Decastro, 2016, pag. 61)

Para evitar este tipo de situaciones se ha desarrollado la doctrina de las materias colaterales (*collatermatters*) y no colaterales (*not colateral matters*). En esencia, dicha doctrina indica que se puede presentar evidencia extrínseca en 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*) (Decastro, 2016).

En las reglas federales de evidencia no aparece literalmente la prueba de refutación, pero la aplicación de esta es visible y deriva de ser prueba contraria presentada durante la etapa del

juicio oral, para poder controvertir la prueba ofrecida por la contraparte, de la cual no se tenía conocimiento y era imprevisible que dicha prueba fuera a ser solicitada.

Es claro entonces, que los sistemas implementados en México, Chile y Colombia, son acogidos del sistema penal norteamericano, pero estos a su vez carecen de la claridad que posee el sistema penal anglosajón, aclarando que esta ausencia se percibe más en el colombiano. El desarrollo procedimental de la incorporación de la prueba de refutación es muy deficiente, lo que genera interpretaciones contradictorias y por ende fallas en su aplicación. Situación que como se acaba de explicar no se presenta con la legislación penal anglosajona, puesto que su desarrollo y aplicación es completo, claro y bien reglamentado, por lo tanto hay poco lugar a dudas interpretativas, respetado mucho más los derechos fundamentales de las partes del proceso.

3. Conclusiones.

Conforme a todo lo dicho, se pudo establecer que la escasa regulación sobre la prueba de refutación vulnera los derechos al debido proceso y de contradicción, derechos protegidos tanto por nuestra legislación, como por los tratados internacionales suscritos por Colombia, en razón a ello, en este trabajo consideramos que será necesario que desde el Congreso de la República se realicen adiciones a ley 906 de 2004, en el sentido de definir y brindar claridad sobre el momento procesal para la solicitud de este tipo de prueba, así como de los recursos que pueden interponerse.

Este vacío normativo, ratifica los cuestionamientos que hacíamos al inicio de este trabajo y es ¿En qué etapa se puede solicitar la prueba de refutación? ¿Audiencia preparatoria o en sede de juicio oral? ¿Contra la decisión de admitir o no la prueba de refutación proceden los recursos de ley? ¿Ante la negativa de decretar una prueba de refutación podría interponerse acción de tutela por vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y contradicción?

Al respecto, nos vamos a atrever a dar algunas posibles opciones, toda vez que consideramos que podría servir de base para una eventual orientación para presentar el proyecto de ley.

Para responder al primer cuestionamiento, aquí consideramos que la prueba de refutación puede solicitarse tanto en la audiencia preparatoria como está anunciada en el artículo 362 de la ley 906/04 o en sede de juicio oral, la primera etapa, porque si el ente acusador descubrió la totalidad de los elementos materiales probatorios, para la audiencia preparatoria la defensa puede tener claro con qué medio de prueba puede refutar lo descubierto y, en la segunda etapa, toda vez que es el momento procesal donde la prueba practicada aportará información que la contraparte no conocía, lo que permitirá que realmente se pueda refutar la prueba aportada en sede de juicio oral.

Ahora bien, con relación a la interposición de los recursos, tal y como lo hemos advertido antes, consideramos que son procedentes los recursos de ley, cuando la prueba de refutación sea negada, debe darse aplicación al artículo 177 numeral 4°, puesto que dicha normatividad no diferencia el tipo de prueba negada, solo hace referencia al auto que niega la práctica de la prueba, por lo que abiertamente no riñe con la interposición de recursos, toda vez que la negativa de la práctica de la prueba, requiere que la judicatura argumente el motivo de la no concesión de la misma, lo que legitima a la parte para hacer uso de los recursos.

Por otro lado, consideramos que en caso de no proceder recursos o negar la interposición de los mismos, podríamos encontrarnos ante la vulneración de derechos fundamentales de la parte a la que se le negó la práctica de la prueba de refutación; derechos fundamentales tales como el debido proceso, derecho de contradicción y defensa, y frente a esta vulneración evidente el único camino es la acción de tutela, mecanismo por excelencia

para la protección de derechos fundamentales siempre y cuando se haya agotado dentro del proceso penal todos los recursos.

Referencias bibliográficas

Agudelo Ramírez, Martín (2005). El Debido Proceso. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>

Cafferata Noris, José, 2000, La Prueba en el Proceso Penal.

Baytelman A, 2005. Litigación penal juicio oral y prueba. México fondo de cultura

Corte Constitucional, Sentencia C-144 (3 de marzo de 2010).Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-144-10.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-371 (11 de Mayo de 2011)

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-371-11.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-371 (11 de mayo de 2011).Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_a8103bf657fd0244e0430a0101510244

Corte Constitucional, Sentencia C-496 (5 de agosto de 2015).Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-496-15.htm>

Corte Constitucional, Sentencia C-473 (31 de agosto de 2016).Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-473-16.htm>.

Código de procedimiento penal, Bogotá Colombia: Editorial Leyer (2016) ley 906 de 2004.

Código de Procedimiento Penal, Chile, ley 1853 de 1906, modificado por la ley 20603 de 2012. Obtenido de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>.

Código de procedimientos penales, Estados Unidos Mexicanos, obtenido de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5334903&fecha=05/03/2014.

Corte Suprema de Justicia (20 de agosto de 2014).Obtenido de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/641783109>.

Corte Suprema de Justicia (24 de febrero de 2016).Obtenido de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2abr2016/SP2144-2016.pdf>

Corte Suprema de Justicia (25 de junio de 2014).Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_fdd834e991d702dae0430a01015102da

Corte Suprema de Justicia, SP 2144 de 2016, MP. Bustos Ramírez José Leonidas

[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2abr2016/SP2144-2016\(41712\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2abr2016/SP2144-2016(41712).doc)

Corte Suprema de Justicia (11 de julio de 2018). Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_9bde32aca99147c88ffcef4e442c56ed

Decastro González Alejandro, 2016, La Prueba de Refutación, 1 ed. Bogotá D.C defensoría del pueblo Colombia.

Devis, Echandia, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad

Jaén Vallejo, Manuel, 2000, Derechos Fundamentales del Proceso Penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá.

Jauchen, Eduardo M, Tratado de la Prueba en Materia Penal

Licona Vásquez Renee Christian, 2013 la deficiente regulación de la prueba de refutación en los nuevos procedimientos penales acusatorios en Mexico, Mexico D.F, obtenido de https://letrujil.files.wordpress.com/2013/03/la_deficiente_regulacion_de_la_prueba_de_refutacion.pdf

Londoño, Arturo Hernando, 1982, Derecho Procesal Penal, Editora Temis, Bogotá

Luigi, Ferrajoli, Derechos fundamentales y Garantías, Editorial Trotta. España

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Ramírez, M. (2005). El Debido Proceso. <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>

Tribunal Superior de Medellín (20 de septiembre de 2016). Obtenido de <https://salapenaltribunalmedellin.com/images/pdf/providenciaspenal/004/050016000207201500392.pdf>

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

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 2000, Derecho Penal parte general, Editorial Ediar.

