República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP4787- 2014

Radicación n° 43749

(Aprobado Acta No.269)

Bogotá D.C., agosto veinte (20) de dos mil catorce (2014).

Se pronuncia la Corte dado el recurso de apelación interpuesto por el Delegado de la Fiscalía contra la decisión adoptada el 2 de mayo del año en curso por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual le negó la solicitud de prueba de refutación que hiciera en el curso del juicio oral que se adelanta contra la doctora TERESA LÓPEZ MUÑOZ, por los delitos de cohecho propio, prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Conforme a lo consignado en el escrito de acusación, se desprende que el señor Jorge Garcés Giraldo creó el Ingenio Azucarero Papayal en el centro del departamento del Valle del Cauca, tradicionalmente manejado por miembros de la familia Garcés y las sociedades creadas por ellos. Sin embargo, sorpresivamente, el 5 de abril de 1996, la sociedad Inversiones Agroindustriales del Cauca Ltda. (Invercauca) entró a administrar los cultivos de caña de azúcar, por los que obtenía un 17% del producido bruto, según la oferta de administración hecha por la familia Garcés Arellano.

Posteriormente, Invercauca cedió a su representante legal Antonio José Urdinola Uribe el eventual crédito acumulado por años, sin aparente motivo para ello.

Así, en condición de cesionario, con fundamento en un aparente título ejecutivo complejo, conformado por los contratos de oferta de administración y cesión del crédito, presentó demanda ejecutiva singular contra Mariana Arellano de Garcés, María Cristina, María Antonia, Jorge y Ricardo Garcés Arellano y las sociedades Central Azucarero Palmira Ltda., en liquidación y Arellano Garcés & Cia S.C.A., la cual correspondió por reparto al Juzgado Trece Civil del Circuito de Cali, bajo la radiación 2221-2004, a cargo de la doctora MARÍA TERESA LÓPEZ MUÑOZ.

La Fiscalía cuestiona la actuación de la funcionaria en mención porque admitió la demanda ejecutiva sin cumplir los requisitos señalados en los artículos 75 y 488 de Código de Procedimiento Civil cuando el título base del recaudo es de naturaleza compleja; además, tampoco aportó el certificado de existencia y representación legal de Invercauca como anexo del supuesto contrato de administración de 5 de abril de 1996, con la anotación de quién actuaba como representante legal para la época en que fue celebrado dicho negocio jurídico.

No obstante, dice el Delegado de la Fiscalía, la acusada admitió documentos que no cumplían los parámetros legales, por cuyas falencias, fácilmente visibles y demostradas dentro del proceso, nunca debieron aceptarse como prueba de la presumida obligación clara, expresa y exigible. Aspectos, respecto de los cuales fue advertida oportuna y reiteradamente por la parte demandada, a pesar de lo cual no adoptó las decisiones correspondientes, sino que, contrariando la ley, persistió en adelantar el proceso.

De la misma forma, señaló en el escrito de acusación que *«[e]l 27 de julio de 2012, el señor JORGE GUZMAN SANCHEZ (sic) rinde entrevista (...) en que de manera firme y categórica señala que cada 15 o 30 días recibía instrucciones del señor JORGE GARCES (sic) ARELLANO y el dinero de LIGIA PARRA DE GONZALEZ (sic) para recoger al secuestre GUSTAVO ADOLFO ESCOBAR CAMACHO y conjuntamente con él desplazarse hasta el despacho de la Juez 13 Civil del Circuito doctora TERESA LOPEZ MUÑOZ (sic) y hacerle entrega a ella por este último de siete millones de pesos, a fin de que: a) sostuviera el*

mandamiento de pago, b) sostuviera las medidas cautelares y c) no relevara al secuestre dentro de este proceso»[1].

2. Luego de efectuarse las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, en la sesión del 2 de mayo de 2014 correspondiente al juicio oral, en momentos en que se llevaba a cabo el contrainterrogatorio al testigo de descargo Antonio José Urdinola Uribe, el fiscal requirió traer a juicio «*algunos testigos de refutación y algunos documentos que tal como señala el artículo 362, sirvan para efectos de refutar al testigo* [sobre] *algunos puntos específicos los cuales podrían generar alguna pregunta adicional*»[2].

Específicamente, para demostrar que las afirmaciones del testigo Urdinola Uribe no correspondían a la verdad, el ente acusador solicitó al Tribunal que decretara los siguientes medios de pruebas:

(i) Testimonio de Álvaro Enrique Molinares Navia:

> *[D]irectivo de INCAUCA, (...) director de proveeduría de caña de azúcar del Ingenio del Cauca, (...) rindió una entrevista en nuestro despacho, en la cual dejó clara la forma cómo el testigo Antonio Urdinola manipuló la constancia que sirvió de base al título ejecutivo y cómo fue cercenada una información en dicho documento, previa preparación pre-ordenada por parte del doctor Antonio Urdinola y tiene que ver precisamente con un documento base del título ejecutivo que estructura ese supuesto título complejo,* [pues teniendo en cuenta que] *el doctor Urdinola ha señalado (...) que todos los documentos aportados son válidos y*

---

[1] Fl. 38 cuaderno original 1.
[2] Archivo de audio No. 76001600019920100120800_760012204006_2, record 45':07", cd adjunto No. 9, carpeta original 3.

que contenían la información suficiente para estructurar el título complejo, este servidor pretende con ese testimonio demostrar que eso no es cierto, que la preparación de ese elemento que fue parte del título complejo fue manipulada por el doctor Urdinola para obtener una respuesta conforme sus intereses y con eso simular un supuesto título complejo para colocar la demanda, los detalles de cómo operó eso nos los brindó a la Fiscalía, en el proceso seguido contra él [refiriéndose a Antonio Urdinola] *el doctor Álvaro Enrique Molinares Navia.* [Adujo que el hecho por establecer es] *la configuración de ese certificado que entregó INCAUCA y que es la base del título ejecutivo complejo y con ello la falta de credibilidad del testigo, porque ha mentido en este juicio*[3].

(ii) Testimonio de María Antonia Garcés, con quien pretende desvirtuar las afirmaciones acerca de que «*la familia Garcés Arellano (...) sabía de la existencia de la obligación, que recibieron dineros con relación al producto de la caña, y que INVERCAUCA les pagaba a ellos parte de esa utilidad del producto de la caña (...) la doctora María Antonia nos dará su versión sobre lo sucedido, cuál era realmente el motivo de esos supuestos ingresos de dinero, a qué título eran, por qué motivo, para desvirtuar la afirmación que él ha hecho aquí, atacando la credibilidad del testigo*»[4].

Y, (iii) declaraciones de varias personas (indeterminadas) que referirían el curso de la causa penal que por secuestro y terrorismo señaló Urdinola Uribe en su relato o, en su defecto, la providencia que definió dicho asunto. Precisamente, «*una serie de declaraciones que rindieron los operadores de INVERCAUCA quienes concurrieron a la Fiscalía de Palmira, que adelanta la investigación por secuestro y terrorismo, quienes concurrieron a ese despacho a manifestar que fueron presionados por los*

---

[3] Archivo de audio No. 76001600019920100120800_760012204006_2, record 48':18", cd adjunto No. 9, carpeta original 3.
[4] Record 51':33" ibídem.

patronos de INVERCAUCA, Alexandra Garcés y Antonio Urdinola, para formular cargos contra Héctor Fabio Restrepo, se retractaron de los hechos denunciados y, finalmente, eso llevó a un archivo de ese proceso (...) no conozco si es por inhibitorio o preclusión (...) no conozco el número de la providencia»[5].

LA DECISIÓN DEL A QUO

El Tribunal negó la petición de *«pruebas de refutación»* presentada por la Fiscalía, considerando:

> *[R]especto del testigo Álvaro Enrique Molinares Navia, primero que todo, el señor Fiscal no agotó la carga argumentativa suficiente para identificarlo ni para que nosotros podamos habilitar que se traiga un testigo que está siendo sometido a un proceso diferente en el que aún no ha sido controvertido (...) no podemos estar nosotros habilitados para hacer valoraciones en este proceso solo con la simple finalidad de restar credibilidad al testigo quien ha declarado lo que le consta sobre los hechos que ha dicho. La señora María Antonia Garcés declaró en el juicio, se hizo referencia al punto materia que quiere reafirmar el señor fiscal con su testigo de refutación, y con relación a los testigos de los hechos de secuestro y terrorismo, tampoco encuentra la Sala un soporte claro en cuanto a la identificación, precisión, utilidad de los testigos, se requería un grado adicional de argumentación para ese efecto, considera la Sala que para el simple efecto de restar credibilidad al testigo sería poco útil traer tres testimonios o cuatro o más que en últimas no aportarían mayor cosa a lo que es el objeto fundamental del proceso, en ese orden, la Sala le niega las pruebas solicitadas a la Fiscalía (...) contra esta decisión proceden los recursos, toda*

[5] Record 54':03" ibídem.

vez que no es una simple observación u objeción sino que en realidad es una negativa de pruebas (...)[6].

LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal 3° Delegado ante el Tribunal Superior de Cali interpuso recurso de apelación contra la decisión del a quo de negarle la aducción al juicio oral de las *«pruebas de refutación»* referidas al testimonio de Álvaro Enrique Molinares Navia y las declaraciones relacionadas con el asunto penal que por secuestro y terrorismo indicó el testigo de descargo Antonio José Urdinola Uribe o la providencia que definió esa causa.

Así mismo, se abstuvo de apelar la determinación del *a quo* de no admitir la declaración de María Antonia Garcés.

Sostuvo que los medios probatorios solicitados son pertinentes en la medida en que pretenden contradecir o impugnar la credibilidad de las afirmaciones expuestas por el testigo de la defensa, alegando que al momento de solicitarlas sí cumplió con la carga mínima argumentativa para su decreto.

Recalcó que identificó claramente al testigo Álvaro Enrique Molinares Navia, cuya declaración resulta pertinente

---

[6]Archivo de audio No. 76001600019920100120800_760012204006_3, record 1:43 cd adjunto No. 9, carpeta original 3.

«de cara a ese ataque a la credibilidad del testigo Antonio José Urdinola (...) que nos va a demostrar cómo efectivamente, no atacar el contenido y la autenticidad de la constancia expedida por INCAUCA en ese momento y que el señor Uridinola planteó que había conseguido y aportado como base de la demanda ejecutiva, cosa que jamás dijo este servidor, como hábilmente lo quiere plantear la defensa, eso fue estipulado y no tenemos debate sobre el contenido de ese documento, pero el testigo nos ha dicho acá otra versión sobre ello y, para atacar la credibilidad del testigo como lo dije en su momento, en ese punto específico que sí va a mostrar cual fue el proceso de elaboración de ese documento, la respuesta colocada y demás»[7], por lo que no era dable su rechazo.

Así mismo, añadió que del asunto por secuestro y terrorismo referido, bastaría con la aducción de la providencia que lo definió para censurar la credibilidad del testigo, sin que hubiese sido necesario descubrirla con antelación al tratarse de una prueba de refutación.

En conclusión, solicitó la revocatoria parcial de la decisión del Tribunal y, en su lugar, ordenar la práctica de los medios de conocimiento requeridos.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1. La Procuradora 74 Judicial Delegada Penal de Cali requirió al Tribunal para que declarara desierto el recurso de apelación propuesto por la Fiscalía ante la carente

[7] Archivo de audio No. 76001600019920100120800_760012204006_3, record 5:58, cd adjunto No. 9, carpeta original 3.

sustentación del mismo, ya que en momento alguno la argumentación presentada desvirtuó la presunción de acierto y legalidad que tiene la decisión del *a quo*, atacando únicamente los argumentos de la contraparte.

2. Por su parte la defensa, resaltó la legalidad de la decisión adoptada por el Tribunal para negar la práctica de los medios de prueba solicitados y, al igual que el Ministerio Público, solicitó declarar desierto el recurso de apelación interpuesto, por cuanto la explicación del fiscal no atacó la disposición judicial en concreto, sino que pretendió subsanar la escasa justificación de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas rechazadas.

De manera subsidiaria, pidió confirmar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para pronunciarse en este asunto, conforme a las previsiones del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, por cuanto la providencia fue proferida por el Tribunal Superior de Cali.

La Sala encuentra necesario hacer algunas precisiones que se requieren para la integral comprensión de la dogmática que rige la prueba de refutación y la jurisprudencia de la Corporación en esa materia.

2. La prueba de refutación.

Marco normativo. En el régimen de la Ley 906 de 2004 la referencia a las *«pruebas de refutación»* se encuentra en el artículo 362, de la siguiente forma:

> *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)

Expresión de una garantía constitucional y un derecho fundamental. La refutación expresa en la justicia penal la materialización de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

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.

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 **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.

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

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

Dado que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, como ha quedado explicado en esta providencia, la solicitud de la evidencia primeramente citada se resuelve de plano, mediante providencia que no admite recursos. La misma regla aplica para las pruebas de contra refutación.

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

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

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

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

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

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

Los medios autorizados para impugnar credibilidad no pueden identificarse con la prueba de refutación. La refutación que en esta oportunidad se examina no es la vinculada con los elementos que la ley autoriza utilizar a las partes en la audiencia pública para impugnar credibilidad de la prueba de la contraparte, de las cuales son ejemplos las situaciones a las que se refieren los artículos 403, 440 y 441 del C de P.P.

El propósito único y excluyente de la prueba de impugnación de credibilidad a que se ha hecho referencia anteriormente es atacar el mérito del testimonio o de quien rinde la declaración y la oportunidad para hacerlo es a través del contrainterrogatorio con elementos probatorios obtenidos en la investigación o que fueron descubiertos por la contraparte. Esta caracterización es suficiente para admitir las diferencias del citado medio con la prueba de refutación.

La credibilidad de un testigo se puede refutar con la declaración de otro en el interrogatorio, pues así se autoriza por el artículo 391 del C de P.P., impugnación de la que es indiscutible su diferencia con la prueba de refutación del artículo 362 de las Ley 906 de 2004.

Tampoco la **prueba sobreviniente puede identificarse con la prueba de refutación,** así sea en el evento en que ésta última se conoció únicamente en el juicio oral con los resultados probatorios de la prueba practicada, por la diferencia de objeto que caracteriza a cada una.

Si una de las partes al momento del juicio oral encuentra una prueba significativa para conjurar graves perjuicios en la resolución del problema jurídico o el derecho de defensa, solamente con carácter excepcional se puede autorizar su práctica dado su condición de sobreviniente. Este supuesto es el que corresponde al artículo 344 de la Ley 906 de 2004, cuando establece que «*si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física*

muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba».

Las pruebas de refutación y sobreviniente comparten que su conocimiento surge en el juicio oral y lo trascendente que resulta la información que suministran.

Pero, sustancialmente diferencia a las pruebas de refutación y sobreviniente su objeto y propósito, la refutación es significativa para demeritar otra prueba en concreto, mientras que la sobreviniente introduce materia distinta y busca soportar o infirmar la teoría del caso o los descargos, pues su no incorporación acarrea grave perjuicio en la decisión que debe adoptarse en el proceso o también cuando genera daño a la garantía de defensa.

4. Caso concreto

Bajo los principios teóricos expuestos y no obstante que no procede el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en este asunto, la Sala para enriquecer el entendimiento del criterio jurisprudencial que se viene expresando en esta providencia ahondara en el examen de las particularidades del caso concreto.

La Fiscalía aduce que el testimonio de Álvaro Enrique Molinares Navia y la declaración de terceras personas (indeterminadas) que declararon en la causa penal que por

secuestro y terrorismo refirió Urdinola Uribe en su relato o, en su defecto, se introduzca la providencia que definió dicho asunto, pues constituyen pruebas de refutación surgidas en el juicio oral, por lo que resultan pertinentes de cara a atacar la credibilidad del testigo de descargo Antonio José Urdinola Uribe.

Si fuese cierto que únicamente en la audiencia pública con la práctica del testimonio de Urdinola Uribe, la Fiscalía tuvo conocimiento del supuesto que ahora pretende rebatir con la prueba de refutación, sería indiscutible su procedencia, pero tal premisa no corresponde a lo evidenciado en el expediente, porque el objeto de los citados medios no es aportar un elemento de juicio para desacreditar lo expresado por otra prueba sino para corregir una omisión al deber de la Fiscalía para sustentar su teoría del caso en materia probatoria.

Los medios de prueba de refutación cuya aducción pretende la Fiscalía por su contenido y conocimiento no satisfacen la exigencia de haberse percatado la parte de ello al momento de rendir el testimonio URDINOLA, pues el ente acusador sabía no solamente de la existencia de la prueba sino que le era previsible determinar su información y alcance y determinar su necesidad de postularla desde la audiencia preparatoria, dado que desde la investigación era sabedora que a ENRIQUE MOLINARES le constaba que *"Antonio Urdinola manipuló la constancia que sirvió de base al título ejecutivo y ... como fue cercenada una información, en*

dicho documento, previa preparación preordenada por parte del doctor Antonio Urdinola".

Entonces, el testimonio de Álvaro Enrique Molinares Navia, solicitado por la Fiscalía para efectos de desmentir las afirmaciones expuestas por el testigo de descargo Antonio José Urdinola Uribe, quien afirma que los documentos aportados a la demanda civil son válidos y que contenían la información suficiente para estructurar el título ejecutivo complejo, era un aspecto sobre el que aquélla tenía el elemento de prueba que informaba lo contrario desde cuando le recibió entrevista a ÁLVARO ENRIQUE MOLINARES NAVIA, y que por lo tanto pudo solicitarse su testimonio con anterioridad al juicio oral, en la preparatoria, lo cual traduce en improcedente por extemporánea tal petición.

Además, desde la preparatoria la defensa argumentó la pertinencia del testimonio de Urdinola Uribe, posteriormente decretado, sosteniendo que esa declaración se dirigiría a explicar la validez, legalidad y exigibilidad de los documentos con los cuales se inició el proceso civil, pues era la persona "*titular del crédito que originó el proceso civil y es el beneficiario del mismo*" y quien puede "***explicar con qué documentos se inició el proceso***", así *como "las supuestas entregas de dinero por parte de su suegro Jorge Garcés Arellano a la acusada*"[8].

Incluso, es el propio fiscal quien en el escrito de acusación señala a Álvaro José Urdinola Uribe como la persona que presentó, ante el Juzgado 13 Civil del Circuito

[8] Archivo de audio No. 6, record 1:16':16", cd adjunto No. 2, audiencia preparatoria de noviembre 15 de 2012, carpeta original No, 1.

de Cali, la demanda ejecutiva *«con un aparente título ejecutivo complejo»*[9].

Es decir, que el acusador tuvo la posibilidad de prever los términos en los cuales podría surtirse el testimonio de URDINOLA GRAJALES, sin que haya solicitado en su momento el medio de prueba con el cual ahora pretende refutarlo, más aun si su objetivo es demostrar que *«la preparación de ese elemento que fue parte del título complejo fue manipulada por el doctor Urdinola para obtener una respuesta conforme sus intereses y con eso simular un supuesto título complejo para colocar la demanda»*[10].

Además, nótese que el Fiscal en su solicitud refirió que había entrevistado a Álvaro Enrique Molinares Navia, quien conocía de los pormenores inherentes al objeto del proceso, era sabedor del alcance y el significado de la entrevista del testigo solicitado, pero con todo y que contaba con esa información, no solicitó su testimonio en la preclusiva oportunidad ordinaria de que disponen las partes, con lo cual su petición es tardía e improcedente, pues no se trata de ninguna prueba que no le fue posible conocer antes del juicio oral, sino de una maniobra para cubrir su propia deficiencia probatoria respecto de su teoría del caso.

Así las cosas, lo expuesto evidencia la extemporaneidad de la solicitud de la prueba testimonial solicitada en el juicio oral.

---

[9] Folio 41 cuaderno 1 original.
[10] Archivo de audio No. 76001600019920100120800_760012204006_2 record 49':54", cd adjunto No. 9, carpeta original 3.

Pero, adicionalmente, tiene que decirse que el testimonio de ÁLVARO ENRIQUE MOLINARES NAVIA o la decisión adoptada en el proceso penal a que alude el Fiscal, no son en estricto sentido prueba de refutación, porque se le está convocando para declarar o probar aspectos que hacen parte de la pretensión de dicha parte para estructurar el delito, la autoría, la responsabilidad de la inculpada, es decir, es prueba de la teoría del caso.

Y, ello es así, como se ha afirmado en el párrafo anterior, porque el acusador en la audiencia de imputación, acusación y juicio oral ha sostenido que la juez incriminada profirió mandamiento de pago con base en documentos que no cumplían los parámetros legales, y es sobre ese aspecto que debe declarar el testigo que la Fiscalía califica de refutación. Una situación así no es propia de la naturaleza y fines de la prueba de refutación, en los términos en los que se ha explicado en esta providencia.

De otra parte, la petición del fiscal de introducir al juicio varias declaraciones de personas que referirían el curso de la causa penal que por secuestro y terrorismo señaló Urdinola Uribe en su relato o, en su defecto, la providencia que definió dicho asunto, tampoco puede prosperar, dado que además de la falta de concreción y definición de la novedad del conocimiento, el solicitante omitió explicar la necesidad, pertinencia, conducencia y utilidad de dicho medio de convicción, así como la exclusividad de su propósito de cuestionar otra prueba y no el objeto principal del proceso.

El Fiscal tampoco señaló en concreto la afirmación de Urdinola Uribe que pretende restarle valor, lo que no puede presumir o sobreentender el juzgador, ese aspecto es esencial en la prueba de refutación y aquél se limitó a solicitar «*una serie de declaraciones que rindieron los operadores de INVERCAUCA quienes concurrieron a la Fiscalía de Palmira, que adelanta la designación (SIC) por secuestro y terrorismo, quienes concurrieron a ese despacho a manifestar que fueron presionados por los patronos de INVERCAUCA, Alexandra Garcés y Antonio Urdinola, para formular cargos contra Héctor Fabio Restrepo, se retractaron de los hechos denunciados y, finalmente, eso llevó a un archivo de ese proceso (...) no conozco si es por inhibitorio o preclusión (...) no conozco el número de la providencia*», sin justificar la razón por la cual dicho medio de convicción resulta fundamental para restarle credibilidad al testigo de descargo en relación con los hechos que a él le constan frente a las conductas atribuidas a la doctora TERESA LÓPEZ MUÑOZ.

Lo expresado es suficiente para devolver la actuación al Tribunal de origen, para que continúe con la audiencia de juicio oral, absteniéndose la Sala de resolver la apelación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Primero: **ABSTENERSE** de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la decisión adoptada el 2 de mayo del año en curso por la Sala Penal del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: **DEVOLVER** la actuación de forma inmediata al Tribunal de origen, para que continúe con la audiencia de juicio oral.

Comuníquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PERMISO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria