El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Procesada: Melva Valencia Arias

Delitos: Estafa

Radicación: 66001 60 00 058 2007 00174 02

Asunto: Apelación auto que rechaza recepción de testigo de refutación

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: ESTAFA / PRUEBA DE REFUTACIÓN -** Finalidad **/ OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLA / PETICIÓN DURANTE EL JUICIO / ES PROCEDENTE CUANDO EXISTE SORPRENDIMIENTO / CONTENIDO DE PRUEBA ERA CONOCIDO CON ANTERIORIDAD / SOLICITUD DEBIÓ HACERSE EN AUDIENCIA PREPARATORIA / CONFIRMA / RECHAZO**

De allí se tiene que la prueba de refutación es un instrumento encaminado a cuestionar algún elemento material probatorio que a juicio de la contraparte carezca de certeza o credibilidad, siendo ese su objetivo concreto que resulta ser diferente de los medios de impugnación de la credibilidad del testigo contemplado en el art. 403 del C.P.P. por lo tanto no se puede pretender con ella demostrar cosas tales como la teoría del caso de quien la solicita, tampoco se puede procurar con ella fundar certeza en el juez sobre los hechos investigados, y mucho menos tratar de introducir elementos materiales probatorios o testigos que no fueron pedidos en el momento procesal oportuno.

(…)

En ese orden de cosas, y recordando que el objetivo de la prueba de refutación no es otro que el controvertir el contenido de una prueba practicada, momentos antes, en la audiencia de juicio oral, de la cual surgió información, datos o hechos importantes que no eran conocidos por la contraparte antes de la práctica de la respectiva evidencia, es dable decir que el escenario por excelencia para solicitarla no es otro que esa misma diligencia. Por lo tanto, la parte que acude a la prueba de refutación necesariamente debe ser sorprendida con algo que no esperaba o que pensaba que no era probable que surgiera de una prueba aducida al juicio.

(…)

De lo dicho hasta acá, se puede concluir que uno de los elementos basilares para la aceptación de la práctica de una prueba de refutación, es que la necesidad de ella nazca de una prueba o testimonio que una vez practicado dentro del juicio, ha aportado elementos o información hasta ese momento desconocidos para el refutante, lo que nos da a entender que si ese elemento probatorio o lo que dijo el testigo era esperado y fue oportunamente descubierto, no procede la autorización de la prueba de refutación, menos si es evidente que con ella lo que está haciendo la parte solicitante, es tratar de enmendar sus descuidos probatorios en los que incurrió en el pasado.

(…)

De esa manera y a la luz de las jurisprudencias citadas párrafos atrás, es claro que efectivamente el momento procesal oportuno para solicitar la práctica de la prueba de refutación consagrada en el artículo 362 del C.P.P., es el juicio oral, siempre y cuando la prueba que ya se practicó y que se pretende refutar, haya revelado o aportado elementos significativamente nuevos y desconocidos con anterioridad para quien desea refutarla, pero si la prueba a refutar y su contenido se descubrió en el momento procesal oportuno, esto es, en la acusación la Fiscalía o en la preparatoria la defensa, y durante su práctica todo ocurrió según lo esperado y previsto por las partes, no es viable hablar de una prueba con contenido novel y por tanto desde la etapa de la audiencia preparatoria las partes interesadas debieron solicitar todas aquellas pruebas que sirvieran para desvirtuar total o parcialmente el contenido de la misma.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 604 del 25 de julio de 2018. H: 1:00 p.m.

Pereira, treinta (30) de julio de dos mil dieciocho (2.018)

Hora: 8:37 a.m.

Procesada: Melva Valencia Arias

Delitos: Estafa

Rad. # 66001 60 00 058 2007 00174 02

Asunto: Apelación auto que rechaza recepción de testigo de refutación

Decisión: Confirma auto que rechaza testigo de refutación.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver por el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la procesada **MELVA VALENCIA ARIAS** en contra de la decisión proferida el 12 de junio hogaño por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de esta localidad, durante el devenir de la audiencia de juicio oral seguida en contra de la aludida procesada.

**ANTECEDENTES:**

Da cuenta el escrito de acusación que la señora MELVA VALENCIA ARIAS fue denunciada por varias personas en el año 2007, toda vez que esa persona usando su calidad de representante legal y presidenta de la OGN FUNDACIÓN SOCIAL, recibió de cada uno de los denunciantes, y de otras personas, que ascenderían a unas 170, la suma de $2.500.000 para que la fundación les hiciera entrega de una casa de interés social, las que decía la denunciada serían construidas con subsidios que su fundación gestionaría con distintos entes gubernamentales y otras organizaciones internacionales. Dicha entrega de dinero se había realizado años atrás, pues la denunciada para lograr tal cosa, les mostraba el proyecto de urbanización que supuestamente se construiría en un lote ubicado en lo que es hoy la Ciudadela del Café, y con la cancelación de esa suma firmaba con ellos una promesa de compraventa. Pero pasado un tiempo las personas se percataron que en dicho lote no se iniciaba ningún tipo de obra, por lo que empezaron a reclamarle a MELVA VALENCIA quien le decía que tuvieran paciencia que ya casi empezarían los movimientos de tierra; mientras que otros que solicitaban la devolución del dinero, no obtenían respuesta o les eran entregados cheques que no tenían fondos.

En el transcurso de las indagaciones, se logró establecer que los acá denunciantes no fueron los únicos afectados, ya que otros ciudadanos de manera individual habían denunciado a la señora VALENCIA ARIAS por hechos afines, pero como se presentaban individualmente en diferentes fiscalías, las denuncias eran tramitadas como de menor cuantía y en casi todas ellas se llegó a una conciliación en donde la denunciada se comprometía a pagarles, lo que finalmente no hacía.

Así las cosas, por tratarse de un solo delito con pluralidad de ofendidos pero un solo hecho, una sola finalidad y una misma denunciada, se decidió unir todas esas denuncias en un único expediente, quedando dentro de este un total de 120 denuncias, según las cuales la implicada había recibido la suma de $424.635.800 de todos los afectados. También se logró constatar que ni la señora MELVA ni la fundación que ella presidía eran los propietarios del lote en donde se pensaba construir el proyecto de vivienda, ya que el mismo nunca fue efectivamente pagado a su dueño por parte de la mencionada dama y que además tampoco tenía ningún tipo de permiso urbanístico o de construcción.

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

Con base en lo anterior la señora MELVA VALENCIA ARIAS fue llamada a imputación el día 18 de febrero de 2013, por la presunta comisión de la conducta punible de estafa agravada de acuerdo a lo establecido en el numeral 1º del artículo 247 del C.P. y el numeral 1º del artículo 267 de ese mismo código, y con aumento de la pena por ser un delito de masa, tal como lo establece el parágrafo del artículo 31 del Código Penal. La imputada no aceptó los cargos.

El escrito de acusación se presentó el 17 de mayo de 2013, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito local, ante el cual, después de múltiples aplazamientos a petición de las partes, el 19 de diciembre de ese año se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación. La audiencia preparatoria, a pesar de haberse fijado dentro de un tiempo razonable, se inició el 6 de noviembre de 2014 teniendo en cuenta los aplazamientos solicitados para la misma durante ese año, y se culminó apenas el 30 de abril de 2015, ya que en la anterior oportunidad los representantes de víctimas pidieron su aplazamiento; en esa oportunidad se fijó como fechas para el juicio oral los días 12, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 de agosto de 2015, sin embargo no se pudo llevar a cabo porque llegado el día la señora MELVA, a pesar de que se le requirió constantemente y se le ofreció nombrarle un defensor público, que no aceptó, no contaba con defensor ya que los que nombraba le renunciaban, lo que impidió el inicio del juicio. Así las cosas, se reprogramó para los días 23, 24, 25, 26, 27, 30 de diciembre y 1º de diciembre de 2015, además se ordenó se le designara un defensor público, quien después de posesionarse pidió un aplazamiento de la diligencia. Finalmente, el juicio oral se inició el 15 de abril de 2016, debiendo suspenderse para continuarse con el mismo el 12 de julio del mismo año, ese día se suspendió para continuar el 14 de ese mismo mes y año, día en que el defensor solicitó un nuevo aplazamiento. Aunque la vista pública se reprogramó en varias oportunidades las partes terminaban pidiendo aplazamientos, lo que implicó que apenas se pudiera continuar el 13 de marzo de 2017, día en que otra vez se suspendió para seguirse el 1º y 2 de junio de 2017, pero en la fecha señalada no se hizo presente la unidad de defensa, lo que implicó un nuevo aplazamiento. El 16 de agosto de 2017, día para el que se había programado la continuar con la audiencia, el defensor nuevamente faltó a esta.

Así la cosas, tan solo se pudo reanudar la vista pública el 12 de octubre del 2017, continuándose con ella al día siguiente, y en desarrollo de la misma, el Defensor de la señora MELVA VALENCIA ARIAS interpuso recurso de apelación en contra de la decisión del señor Juez *A quo* de admitir como prueba el informe contable y sus anexos rendido por la perito Esmeralda China Arenas, contadora pública y Coordinadora del Grupo Anticorrupción de la Fiscalía, con todos sus anexos. Este recurso fue resuelto por parte de esta Corporación mediante auto del (2) dos de noviembre de 2017, mediante el cual la Sala se abstuvo de desatar la alzada que fue interpuesta por el apoderado judicial de la procesada MELVA VALENCIA ARIAS, toda vez que la decisión confutada no era susceptible el recurso de apelación.

Una vez se resolvió el recurso de apelación y fue devuelto al despacho de origen para que se continuara con el desarrollo de la audiencia de juicio oral, la misma tuvo continuidad el 26 de febrero del año en curso, diligencia a la que no asistió el Defensor de la Procesada, motivo por el cual no se pudo realizar el acto público, así las cosas se reanudó al día siguiente, es decir el 27 de febrero del presente año, y nuevamente no hizo presencia el Defensor de la Procesada, razón por la que se fijó nueva fecha para la continuación del juicio para los días 12 y 13 de junio de los corrientes.

La vista pública se reanudó el día 12 de junio de 2018, una vez se dio apertura de la misma, se solicitó por parte del Defensor que se permitiera la declaración de un testigo de refutación respecto de una prueba de la Fiscalía: el informe contable de la investigadora Dra. Esmeralda Chica Arenas especialista y contadora pública de la Fiscalía. El testigo de refutación ofrecido por parte de la defensa se identificó como Víctor Hugo Gómez Valencia, -hijo de la Procesada- quien manifestó ser profesional, demostrando dicha calidad mediante carnet y fotografías de certificados que indicaban que era Ingeniero Industrial, Especialista en Finanzas y Magister en Administración Financiera.

La representante del Ente Acusador de inmediato se opuso a la recepción de este testigo indicando que se desconocían cuáles eran los argumentos para refutar ese informe contable por parte de la Defensa. De igual forma lo hicieron los Apoderados de las víctimas, quienes consideraron que no era apropiado atender la solicitud deprecada por la Defensa, toda vez que se desconocían las razones sobre las cuales se pretendía refutar el informe del perito contable de la Fiscalía.

El Juez *A quo* rechazó la recepción del testigo de refutación, y sobre esta decisión se interpuso recurso de apelación por parte del Defensor de la señora Melva Valencia Arias.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Como ya se dijo, se trata de una providencia proferida en las calendas del 13 de junio del año que transcurre por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se rechazó una solicitud de la defensa relacionado con la práctica de una prueba testimonial, que no fue pedida en la audiencia preparatoria, con quien se pretendía refutar el peritaje realizado por la Contadora Pública de la Fiscalía.

Consideró el *A quo* que era no era válido acceder a la pretensión de la Defensa, por las siguientes razones:

* La Defensa no allegó un informe que indicara las razones sobre las cuáles versaría la declaración del testigo de refutación, a fin de que los demás sujetos procesales tuviesen conocimiento sobre los puntos del informe de la Perito que se refutaría.
* La Defensa tenía conocimiento desde la audiencia de formulación de acusación sobre la prueba que se presentaría con la perito contable por parte de la Fiscalía, incluso dichos elementos fueron descubiertos de forma oportuna por parte de esta entidad, e igualmente frente a ellos ya se había suscitado un debate en juicio, tanto que la defensa tuvo la oportunidad de contrainterrogar, sin que en ese momento hubiese realizado mención alguna sobre la credibilidad o impugnación de ese informe, por lo tanto consideró que no era esta la etapa procesal adecuada para que la Defensa presentara este tipo de solicitud probatoria.
* No hubo sorprendimiento de parte de la Fiscalía a la Defensa, con la presentación del informe contable y menos con lo declarado por la Perito ESPERANZA CHICA, pues desde la acusación se había anunciado la presentación del mismo, de tal manera no es una prueba desconocida para el defensor.
* Finalmente adujó que la recepción del testimonio de este testigo sería un sorprendimiento para las partes, toda vez que no tienen conocimiento respecto de las razones por las que se pretende refutar el informe de la contadora, ni están preparados para contrainterrogar con otro perito experto, las manifestaciones que hiciera este testigo de refutación.

Así las cosas, el Despacho decidió rechazar el pedido de la Defensa de permitir declarar al testigo experto que fuera llevado para refutar el peritaje realizado por la Contadora Pública de la Fiscalía.

**EL RECURSO DE APELACIÓN:**

Escuchada la decisión del fallador, procedió el Defensor de la señora MELVA VALENCIA ARIAS a interponer el recurso de apelación en contra de esa decisión, para ello señaló que:

* Empezó por reprochar la inasistencia a esa diligencia de la perito contable de la Fiscalía, toda vez que en la audiencia anterior, misma en la que fuese interpuso otro recurso de apelación en contra la decisión que admitía el informe contable como prueba de la Fiscalía, había quedado suspendido su testimonio, o por lo menos no se le había indicado por parte del Juez que este había terminado.
* Frente a la etapa procesal en que fuera deprecada la presente solicitud, manifestó que esa prueba de refutación no se podía haber anunciado desde la audiencia preparatoria, porque la necesidad de la misma surgió después que terminara el interrogatorio de la persona a la que se pretende refutar, es decir la perito contable de la Fiscalía Dra. ESMERALDA CHICA ARENAS.
* Por otra parte, en cuanto al argumento del Juez de Conocimiento al indicar que no se allegó un informe respecto de lo que se pretendía refutar, manifestó el Defensor que este testigo de refutación es un testigo experto, y por tanto no se requería que se presentara un informe o un dictamen respecto a lo que iba a refutar; además indicó que este testigo solo se iba a referir sobre la prueba ya existente, es decir sobre el informe contable, mas no sobre otro dictamen nuevo.
* Si bien es cierto que desde la audiencia preparatoria no se solicitaron pruebas por parte del Defensor que para ese entonces estuviese asignado, se debe tener en cuenta que dicha situación es un motivo que desconoce la Defensa actual, toda vez que no entiende las razones del porqué sus colegas no ofrecieron ningún tipo de pruebas, por lo tanto esa situación no puede afectar a la Procesada, ni mucho menos puede ser un argumento para rechazar la declaración de un testigo de refutación durante la etapa del juicio oral. -*Indica que el recibió el presente caso cuando ya se adelantaba la etapa del juicio oral-.*
* Si se rechaza el testigo de refutación, se estaría vulnerando el derecho de defensa, toda vez que no se le estaría permitiendo a la Defensa controvertir las pruebas allegadas por el Ente Fiscal.
* Por último, en cuanto a la manifestación de la Fiscal respecto de que en ese momento ya no contaba con su declarante a efectos de que se controvirtiera lo indicado por el testigo de refutación, situación que igualmente fuera tenida en cuenta por el despacho a la hora de rechazar la declaración del testigo, indicó que eso no era una circunstancia o un problema de la Defensa, toda vez que la perito contable debía estar citada para esta diligencia, por lo tanto el argumento de que la Fiscalía no está preparada para el interrogatorio del testigo de refutación no es un argumento válido.

Bajo esa perspectiva, solicitó el defensor que se revocara la decisión adoptada en primera instancia que rechazó la recepción del testimonio del testigo de refutación.

**LA RÉPLICA:**

**La Fiscal en su calidad de no recurrente**, de entrada solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, toda vez que los testigos de refutación se deben solicitar desde la etapa de la audiencia preparatoria, además, que este tipo de testigos solo pueden refutar sobre la credibilidad del testigo y no sobre hechos o su experticia, y para el presente caso, la Defensa pretende refutar punto del dictamen pericial rendido por la perito contable, por lo tanto, de ser recibido dicho testimonio sería un sorprendimiento para las partes.

Reitera que la refutación debe ir exclusivamente a la persona que realizó el peritaje, es decir sobre circunstancias de la persona, y no sobre el dictamen que rindió, pues para ello se tenía que haber solicitado dicha refutación desde la audiencia preparatoria.

Respecto de los argumentos expuestos por parte del Defensor en cuanto a la etapa procesal en que recibió el presente asunto, manifestó que si bien, los anteriores defensores no consideraron ofrecer pruebas durante la preparatoria, no es este el momento adecuado para que la nueva Defensa pretenda allegar un testigo que lo que pretende es refutar el dictamen contable, por cuanto para tal cosa se debió pedir como prueba de refutación un perito experto, pero desde la audiencia preparatoria.

Por último, insistió que debe de seguir la guía del juicio, y por tanto no se pueden solicitar pruebas en esta etapa procesal que debían ser solicitadas en la preparatoria.

**Apoderados de víctimas,** se adhieren a lo dicho por la Fiscalía, pues consideran que la perito contable de esa misma entidad cuenta con la experiencia suficiente para dar fe de su experticia, por lo tanto no hay lugar a cuestionar su credibilidad. Por otra parte, reiteró que el propósito de la prueba de refutación, no es otro que atacar la credibilidad del perito que rindió el informe base de la opinión pericial, pero para el presente caso dadas las circunstancias y teniendo en cuenta que lo que se pretende es refutar el informe contable de la perito de la Fiscalía, no es esta la etapa procesal pertinente para hacerlo, ya que el momento adecuado para ofrecer un testigo que refutara el informe contable era durante la etapa preparatoria.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta localidad.

**- Problema Jurí1dico:**

Del contenido de lo expuesto tanto por el recurrente como por los no apelantes, la Sala es de la opinión que se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Fue acertada o no la decisión del Juzgado *A quo* de rechazar la recepción del testigo de refutación deprecado por el Defensa para contrastar el informe rendido por la perito contable de la Fiscalía Dra. ESMERALDA CHICA ARENAS, toda vez que este no fue anunciado desde la etapa preparatoria?

**- Solución:**

Para solucionar el problema jurídico acá propuesto, la Sala inicialmente abordará todo lo relacionado con la prueba de refutación, su objetivo, y la etapa procesal establecida para realizar este tipo de solicitud probatoria, y para ello, en primer lugar se considera necesario hacer algunas precisiones en torno a la prueba de refutación.

Para empezar, es pertinente decir que dentro de nuestro ordenamiento penal no hay un señalamiento respecto a esta prueba, sin embargo, se encuentra que el artículo 362 del Código de Procedimiento Penal se ha referido a la misma de la siguiente manera:

*“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. (Subrayado fuera de texto)”*

De lo atrás citado, se puede concluir, aunque allí no esté dicho de manera expresa, que la prueba de refutación nace en el desarrollo del juicio oral como un medio para impugnar o contrarrestar una prueba que ha sido practicada por la contraparte, esto con el fin de restarle credibilidad o poder suasorio a la misma o para evitar que el fallador la tenga en cuenta al momento de tomar su decisión final.

Para brindar mayor claridad sobre este tipo de prueba, valga la pena traer a colación lo dicho por la Corte Constitucional en reciente oportunidad:

“La prueba de refutación está destinada específicamente a mostrar por qué otra prueba tiene concretos problemas que impiden creer en lo que indica. Esto captura bien la idea de que la prueba de refutación puede ser considerada una «prueba especial», en el sentido de que recae sobre *otra prueba*, no sobre los hechos del caso. Su objetivo no es, como el de todas las demás evidencias, acreditar hechos tendientes a demostrar la responsabilidad penal del acusado, o a descartarla, sino a evidenciar que, a su vez, otras*pruebas*no son creíbles. Están instituidas en función de persuadir al juez para que no tenga por cierto lo que ellas indican, no a persuadirlo sobre la ocurrencia, o no, de hechos relativos a la responsabilidad del procesado.

La prueba de refutación, en consecuencia, pretende demostrar, por ejemplo, que un testigo no estaba en capacidad de percibir, recordar o comunicar lo que declaró; que poseía prejuicios, intereses o tenía motivos para estar parcializado; que se trata de un testigo mendaz, entre otras circunstancias. Debe ser claro, por otra parte, que la prueba de refutación no se dirige a cuestionar únicamente pruebas testimoniales sino de cualquier tipo, pese a que por lo común son utilizadas para refutar las declaraciones de testigos. La prueba de refutación, en suma, intenta poner de manifiesto al juez que la fuerza persuasiva de otro elemento es débil o nula porque un hecho o circunstancia específica le resta verosimilitud…[[1]](#footnote-1)”.

De allí se tiene que la prueba de refutación es un instrumento encaminado a cuestionar algún elemento material probatorio que a juicio de la contraparte carezca de certeza o credibilidad, siendo ese su objetivo concreto que resulta ser diferente de los medios de impugnación de la credibilidad del testigo contemplado en el art. 403 del C.P.P.[[2]](#footnote-2) por lo tanto no se puede pretender con ella demostrar cosas tales como la teoría del caso de quien la solicita, tampoco se puede procurar con ella fundar certeza en el juez sobre los hechos investigados, y mucho menos tratar de introducir elementos materiales probatorios o testigos que no fueron pedidos en el momento procesal oportuno.

En tal sentido, la Corte ha dicho lo siguiente:

“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…”[[3]](#footnote-3).

Con base en todo lo anterior, se puede decir entonces que la prueba de refutación resulta ser de alguna manera una prueba especial, por cuanto su finalidad es diferente a la que tienen aquellas pedidas en la audiencia preparatoria, y aunque comúnmente se le relaciona con el medio de prueba testimonial, ello no se traduce en una imposibilidad para utilizar diferentes medios de prueba como la documental o la pericial. Aunado a ello, también resulta pertinente mencionar que quien solicita la prueba de refutación también está en la obligación de sustentar su necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad.

Habiéndose dejado claro lo anterior, y a fin de poder resolver el problema jurídico acá propuesto, es pertinente pasar a analizar el tema del momento procesal oportuno en que se debe pedir la práctica de esta clase de prueba; de allí que sea válido rememorar que la regla general es que todas las pruebas que las partes pretendan hacer valer en el proceso penal deben solicitarse en la audiencia preparatoria; empero, por excepción expresa establecida por el legislador, hay dos hipótesis en los que las partes pueden solicitar la práctica de pruebas durante el desarrollo del juicio, esto es, cuando se trate de una prueba sobreviniente o de la prueba de refutación.

En ese orden de cosas, y recordando que el objetivo de la prueba de refutación no es otro que el controvertir el contenido de una prueba practicada, momentos antes, en la audiencia de juicio oral, de la cual surgió información, datos o hechos importantes que no eran conocidos por la contraparte antes de la práctica de la respectiva evidencia, es dable decir que el escenario por excelencia para solicitarla no es otro que esa misma diligencia. Por lo tanto, la parte que acude a la prueba de refutación necesariamente debe ser sorprendida con algo que no esperaba o que pensaba que no era probable que surgiera de una prueba aducida al juicio. El ejemplo clásico que nos ilustraría sobre la pertinencia de este tipo de pruebas, lo encontraríamos en aquella parte que espera y confía que cuando un testigo acuda al juicio vaya a ratificarse de todo lo dicho en una entrevista, pero inesperadamente es sorprendido cuando el testigo decide cambiar de versión o retractarse de lo que había dicho pretéritamente.

En esa línea argumentativa, si lo que avala el uso de la prueba de refutación es el sorprendimiento, lo inesperado, la improbabilidad y la imprevisibilidad, es obvio que la parte que acude a este tipo de pruebas se encuentra eximida del deber de descubrimiento previo, por cuanto en la fase procesal en la que le correspondería descubrir sus pruebas se encontraba en la imposibilidad de anticipar o vaticinar lo que a futuro podía o no ocurrir con determinado medio de conocimiento; sin embargo, si la parte interesada, con antelación sabia o tenía conocimiento de lo que iba a ocurrir, es obvio, acorde con los postulados del principio de la lealtad procesal, que no se encontraba relevado de los deberes del descubrimiento probatorio ni de las sanciones procesales a las que se vería expuesto ante el incumplimiento de dichos deberes.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo que la Corte ha expuesto sobre este típico:

“**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 de 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…”[[4]](#footnote-4). (Negrillas de la Sala)

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad atrás citada[[5]](#footnote-5), señaló:

“La evidencia de refutación puede poner en tela de juicio la veracidad, autenticidad o la integridad del elemento de convicción que precedentemente ha desfilado en el juicio público. A su vez, los aspectos de la evidencia contra los cuales se dirige la censura, por un lado, deben haber tenido la potencialidad de demostrar un hecho o circunstancia relevante para los resultados del juicio y, por el otro, tienen que haber sido sorpresivos o, de alguna manera, imprevistos para la parte que propone el elemento de refutación, pues de allí surge la necesidad de solicitarlo en ese instante y no antes, en la preparación del juicio oral. (…)” (Subrayas nuestras).

De lo dicho hasta acá, se puede concluir que uno de los elementos basilares para la aceptación de la práctica de una prueba de refutación, es que la necesidad de ella nazca de una prueba o testimonio que una vez practicado dentro del juicio, ha aportado elementos o información hasta ese momento desconocidos para el refutante, lo que nos da a entender que si ese elemento probatorio o lo que dijo el testigo era esperado y fue oportunamente descubierto, no procede la autorización de la prueba de refutación, menos si es evidente que con ella lo que está haciendo la parte solicitante, es tratar de enmendar sus descuidos probatorios en los que incurrió en el pasado.

Claro lo anterior y adentrándonos en el caso concreto, es pertinente señalar que una vez revisado lo sucedido en la audiencia del 12 de junio del año que transcurre, evidencia la Sala que en la diligencia erradamente se mezcló el tema de la prueba de refutación de que habla el artículo 362 del C.P.P. con el de la impugnación de credibilidad del testigo establecida el artículo 403 de ese mismo código, y ello nace desde el mismo momento en que el abogado recurrente solicitó que se le permita presentar como prueba el testimonio del señor VÍCTOR HUGO GÓMEZ VALENCIA quien sería un “testigo de refutación de credibilidad” de la perito contable de la Fiscalía; confusión que se continuó prolongando durante las intervenciones de los demás sujetos procesales, ejemplo de ello es que la Fiscal centró gran parte de su oposición en la necesidad de la presentación previa de un informe por parte del testigo de refutación, incluso se prolongó el yerro en el estadio de la apelación, cuando la defensa reiteró que el señor GÓMEZ VALENCIA sería un “testigo de refutación de credibilidad”[[6]](#footnote-6).

Aunado a lo anterior, se tiene que el señor Defensor en ningún momento de la diligencia habló sobre la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba testimonial por él solicitada, situación sobre la cual tampoco le hizo observación alguna el *A quo*, quien a pesar de esa situación estuvo a punto de permitirle al señor VICTOR HUGO GOMEZ VALENCIA brindar su testimonio, lo que no hizo en atención a la oposición que mostró la Fiscal a tal acción.

A pesar de lo anterior, es necesario mencionar, que cuando el *A quo* rechazó la solicitud del Defensor, si bien es cierto habló sobre la ausencia del informe previo que debía presentar el testigo de refutación, también centró su decisión en el hecho de que con lo argüido por parte de la perito ESMERALDA CHICA respecto a lo consignado por ella en el informe contable que presentara, no se había dicho nada novedoso o que no se conociera desde el descubrimiento probatorio que hiciera la Fiscalía, de allí que era posible para la defensa de la señora MELVA pedir desde la audiencia preparatoria, las pruebas que considerara necesarias para desvirtuar o contrarrestar dicho informe.

En ese orden de cosas, debe decir la Colegiatura que no solo el recurrente en momento alguno explicó las razones de pertinencia, contundencia y utilidad de la prueba acá reclamada, sino que tampoco fue claro en explicar qué pretendía con el testimonio del señor GÓMEZ VALENCIA, pues por momentos da a entender que pretendía poner un manto de duda sobre las atestaciones de la Perito Contable de la Fiscalía y en otras ocasiones que cuestionaría el contenido del dictamen pericial, sin embargo, si indicó de manera diáfana en la sustentación de su recurso de apelación, que la persona en mención, se referiría a la prueba ya existente, esto es el dictamen que ya se había incorporado, no a uno nuevo[[7]](#footnote-7).

De esa manera y a la luz de las jurisprudencias citadas párrafos atrás, es claro que efectivamente el momento procesal oportuno para solicitar la práctica de la prueba de refutación consagrada en el artículo 362 del C.P.P., es el juicio oral, siempre y cuando la prueba que ya se practicó y que se pretende refutar, haya revelado o aportado elementos significativamente nuevos y desconocidos con anterioridad para quien desea refutarla, pero si la prueba a refutar y su contenido se descubrió en el momento procesal oportuno, esto es, en la acusación la Fiscalía o en la preparatoria la defensa, y durante su práctica todo ocurrió según lo esperado y previsto por las partes, no es viable hablar de una prueba con contenido novel y por tanto desde la etapa de la audiencia preparatoria las partes interesadas debieron solicitar todas aquellas pruebas que sirvieran para desvirtuar total o parcialmente el contenido de la misma.

Entonces, recordando lo dicho por el recurrente en su intervención y revisado lo acontecido dentro del presente proceso, encuentra la Corporación que efectivamente no se puede acceder a la práctica del testimonio del señor VICTOR HUGO GOMEZ VALENCIA, puesto que él entraría, no a refutar algo con lo que se haya sorprendido a la Defensa durante la exposición que la Perito Contable de la FGN hiciera de su informe contable, si no a atacar el mismo, el cual desde la acusación el Ente Acusador le había descubierto a la defensa, quien tuvo la opción de pedir en la audiencia preparatoria los elementos materiales probatorios y evidencias físicas pertinentes para contrarrestarlo o atacarlo, entre ellos el testimonio del señor GÓMEZ VALENCIA, quien al ser hijo de la Procesada podía desde el mismo momento del descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, haber analizado el referido informe para informar a quien fungiera como defensor de su madre en ese momento, los errores del mismo para que pidiera entonces en la audiencia preparatoria se le permitiera intervenir a él en el juicio oral para señalar dichas falacias.

De esa manera, observa esta Colegiatura que lo pretendido entonces por el señor Defensor es veladamente corregir aquello que a su juicio fue un error de quien fungió como representante judicial de la señora MELVA VALENCIA ARIAS durante la audiencia preparatoria, puesto que tal profesional del derecho, en su sapiencia, decidió en ese momento no pedir pruebas de la defensa, y por ende, solicita ahora, bajo la figura de la prueba de refutación, se le permita practicar el testimonio de alguien que puede señalar errores y con ello restarle credibilidad al informe contable presentado por la FGN, el cual de cierto modo le ha servido al Ente Fiscal como pilar de la acusación en contra de la Procesada; situación que no puede ser secundada por parte de la Administración de Justicia, bajo la égida del respeto al derecho de defensa de la encausada, por cuanto ello sería desconocer que el procedimiento penal colombiano se divide etapas preclusivas y que una vez estas han finiquitado no es posible revivirlas para corregir los yerros en ellas cometidas bien sea por acción u omisión.

Así las cosas, considera esta Sala que el testimonio del señor VICTOR HUGO GÓMEZ VALENCIA no es una prueba de refutación, pues al estar este encaminado a declarar sobre aspectos que hacen parte del informe rendido por la Perito Contable de la Fiscalía, se estaría convirtiendo en la declaración de un perito experto, circunstancia que sí es admisible en el juicio, siempre y cuando sea solicitada por la Defensa desde la etapa de la audiencia preparatoria.

Bajo esa perspectiva, se habrá de confirmar la decisión adoptada por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira en las calendas del 12 de junio de 2018, por medio de la cual no permitió la práctica del testimonio de refutación solicitado por la defensa de la Procesada, y se ordenará la devolución del expediente al juzgado de origen para que se continúe con el juicio oral.

Por lo expuesto con anterioridad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** el auto proferido por parte del Juzgado 1º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del 12 de junio de 2018, por medio del cual se rechazó la práctica de una prueba de refutación pedido por la defensa de la señora **MELVA VALENCIA ARIAS**.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite dentro del juicio oral.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Sentencia C-473 de 2016, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. [↑](#footnote-ref-1)
2. La diferencia entre ambas figuras radica en la fuente que sirve de base para cuestionar la credibilidad del testigo, ya que en la impugnación de la credibilidad, la misma se fundamenta es en las manifestaciones efectuadas por el testigo, ya sea antes o en el devenir del proceso; mientras que en la refutación, se acude es a una prueba diferente con la cual se pretende contrarrestar o poner en tela de juicio lo declarado por un testigo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia de agosto veinte (20) de 2014. Rad. # 43749. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia C-473 de 2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. Audiencia del 12 de junio de 2018, H: 01:02:53. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ibídem, H: 01:01:26. [↑](#footnote-ref-7)