TOMA DE MUESTRAS/ Obtención de las muestras de residuos de disparos no requiere autorización judicial previa, al ser considerado un acto urgente/ Irregularidades en la prueba pericial de toma de muestras de rango de disparos deben ser debatidas bajo la figura de prueba de refutación

“(…) no se observa ninguna transgresión a la normatividad en la práctica del acto de investigación, ya que la toma de muestras de residuos de disparos no corresponde a alguna de las actuaciones que enuncia de manera taxativa el artículo 249 del CPP, que requieren autorización del juez con función de control de garantías, por lo cual debe entenderse que se realizó bajo la noción de `acto urgente´, contemplado en el artículo 205 del CPP, por lo cual no resulta aplicable al caso sub examen, el artículo 23 ibídem que establece la cláusula de exclusión de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y de la prueba derivada.

“(…) se debe establecer que la defensa tiene la posibilidad de sacar avante su pretensión de confrontar los dichos del perito que presentará en el juicio oral la FGN, teniendo en cuenta que está facultado para acudir a la figura de la prueba de refutación (…)

Citas: Corte Constitucional, sentencia C-822 de 10 de agosto de 2005; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, providencias de 9 de febrero de 2011 -rad. 32299- y de 3 de julio de 2013 -rad. 37130-.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintisiete (27) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 461

Hora: 10:16 a.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la FGN y del defensor de los acusados, contra del auto proferido por la juez segunda penal del circuito de Pereira el 8 de abril de 2016, a través del cual admitió no accedió a unas solicitudes de exclusión probatoria presentadas por esos sujetos procesales.

**2. HECHOS**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación los hechos materia de investigación son los siguientes:

*“El día 03 de Enero de 2015 siendo las 22:20 horas, el PT. CRISTIAN ANDRÉS HERNÁNDEZ OLIVARES, se encontraba prestando el servicio en la Subestación de Policía de la Honda cuando recibió una llamada donde un ciudadano que informó, que llegando al sector conocido como “Las Yeguas” le habían disparado a dos personas y que la persona que había disparado se había dado a la huida en una moto BWS color gris en dirección hacia la ciudad de Pereira"*

*Teniendo en cuenta que la única vía de salida hacía la ciudad de Pereira, pasa por el frente de la subestación el PT. HERNÁNDEZ OLIVARES, se dirigió a la calle y observó que se estaba acercando una moto BWS de color gris, características similares a las informadas anteriormente, en ella venía a bordo una persona de género masculino que vestía una camiseta negra y un jean azul; seguidamente el PT. HERNÁNDEZ OLIVARES procedió a desenfundar su arma de dotación y le ordenó a viva voz al conductor de la moto que se detuviera, lo cual efectivamente hizo.*

*El PT. HERNÁNDEZ OLIVARES, procedió a ingresar a la Subestación con el ciudadano que había interceptado, una vez al interior de la Subestación, se le solicitó al ciudadano que se identificara, este se identificó con la cédula de ciudadanía^ No. 1.115.418.628 de Toro (Valle) a nombre de ÁLVARO ANDRÉS GRAJALES CASTAÑO.*

*Minutos después una multitud de personas alrededor de 30, llegó a la Subestación en estado de excitación y enardecidamente gritaban “ese, ese fue el que disparo, déjenlo salir” refiriéndose al señor ÁLVARO ANDRÉS GRAJALES CASTAÑO, de esa multitud de personas, una parte del grupo ingreso violentamente a la Subestación con la intención de atacar al señor ÁLVARO ANDRÉS GRAJALES CASTAÑO, uno de ellos le propino heridas con arma blanca.*

*Al conocer la existencia de dos personas lesionadas, y teniendo en cuenta los señalamientos de la ciudadanía hacia el señor ÁLVARO ANDRÉS GRAJALES CASTAÑO como autor o causante de las lesiones, el PT. HERNÁNDEZ OLIVARES procedió a darle a conocer a este su derecho como capturado, el cual manifestó entenderlos.*

*(…)*

*En desarrollo del PMI y una vez obtenidos los resultados de las actividades investigativas ordenadas por el fiscal del caso derivadas del cumplimiento de las órdenes a policía judicial emanada de la fiscalía y en observancia de todas las disposiciones legales correspondientes, los investigadores encargados del caso lograron identificar e individualizar a los partícipes de los hechos y los motivos de los mismos que no son otros que el señor RUBÉN DARÍO GARCÍA (concejal enteró que su esposa lo traicionaba con el señor JORGE ELIÉCER ARROYAVE CANO (occiso) por lo que ordenó su muerte para lo que contactó a RUBÉN DARÍO MORENO ESCOBAR y a ÁLVARO ANDRÉS GRAJAELES CASTAÑO (capturado en flagrancia) quienes al momento de realizar el hecho encontraron a la víctima en compañía de DANIEL FERNANDO PINO AGUIRRE, por lo que también recibió disparos.”[[1]](#footnote-1)*

2.2 Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 2 de septiembre de 2015 ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira (folio 17-18). En esas diligencias se les formuló imputación a los señores Álvaro Andrés Grajales Castaño, Rubén Darío García y Rubén Darío Moreno Escobar por los delitos de homicidio con circunstancias de agravación y fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, los cuales no aceptaron. A los ciudadanos investigados se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario.

2.3 El proceso fue asignado al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento (folio 18). La audiencia de formulación de acusación se celebró el 12 de noviembre de 2015 (folio 24-27). La audiencia preparatoria inició el 18 de febrero de 2016 (folio 33) y continuó el 8 de abril de 2016 (folio 43- 50).

**3. SOBRE LA ACTUACIÓN QUE DIO LUGAR A LOS RECURSOS INTERPUESTOS.**

3.1 En el decurso de la audiencia preparatoria y centrándonos exclusivamente en lo que interesa a la presente decisión, se hace la siguiente relación:

3.1.1 La defensa formuló como solicitud probatoria el informe pericial sobre el estudio de residuos de disparo para la determinación de rango de distancia de la detonación, que sería sustentado por el técnico en investigación criminal Israel Díaz Ramos. Sustentó su pertinencia afirmando que con esta prueba iba a demostrar que no se había cumplido con las exigencias legales para la toma de la citada muestra, a efectos de desvirtuar las conclusiones del informe sobre sus resultados que iba a ser introducido por la FGN al juicio con el perito Harold Augusto McLean Villaraga.

3.1.2 Por su parte el delegado de la FGN solicitó la siguiente prueba: El testimonio de Harold Augusto Maclean Villaraga perito del CTI, quien realizó la prueba de laboratorio sobre los residuos de disparo en prendas y manos del señor Álvaro Andrés Grajales Castaño. Expuso que iba a sustentar la base de opinión pericial relacionada con su estudio.

3.2 El representante de la FGN se pronunció sobre el informe pericial y el testimonio anunciado del perito Israel Díaz Ramos que solicitó como prueba la defensa. Expuso que el mismo no era suficiente para rebatir la prueba pericial que iba a presentar el ente acusador con el perito McLean Villaraga, ya que la discusión sobre la posible violación de los protocolos relacionados con la obtención de las muestras de residuos de disparos, estaba relacionada con el poder suasorio de esa evidencia, por lo cual se trataba de un asunto que debía ser examinado en la sentencia.

3.2.1 La delegada del Ministerio Público consideró que era viable la petición del fiscal para que se excluyera esa prueba.

3.2.2 El representante de la víctima coadyuvó la solicitud del fiscal.

3.2.3 El defensor intervino para manifestar que el dictamen pericial que solicitó tenía como objeto demostrar que el procedimiento de toma de muestras de residuos de disparos que se le practicó al señor Grajales por un servidor de la Policía Nacional, fue realizado violando las disposiciones existentes sobre la materia, por lo cual era pertinente y conducente la prueba que se iba a practicar con el perito Díaz Ramos para demostrar un “falso juicio de legalidad” derivado de esa evidencia, lo que iba a establecer con ese testigo de refutación. Por lo tanto invocó el artículo 29 de la CP, para solicitar que se excluyera el informe de investigador de laboratorio FPJ13 del 13 de mayo de 2015 presentado por la FGN sobre el análisis de partículas de residuos de disparo en prendas y manos del señor Álvaro Andrés Grajales, el cual fue suscrito por el técnico Harold Augusto Maclean Villarraga.

Para el efecto expuso que esa evidencia fue recolectada con violación del artículo 249 del CPP, que regula la obtención de muestras que involucran al imputado, que en este caso corresponden a “residuos” según el artículo 275 *ibídem,*  por lo cual, siguiendo el precedente establecido en la sentencia C- 822 de 2005 de la Corte Constitucional, la práctica de ese tipo de pruebas debía ser autorizada previamente por un juez con función de control de garantías; debía contar con la intervención de personal de policía judicial especializado y con la presencia de un defensor.

Agregó que el funcionario que tomó la muestra consignó su actuación en un formato que era de una entidad extinguida como el DAS y que de manera malintencionada o por ignorancia, se le hizo firmar una autorización al señor Grajales para ese acto de investigación, ya que al no contar éste con un defensor no pudo advertir que estaba renunciando a su derecho a la no incriminación. Además el mismo servidor de policía judicial certificó de manera irregular que ese acto había contado con la presencia de una delegada del Ministerio Público, sin que esa funcionaria hubiera firmado el formato en mención, fuera de que no se dijo de qué manera era que se había procurado la búsqueda de un letrado adscrito al Sistema de Defensoría Pública antes de tomar la muestra en cita.

Por lo tanto solicitó que se ordenara “la nulidad de pleno derecho” de esa prueba y su consiguiente exclusión.

**4. SOBRE LAS DECISIONES IMPUGNADAS.**

4.1 Después de escuchar las intervenciones de los sujetos procesales sobre esas peticiones probatorias específicas, la juez de conocimiento adoptó las siguientes determinaciones, que dieron lugar a los recursos propuestos:

4.1.1 Consideró que era pertinente el informe pedido por la defensa que iba a ser sustentado por el diestro Israel Díaz Ramos, ya que su objeto era refutar las conclusiones de la prueba pericial sobre residuos de disparos enunciada por el Fiscal y se debía garantizar el derecho de contradicción de la prueba.

4.1.2 En lo relativo a la solicitud de la defensa para que se excluyera el informe de laboratorio presentado por el perito Harold Augusto Maclean Villarraga, consideró que la toma de ese tipo de muestras formaba parte de los denominados “actos urgentes” en materia investigativa, por lo cual no requería de la autorización de un juez con función de control de garantías, ni de la presencia de un defensor o un delegado del Ministerio Público, ya que en esos casos el tiempo resultaba apremiante para que no se perdieran los residuos. Agregó que la recolección de ese tipo de evidencias no afectaba la integridad ni la intimidad de la persona ya que se trataba de una toma de vestigios de sus manos para comprobar si había accionado un arma de fuego. Consideró que no habían evidencias que indicaran que se vició el consentimiento del señor Grajales para la práctica de ese acto de investigación, y que la demostración de ese hecho era una carga probatoria de la defensa, por lo cual esa situación sólo se podía acreditar a través del testimonio del investigador que mencionó el representante de los procesados.

La juez de conocimiento adujo que la prueba relativa a la mencionada toma de muestras se debía acreditar con el testimonio del investigador con el que se iba a introducir ese informe, y que lo esencial era su el testimonio del perito, ya que en muchas oportunidades el informe no era ingresado al juicio durante el cual sería establecida su idoneidad, por lo cual el tema propuesto por la defensa tenía que ver con la valoración de esa prueba y no con su exclusión como medio probatorio.

4.2 El Fiscal interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, frente al ordenamiento de la prueba solicitada por la defensa para ser practicada con el perito Israel Díaz Ramos.

4.3 El Defensor interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de no excluir el informe del perito Harold Augusto Maclean Villaraga solicitado por el delegado de la FGN.

**5. SOBRE LOS RECURSOS INTERPUESTOS**

**5.1 En torno a la prueba pericial pedida por la defensa.**

**5.1.1 Fiscal (recurrente)**

* El dictamen del perito Israel Díaz Ramos que fue solicitado por la defensa, no es pertinente ya que según lo anunciado por el defensor su objeto era “deslegitimar” el procedimiento de recolección de toma de muestras de residuos de disparos que se practicó al acusado Álvaro de J. Grajales Castaño.
* Esa pretensión probatoria no guarda relación con los hechos que se deben debatir en el juicio, ya que se pretende discutir si se cumplieron o no los protocolos de ese acto de investigación, lo cual se debía plantear en la fase de alegaciones del juicio oral luego de que se practicara la prueba respectiva. Insistió en que la prueba enunciada por el representante del acusado no era pertinente, ya que con su práctica no se podía demostrar la situación enunciada por la defensa. Pide que se revoque la decisión.

**5.1.2 Delegada del Ministerio Público (no recurrente)**

Consideró acertada la decisión de decretar la práctica de la prueba pericial pedida por la defensa, ya que estaba relacionada con un tema que iba a ser objeto de debate en el juicio oral. Pide que se confirme la decisión.

**5.1.3 Apoderado de victimas (no recurrente)**

Considera que la defensa no cumplió con la carga de argumentar de fondo la finalidad de su solicitud probatoria. Pide que se deje sin efectos la decisión de admitir esa prueba.

**5.1.4 Defensor (no recurrente)**

El dictamen sobre la toma de muestras mencionada es una de las pruebas aducidas por la FGN para demostrar la responsabilidad de los acusados. Ese informe se basó en el acto de investigación que realizó un funcionario de policía judicial, por lo cual la prueba solicitada por la defensa resulta pertinente para controvertir el citado estudio.

5.1.5 La Juez de conocimiento decidió no reponer su decisión de decretar el dictamen pericial pedido por la defensa. Consideró que esa parte tenía el derecho de controvertir las pruebas presentadas por la FGN, con la presentación de la opinión de un profesional con el mismo conocimiento y especialidad del experto solicitado por el ente acusador, ya que si se demostraba que el procedimiento de toma de muestras del acusado no se hizo en debida forma, se podía considerar que sus conclusiones no eran correctas.

Por lo tanto concluyó que la prueba pedida por la defensa cumplía con las exigencias de conducencia, pertinencia y admisibilidad frente a la responsabilidad de uno de los acusados, a efectos de que el representante de los acusados pudiera cuestionar la forma en que se cumplió el procedimiento de recolección de las citadas muestras. En tal virtud denegó el recurso horizontal y concedió el recurso de apelación que interpuso el delegado de la FGN.

**5.2 Sobre la decisión de admitir la prueba pericial pedida por la FGN.**

**5.2.1 Defensor (recurrente)**

Solicitó la exclusión de esa prueba. Su intervención se sintetiza así:

* La realización de actos urgentes no autoriza al Estado a vulnerar el derecho al debido proceso de los acusados como ocurrió en este caso, por lo cual según el artículo 29 *in fine* de la CP, se deben considerar nulas de pleno derecho las pruebas que se obtengan con desconocimiento de esa garantía ya que en este caso la toma de las citadas muestras estaba regulada entre otras normas por el artículo 249 del CPP, disposición que fue vulnerada por el funcionario de policía judicial que practicó ese acto de investigación, lo que afecta el derecho a la libertad de sus representados.
* La toma de muestras de residuos vulnera la integridad de la persona sobre la cual se obtienen esos vestigios, ya que se trata de un procedimiento invasivo en la medida en que se aplican productos químicos que desprenden células de la persona que es sometida a ese acto.
* Como la producción de esa prueba fue ilegal, el informe pericial presentado por la FGN reviste la misma condición ya que se encuentra afectado por un falso juicio de legalidad.
* Insistió en la exclusión de esa evidencia y adujo que la audiencia preparatoria era el escenario procesal adecuado para pedir su exclusión, ya que luego de ser admitida la prueba era muy difícil que no se practicara en la fase del juicio y la misma podría tener efectos sustanciales sobre la responsabilidad de sus representados.
* En consecuencia pidió que se revocara la decisión de la *A quo* y que se excluyera la prueba en mención.

**5.2.2 Fiscal (no recurrente)**

* El informe sobre el análisis de residuos en las manos y prendas de vestir del acusado Álvaro Andrés Grajales Castaño debe ingresar al juicio oral, ya que para la toma de las citadas muestras no se aplica el artículo 249 del CPP.
* La autorización judicial previa para la obtención de muestras del implicado sólo se contempla en los casos en que se va a realizar un examen grafotécnico, un cotejo de fluidos corporales, una identificación de voz, impresión dental, o de pisadas.
* Además pese a que no era necesario, ya que se trataba de un acto urgente de acuerdo al artículo 205 del CPP que no tenía carácter invasivo, el procesado autorizó por escrito con su firma y huella, la obtención de esas muestras y en las audiencias preliminares no se cuestionó que su consentimiento estuviera viciado ni se ha demostró *a posteriori* tal situación. Por otra parte el argumento de que se hubiera utilizado un formato del extinto D.A.S., es irrelevante.
* Pide que se confirme la decisión recurrida.

**5.2.3 Delegada del Ministerio Público (no recurrente)**

La obtención de las muestras de residuos de disparo fue legal en la medida que es una prueba que se recolectó en ejercicio de los actos urgentes que adelantan los organismos de investigación. Por ello no se requería la presencia de un delegado del Ministerio Público y de un defensor para su práctica. No se vulneraron derechos fundamentales del procesado al realizarse esa prueba que contó con su autorización. Pide que se confirme el auto apelado.

**5.2.4 Apoderado de víctimas.**

El proceso penal está diseñado para proteger al incriminado, pero también a las víctimas y por ello contempla actuaciones urgentes para la protección de la prueba, lo que no vulnera derechos de los investigados, máxime si en este caso se contó con la autorización del señor Grajales para la toma de la citada muestra. Pide que se confirme la decisión impugnada.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1 Esta colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, en atención a lo que dispone el artículo 34-1 del CPP.

**6.2 Problemas jurídicos a resolver.**

En atención al principio de limitación de la segunda instancia, la Sala debe decidir los dos temas propuestos por los recurrentes así:

i) El recurso interpuesto por el defensor de los acusados en contra de la decisión de no excluir la prueba pedida por la FGN, consistente en el informe de investigador de laboratorio FPJ13, sobre el análisis de partículas de residuos de disparo del señor Álvaro Andrés Grajales, suscrito por el técnico Harold Augusto Maclean Villarraga.

ii) La impugnación del Fiscal sobre la decisión de admitir la prueba solicitada por la defensa a efectos de introducir el dictamen del perito Israel Díaz Ramos, con el que se pretenden probar las presuntas irregularidades que se presentaron en el procedimiento antes citado, según lo expuesto por el representante de los acusados.

En un sentido sistemático, la Sala se pronunciará inicialmente sobre la solicitud de exclusión probatoria formulada por la defensa, que condiciona necesariamente el recurso que interpuso el delegado de la FGN.

6.3 En lo relativo a la solicitud de exclusión del dictamen del perito de la FGN Harold Augusto Mclean Villaraga, que versa sobre los resultados de la toma de muestras de disparos efectuada al procesado Álvaro Andrés Grajales[[2]](#footnote-2), se hacen las siguientes consideraciones:

6.3.1 Según el alegato de la defensa, el procedimiento de toma de muestras de residuos de disparos que se le practicó al señor Grajales por un servidor de la Policía Nacional, fue realizado violando las disposiciones existentes sobre la materia, y estaba afectado por un “falso juicio de legalidad”. Por lo tanto solicitó que se excluyera el informe de investigador de laboratorio FPJ13 del 13 de mayo de 2015 presentado por la FGN, sobre el análisis de partículas de residuos de disparo en manos del señor Álvaro Andrés Grajales, que fue suscrito por el técnico Harold Augusto Maclean Villarraga.

Para el efecto expuso que esa evidencia fue recolectada con violación del artículo 249 del CPP que regula la obtención de muestras que involucran al imputado, que en este caso corresponden a “residuos” según el artículo 275 *ibídem,*  ya que en la sentencia C- 822 de 2005 de la Corte Constitucional se expuso que la práctica de ese tipo de pruebas debía ser autorizada previamente por un juez con función de control de garantías, y debía contar con la intervención de personal de policía judicial especializado y con la presencia de un defensor.

Agregó que el funcionario que tomó la muestra lo consignó su actuación en un formato que era de una entidad extinguida como el DAS; que de manera malintencionada o por ignorancia se le hizo firmar una autorización al señor Grajales para ese acto de investigación, ya que al no contar éste con un defensor no pudo advertir que estaba renunciando a su derecho a la no incriminación, fuera de que el mismo servidor de policía judicial certificó de manera irregular que ese acto había contado con la presencia de una delegada del Ministerio Público, pero que esa funcionaria no había firmado el formato en mención, y además no se dijo de qué manera era que se había procurado la búsqueda de un letrado adscrito al Sistema de Defensoría Pública antes de tomar la muestra en cita.

Por lo tanto solicita que se ordenara “la nulidad de pleno derecho” de esa prueba y su consiguiente exclusión.

8.4 .En lo relativo a la solicitud de exclusión del dictamen del perito de la FGN Harold Augusto Mclean Villaraga, que versa sobre los resultados de la toma de muestras de disparos efectuada al procesado Álvaro Andrés Grajales el 4 de enero de 2015, procedimiento que fue realizado el investigador Luis Alexon Mosquera, se hacen las siguientes consideraciones:

6.4.1 Según lo demuestra el acta respectiva, en el presente caso la toma de muestras para residuos de disparo, fue adelantada por un funcionario de policía judicial con base en la facultad que les otorga a esos funcionarios el artículo 205 del CPP, para que una vez tengan conocimiento de la ocurrencia de una conducta punible, realicen sin necesidad de autorización de funcionarios judiciales, los “actos urgentes” contemplados en esa norma.

6.4.2 El artículo 357 del CPP dispone que las partes deben probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan, para que sean debidamente aducidos al proceso. A su vez, el canon 375 del mismo estatuto establece el criterio de pertinencia como factor modulador de los ordenamientos probatorios, al disponer que el EMP, la evidencia física y el medio de prueba: “*deberán referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relacionados con la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad, o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito”*. El *test* de pertinencia de la prueba debe ser complementado con el examen de su admisibilidad que se encuentra condicionado a los factores previstos en el artículo 376 del CPP.

6.4.3 En atención al alegato del recurrente en el sentido de la toma de muestras de residuos de disparos que se le practicó al señor Álvaro Andrés Grajales fue un acto de investigación ilegal, ya que no se observaron las previsiones del artículo 249 del CPP, lo que afecta la legalidad del informe de interpretación de esa evidencia, hay que manifestar que en la sentencia C- 822 del 10 de agosto de 2005, se hizo control abstracto de esa norma y se expuso lo siguiente:

*“(…)*

*El artículo 249 bajo estudio, regula la figura de la obtención de muestras que involucren al imputado, en los siguientes términos:*

*Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado. Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:*

*(…)*

*2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.*

*En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.*

*Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.*

*(…)*

*3.La medida descrita en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la obtención de ciertas muestras que incumben al imputado, y que de conformidad con lo que establece el artículo 275 de la Ley 906 de 2004,[[3]](#footnote-3) son consideradas como elementos materiales probatorios y evidencia física que generalmente provienen del imputado, son de su propio cuerpo. Por lo tanto, cuando se trate de la extracción de evidencia física ajena o extraña al cuerpo del imputado, pero que se encuentra alojada en él, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, relativo a la inspección corporal.*

*El artículo señala de manera expresa el tipo de muestras que se pueden obtener mediante el procedimiento descrito en él, por lo cual se entiende por “muestras”, los fluidos corporales (sangre, saliva, sudor, semen, etc.), cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresiones dentales, pisadas, que deben recogerse para la práctica de exámenes grafotécnicos, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas.*

*(…)*

*Por lo anterior, y dado que el artículo 249 bajo estudio es, en abstracto, idóneo, necesario, y proporcional, la Corte Constitucional declarará su exequibilidad, en relación con los cargos examinados, en el entendido de que:*

*a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;*

*b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.*

*Corresponderá a los jueces de control de garantías, en cada caso concreto, velar porque en la práctica misma de la obtención de muestras del imputado se respeten estos principios. De conformidad con lo anterior, el juez de control de garantías podrá autorizar su práctica o negarse a acceder a la solicitud del Fiscal, luego de examinar (i) la pertinencia de la medida en el caso concreto, y (ii) las condiciones particulares de su práctica, a fin de determinar si la obtención de muestras solicitada es adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); si no existe un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad); y la medida no es desproporcionada (proporcionalidad), luego de ponderar la gravedad del delito investigado y las condiciones en las cuales este fue cometido, de un lado, y el grado de afectación de los derechos del imputado por la obtención de muestras corporales.*

*(…)”*

6.4.4 De la providencia antes citada se deduce que en virtud de la enunciación taxativa que se hizo en ese precedente, la toma de muestras de las manos del indiciado para verificar la existencia de vestigios o residuos de disparos, no es un acto que tenga la connotación de “muestra corporal” para los efectos previstos en la sentencia C- 822 del 10 de agosto de 2005, por lo cual su validez no se encuentra condicionada a los requerimientos mencionados por el defensor de los acusados, esto es que se exista solicitud previa del fiscal, autorización de un juez con función de control de garantías y comparecimiento del defensor del incriminado.

6.4.5 A su vez se debe tener en cuenta que en la sentencia CSJ SP del 3 de julio de 2013, radicado 37130, se reafirmó ese criterio al indicarse que las diligencias que requieren de autorización judicial previa son las enunciadas en el citado artículo 249 del CPP, que no incluyen la toma de muestras de residuos de disparos. En ese precedente se expuso:

*“(…)*

*El artículo 249 en cuanto a la obtención de muestras que involucren al imputado, establece que “Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de la legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales*[*6*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cjulio%5C37130%2803-07-13%29.html#footnote5)*, identificación de voz, impresión dental y de pisadas…”*

*Esta norma fue declarada exequible por Corte Constitucional*[*7*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cjulio%5C37130%2803-07-13%29.html#footnote6)*, “en el entendido de que: a) la obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; b) la obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado.”*

 *El fundamento de la regla que establece el principio de reserva judicial en la autorización de esa clase de diligencias, en términos generales, estriba en que representan una afectación media o alta en el ejercicio y goce de derechos fundamentales*[*8*](file:///F%3A%5CJURISPRUDENCIA%20CSJ%201995-2014%5C2013%5Cjulio%5C37130%2803-07-13%29.html#footnote7)*, dependiendo de las circunstancias en que deban ser practicadas, de manera que se justifica la intervención previa del juez con el fin de examinar la pertinencia, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida limitativa y decida si autoriza su práctica” .* (Subrayas fuera del texto original)

6.5 En ese orden de ideas se puede concluir que el mencionado acto de investigación, que además fue autorizado por el señor Álvaro Andrés Grajales, se practicó con base en lo dispuesto en el primer inciso del artículo 205 del CPP que otorga a los servidores de policía judicial la autorización para adelantar ese tipo de diligencias, por lo cual la toma de ese tipo de muestras no constituye una prueba ilegal que conlleve a la exclusión del dictamen que se realizó sobre la misma.

6.5.1 Sobre el tema debe citarse lo expuesto en CSJ SP del 9 de febrero de 2011, radicado 32299, donde se expuso lo siguiente sobre el tema del falso juicio de legalidad por haberse aducido un medio de prueba de manera irregular:

*“( …)*

*En sentencia del 2 de marzo de 2005, la Sala de Casación Penal indicó:*

*El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que “es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*

*La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.*

*(…)*

*La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 29 Superior.*

*En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba[[4]](#footnote-4).*

*(…)*

*La prueba ilegal o irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley[[5]](#footnote-5).*

*La Sala, acerca del tema, dijo:*

*Desde una interpretación constitucional y en orden a la visión y concepción de la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segunda instancia, se debe considerar que tanto en los eventos de ilicitud y de ilegalidad probatoria como de ilicitudes o ilegalidades que recaen sobre los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, lo que se produce normativamente son efectos idénticos de exclusión dadas las inexistencias jurídicas por tratarse en esos eventos de medios de convicción que constitucionalmente se predican “nulos de pleno derecho” y que, de consecuencia, dichos resultados de “inexistencia jurídica” de igual se transmiten a los que dependan o sean consecuencia de aquellos o a los que sólo puedan explicarse en razón de la existencia de las excluidas, pues como es de lógica jurídica y por sobre todo constitucional, las “inexistencias jurídicas” no pueden dar lugar a “reflejos de existencias jurídicas[[6]](#footnote-6).*

*En efecto: si de acuerdo al mandato constitucional del artículo 29 las pruebas que se hubiesen obtenido con violación del debido proceso reportan un efecto-sanción de nulidad de pleno derecho valga decir, se deben excluir, porque comportan efectos de inexistencia jurídica, de correspondencia con esa disposición de la Carta Política, se podrá comprender y desde luego interpretar que por virtud de esa exclusión, las inexistencias jurídicas de carácter probatorio no tienen la potencialidad de dar génesis, ni de las mismas se pueden derivar existencias jurídicas, esto es, no pueden dar lugar a efectos reflejos de licitudes ni legalidades probatorias.”*

6.6 El artículo 276 del CPP dispone que: “La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”.

Como se expuso anteriormente, en este caso no se observa ninguna transgresión a la normatividad en la práctica del acto de investigación, ya que la toma de muestras de residuos de disparos no corresponde a alguna de las actuaciones que enuncia de manera taxativa el artículo 249 del CPP, que requieren autorización del juez con función de control de garantías, por lo cual debe entenderse que se realizó bajo la noción de “acto urgente”, contemplado en el artículo 205 del CPP, por lo cual no resulta aplicable al caso sub examen, el artículo 23 ibídem que establece la cláusula de exclusión de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales y de la prueba derivada. Por lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia en ese aspecto puntual.

**6.7 Segundo problema jurídico**: En lo relativo al decreto de la prueba solicitada por la defensa, consistente en el dictamen del perito Israel Díaz relacionado con las condiciones de práctica de la toma de muestras que se hizo al señor Álvaro Andrés Grajales, para determinar el rango de distancias de disparos y demostrar las irregularidades que se presentaron en ese acto de investigación que dio origen al informe de investigador de laboratorio que suscribió el técnico Harold Augusto Mclean Villaraga, lo cual generó la apelación interpuesta por el delegado de la FGN, se hacen las siguientes consideraciones:

6.7.1 La solicitud probatoria del representante de los acusados, se encuentra sustentada dentro de las facultades de contradicción y controversia de la prueba que tiene la defensa, que se encuentran garantizadas por el artículo 8º literal j) y el numeral 4º del artículo 125 del CPP, y que fueron puestas de presente en la decisión recurrida, ya que se consideró atinadamente que la defensa tenía un interés legítimo para confrontar el dictamen pericial sobre la toma de muestras de disparos que se hizo al señor Álvaro Andrés Grajales, el cual puede ser controvertido por el delegado de la FGN, con base en la facultad que le otorga el artículo 418 del CPP.

6.7.2 En ese sentido resulta aplicable al caso el artículo 414 de la ley 906 de 2004, corregido por el artículo 25 del D. 2770 del mismo año, que dispone lo siguiente:

*“Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben , para que concurran a la audiencia del juicio oral y público, con el fin de ser interrogados y contrainterrogados.“*

6.7.3 Con base en lo expuesto en precedencia, la decisión de admitir la prueba pericial solicitada por la defensa no solo resulta conforme con lo dispuesto en los artículos antes citados, sino con lo manifestado en la sentencia CSJ SP del 21 de febrero de 2007 en la cual se expuso lo siguiente:

*“(...)*

*La prueba pericial es un acto procesal que normalmente se lleva a cabo en la audiencia del juicio oral, mediante la comparecencia personal del experto o expertos, para salvaguardar los principios de contradicción e inmediación; y se rige por las reglas del testimonio (artículo 405 ibídem), pues las partes interrogan y contrainterrogan a los peritos sobre los temas previamente consignados en el informe.*

*3.3.9 En ningún caso – dice perentoriamente el artículo* 415*- el informe pericial será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.*

*Si el perito estuviese impedido para comparecer físicamente a la audiencia, podrá utilizarse el sistema de tele-video conferencia- para que las partes, desde el recinto de la audiencia pública hagan el interrogatorio; si no se dispone del sistema de audio video, la prueba pericial “se cumplirá en el lugar que se encuentre –el experto-, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo.” (Artículo 419 ibídem).*

*El interrogatorio tiene como finalidad que el* *perito explique a cabalidad su informe previo, que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el Juez.*

*En suma, el informe escrito equivale a una declaración previa del perito; que se entrega con antelación a la contraparte, en salvaguarda del principio de igualdad de armas, para que pueda preparar el contrainterrogatorio; y puede servir también para refrescar la memoria del perito y para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado actualmente en la audiencia del juicio oral…”* (Subrayas fuera del texto original)

6.6.4 Finalmente se debe establecer que la defensa tiene la posibilidad de sacar avante su pretensión de confrontar los dichos del perito que presentará en el juicio oral la FGN, teniendo en cuenta que está facultado para acudir a la figura de la prueba de refutación, de conformidad con lo previsto en la sentencia proferida por la SP de la CSJ el 20 de agosto de 2014, radicado 43749[[7]](#footnote-7)

6.8 En razón de lo expuesto anteriormente, se confirmarán las decisiones adoptadas por el juez de primer grado en la audiencia preparatoria, donde no accedió a las solicitudes de exclusión probatoria presentadas por el delegado de la FGN y el defensor de los acusados.

**6.9 CONSIDERACIÓN ADICIONAL**

Resulta pertinente poner de presente a la juez de primer grado que en consideración a que apoderado judicial de los acusados, durante el desarrollo de la audiencia preparatoria, específicamente en el minuto 42”, señaló que llamaría a juicio al doctor *“Guillermo Anacona Ortiz… adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien demás de médico legista es perito forense experto en balística de efecto, quien será llamado a este juicio como testigo experto con quien a través del estudio y análisis de los estudios periciales de necropsia practicadas a los señores Jorge Eliecer Montoya Cano y Daniel Fernando Pino Aguirre, se demostrará que el ataque en principio iba dirigido contra este último y no como lo afirma la representación de la Fiscalía General de la Nación desde la imputación de cargos, como quiera que la muerte de ambos se produjo por un solo proyectil y así el móvil pregonado por el ente investigador del Estado quedará maltrecho, aspectos estos que se determinan la conducencia, pertinencia y utilidad de esta probanza. Rendirá informe pericial que se descubrirá conforme al artículo 415 del Código de Procedimiento Penal…”,* lo anteriorcon el fin de que se adopten los correctivos y/o determinaciones pertinentes en caso de que se avizore que en el caso concreto se presente una situación de incompatibilidad de defensa en los términos del artículo 122 del CPP, el cual dispone lo siguiente:

*“La defensa de varios imputados podrá adelantarla un defensor común, siempre y cuando no medie conflicto de interés ni las defensas resulten incompatibles entre sí.*

*Si se advirtiera la presencia del conflicto y la defensa no lo resolviere mediante la renuncia del encargo correspondiente, el imputado o el Ministerio Público podrá solicitar al juez el relevo del defensor discernido. En este evento el imputado podrá designar un nuevo defensor. Si no hubiere otro y de encontrarse en imposibilidad para ello, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le proveerá uno, de conformidad con las reglas generales.”*

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada por la juez 2º penal del circuito en la audiencia preparatoria que se celebró el 8 de abril de 2016, en lo relativo a la admisión de la prueba pericial solicitada por la FGN y la defensa, en lo que fue objeto de impugnación.

**SEGUNDO**: Esta decisión- queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

1. Folio 2-16 [↑](#footnote-ref-1)
2. En la carpeta de la FGN Folio 21 obra el documento denominado “ Acta de consentimiento “ del 4 de enero de 2015 H.03.35 donde se manifiesta que el señor Álvaro Andrés Grajales Castaño C.C. 111.541.8628 autorizó efectuar *“Toma de muestras de residuo de disparo en mano“,* la cual fue realizada por el investigador Luis Alexon Mosquera.

En otro cuaderno de la carpeta de la FGN. Folios 10 y 11 aparece el informe del investigador de laboratorio Harold Augusto MClean Villaraga sobre la interpretación de resultados de esa evidencia. [↑](#footnote-ref-2)
3. ***Ley 906 de 2004, Artículo 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física.*** Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: ¦ a) Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; ¦ b) Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; ¦ c) Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; ¦ d) Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; ¦ e) Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí; ¦ f) Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; ¦ g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, Internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; ¦ h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *sentencia* del 2 de marzo de 2005, Radicado 18.103. [↑](#footnote-ref-4)
5. Manuel Miranda Estrampes, *El concepto…*, ob. cit., p. 47. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *auto* del 23 de abril de 2008, Radicado 24.416 [↑](#footnote-ref-6)
7. *(…) Las partes y los intervinientes pueden ejecutar actos de contradicción a través de la crítica probatoria, la motivación de los recursos, etc. Pero, también, se controvierte con medios probatorios, los cuales tienen 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 o un órgano de prueba.*

*La denominación no la convierte en un medio de prueba diferente a los establecidos en el artículo 382 del C de P.P. La refutación en sí misma no constituye una modalidad probatoria o medio de conocimiento adicionado al artículo 382 del C de P.P., ese adjetivo califica con dicha denominación a la evidencia cuando está presente ese propósito en el testimonio, pericia, documento, inspección o medio técnico o científico. Cualquiera de estos medios puede ser el instrumento para refutar y demeritar la prueba refutada.*

*Ha de precisarse que en sentido amplio la contradicción puede ejercerse en el proceso penal a través de i) pruebas que versen sobre las teorías del caso que presenten la Fiscalía o la defensa, ii) las pruebas o sus resultados se cuestionan con los medios de impugnación de credibilidad, iii) la impugnación probatoria puede hacerse con pruebas sobrevinientes, iv) en algunos casos la declaratoria de testigos hostiles es una manera para controvertir la credibilidad de un declarante, v) el contrainterrogatorio el un instrumento idóneo para refutar los testimonios de la contraparte y, vi) con el interrogatorio directo de que trata el artículo 391 del C de P.P. la misma parte que solicitó la prueba puede poner en tela de juicio la credibilidad de un testigo.*

*Todos los medios referidos anteriormente, por 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 del C de P.P. y del cual en este proveído se ocupa la Sala.*

*Cabe precisar que, la refutación que autoriza el artículo 391 ídem a través del interrogatorio directo para demeritar “la credibilidad de otro declarante” no es en sí una regulación de la prueba de refutación a que alude el citado artículo 362.*

*La refutación hecha con un testimonio convocado desde la fase probatoria que corresponde a la controversia principal, se puede hacer preguntando directamente sobre “aspectos relativos a la credibilidad de otro declarante” (Articulo. 391 del C.P.P). Esta situación es propia y exclusiva de la prueba testimonial, además de ser una facultad de quien la solicitó, quien hace los cuestionamientos con el interrogatorio. Estas características son notoriamente diferentes con las que identifican la prueba de refutación que ocupa la atención de la Sala (Artículo 362 ídem.).*

*Dada la finalidad de la refutación y el medio a través del cual se hace, cuando tiene como único objetivo en el proceso el señalado en esta providencia y corresponde a la referida en el artículo 362 del C de P.P., resulta ser independiente y diferente a las enunciadas por las partes para llevar al juicio oral en la fase preparatoria del proceso con el fin de sustentar sus pretensiones.*

*La prueba refutada se practica 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 penal.*

*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.*

*Dicho de otra manera, 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.*

 *El Objeto o finalidad inmediata de las pruebas de refutación y refutada es distinto.*

*La finalidad del medio de refutación es impugnar otra prueba, precisamente la refutada, la razón principal de aquella no es el tema probandi que se debe resolver a través de una sentencia absolutoria o condenatoria, o mejor, con ella no se busca fundar la certeza del juez sobre los hechos y circunstancias del suceso criminal, el autor y su responsabilidad penal, su propósito es contradecir otra evidencia o el órgano con la que se produjo para derruir su credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o un aspecto trascendente de su alcance, veracidad, autenticidad o integridad, por tanto, la prueba de refutación no se extiende a materias diferentes a las señaladas.*

*Cuando se hace alusión a la legalidad como objeto de la prueba de refutación se quiere significar aquellas situaciones en las que la parte no conoce un dato o elemento relacionado con ese aspecto, de tal forma que la regla de exclusión no es útil sino a partir del momento en que se lleve al proceso con el susodicho medio de refutación la comprobación de la ilegalidad que imposibilita el ingreso o la consideración de la prueba refutada.*

*La mismidad, suficiencia, alcance, veracidad, autenticidad o integridad como objeto de la refutación se explican en cuanto es posible con éste último medio superar distorsiones puntuales suministradas por el elemento refutado o del órgano con el que se introduce, o también referencias mutiladas y con las cuales el operador judicial podría hacer una apreciación probatoria que no correspondería.*

*Todo ello será posible en la medida en que el conocimiento del motivo que sustenta la prueba de refutación se genere en el juicio oral al momento de la práctica de la prueba de la contraparte, pues si el supuesto es conocido o previsible antes de ese instante procesal otro será el medio para que se discuta esa situación en el proceso (interrogatorio, contrainterrogatorio, prueba sobreviniente, impugnación de credibilidad, testigo hostil, o contradicción a través de otra prueba solicitada en la preparatoria).*

*Se justifica la prueba de refutación en la medida que la situación novedosa no corresponda resolverse a través de otro medio de prueba diferente al de refutación examinado.*

*No debe olvidarse que 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.*

*La novedad, el objeto específico, el momento procesal en que se conoce la prueba de refutación y su trascendencia, son las características que marcan la diferencia con los medios que definen el problema jurídico principal, es precisamente lo que hace que lo resuelto con la refutación no se solucione con las pruebas del proceso, ni con los juicios que para las últimas se hacen en su momento sobre admisibilidad o inadmisibilidad, pertinencia o impertinencia, utilidad o inutilidad, ni mucho menos con la mera crítica probatoria en los alegatos finales.*

*La prueba de refutación busca hacer más, o menos probable o improbable los datos aportados por la prueba refutada, porque se le contradice, cuestiona, explica o adiciona información, lo que le hace perder consideración y eficacia a la prueba contradicha respecto a su legalidad, mérito o alcance.*

*No es la prueba de refutación un instrumento para revivir oportunidades precluidas o para ofrecer evidencias que estuvieron a disposición de la parte en la fase preparatoria, ni para convertir el juicio en un escenario sin orden ni desnaturalizar sus fines, pues no se puede a través de esta institución probatoria cuestionar todo lo que quieran proponer las partes, lo cual va en contravía de la naturaleza del medio examinado.*

*Tampoco tiene como propósito único y exclusivo la refutación el facilitar a la parte la contradicción para desacreditar a un testigo en el interrogatorio cruzado o contrainterrogatorio, este tema es el objeto propio de la prueba para impugnar credibilidad, en tanto que aquella no es un mero acto de oposición, es más que ello, dado que se ejerce a través de un medio que aporta conocimiento para refutar en los términos de artículo 362 del C. de P.P.*

*La prueba de refutación debe suministrar una premisa que resulte esencial en el análisis del contenido de la refutada, de tal manera que se ataca una situación trascendente para la apreciación del elemento cuestionado, lo que deja por fuera de toda admisibilidad lo secundario, superfluo, inane, insustancial, dilatorio, poniéndose así cortapisa a los cuestionamientos ilimitados.*

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

*Las premisas señaladas permiten afirmar que no es prueba de refutación las respuestas obtenidas en el contrainterrogatorio a través del cuestionario con el que se introducen los elementos requeridos para impugnar la credibilidad del testigo, ni el control de la parte a su testigo que ofrece información que lleva a declararlo como hostil, ni aquella de cuya existencia solamente se tiene conocimiento en el juicio oral pero que tiene como fin exclusivo evitar un perjuicio a la justicia que debe administrarse en el proceso o al derecho de defensa.*

 *Tampoco podría considerarse como prueba de refutación las aclaraciones o adiciones del testimonio, cuando a ello haya lugar, por razón de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 393 del C de P.P., tal hipótesis pertenece al objeto de la prueba refutada. En cambio, si la materia de aclaración o adición es relativa a “la credibilidad de otro declarante”, pueden aquellas asumirse como expresión de la situación regulada por el segundo inciso del artículo 391 del C.P.*

*Se insiste, las metas definidas anteriormente para la prueba de refutación no son las de los medios refutados, el objeto de éstas es resolver la controversia sobre la ocurrencia de una conducta, su autor, la reconstrucción histórica de circunstancias en que ocurrió un supuesto dado, la infracción a la ley penal y demás aspectos concernientes a la conducta punible, la inocencia o la responsabilidad penal de una persona, temas condensados en las pretensiones principales de las partes y que no son el fin propio de la prueba de refutación.*

*Efectos. La atención de la Sala la concita la refutación a que alude el artículo 362 del C de P.P., aquel medio que busca dejar sin validez, eficacia o mérito la prueba refutada, porque se ataca ésta su veracidad, autenticidad o integridad.*

 *La prueba de refutación puede tener incidencia inmediata sobre la prueba refutada e influir en la apreciación individual del medio cuestionado y en el alcance de éste con el conjunto probatorio incorporado al proceso para resolver las pretensiones de las partes.*

*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.*

*El derecho a solicitar prueba de refutación con base en el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal la tiene una parte respecto de una prueba de la contraparte, siempre y cuando a ello haya lugar por razón de la oportunidad y de los objetivos señalados para ese medio en esta providencia.*

*La prueba solicitada por la parte no puede ella misma impugnarla con el medio de refutación examinado, pues para tales efectos cuenta con la impugnación de credibilidad del artículo 391 del Código de Procedimiento Penal a través del interrogatorio a otro declarante, puede hacerlo igualmente con un elemento de conocimiento sobreviniente, o con los autorizados para impugnar credibilidad y específicamente regulados en los artículos 403, 440 y 441 ídem, o con la declaración de testigo hostil.*

*Si el cuestionamiento se vincula con una prueba de la contraparte y de ello se tiene conocimiento desde la fase ordinaria para solicitar pruebas en el proceso, la contradicción se ejerce no con un medio de refutación sino a través del contrainterrogatorio, la impugnación de credibilidad (artículos 403, 440 y 441 del C de P.P.) o con prueba sobreviniente.*

*Solicitud y descubrimiento del medio de refutación. Como el motivo que justifica la prueba de refutación se conoce en el juicio oral, no es dable exigir que se descubra ni puede ofrecerse en oportunidades procesales anteriores a dicho debate.*

*La audiencia preparatoria impone a las partes obrar con lealtad, ejercer su facultades, deberes y derechos con equilibrio, por lo que opera la regla que en esta oportunidad se deben solicitar las pruebas para demostrar los supuestos hasta ese momento conocidos y que resultan necesarias para soportar la teoría del caso o ejercer el derecho de contradicción, lo que se hará con medios diferentes a la refutación.*

*Ese deber de descubrir y solicitar la prueba de lo conocido en la audiencia preparatoria es exigible sin excepción, porque antes del juicio oral se ha puesto por las partes en conocimiento los elementos probatorios y la evidencia que se introducirá y además se ha hecho saber la pertinencia y utilidad, además se define el objeto de la prueba, por lo que en ese marco nadie puede alegar posteriormente que se le sorprende o que no conoció la necesidad de que fuera decretada. La prueba fundada en estos supuestos no puede ser de refutación porque el motivo que a esta la justifica aparece en un momento procesal posterior al de aquellas.*

*El procedimiento señalado enfrenta y controla actos de ocultación y de deslealtad de las partes, pues de lo contrario nada se podría hacer contra quien deja para ofrecer las pruebas en el juicio oral a pesar de que de ellas tiene conocimiento con antelación y por tanto debió ponerlas a consideración desde la preparatoria, proceder éste que disfraza como prueba de refutación a la que no lo es, lo que también conlleva un desequilibrio en el ejercicio de los derechos de una parte en el proceso con detrimento de las garantías fundamentales de la otra.*

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

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

*El ofrecimiento de la prueba de refutación señalada (juicio oral) no requiere protocolos especiales de descubrimiento, debe si solicitarse durante el recaudo de la prueba refutada y, en todo caso, si es procedente tiene que autorizarse y en lo posible practicarse inmediatamente después que culmine la introducción del medio a contradecir.*

*Se deben identificar de la prueba refutada los factores indicativos de la prueba de refutación relacionados con la credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia o probabilidad de aquella. El cotejo de estas integra la formación del conocimiento por parte del juez y el juicio que se hace conforme a las reglas de la crítica sana, sumándose a ello los efectos positivos de la inmediatez e inmediación, de ahí la importancia de tramitarse y ejecutarse inmediatamente lo atinente a dicho medio de excepción.*

*Dadas las circunstancias del caso y de no presentarse condiciones extraordinarias, si no se obra de la manera como se viene indicando, habría lugar al rechazo de la solicitud probatoria de refutación por extemporaneidad.*

*Criterios de admisibilidad. La prueba de refutación es un evento excepcional, en el que 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, que no son los mismos de la prueba del caso ni de las pretensiones de las partes en el proceso.*

*Por tanto, sería inadmisible la prueba de refutación que se postule en una fase procesal que no le corresponde, que no se enmarque en los motivos referidos en el párrafo anterior, que obedezca a causas atribuibles a la parte por deficiencias u omisiones en el rol que cumple en el proceso, o por el impacto negativo que su aceptación acarree, o su escaso valor probatorio respecto de los efectos sobre la apreciación de la prueba cuestionada o cuando su finalidad es dilatar el procedimiento o sea extemporánea su solicitud.*

*Práctica. 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.*

*Ese es el orden en que habrá de practicarse la prueba de refutación, con el fin de organizar y brindarle coherencia al proceso de conocimiento que ha de surtirse en el juicio oral y público, aquel nunca se puede alterar para darle paso primero a la prueba de refutación y luego a la refutada, pues el supuesto que justifica la novedad es precisamente el dato que se conoce a través de la prueba del caso y si ésta no se ha introducido al juicio público no es posible el ingreso del medio de contradicción.*

*El supuesto examinado es una de las razones por las que se estima que la contradicción de credibilidad del artículo 391 de la Ley 906 de 2004 que se hace con el interrogatorio directo a un testigo respecto de “otro declarante” no participa de la especie de la prueba de refutación a que se refiere el artículo 362 ídem, porque a pesar de que en ambas situaciones con un medio se cuestiona otro, en el caso del artículo 391 ejusdem la aducción de la impugnación no está sometida en su práctica al orden dispuesto por el artículo 362 ídem.*

*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…”* [↑](#footnote-ref-7)