



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

28

Tunja, 2017 - II



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 15</i>	<i>No. 28</i>	<i>F. 28</i>	<i>pp. 260</i>	<i>Julio Diciembre</i>	<i>2017 - II</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	----------------------------	------------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Directora Ediciones USTA Tunja

María Ximena Ariza García, Ph.D.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

Número de la revista

Veintiocho (28)
Segundo Semestre de 2017

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistapincipia@ustatunja.edu.co
deiby.saenz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

Traducción portugués:

Claudia Lucía Ariza García

Traducción inglés:

William Ortiz

Traducción francés:

Andrea Jiménez Chaparro

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA FACULTAD DE
DERECHO**

PERTINENCIA DEL TESTIGO EXPERTO, TESTIGO
PERITO Y TESTIGO DE REFUTACIÓN EN LA
TEORÍA DEL CASO

PERTINÊNCIA AO TESTE DE EXPERTOS,
TESTEMUNHO DE TESTEMUNHO E TESTE DE
REFUTAÇÃO NA TEORIA DE CASO

RELEVANCE OF THE SPECIALIZED WITNESS,
EXPERT WITNESS AND REFUTATION WITNESS
IN THE CASE THEORY

PERTINENCE DU TÉMOIN SPÉCIALISÉ,
DU TÉMOIN EXPERT ET DU TÉMOIN DE
RÉFUTATION DANS LA THÉORIE DU CAS

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2017
Fecha de aprobación: 20 de abril de 2017

Fabio Iván Rey-Navas¹

1 Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Docente investigador en Derecho Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Ha sido asesor en Derecho Penal del Ministerio de Justicia de Colombia, Coordinador de la barra académica de la Defensoría Pública, Asesor de empresas públicas y privadas, así como docente de pregrado y posgrado.

Resumen

En el desarrollo de la teoría del caso las partes del proceso penal, pueden acudir a llamar a juicio a personas que tienen un conocimiento especial con la finalidad de alumbrar la decisión del juzgador. La pertinencia del testigo con conocimientos especiales en relación con los hechos es denominada de forma diversa por la ciencia probatoria, el propósito es entonces reconocer la clase que corresponde de acuerdo a la forma del testimonio. El requerimiento en la audiencia preparatoria exige que el solicitante indique con exactitud la denominación del testigo para cumplir con el propósito que se ha propuesto, entrándose de un testigo experto, un Testigo Perito o un Testigo de Refutación.

Palabras Claves: Pertinencia – Testigo Experto – Testigo Perito – Testigo de Refutación

Resumo

No desenvolvimento da teoria do caso, as partes no processo criminal, eles podem chamar a julgamento para pessoas que têm um conhecimento especial para iluminar a decisão do juiz. A relevância da testemunha com conhecimento especial em relação aos fatos é denominada de maneira diferente pela ciência probatória, O objetivo é então reconhecer a classe que corresponde de acordo com a forma do testemunho. O requisito na audiência preparatória exige que o requerente indique exatamente o nome da testemunha para cumprir o propósito que foi proposto, entre um testemunho perito, uma Testemunha Especialista ou uma Testemunha de Refutação.

Palavras-chave: Relevância - Testemunha Especialista - Testemunha Especialista – Testemunha

Abstract

In the development of the theory of the case, the parts of the criminal proceeding can cite to trial people who have special knowledge in order to make the decision of the judge clearer. The relevance of the witness with special knowledge in terms of the facts is denominated in a different way by the probative science, the purpose is to recognize the type of witness it is, according to the form of the testimony. The requirement in the preparatory hearing requires the applicant to indicate exactly what kind of witness it is in order to fulfill the purpose that has been proposed, such as a specialized witness, an expert witness or a refutation Witness.

Key Words: Relevance - specialized Witness - Expert Witness - Refutation Witne

Resume

Dans le développement de la théorie de l'affaire, les parties de la procédure pénale peuvent citer pour juger des personnes ayant des connaissances particulières afin de rendre la décision du juge plus claire. La pertinence du témoin avec des connaissances

spéciales en termes de faits est dénommée d'une manière différente par la science probante, le but est de reconnaître le type de témoin, selon la forme du témoignage. L'exigence de l'audience préparatoire exige que le demandeur indique exactement de quel type de témoin il s'agit pour atteindre l'objectif qui a été proposé, tel qu'un témoin spécialisé, un témoin expert ou une réfutation Témoin.

Mots-clés : Pertinence - Témoin spécialisé - Témoin expert - Réfutation Témoin

Presentación

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en sentencias de casación, autos de inadmisibilidad del recurso extraordinario y en autos y sentencias de segunda instancia, ha venido creando un sistema de precedentes alrededor de la clasificación de las diversas clases de testigos que podrían llegar a intervenir en la audiencia de juicio oral.

Esta diferencia requiere ser precisada para diversos aspectos, como depurar la técnica probatoria del sistema penal, preparar al testigo adecuadamente explicándole en qué consiste el papel que va a realizar en la audiencia, y especialmente, destacar la importancia de la pertinencia de los medios de prueba y de los testigos en específico de tal forma que en la audiencia preparatoria se pueda conocer con precisión lo que se pretende probar con cada uno de ellos.

En el caso de los testigos no comunes, la técnica probatoria diferencia cuando se realiza por una persona con un conocimiento específico que presencia los hechos, de aquel que tiene conocimiento del hecho mediante las evidencias físicas que tuvo bajo su observación, y de quien tiene como finalidad controvertir la técnica en que se apoyó el perito para llegar a un resultado en concreto.

Esta diferenciación entre los testigos, es uno de los medios para la búsqueda de la verdad de los hechos², como un método de “*aproximación racional a la verdad*” de forma democrática³, tal que la participación activa de los testigos ante el juez en el juicio

2 Se censura el concepto de búsqueda de la verdad en el Procedimiento Penal al negársele al juez ordenar pruebas directas. Si el juez no puede ordenar pruebas de oficio – como afirma FERRAJOLI - esta verdad vendría a ser una verdad más reducida, pero más controlada “*en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética «verdad sustancial»*”. (FERRAJOLI, 2011, p. 45)

3 En este sentido la sala penal de la Corte Suprema “*ha sido cuidadosa en señalar que si entre las finalidades principales del proceso penal se cuentan la aproximación racional a la verdad y la aplicación del derecho sustancial, en la sentencia como culminación del rito se debe establecer más allá de toda duda si mediante una acción que desencadena un proceso de interferencia intersubjetivo se vulneró o se puso en riesgo un bien jurídico concreto.*”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, radicación 29640 (16-09-09), 2009). Igualmente (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 27.195 (19-08-09), 2009).

oral o en la construcción de una verdad consensuada o negociada⁴, son dos métodos válidos para aproximarse a la pretensión de orientar el proceso penal hacia un proceso de “reconstrucción” en que se enfatiza el entendimiento recíproco⁵.

La convergencia de las categorías de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tanto para absolver como para condenar, se ven influenciadas por la interacción de los diversos testigos en la búsqueda de la verdad, pues su afirmación, negación o descarte de la validez de un medio probatorio, habilitan al juzgador para dar por probado o no un hecho específico que podría venir a descartar o afirmar una o varias de las categorías necesarias para considerar el hecho como punible o al sujeto responsable o no. Para este efecto, en cada uno de los casos que se establecerá la intencionalidad – pertinencia⁶ - de la parte que presentó al testigo para cuestionar o reforzar alguna de las categorías dogmáticas. Y esto porque el conocimiento del juez como ser humano es limitado, especialmente cuando se trata de un saber específico, que supera el común el juzgador. En cuyo caso las partes pueden solicitar que ordene una prueba pericial, para efectuar la valoración que requiera una formación científica, técnica, artística o especializada (art. 405 C.P.P.).

Los medios mediante los cuales le puede llegar al juez un conocimiento especializado de los hechos son variados como: el dictamen pericial, el testimonio del perito, el testimonio del testigo experto, el informe de refutación o la prueba de refutación. Cada uno de estos medios difiere del otro en forma y fondo. En la forma como se introduce en la audiencia preparatoria y se práctica en el juicio oral, y en el fondo respecto de la clase de testimonio que dará al juzgador y la utilidad que puede tener para las partes.

El conocimiento científico, experto o pericial o todo aquel que supere el sentido común deberá ser probado mediante personas idóneas que promuevan en el juzgador la comprensión de la temática, o los argumentos de autoridad científica, técnica, profesional o humanística, esto debido a que la división del trabajo y las especializaciones en el

4 TARUFFO “postula que no es posible construir negocialmente la verdad de un hecho, pues este existe en el mundo externo con total prescindencia de las conductas de las partes (...)” (TARUFFO, Volumen XXI)

5 “El fin de una comunicación es la provocación de un estar de acuerdo que termina en la comunión intersubjetiva de la comprensión recíproca, del saber participado y de la confianza recíproca. El estar de acuerdo reposa sobre la base del reconocimiento de las respectivas pretensiones de validez: comprensibilidad (Verständlichkeit), verdad (Wahrheit), sinceridad (Wahrhaftigkeit) y justicia en relación a normas y valores (Richtigkeit)” (HABERMAS, J. 1991, p. 115)

6 Sobre el concepto de conducencia, pertinencia y utilidad la sala penal ha advertido: que la conducencia hacer relación que “las pruebas solicitadas deberán tener relación con los hechos de la acusación (pertinencia), los cuales se podrán demostrar a través de los medios lícitos (conducencia) que las partes libremente deciden que sean aducidos al proceso.” CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SP43554 18-06-14. En el mismo año advirtió como la conducencia, corresponde a la convicción que ostenta el medio legal “para forjar certeza en el juzgador, lo que presupone que esté autorizado en el procedimiento; pertinencia, implica que guarda relación con los hechos, objeto y fines de la investigación o el juzgamiento; racionalidad, cuando es realizable dentro de los parámetros de la razón y, utilidad, si reporta algún beneficio, por oposición a lo superfluo o innecesario”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP1282-2014. Radicación N° 41741 17-03-2014)

desenvolvimiento del hombre en la sociedad así lo requieren (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 31795 del 16-09-2009)⁷.

Los testigos en la técnica probatoria

La técnica probatoria coincide en llamar testigo a todo aquel que ha tenido contacto con un hecho en particular, de tal forma que el testigo directo será aquel que ha tenido conocimiento de los hechos mediante los sentidos⁸ y testigo indirecto, quien no ha captado el hecho directamente mediante los sentidos, sino a través de otro que viene a reproducir lo sucedido (voz, audio, video, etc...).

El *Testigo Perito*, será quien tenga contacto directo con el medio probatorio mediante un conocimiento especializado, emitiendo un dictamen pericial sobre la base de inmediatez directamente con un medio probatorio no con el hecho⁹, pronunciándose “sobre un aspecto o tema especializado que interesa a la evaluación del proceso fáctico.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 26128 (11-04-2007). El dictamen pericial del Testigo Perito, a pesar de ser un documento no es prueba documental, tampoco es prueba en sentido concreto, solo “*un germen de la misma*”, así además de trasladado, debe ser sustentado por el mismo en la audiencia de juicio oral: “*para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 30214 (17-09-2008).

El dictamen pericial puede ser sustentado por otro experto, cuando quien lo ha emitido ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para realizarlo, siempre que la base técnica de información pericial sea la misma que utilizó el experto para su trabajo (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 30214 (17-09-2008). Y puede ser emitido de forma oral mediante cualquier medio técnico habilitado para tal finalidad (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 30214 (17-09-2008), como un medio electrónico u otro idóneo que permita la interacción entre quien depone y la audiencia.

7 La misma línea (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia radicación 14043 (07-03-02), 2002)

8 En cuanto a quien observe un video en el que se puede visualizar la comisión del delito podría considerarse un testigo de los hechos, pues percibe la conducta mediante un medio electrónico de forma directa mediatizando sus sentidos a través de un medio tecnológico, por lo tanto, ha podido percibir el hecho de forma directa. Diferente sería quien observe el hecho en un tiempo diferente al que sucedió el hecho, en este caso sería un testigo indirecto, aunque está viendo lo mismo que observó el directo mediante los sentidos, pero el hecho del tiempo modifica su calidad. En relación al rol que este ejecutando el sujeto es indiferente pues bien podría estar sujeto a su deber, como el caso del vigilante o ser casual la observación, quien observa a través de unos binoculares el hecho en una casa vecina.

9 Evidentemente los profesionales no presencian los hechos, sino que realizan una valoración a la menor, en virtud del cual justifican las conclusiones de su estudio, aportando su conocimiento científico para el esclarecimiento de los hechos, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 del mismo estatuto. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Radicado 30355 del 15-07-2009)

Si estando en curso la audiencia de juicio oral el perito no pueda concurrir para rendir el testimonio, otra de las posibilidades es que “*se pueda presentar otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso*” (art. 412 y s.s. C.C.P.) para que los rinda en audiencia (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 30214 (17-09-08), 2008)¹⁰. Cuanto el perito dictamine sobre lo indicado por un medio probatorio testimonial, no se constituye por esto en una prueba de referencia, pues la Sala Penal ha inferido que los peritos no son prueba de referencia (porque dicen algo que escucharon de la víctima), pues lo que declaran es su percepción sobre el testimonio, las atestaciones son complementadas con los informes elaborados con anterioridad, analizando el perito “*las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Radicado 30355 del 15-07-2009)¹¹.

En la apreciación del medio probatorio pericial, este debe ser “*considerada racionalmente por el juez, porque en la apreciación del dictamen resulta imperativo tener en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos, el aseguramiento de calidad aplicado, el sistema de cadena de custodia registrado y los demás elementos probatorios que obren en el proceso.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 31795 del 16-09-2009), sin justificar una actitud pasiva o irreflexiva del juez frente al dictamen —ante lo que corresponde indagar al perito—, pues esto podría potenciar el error que como ser humano puede cometer el perito¹².

Frente al dictamen pericial se podría presentar otro dictamen pericial por la contraparte, si bien para este efecto del contra peritaje, el experto debe tener contacto con el medio probatorio de forma directa. La técnica utilizada por el Testigo Perito, las conclusiones a las que llego, y cualquier otro elemento de su dictamen pericial podría ser refutado mediante un Testigo de Refutación que tienda a demeritar lo mencionado por el perito.

El **Testigo Técnico** es quien posee unos “*conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 26128

10 El dictamen pericial podría ser sustentado por otro experto bajo el entendido que no se trata de un testigo único, sino de un testigo técnico. Sobre el testigo único la Sala Penal ha indicado que sería aquel sobre el cual se basa exclusivamente la existencia del hecho, dice la corte que en caso de retirar un testigo único la determinación “*tendrá efectos vinculantes sólo en el caso de que se trate de prueba única, pues, en tal evento el fiscal quedará sin teoría del caso y el juicio quedará sin acusador y sin prueba.*”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 26411 del 08-11-07, 2007).

11 El dicho del testigo perito no podría ser catalogado como de referencia, toda vez que “*interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad.*”, a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004.

12 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 31795 del 16-09-09, 2009) y (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia radicación 14043 (07-03-02), 2002).

(11-04-2007), caracterizándose por ser testigo presencial de los hechos¹³, por lo tanto adquiere el conocimiento de los hechos a través de los sentidos.

De manera más concreta dice la Sala Penal: “*el testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 26128 (11-04-07), 2007), por lo cual tiene la calidad de testigo directo y portador de un conocimiento específico especializado. En Sentencia de 2015 la Sala Penal denomina al mismo como un **testigo experto** que sería quien “*percibe los hechos objeto de investigación y que, en razón de una especial cualificación o preparación técnica, científica o artística, puede agregar al relato vertido en juicio opiniones, impresiones o apreciaciones vinculadas con aquéllos, que contribuyen a su esclarecimiento.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-2015), presentando similares los conceptos de testigo experto y testigo técnico.

Este testimonio no podría ser reemplazado por otro testigo, pues su presencia en los hechos impide su fungibilidad, por lo tanto, si requiere ser sustituido deberá realizarse –en caso que lo haya y puede ser admitido– mediante un testigo de referencia¹⁴. El conocimiento específico del testigo experto igualmente no podría ser sustituido por otro experto que no haya sido testigo presencial de los hechos, pues no se trata de un conocimiento adquirido por la técnica aplicada al elemento probatorio sino del observar directo del hecho. Por lo tanto el testigo experto no debería presentar un dictamen pericial en sentido estricto. Cuando el testigo experto introduzca a su declaración “*hechos que no le constan, pero ha escuchado de terceros*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Radicado 30355 del 15-07-2009), podría ser eventualmente testigo de referencia, pudiendo aplicarse este conocimiento siempre que se constate la existencia de las excepciones contenidas en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal¹⁵.

Ahora bien, frente a dicho del testigo experto podría presentarse un Testigo de Refutación que advierta las inconsistencias de dicho del testigo en relación a la parte técnica, como frente a lo que corresponda a los hechos siempre que exista alguna posibilidad para demeritar su versión. Veamos ahora, el **Testigo de Refutación**, es quien no

13 El **testigo experto** es: aquél que percibe los hechos objeto de investigación y que, en razón de una especial cualificación o preparación técnica, científica o artística, puede agregar al relato vertido en juicio opiniones, impresiones o apreciaciones vinculadas con aquéllos, que contribuyen a su esclarecimiento. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-15, 2015) y (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 45711 del 22-04-15, 2015).

14 Que sería aquel que comparece a la audiencia de juicio oral para declarar lo dicho por otro testigo que no comparecerá al juicio por estar imposibilitado para hacerlos por las razones indicadas en el artículo 437 C.P.P.

15 “*De la redacción del artículo 437 de la Ley 906 de 2004 se colige que son elementos estructurales de la prueba de referencia: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 ídem, de donde se sigue, sin duda, que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello posible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SP14844-2015(44056) del 28-10-2015).

ha tenido contacto directo con los hechos, ni con los medios probatorios, no se trata de un testigo directo, ni de un testigo experto, tampoco hace una mención sobre el objeto de la litis que se desarrolla en el proceso, ni de un Testigo Perito. Por lo tanto, es testigo de un tema que no es relevante para el objeto del proceso, es testigo de un hecho tangencial, ajeno a la discusión probatoria. Comparece para desvirtuar o contradecir lo que otro testigo directo afirma, es decir, refuta lo que el testigo va a indicar (antes del juicio oral) o indicó (en el juicio oral).

No es un medio de prueba diferente a los establecidos en el artículo 382 C.P.P., es más bien un adjetivo que califica a cualquier medio probatorio (testimonio, pericia, documento, inspección o medio técnico o científico) cuando se presente con el propósito de refutar (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP4787-2014(43749), aun cuando “*el legislador no indicó lo que debe entenderse por prueba de refutación, tampoco dijo si se trataba de una figura autónoma o cómo debe aplicarse, ni en qué eventos resulta admisible,*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP43554 18-06-14, 2014).

Indica la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que 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*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP4787-2014(43749)), de tal forma que atacada la credibilidad, legalidad, mismidad, suficiencia, veracidad, autenticidad o integridad el juzgador le reste credibilidad al testimonio o al medio probatorio de que se trate.

Refutar es la “*prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor*” (DEFENSORÍA, 2008, p. 18), sin que quepa “*confundirse las pruebas de refutación con las impugnaciones*” (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2015, p. 180) que se realizarían en un contrainterrogatorio respecto de los temas tratados por el testigo¹⁶: Así, Testigo de Refutación es la persona que comparece a la audiencia con la finalidad de contradecir a dicho del testigo, haciéndolo improbable o menos probable, “*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.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP4787-2014(43749)).

16 La Sala Penal ha señalado los principales momentos para la contradicción: “*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 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.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP4787-2014(43749))

El testigo que refuta no siempre debe tratarse de un experto que refute la forma como se practicó el análisis de una evidencia mediante una técnica¹⁷, también podría presentarse un Testigo de Refutación a lo mencionado por otra persona respecto a a cualquier hecho, como cuando el testigo directo manifiesta que “*estuvo en la casa a las 5 de la mañana cuando sucedió el hecho*” y el de refutación señala que él “*recuerda que a las 5 a.m. de ese mismo día recuerda haber visto al testigo (directo) en el parque haciendo deporte*”¹⁸. Huelga decir que el Testigo de Refutación puede ser presentado por cualquiera de las partes, es decir fiscalía y defensa, toda vez que ante cualquiera de los testigos de las partes podría presentarse una prueba de refutación. Lo que importa es que en relación al Testigo de Refutación se argumente la utilidad, pertinencia y conducencia.

En relación al momento en que puede surgir se puede subrayar que puede ser (i) con anterioridad al juicio oral o (ii) en el mismo juicio oral. Si el primer evento, deberá descubrirse en la audiencia preparatoria o concentrada, si es el segundo evento, es decir en el juicio oral, deberá cumplir con los requisitos de la prueba sobreviniente¹⁹,

17 Algunos de los casos donde se ha utilizado el testigo de refutación corresponde a las situaciones de abuso sexual de menores edad en relación a la forma en que se práctica la técnica del protocolo SATAC para identificar la Anatomía, la indagación de Tocamientos, el escenario del Abuso, y el Cierre que corresponde a si el menor quiere decir algo más. Al refutar la forma como el psicólogo o el investigador capacitado para tal finalidad ha realizado la entrevista, en cuanto preguntas sugestivas, la falta de filmación entre otras, no significa que se está atacando el testimonio del menor, sino la forma como el mismo fue abordado. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que “In acknowledging the need to strike a balance between the rights of the defendant and those of the alleged child victim, the Court finds that the following minimum guarantees must be in place: the suspected person shall be informed of the hearing of the child, he or she shall be given an opportunity to observe that hearing, either as it is being conducted or later from an audiovisual recording, and to have questions put to the child, either directly or indirectly, in the course of the first hearing or on a later occasion.” Que traduce que la persona sospechosa será informada de la audición del menor, se le dará la oportunidad de observar esa audiencia, ya sea como se está realizando o después de una grabación audiovisual, y debe tener la posibilidad de realizar preguntas al menor, ya sea directamente o indirectamente, en el curso de la primera exploración o en una ocasión posterior. (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Sección Cuarta. Caso A.S. contra Finlandia (nº 40156/07, apartado 56, de 28 de septiembre de 2010), 2010). En igual sentido la Defensoría del Pueblo de España considera que “*la declaración tenga validez como medio de prueba, resulta imprescindible que se cumpla el principio de contradicción, es decir, que el abogado de la defensa pueda formular al menor víctima o testigo cuantas preguntas considere oportunas.*”. (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2015, p. 43 y 44). En la línea de respeto de los derechos fundamentales del procesado en esta clase de delitos sexuales el Tribunal Supremo Español ha considerado necesario absolver al procesado porque “*Se practicó un informe psicológico por parte de una especialista, sin que se realizara su grabación audiovisual, ni se posibilitara a la defensa pedir aclaraciones o ampliaciones. (...) La declaración de la menor no fue propuesta como prueba en el plenario, con el resultado de que la defensa no ha podido ver a la menor ni escuchar las manifestaciones efectuadas por esta, y tampoco ha podido ser vista y oída dicha menor por el tribunal sentenciador ni de modo directo ni indirecto al no haberse grabado su exploración ante la psicóloga. Y desde luego -como ya se ha indicado- no puede sustituirse el pronunciamiento de credibilidad que corresponde en exclusiva a los tribunales por el que considere la perito psicóloga que recibió el relato de la menor que, por otra parte, se limita a concluir que la versión de la menor podría ser “probablemente creíble” ni por el testimonio de dos testigos de referencia sobre lo que la menor les relató.*”. (TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sección 1ª, Sentencia 632/2014 de 14 de octubre, 2014, p. 16.)

18 DECASTRO cita un ejemplo que bien podría caer “*Supongamos que se va a impugnar la credibilidad del testigo A (quien dice que el vehículo que causó las lesiones era color verde), con la manifestación de B, otro testigo presencial que señaló que el vehículo causante del daño era color rojo. Para proceder así, la declaración de que el vehículo era de color rojo debe haber sido suministrada por el testigo B en el juicio oral.*”. (DECASTRO GONZÁLEZ, 2008, p. 173)

19 “*valga decir, que la parte encuentre el elemento de convicción durante el juicio o se derive de otra prueba allí practicada, que hasta ese momento no conocía o no le era previsible conocer, que sea muy significativo para*

pero no será una prueba sobreviniente porque no trata sobre hechos objeto de la *litis* penal sino de asuntos indirectos²⁰, es decir, la prueba de refutación tiene como objetivo demeritar otra prueba en concreto²¹, mientras que la sobreviniente introduce una materia distinta y busca soportar la teoría del caso. Si surge en cualquiera de las etapas (juicio oral o audiencia preparatoria) si se considera como negativa su práctica se podría apelar esta decisión²².

Esto nos lleva a matizar la interpretación en el sentido de que “*las pruebas de refutación deben ser anunciadas en la audiencia preparatoria*,” (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN. Sentencia de segunda instancia. Radicado 050016000207200900214, del 10 de marzo de 2011, 2011, p. 3)²³, pues igual podría surgir en el mismo juicio oral (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP3455-2014 Radicado 43303 (25-06-14), 2014)²⁴, en cuyo caso no se debería exigir su descubrimiento con anterioridad, sino que debe cumplir con las reglas de la prueba sobreviniente.

el caso y que la omisión en su descubrimiento no obedezca a causas atribuibles al interesado, amén que el juez deberá evaluar el impacto negativo que su aceptación acarree al derecho de defensa y a la integridad del juicio.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP3455-2014 Radicado 43303 (25-06-2014). En el mismo sentido la CORTE DEL ESTADO DE YAP estableció que el estado tenía derecho a presentar un testigo de refutación consistente en un policía que había tomado al testigo una declaración con anterioridad al juicio en la que aceptaba un hecho que luego negaba, en este caso la Sala de Pruebas aceptó la refutación “*the court grants the State’s request to call a rebuttal witness*”, siendo pertinente que al momento del juicio demuestre que no podría anticipar razonablemente la prueba a refutar. (CORTE DEL ESTADO DE YAP (caso tate of Yap v. Chon, Yap St. (1998)), 1998) Disponible en: http://www.fmsupremecourt.org/WebSite/yap/decisions/cr_1998_134.htm. Para la Fiscalía: “Este es un testimonio que surge, de lo que acontece en la propia audiencia de juicio oral, es decir, que no puede el fiscal con anticipación presumirlo que sucederá con respecto a las declaraciones de los demás testigos citados por él o por la defensa.” (VILLEGAS ARANGO, 2008, p. 28). Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/en/wp-content/uploads/2012/01/ElJuicioenelProcesoPenal.pdf>.

- 20 “La prueba de refutación no es ni debe confundirse con la prueba superveniente”. (LICONA VÁZQUEZ, 2012, p. 25.). Disponible en: <http://fldm.edu.mx/wp-content/uploads/2015/10/fldm-revista-8.pdf>. Consultado el 23 de febrero de 2017. Esta semejanza entre prueba sobreviniente o superveniente puede llevar a contemplarla como semejante, sin serlo tal y como se refleja en la Sentencia del Tribunal Superior de Medellín que indica como “Prueba de refutación sobreviniente o que surge en el juicio”. (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN. Sentencia de segunda instancia. Radicado 050016000207200900214, del 10 de marzo de 2011, 2011, p. 4.). Ficha de Registro disponible en: http://190.85.246.40/derecho_penal/jurisprudencia_2011/tribunales/PRUEBA%20DE%20REFUTACION.pdf2.pdf.
- 21 La prueba de refutación se dirige “*para contradecir otra prueba y no el tema principal del litigio penal*”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP4787-2014(43749))
- 22 Las pruebas negadas o excluidas pueden ser apeladas, no así las pruebas admitidas, posición sostenida por la Sala Penal de la Corte Suprema desde el mes de julio de 2016, pues con anterioridad el criterio era otro, en este punto se indicó: “*solo se puede apelar el auto que deniega o imposibilita la práctica de una prueba –no el que la concede–*.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto. AP4812-2016. Radicado N° 47469. 27-07-16, 2016)
- 23 Afirmando a reglón seguido una curiosa experiencia en relación con las respuestas rendidas en audiencia preliminar por el mismo testigo que comparece en juicio oral, en cuyo caso bien podría no haberse anunciado con anterioridad. (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, p. 180).
- 24 En igual sentido: (TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN. Sentencia de segunda instancia. Radicado 050016000207200900214, del 10 de marzo de 2011, 2011, p. 4)

Para la práctica de la misma en el juicio oral no debiera prestarse para confusión a pesar de la incertidumbre fijada por la norma procesal al decir que en caso de prueba de refutación deberá presentarse “*primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía*”, lo cual se opone a la dinámica propia del garantismo penal, pues se estaría refutando aquello que no se ha presentado como prueba directa. El significado real de la norma es que en tratándose de pruebas directas, primero van las de fiscalía y luego las de la defensa, mientras que si estamos ante pruebas de refutación primero van las de la defensa y luego las de fiscalía, es decir se invierte el orden.

Sobre este punto DECASTRO afirma que el orden la norma es imperativo, en cuyo caso “*la discreción del juez para decidir al respecto no puede desconocer esta voluntad expresa del legislador*” (DE CASTRO, 2009, p. 54), lo que resultaría del todo inoportuno, pues se podrían entender que la defensa debería presentar la prueba de refutación antes de la prueba directa de la fiscalía, lo que ha sucedido en la práctica judicial llevando a imposibilidades probatorias fácticas, pues el juez no ha conocido la prueba directa. Lo relevante es que la prueba de refutación debe ser presentada con posterioridad a la prueba directa de la contraparte, por lo tanto bien podría presentarse de forma intercalada –posterior a cada testigo que se quiera refutar–, o con posterioridad al agotamiento del turno probatorio directo de ambas partes (DE CASTRO, 2009, p. 54).

Agotado el punto del orden de presentación, cabe advertir que el Testigo de Refutación podría utilizarse frente al testigo experto o técnico de la misma forma como se podría realizar ante un testigo directo de los hechos, como fue este un testigo directo de los hechos si se podría, tanto en su experticia como en relación a los hechos mismos.

En una prueba de refutación técnica²⁵, si la parte solicita la presentación de un Testigo de Refutación deberá advertir en qué sentido se quiere refutar la prueba pericial y los medios con los que lo realizará. En este caso se podría refutar la metodología utilizada por el perito, la prueba técnica que se ha empleado para realizarlo u otro aspecto relevante, para esto deberá contar con el dictamen pericial que va a refutar y con el dictamen prueba de refutación. En relación al descubrimiento del dictamen de refutación, no se ha establecido la necesidad de que este fuera trasladado a la contraparte en la audiencia preparatoria o concentrada o hasta cinco (5) días antes del juicio²⁶. Frente a la prueba de refutación, la parte contraria podrá contrarefutar²⁷, y

25 Recordemos que la prueba de refutación también puede ser común, como en el caso que en el juicio oral aparezca un testigo que advierta una imprecisión de uno de los testigos, no referida a los hechos, sino como un hecho tangencial.

26 Según lo ordena el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en este punto es interesante resaltar que los cinco (5) días son una regla que tiene como finalidad el conocimiento por la contraparte, por lo tanto, si la presentación se realiza tres (3) días antes de comenzar el juicio, y el mismo se aplaza, o la práctica de la prueba se dio tiempo después de la entrega, se entendería que no es necesario rechazar *in limine* el medio de conocimiento.

27 Aun cuando la legislación no prevé la posibilidad de contrarefutar no se puede entender que no se pueda realizar, pues el principio de contradicción prima sobre la omisión legislativa. DE CASTRO, Alejandro. La prueba de refutación. Defensoría del Pueblo. Ob. Cit. En sentido de la omisión legislativa en las reglas de replica no significa prohibición. Ver el caso CORTE DEL ESTADO DE YAP (caso tate of Yap v. Chon, Yap St.

la otra realizar la refutación contraredirecta, de tal forma que se garantice el derecho de contradicción del medio probatorio, pudiendo el Ministerio Público o el Juzgador entrar a realizar preguntas complementarias.

Se podrían resaltar algunas otras dinámicas en la práctica probatoria que surgen en el ejercicio jurídico y judicial, pero es importante dar cabida al análisis de las diferencias entre las diversas clases de testimonio.

Diferencias entre cada clase de testimonio

Para ir concluyendo, cabe citar algunas diferencias relacionadas con estos especiales medios de prueba pericial en algunos aspectos:

En relación con el conocimiento de los hechos

Al testigo técnico o experto, le constan los hechos y los ha aprendido por los sentidos directamente, es un testigo presencial (en esto se parece al Testigo Común). Al Testigo Perito no le consta nada en relación con los hechos objeto de litigio, básicamente porque no los ha aprehendido por los sentidos directamente. El Testigo de Refutación, no le consta nada en relación a los hechos, ni ha tenido conocimiento directo de los mismos.

Diferencia entre el testigo técnico y común

El Testigo Común declara sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, sin que cuente con una experticia en una ciencia, técnica o arte.

El testigo técnico declara sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, y a su vez cuenta con una experticia en una ciencia, técnica o arte, por lo tanto, puede exponer sobre apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, cuando estas sean formadas “*como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-2015).

Diferencias en el contenido de la declaración

El testigo técnico, conoce los hechos directamente, por lo tanto, en la entrevista o en la declaración jurada podrá hacer referencia a “*apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-15, 2015), como “*la velocidad aproximada podría ser de...*”. El Testigo Común podría deponer sobre los hechos, pero no hacer apreciaciones personales, como “*iba muy rápido*”.

(1998)) disponible en internet: http://www.fsmsupremecourt.org/WebSite/yap/decisions/cr_1998_134.htm.

El Testigo Perito, como no ha tenido contacto directo con los hechos, no podría decir nada sobre los mismos, ni apreciaciones científicas, ni de conocimiento personal. Pero como sí tiene contacto directo con un medio de prueba mediante un conocimiento científico o experto en específico, podría dar sus “*valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica, soportadas en un examen del contexto fáctico efectuado con fundamento en sus conocimientos especializados.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-15, 2015).

El Testigo de Refutación, tampoco podría decir nada sobre los hechos, lo que sí tiene cabida es que declara en relación a la veracidad de la versión de un testigo directo, con el objeto de desvalorar su testimonio, o de un testigo experto o perito en cuanto a la forma como obtuvo la apreciación aplicando el conocimiento científico al hecho o al medio de prueba, según corresponda.

Necesidad de ser experto en una ciencia, técnica o arte

El testigo técnico, debe tener conocimientos científicos, técnicos o artísticos, de no tenerlos o de tenerlos para una ciencia que nada tiene que ver los hechos (un testigo técnico de profesión médico en relación con una estafa) su testimonio podría caber como Testigo Común.

El Testigo Perito, debe ser experto en la ciencia, técnica o arte sobre la que depone, en eso radica la validez de su testimonio. No podría ser perito una persona que tenga un conocimiento común sobre la evidencia analizada.

El Testigo de Refutación, puede ser o no técnico, científico o especializado en un arte. Para refutar un testigo directo común podría ser un Testigo de Refutación común, o para refutar un Testigo Perito debe ser un Testigo de Refutación experto en la respectiva ciencia, arte, técnica u oficio.

La pertinencia en relación a las diversas clases de testigos

A manera de conclusión se puede señalar como la diferencia entre las diversas clases de testigos exige a la parte advertir una pertinencia adecuada al solicitar al juzgador la comparecencia del testigo en la práctica probatoria, de tal forma que se tenga claridad sobre lo que se quiere llevar al conocimiento específico del juez y de las partes.

Toda vez que dentro de la estrategia del caso es necesario conocer con anterioridad la utilidad del testigo para la finalidad que se pretende “*Y ello es así, por la potísima razón de que las pruebas se decretan sin que se pueda conocer a ciencia cierta lo que será su contenido, sino basándose únicamente en la justificación que ofrezca la parte interesada en la respectiva solicitud probatoria.*”, quedando el juez facultado para que en su práctica probatoria compruebe los hechos

o circunstancias que busca demostrar, con las razones esgrimidas cuando se pidió su admisión (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 36784 (17-09-12), 2012)²⁸.

Entonces el debate de la pertinencia debe reducirse “*al análisis de la relación de los medios de prueba con el tema de prueba, esto es, con los hechos que deben probarse en cada caso en particular.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado AP5785-2015(46153) del 30-09-15, 2015). En caso de que la finalidad quiera ser modificada el sujeto que lo solicitó podría advertirlo dentro del interrogatorio del testigo o la contraparte igual pudiera objetar la pregunta o la respuesta por la impertinencia del mismo respecto a la finalidad del testigo.

La regla de pertinencia debe ser observada en el desarrollo del juicio especialmente para evitar una amplitud inadecuada de los medios probatorios, pues de hacerlo ampliaría el espectro de conocimiento del juez más allá de lo esperado por la parte y la contraparte. Sin embargo, si en la comparecencia del testigo se advierten temas “vecinos” que sean de utilidad para establecer los hechos, bien podría el juzgador permitir ampliar la pertinencia a aspectos no previstos de acuerdo a la necesidad del juicio de responsabilidad.

La pertinencia del testigo no debería ser un límite para escucharlo, sino una de las vías para apreciar el testimonio, sin que necesariamente sea la única, pues el escenario de la práctica probatoria se convierte en el momento adecuado para generar el conocimiento, con anterioridad la parte puede haber advertido una o varias de las consecuencias del testimonio y de allí fijar la pertinencia, pero es en la dialéctica de las partes e intervinientes donde se generara un verdadero conocimiento que sirva para adoptar la decisión que corresponda²⁹.

Otros dos conceptos que corresponde demostrar por quien solicita el medio probatorio es la conducencia que se refiere a la cuestión jurídica en relación con: “(i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba.” (DEVIS ECHANDÍA, 2002) Por esta razón a quien corresponde aducir un medio o solicitar su exclusión deberá indicar cuál es la norma que regula o prohíbe utilizar un determinado medio de prueba. Y la utilidad que refiere al aporte concreto en punto al objeto de investigación, “*en oposición a lo superfluo e intrascendente*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP Radicado 22053.

28 La pertinencia para la Sala Penal tiene relación con que “a) la evidencia física o el elemento material probatorio se refiere directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias; b) a la identidad o a la responsabilidad penal del implicado; c) cuando solo sirve para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionadas o se refiere a la credibilidad de un testigo.” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado AP2197-2016(43921) del 13-04-2016).

29 Como director del proceso y garante de las condiciones de validez de la prueba, el juez debe facilitar y procurar que el proceso cumpla con uno de sus fines supremos: “*la aproximación racional a la verdad*”, mediante la fundamentación de las solicitudes probatorias, sin que pueda negarlas cuando no se ha precisado cada una de las condiciones de conducencia, pertinencia y utilidad. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP3299-2014. Radicado 43.554. 18-06-2014)

17-03-09, 2009). Aspecto que fue consagrado en el artículo 376 en cuanto indica que serán admisibles las pruebas pertinentes, excepto *las que puedan generar confusión en lugar de mayor claridad al asunto, exhiban escaso valor probatorio o sean injustamente dilatorias del procedimiento.*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado AP5785-2015(46153) del 30-09-2015).

Por lo tanto, la pertinencia de un testigo experto será la que hace relación a su conocimiento de los hechos mediante los sentidos (como testigo directo), la especialidad del declarante, la razón de su conocimiento técnico o científico –esto es, si fue adquirido en razón de capacitación acreditada mediante título profesional legalmente obtenido o por su reconocido entendimiento en la materia– y del contenido de su deposición. De tal forma que al inicio de su declaración puedan ser acreditadas sus condiciones profesionales, académicas, artísticas y de toda índole.

A modo de ejemplo la pertinencia del médico que presenció una agresión física contra una persona podría ser sobre si *“la magnitud de la embestida sería suficiente para causar la muerte al ofendido – para acreditar el aspecto subjetivo del delito de tentativa de homicidio –”,* sin que puede ser citado para explicar *“situaciones médicas generales no relacionadas con ese caso concreto”* (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-2015).

No sería pertinente como testigo experto un especialista en armas que observe un accidente de tráfico, o el médico que sea testigo de un lavado de activos, por lo tanto es necesario (i) el conocimiento experto o específico del testigo, (ii) la concurrencia directa de los sentidos del experto con los hechos, (iii) la solicitud del testigo como experto en la audiencia preparatoria o concentrada, (iv) la acreditación del testigo experto al inicio de su declaración³⁰ (v) la utilización de la finalidad, sin que pueda (vi) indagársele más allá de lo constatado en el hecho en concreto, no es necesario (vii) presentar un dictamen pericial, sin que sea inadmisibile pues si lo realiza y quiere ser usado en juicio deberá (viii) descubrirlo en la acusación, preparatoria o concentrada o dentro de los cinco días antes del inicio del juicio.

La pertinencia de un Testigo Perito hace relación a que la solicitud de práctica se realice en virtud del análisis que este ejecutó sobre el medio probatorio mediante su conocimiento científico. La prueba puede ser la víctima, un testigo, una evidencia física o cualquier otro conducente, como el médico que estudia las lesiones de la víctima de un accidente de tráfico, el psicólogo que realiza un análisis de la víctima, el curador de arte con el cuadro sobre el que se duda su autenticidad o el balístico que realice un análisis de un arma de fuego. Por lo tanto, la pertinencia consiste en la posibilidad de que el experto haya tenido contacto con el medio de conocimiento a través de su científicidad.

30 En la acreditación del testigo perito, o experto o de refutación con conocimiento especializado puede realizarse mediante evidencia física o cualquier otro medio conducente que conduzca *“a la credibilidad”* del perito. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado AP5785-2015(46153) del 30-09-2015)

No es un Testigo Perito un experto que teniendo el conocimiento específico no tenga contacto con el medio probatorio, como el psicólogo que no tiene contacto en consulta forense con la víctima, o el balístico que no tiene a su disposición el arma de fuego con el que presumiblemente se realizó el disparo, por lo tanto las condiciones para serlo pasan por: (i) tener un conocimiento científico, artístico o profesional sobre un tema determinado de aplicación forense, (ii) aplicar este conocimiento sobre un medio de prueba, (iii) emitir un dictamen pericial por escrito con la técnicas utilizada y las conclusiones (iv) ser solicitado en la audiencia preparatoria como Testigo Perito, (v) descubrir la base de opinión pericial por lo menos con cinco días de anterioridad a la realización del juicio oral y (vi) comparecer a la audiencia de juicio oral para sustentar el dictamen pericial, en este caso podría ampliar su declaración sobre temas generales de su técnica, profesión u oficio.

La pertinencia del Testigo de Refutación corresponde a la relación del mismo con un hecho tangencial, indirecto o ajeno a los hechos de lo que va a mencionar (en preparatoria o concentrada) o mencionó un testigo (en juicio oral), por lo tanto podría aducirse del experto que considera inadecuada la técnica, metodología o protocolo utilizado por el perito para valorar el medio probatorio (la lesión por parte del médico, el arma por parte del balístico, la huella de frenada por el físico, la declaración por parte del psicólogo (etc...)). Del testigo que observó al “testigo de los hechos” en la misma hora de ocurrencia del suceso en otro lugar diferente al que afirma. O del medio probatorio que descartaría la existencia de otro, como en el caso de que un “testigo” que conozca el bien hurtado a la “víctima” comparezca para afirmar que el elemento asegurado mediante cadena de custodia no corresponde al que la “víctima” poseía. En estos casos no estaría indicando la responsabilidad o no del acusado del hurto, solo estaría en contradicción con lo indicado por el testigo directo de los hechos, o el testigo experto o perito.

Por lo tanto, no sería un Testigo de Refutación aquel que tenga relación con los hechos o con un medio de conocimiento de responsabilidad, tampoco quien haga referencia a un hecho relacionado con la tipicidad, antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del sujeto. Las condiciones para considerarse como de refutación serían (i) que tenga conocimiento mediante los sentidos o por su experticia de la mención errónea o equivocada de uno de los testigos, (ii) que sea solicitado en audiencia preparatoria o concentrada, (iii) o si la contradicción surge en el juicio oral que sea solicitado inmediatamente a la percepción de la misma, (iv) en caso de que tenga un conocimiento especial sea acreditado al inicio de su declaración, (v) que en su declaración solo refiere la contradicción con el testigo, sin hacer mención a otra clase de conocimiento.

A manera de colofón

Con este breve análisis se espera que al momento en que los abogados de la fiscalía o de la defensa soliciten estos medios de prueba tengan en cuenta las diferencias entre

cada uno de ellos según corresponda, evitando equivocaciones que impidan un ejercicio adecuado del derecho de acusar o defender demeritando las garantías probatorias.

Las garantías que se podrían desconocer al errar las solicitudes probatorias de los testigos relacionados en este artículo pueden ser la inadmisión del medio probatorio al citar a un testigo experto cuando se trata de un Testigo Perito, o a uno de refutación cuando se trata de un testigo directo. El rol del juez y la imposibilidad de decretar pruebas de oficio lo limitan a indicar la pertinencia o no del medio, de acuerdo a lo solicitado por la parte, sin que sea exigible que este llegue a interpretar el querer no explícito de la parte, para darle sentido a la solicitud indicando la forma como él la admite.

Si el juez “ayuda” a una de las partes admitiendo un medio probatorio erradamente citado, por ejemplo, indicando que a pesar que la *defensa solicitó al perito como testigo experto, en realidad se trata de un Testigo de Refutación*, esta posición puede ser asumida como una parcialización que no le corresponde del juzgador. Esto equivaldría a admitir un testimonio sobre el que la parte ha omitido indicar la pertinencia o la utilidad, lo que corresponde a un conocimiento privado del juez o una suposición probatoria inadmisibles en un proceso de partes.

La conducencia del medio probatorio es una aplicación jurídica, que comporta apreciar el medio de prueba especialmente con el artículo 382 de tal forma que sea un medio legalmente admisible. La utilidad del medio probatorio es un sentido práctico hacia el que se conduce el medio, sin embargo, el nombre del medio –que corresponde a la pertinencia– vincula a las partes e intervinientes, siendo exigible advertir la impertinencia del medio con la solicitud de inadmisión.

En caso de omitirse la solicitud de inadmisión en la audiencia preparatoria o concentrada, una vez ordenada por el juzgador solo cabe la práctica de la misma en la forma como fue admitida, es decir si se citó al testigo como perito, pero el mismo obra como de refutación la parte contraria podría advertir que se le está sorprendiendo pues ella venía preparada para un Testigo Perito y no uno de refutación, por lo tanto, podría oponerse a la práctica del testimonio. Pero si en esta ocasión tampoco lo advierte u omite hacerlo será en el alegato final cuando advierta como lo realmente querido por la parte era un Testigo de Refutación y no un Testigo Perito, haciendo ver al juzgador la debilidad, la afectación de la teoría del caso de la contraparte, y la correspondiente vulneración del derecho que corresponde a la víctima o al procesado.

En la incorporación del medio de prueba el juez y las partes deben “*establecer si el juicio de pertinencia realizado al momento de autorizar el medio de convicción, corresponde efectivamente con el tema de la prueba (hecho que es necesario acreditar)*” (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 36784 (17-09-12), 2012), y en la sentencia deberá advertir lo realmente acontecido en la práctica probatoria observando –en caso de ser necesario– la concordancia de lo prometido por la parte y lo realmente probado, sopesando el desempeño de las partes con la verdad que le corresponde apreciar.

En relación al límite en la declaración del testigo, la parte que solicita el testimonio debe precisar la pertinencia que corresponde según el testigo de que se trate, de tal forma que asegure con anterioridad a la declaración lo que se debe esperar del testigo y el “*para que*” asistirá a la práctica probatoria, es decir la utilidad. Y aun cuando la pertinencia es básica para la apreciación del testimonio como un motivo para aceptarlo, no se puede constituir en una limitación absoluta para la declaración del testigo, pues el mismo podría precisar detalles de su declaración³¹ o ampliar temas puntuales relacionados con lo declarado.

El testigo experto y el Testigo Perito, bien podrían ser citados como testigos comunes³² de fiscalía o defensa, pues ambas partes podrían tener temas diferentes con cada testigo y en un caso dado hacerles preguntas directas en el interrogatorio, porque tienen conocimiento sobre los hechos discutidos en audiencia. En el supuesto de los testigos de refutación esta opción parecería no darse en la medida en que el testigo no trata un tema relacionado con los hechos, sino un tema ajeno, por lo tanto, el testimonio de refutación directo solo sería aplicable para la parte que lo cita, y la contraparte podría realizar el contra interrogatorio.

31 La Sala Penal ha precisado la necesidad de precisar los hechos en cuanto al hora, tiempo y lugar en que ocurrieron los mismos, por lo que es preciso que el testigo dentro del relato de la víctima o del testigo pueda resaltar estas circunstancias de forma adecuada, por cuanto los hechos no pueden ser genéricos. En un caso del abuso sexual se criticó el acervo probatorio consistente en la denuncia de la comisaría de familia del I.C.B.F. sobre la comisión de los delitos de abuso y violencia sexual cometidos por el padre de tres menores, sin aducir los elementos fácticos que pudieran servir de prueba para la comisión de los hechos. La calificación jurídica de la denuncia sirvió de base para la imputación y hasta para la condena, sin detenerse a la apreciación fáctica que no fue individualizada para cada víctima y cada hecho en específico. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. SP16913-2016. Radicado N° 48200 del 23-11-2016).

32 En caso de testigos comunes la Sala Penal ha instado para que en la medida de las posibilidades y sin crear confusión en el juzgador se practique la prueba de forma inmediata cuando comparece el testigo, como cuando alguna de las partes renuncie a la práctica del testigo común. “*¡Lo recomendable es ser cauto y asegurar la evidencia!*”, para de esta manera avanzar de forma idónea en el debate probatorio y evitar la pérdida del medio probatorio. Más aún cuando se trata de testimonios de personas que requieren de todo un despliegue operativo para que estén disponibles en la audiencia (testigos frágiles, volubles, timoratos, amenazados, personas que difícilmente puedan presentarse por diferentes razones, personas bajo el influjo de circunstancias que permitan intuir contingencias futuras que afecten la imparcialidad del dicho, etc.), de peritos de medicina legal o de otra entidad cuyo tiempo es preciado por el sistema penal. En este evento la Sala Penal señala que es importante requerir “*a la otra parte para saber si persiste en la práctica del medio*” y practicar la prueba de forma inmediata. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 26411 del 08-11-2007)

BIBLIOGRAFIA

CORTE DEL ESTADO DE YAP (caso tate of Yap v. Chon, Yap St. (1998)),
caso tate of Yap v. Chon, Yap St. 1998

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia radicación
14043 de 7 de marzo de 2002, radicación 14043

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia radicación 14043 (07-03-02),
radicación 14043

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 26411 del 08-11-07, Radicado
26411

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 26128 (11-04-07),
Radicado 26128

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 26128 (11-04-07),
Radicado 26128

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 30214

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 30214 (17-09-08),
Radicado 30214

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia 27.195 (19-08-09), 27195

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP Radicado 22053. 17-03-09, AP Radicado
22053

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 31795 del 16-09-09, Radicado
31795

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal Radicado 30355 del 15-07-09,
Sala Penal Radicado 30355

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, radicación 29640 (16-09-09),
radicación 29640

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Radicado 31795 del 16-09-09,
Radicado 31795

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Sección Cuarta. Caso A.S. contra Finlandia (nº 40156/07, apartado 56, de 28 de septiembre de 2010), 40156/07, apartado 56 (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Sección Cuarta. Caso A.S. contra Finlandia (nº 40156/07, apartado 56, de 28 de septiembre de 2010) 28 de septiembre de 2010).

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN. Sentencia de segunda instancia. Radicado 050016000207200900214, del 10 de marzo de 2011, Radicado 050016000207200900214

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 36784 (17-09-12), Radicado 36784

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP1282-2014. Radicación N° 41741 17-03-14, AP1282-2014. Radicación N° 41741

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP3299-2014. Radicado 43.554. 18-06-14, AP3299-2014. Radicado 43.554

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP3455-2014 Radicado 43303 (25-06-14), AP3455-2014 Radicado 43303

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP43554 18-06-14, SP43554

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sección 1ª, Sentencia 632/2014 de 14 de octubre, Sentencia 632/2014

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SP14844-2015(44056) del 28-10-15, SP14844-2015(44056)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP2020-2015 (Radicado 45711) del 22-04-15, AP2020-2015 (Radicado 45711)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado AP5785-2015(46153) del 30-09-15, Radicado AP5785-2015(46153)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal AP2020-2015. Radicado 45711 del 22-04-15, AP2020-2015. Radicado 45711

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SP14844-2015(44056) del 28-10-15, SP14844-2015(44056)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado AP2197-2016(43921) del 13-04-16, Radicado AP2197-2016(43921)

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto. AP4812-2016. Radicado N° 47469. 27-07-16, AP4812-2016. Radicado N° 47469.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. SP16913-2016. Radicado N° 48200 del 23-11-16), SP16913-2016. Radicado N° 48200
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. AP4787-2014(43749), AP4787-2014 (43749) (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA).
- DE CASTRO, A. (2009). *La prueba de refutación*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- DECASTRO GONZÁLEZ, A. (2008). La impugnación de la credibilidad de testigos en el sistema penal acusatorio. *Opinión Jurídica*, vol. 7, no. 13.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. (2015). *Estudio sobre La escucha del menor, víctima o testigo*. Madrid: Defensor del Pueblo.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2005). *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- DEFENSORÍA, D. P. (2008). *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano. Módulo IV para defensores Públicos*. Colombia: Defensoría del Pueblo.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Editorial Temis.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trota.
- J., H. (1991). Was heisst Universalpragmatik? En S. BELARDINELLI, *La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas*. Anuario Filosófico.
- LICONA VÁZQUEZ, R. C. (2012). La Deficiente Regulación de la Prueba de Refutación en los Nuevos Procedimientos Penales Acusatorios en México. En *Derecho en Libertad. Reforma Penal, Año 4. Núm. 8*. México: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad Libre de Derecho de.
- TARUFFO, M. (Volumen XXI). ¿Verdad Negociada? *Revista de Derecho No. 129*.
- VILLEGAS ARANGO, A. (2008). *El juicio oral en el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación. Escuela de estudios e investigaciones criminalísticas y ciencias forenses.

