Módulo IV para Defensores Públicos

La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano

USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA
Colombia

DEFENSORÍA DEL PUEBLO
COLOMBIA

Módulo IV para Defensores Públicos

La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano

DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Dirección Nacional de Defensoría Pública

VOLMAR PEREZ ORTIZ
Defensor del Pueblo

JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA
Directora Nacional de Defensoría Pública

Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, PFYAJ
Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID)

Documento elaborado por CHECCHI AND COMPANY CONSULTING COLOMBIA bajo contrato institucional con USAID
No. 514-c-00-01-00113-00

Ian Rose, Director PFYAJ

Grupo de consultores que lo desarrollaron:
César Reyes Medina Coordinación y redacción
Cesar Augusto Solanilla -Redacción-

Revisión
Michael McCullough, Subdirector PFYAJ

Diagramación
Carlos A. Gómez R.

Presentación

Como parte de la capacitación de cada uno de los operadores judiciales que participan en la puesta en funcionamiento del Sistema Acusatorio colombiano que empezó a regir el pasado primero de enero de 2005, la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio, el Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), y la Defensoría del Pueblo han diseñado un **Módulo de pruebas para Defensores Públicos** que, integrando aquellos que orientan la intervención de los demás operadores judiciales, contenga un catálogo mínimo de actividades que sirvan al defensor en el cometido de cumplir cabalmente su nuevo rol en la etapa de investigación y juzgamiento que es, fundamentalmente, diferente a la estructura del proceso penal inquisitivo.

La arquitectura de este nuevo modelo de enjuiciamiento penal supone que cada uno de sus operadores tenga presente que, sin el conocimiento de los principios básicos, y las particularidades que caracterizan su nuevo papel, difícilmente el Sistema podrá funcionar ordenadamente tanto en la observancia de las garantías constitucionales como en el rendimiento o eficiencia del Sistema que todos esperamos.

En esa orientación, el manual justamente constituye la axiología del defensor y de su intervención en el proceso penal. También diseña su marco de actuación ética y las funciones que lo definen y lo diferencian de los demás operadores y, dentro de su genérica condición de abogado, aquello que lo identifica como defensor en el campo específico del derecho penal.

Ese punto de partida sirve indiscutiblemente a la hora de crear la figura del defensor, cuya difícil pero loable tarea se desarrolla a partir de unos objetivos claramente delimitados y un elenco de derechos y deberes respecto de las demás partes del proceso.

Importante resulta también que el defensor cuente con un estatuto legal del imputado y que sea consciente que su actividad es diferente, como heterogéneas son las etapas que estructuran el nuevo proceso penal. Así, la condición de investigado, indiciado o implicado le ofrece al defensor una gama de posibilidades de actuación distintas de aquellas que puede adoptar cuando su cliente o usuario se convierte en imputado (v. gr. principio de oportunidad, negociaciones preacordadas), unas y otras son esencialmente

diferentes de aquellas que acometerá el defensor en el juicio oral propiamente dicho.

En cualquiera de los casos citados, es necesario para la optimización de la defensa contar con una comunicación fluida con su representado, desde la entrevista inicial, para ilustrarlo sobre los derechos que le asisten, entre ellos el derecho a no autoincriminarse y el derecho a un juicio oral, público, contradictorio y concentrado. De ahí la importancia para el defensor de diseñar su actividad a partir de una teoría del caso, estrategia o diagnóstico que no es privativo del juicio oral sino que resulta indispensable desde la primera audiencia preliminar en la que el defensor deba participar y, aún antes, si se trata de indiciado o implicado, de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, el presente manual instructivo para defensores constituirá una herramienta de apoyo que facilitará la tarea del defensor a partir del cumplimiento diligente de sus responsabilidades para garantizar el adecuado funcionamiento del Sistema Acusatorio.

Volmar Pérez Ortiz
Defensor del Pueblo

Índice

Capítulo 1
Principios de la prueba en el procedimiento penal colombiano

Capítulo 2
Conceptos esenciales sobre las pruebas en el sistema acusatorio

Capítulo 3
Pertinencia, autenticación y admisibilidad de la prueba

Capítulo 4
Prueba testimonial

Capítulo 5
Prueba pericial

Capítulo 6
Prueba física y prueba demostrativa

Capítulo 7
Prueba documental

Capítulo 8
Prueba de referencia

Capítulo 9
Prueba anticipada

Capítulo 10
Prueba ilícita

Capítulo 11
Descubrimiento de la prueba

Capítulo 12
Oposiciones u objeciones

Capítulo 13
Rol ético del defensor en la prueba

Capítulo 1

Principios de la prueba en el procedimiento penal colombiano

Principios de la prueba en el procedimiento penal colombiano

Los principios de la prueba establecen las bases rectoras y orientadoras del debate adversarial en el nuevo procedimiento penal colombiano. De su contenido y alcance definidos constitucional y legalmente depende la satisfacción plena de las garantías del defendido y la realización del derecho sustancial.

Este conjunto de prescripciones jurídicas esenciales[1] enmarca las facultades y derechos de todos los intervinientes en el proceso penal, y especialmente determina el ejercicio del derecho fundamental a una defensa técnica y material en un Estado social de derecho.

A continuación se enuncian y explican los principios que atienden al derecho penal probatorio en el nuevo sistema:

1. Principio de presunción de inocencia

Esta garantía fundamental consiste en que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no quede en firme una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal (Arts 29 constitucional y 7 del CPP).

Así el indiciado, imputado o acusado no puede ser tratado como culpable hasta tanto no exista una decisión en firme, ni está obligado a declarar, ni ser él, quien deba probar su inocencia. Como lo sintetiza el Tribunal Constitucional Español la presunción de inocencia es el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas.[2]

La carga de la prueba está en cabeza de la Fiscalía, que debe con una actividad probatoria de cargo desvirtuar la presunción de inocencia, comprobando la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda.

La defensa en cambio no está obligada a presentar prueba de descargo o contraprueba, ni a intervenir activamente en el juicio oral (arts 7 y 125# 8 del CPP). Sin embargo si la defensa decide utilizar la facultad de presentar prueba de descargo o contraprueba bien sea sobre los elementos del delito en discusión, sobre la responsabilidad del defendido o sobre su carácter o hábito, está sujeta a los mecanismos de controversia y confrontación y abre la ventana para que la Fiscalía no solo utilice el contra interrogatorio y la impugnación de testigos sino que presente evidencia frente a los hechos que la defensa pretende probar. Por lo tanto es una herramienta que debe ser sopesada entre el valor probatorio para la teoría del caso y la fuerza del contradictorio que pueda exhibir el acusador.

1. El derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse

Como manifestación del derecho fundamental de defensa y del principio de inocencia, el indiciado, imputado o acusado tiene el derecho constitucional (Art 33) de no ser obligado a declarar, no auto incriminarse o declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente

[1] Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.
[2] STC 111/1999, citada por Manuel Jaén Vallejo en: La Prueba en el proceso penal. Ad-Hoc. Buenos Aires. Marzo 2002.

o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y de no ser utilizado el silencio en su contra.

El defendido está obligado a comparecer, cuantas veces sea citado o conducido por orden judicial, pero esto no significa que deba declarar ni en la etapa investigativa ni en el juicio. Como dice Montero Aroca, lo que surge es un derecho al silencio, que no es sino una manifestación de la presunción de inocencia, que implica que en el proceso penal *no sólo no puede imponerse al acusado carga alguna relativa a su declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio*.[3]

Surgen de este derecho dos privilegios:

1. El del indiciado, imputado o acusado a no declarar (art 8 lit a),b) y c)CPP) y como dice Chiesa, es un derecho sencillo y categórico del acusado que no puede ser llamado ni siquiera a decharar[4] y

1. El de todo testigo a no auto incriminarse o incriminar a su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad (Art 385 CPP). Constituye una garantía contra el testimonio incriminatorio compelido, como derecho personalisimo y como amparo al núcleo familiar más cercano.

Los privilegios como garantías constitucionales están presentes desde que exista la indagación o investigación, cuando se conducen las entrevistas e interrogatorios por la Policía Judicial y la Fiscalía (Arts 205, 206 y 282 CPP), deben ser informados al capturado en el momento de su detención (Art. 303 #3CPP), y aún ponerse de presente al acusado por el juez al darse inicio al juicio oral (Art 367 CPP).

<u>¿Qué no involucra el derecho fundamental a no declarar y auto incriminarse?</u>

No son parte del derecho a no auto incriminarse, y por lo tanto constituyen medio de prueba:

1. La inspección corporal (Art. 247 CPP), ordenar el fiscal directamente.
1. El registro personal (art. 248 CPP) ordenado por el fiscal.
1. La obtención de muestras que involucren al imputado como examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas (Art 249 CPP). Esta diligencia requiere autorización previa del juez de garantía, cuando no exista el consentimiento del afectado.
1. Los documentos con contenido incriminatorio (arts 424 y 426 CPP).

La ley ha querido facilitar la obtención de evidencia física aun cuando el propio procesado es objeto de prueba, y aun en contra de su consentimiento. Lo que se protege constitucionalmente es el derecho a no declarar a no dar su versión de los hechos, es decir el testimonio, no los demás medios de prueba. Sin embargo la defensa que siempre debe estar presente al decretarse y practicarse las pruebas, debe preservar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la intimidad de su defendido.

<u>¿Qué sucede si el acusado renuncia a su derecho a no auto incriminarse y luego decide no declarar?</u>

Varios eventos se pueden presentar.

Chiesa[5] trae como ejemplo el del acusado que como producto de preacuerdos o alegaciones con la Fiscalía se compromete a declarar sobre unos hechos delictivos y luego se niega a declarar invocando el privilegio. Lo que procede es dejar sin efectos la alegación

[3] MONTERO AROCA, Juan. Op, cit. pg 157.
[4] CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I. Publicaciones JTS. P 208.
[5] CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo I. Publicaciones JTS. P 208.

preacordada y procesarlo por el delito correspondiente, pero no obligarlo a testificar so pena de desacato.

Algo similar sucede si en la audiencia preparatoria la defensa enuncia que el acusado declarará en el juicio oral y al abrirse el juicio, este invoca el privilegio de permanecer en silencio y no declara. ¿Debe ser el acusado compelido a declarar so pena de arresto (Art 384 CPP) o prima la garantía constitucional de no auto incriminación?

Consideramos que la garantía constitucional prima antes que se produzca la declaración, ya que es una facultad íntima y exclusiva del acusado como parte de su derecho de defensa. Además el artículo 367 obliga al juez a reiterar este privilegio al momento de iniciarse el juicio oral, y permite el silencio del acusado sobre los hechos y sobre su declaratoria de inocencia o culpabilidad.

Distinto es el caso cuando el acusado ha renunciado al derecho a permanecer callado y rinde su testimonio mediante interrogatorio y en el momento de darse al fiscal la palabra para contrainterrogar, invoca el privilegio de no auto incriminación.
Consideramos que si ha renunciado al derecho y ha manifestado su versión de los hechos, le asiste el deber de contestar las preguntas vertidas en el contra interrogatorio en aras de proteger el fin fundamental del proceso de obtener la verdad y de garantizar la igualdad de las partes en el debate.

1. Principio de legalidad

La actividad probatoria, como ejercicio de la función jurisdiccional, implica la sumisión al ordenamiento jurídico, que afecta y condiciona su procedencia y eficacia[6]. Entendiendo el ordenamiento jurídico como sistema que parte de la Constitución Política (Art. 4 constitucional), e integra los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad (Art 93 constitucional 3 y 276 CPP), a más de las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan el derecho procesal.

Este sometimiento a la legalidad implica la satisfacción del derecho fundamental al debido proceso (Art.29 constitucional) para el defendido con sus garantías de:

- Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, e imparcial (art 8 lit k).
- Solicitar, conocer y controvertir las pruebas (Art 8 lit j).
- Obtener el control de la legalidad formal y material de los actos de investigación y los actos de prueba. (Arts 2, 14, 66,84,114#3,154#1 y 7, 237,239,240,242 a 245, 249,297,298,302 y 327).
- Solicitar la exclusión, el rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba por ilegales, inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos que no los requieren (Arts 359 y 360 CPP).

El principio de legalidad determina además la interpretación normativa, otorgando prevalencia a los principios rectores y garantías procesales (Titulo Preliminar) sobre el resto del ordenamiento normativo (Art. 25 CPP), y limitando el alcance de las normas que restringen o establecen excepciones a aquellas. Así por ejemplo *la prueba de referencia,* es una excepción a los principios de concentración e inmediación probatoria en el juicio oral, y el propio código la consagra como de admisión excepcional (Arts, 379 y438 CPP). Lo mismo se puede afirmar de la *prueba anticipada* al juicio oral, solamente practicable en casos de extrema necesidad y urgencia, o para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio (Art 274).

La legalidad también es ordenadora de la actividad procesal para los servidores públicos junto con la necesidad, ponderación, y la corrección en el comportamiento. (Art 6 constitucional y 27 del CPP).

[6] FLORS MATIES, José. Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las carreras judicial y fiscal. Temas 1 a 31. Editorial Tirant lo Blanch. 2003. Pag 439.

El principio de legalidad constituye asimismo un criterio para la valoración probatoria, que aunque es descrito únicamente para los elementos materiales probatorios y evidencia física (art 276 CPP), es perfectamente aplicable a todos los medios de conocimiento.

1. Principio de libertad probatoria

Permite que la prueba de los hechos se realice tanto por los medios de prueba desarrollados por el Código de Procedimiento Penal como por cualquier otro técnico o científico que no vulnere los derechos humanos.

Este principio abre la posibilidad a la innovación en la prueba técnico-científica con criterios para su admisibilidad y conducencia desarrollados en el Código que no amenacen o lesionen las garantías esenciales.

1. Principio de contradicción

Como desarrollo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y de tutela judicial efectiva, este principio conlleva un doble derecho:

a. El derecho a conocer de todos los actos de investigación y de prueba, y
a. El derecho a controvertirlos interviniendo desde su formación. (Arts 15, 125#4 y 378 CPP).

El primer derecho se materializa para la defensa al estar informado y recibir de parte de la Fiscalía General de la Nación **todos** los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al defendido (arts 15, 125#3, 344 y ss CPP). El contenido esencial de ese derecho se encuentra como señala Montero Aroca[7]*"en que cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión".*

Por lo tanto no caben resúmenes de los actos de investigación, ni transcripciones parciales de las grabaciones, ni entrevistas o declaraciones mutiladas o parciales. La defensa como señala el artículo 15 debe tener conocimiento pleno e íntegro de los actos de investigación y los actos de prueba. Este derecho no se manifiesta únicamente desde el descubrimiento de la prueba que se da en la audiencia de formulación de acusación (344), sino desde las audiencias preliminares donde se pretenda restringir los derechos fundamentales del indiciado o imputado como en la audiencia de control de legalidad de la captura (297) inciso 2), o en la audiencia de solicitud de medidas de aseguramiento (288 #2 y 08). La omisión del descubrimiento, o el descubrimiento parcial y amañado vulnera tanto el principio de contradicción como el de igualdad de armas, a parte de constituir una conducta antiética contraria a la lealtad procesal.

El segundo derecho se manifiesta con la facultad de confrontación (Art 378 CPP) cuyas principales manifestación son:

- El contra interrogatorio (Art. 125 y 393 CPP), que puede involucrar la impugnación de testigos (Art 403 CPP).
- Las oposiciones u objeciones a la admisibilidad de pruebas, a la declaración inicial, al interrogatorio y contra interrogatorio, y a los alegatos de conclusión.
- El derecho a solicitar u ofrecer pruebas de refutación (Art. 362 CPP), y
- El ejercicio del derecho de impugnación cuando se inadmitan, excluyan o rechacen pruebas (Arts 359 y 363 CPP).

[7] MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch alternativa. Valencia 1997. P 143.

1. Principio de inmediación

La inmediación es el contacto directo del juez con las demás personas que intervienen en el proceso, especialmente con los testigos. Como señala Muñoz Conde, *si no se cumple con ésta exigencia, antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria, y por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal.*[8]

El principio de inmediación establece que únicamente se estima como prueba la que reúne dos requisitos (Arts 16 y 379):

- Haber sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción en el juicio, y
- Ante el juez de conocimiento.

En el procedimiento mixto vigente hasta diciembre de 2004, la prueba se practicaba en el sumario, a espaldas de la defensa, y conservaba según la jurisprudencia de la Corte su pleno valor por el principio de permanencia.

Con el nuevo sistema la prueba solo se produce en el juicio oral. Antes no existe prueba sino actos de investigación que deben ser presentados y controvertidos públicamente en audiencia para que adquieran la categoría de prueba. La ley prohíbe además comisionar la práctica de pruebas, con el fin de asegurar la presencia del juez de conocimiento en ellas.

La inmediación trae dos excepciones en el nuevo Código de Procedimiento Penal, que se explican en capítulos siguientes:

- La prueba anticipada (Art. 16 y 284 CPP).
- La prueba de referencia (Art. 379 y 437 CPP).

1. Principio de concentración

La necesidad de que la prueba se forme ante el juez, y el mismo juez, obliga a que la actuación se concentre en una sola etapa. En ella debe recaer toda la actividad procesal destinada a producir decisiones jurisdiccionales.

La ley procesal impone que en la actuación penal la práctica de pruebas y el debate argumentativo se realicen de manera continua y preferentemente en un mismo día. (Art 17 y 454 CPP). Esto tanto para jueces de control de garantías como para jueces de conocimiento (Art 157CPP).

Sólo cuando circunstancias sobrevinientes de manifiesta gravedad impidan la continuidad de las audiencias, y no exista alternativa alguna para su realización podrá el juez suspenderlas hasta que cese la gravedad.

1. Doble instancia

Como garantía al derecho a solicitar y controvertir las pruebas en el proceso, los autos y sentencias que determinen sobre la admisibilidad de las pruebas y afecten la práctica de las mismas son susceptibles del recurso de apelación (Art 31 constitucional y 20, 146#4,176,177,363 y 457 CPP).

[8] MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi. 2ª edición. Noviembre 2003. p 57.

Como el fundamento del recurso en la mayoría de los casos se presenta en audiencia, es indispensable que la defensa se percate que los hechos y decisiones que sirven de sustento a la apelación fueron debidamente registrados en la audiencia v.gr. oposiciones, negación o exclusión de prueba. El registro es el fundamento de un recurso de apelación exitoso.

Ejercicio sobre los principios de la prueba en el procedimiento penal colombiano

El juez de conocimiento en la audiencia preparatoria dentro del proceso en el que se acusa a su defendido por tenencia de estupefacientes decide decretar una prueba de oficio.

El juez interpreta la Constitución Política, art 29, 116 y 228, y determina aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 361 de la ley 906 de 2004. Su argumento es que la función jurisdiccional es plena e independiente y tiene como finalidad la obtención de la verdad, por ello el juez no puede tener la limitación de no decretar pruebas que contribuyen a este fin esencial.

La prueba decretada es un nuevo dictamen sobre la sustancia, que por rompimiento de la cadena de custodia no pudo ser admitida válidamente como evidencia. El juez invocando la prevalencia del derecho sustancial (228 constitucional), decreta nuevamente la prueba.

1. Con fundamento en los principios y garantías esenciales del proceso y la prueba en el nuevo sistema ¿Usted como Defensor qué haría?

Capítulo 2

Conceptos esenciales sobre las pruebas en el sistema acusatorio

Conceptos esenciales sobre pruebas

El nuevo sistema penal acusatorio trae consigo un nuevo lenguaje en materia de procedimiento y pruebas. A lo largo del módulo se explican el contenido y alcance de algunos conceptos. El siguiente es un vocabulario básico sobre el nuevo sistema probatorio.

{Evidencia} : Es lo que tiende a probar la existencia o no existencia de algún hecho.

{*Evidencia Pertinente o Relevante}:* Es la que se refiere directa o indirectamente a los hechos y circunstancias motivo del proceso penal, haciéndolos más o menos probables (375).

{*Evidencia Directa}:* Es la evidencia de la cual el juzgador capta inmediatamente su valor probatorio.

{*Evidencia Indirecta o Circunstancial- Indicio}:* Es la que requiere de un proceso inferencial a partir de otra evidencia y de los principios inferenciales naturales, lógicos, del sentido común o experiencia ordinaria, para demostrarse.

{*Evidencia material, real o elemento material probatorio}:* Evidencia física o real y elementos materiales probatorios son los objetos tangibles que están directamente vinculados con la controversia del caso[9]. Son los productos o instrumentos del delito que deben ser presentados en el juicio oral (275).

{*Evidencia Demostrativa}:* Es la evidencia que sin ser el objeto tangible, lo representa. Se utiliza para ilustrar, clarificar, o explicar otro testimonio, peritaje o evidencia material (423).

{*Descubrimiento de Evidencia}:* Es el acto mediante el cual las partes descubren a su oponente la evidencia que llevarán al debate oral (344 y 356).

{*Ofrecimiento de prueba}:* Es la solicitud de las partes al juez, para que decrete la práctica de sus pruebas en el juicio oral. El ofrecimiento se realiza en la audiencia preparatoria (357).

{*Pertinencia condicionada}:* Es la que depende de que se satisfaga una condición de hecho al momento de practicar la prueba. Por ejemplo la cadena de custodia (254).

{*Admisibilidad}:* Es la aceptación de la evidencia por el juez, para ser presentada en el juicio oral y controvertida (376).

{*Autenticidad}:* Es el reconocimiento de la evidencia por el testigo, como condición previa para su admisibilidad.

{Prueba}: Es la evidencia sometida a la publicidad y contradicción en el debate oral.

{*Prueba de referencia}:* Es la declaración realizada por fuera del juicio oral, destinada a probar algún elemento sustancial del juicio, y que es imposible que se practique en él. Su admisibilidad es excepcional (437).

[9] Sociedad para Asistencia Legal, Bayamón, Puerto Rico. Taller de Litigación sobre presentación de prueba e impugnación de testigos. Directores: Licenciados Israel Hernández González, Luis {

{*Prueba de referencia múltiple*}: Es la declaración de referencia que contiene partes admisibles y partes inadmisibles. La ley ordena excluir solo la parte inadmisible, salvo que su exclusión haga ininteligible la declaración, evento en el cual debe excluirse toda la declaración (439).

{*Prueba novel*}: Es la prueba pericial cuya base técnica o científica se fundamenta en teorías nuevas de conocimiento. Su admisibilidad requiere satisfacer condiciones específicas fijadas en la ley (422).

{*Prueba de refutación}:* Es la prueba que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor (362).

{*Prueba de impugnación de credibilidad}*: Es la que se ofrece con el fin exclusivo de cuestionar la credibilidad del testigo (403).

{*Prueba ilícita}:* Es la que se obtiene con violación de las garantías fundamentales del proceso. Su admisibilidad también es excepcional.

{*Prueba anticipada}:* Es la prueba que se forma antes del juicio oral, ante el juez de control de garantías, en circunstancias especialisimas.

{Carga de la prueba}: Es el deber que se impone al órgano acusador del Estado en el sistema acusatorio de obtener la prueba de responsabilidad que desestime la presunción de inocencia.

{Medios de Conocimiento}: Son los instrumentos que la ley dentro de los principios de legalidad y libertad probatoria autoriza para probar los hechos: prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, prueba de inspección, elementos materiales probatorios o evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico que no vulnere el ordenamiento jurídico (382).

El código utiliza también la expresión medios de prueba (10-359-360-378-380 y 408), con sentido igual a los medios de conocimiento.

{*Oposiciones-Objeciones}:* Las oposiciones u objeciones son el mecanismo por el cual se muestran y se resuelven los conflictos sobre la evidencia en el juicio oral.

La oposición u objeción es la solicitud que se hace al juez para que decida sobre la admisibilidad de determinada evidencia.

{*Privilegios}:* Son excepciones al deber de declarar fundadas en consideraciones de política pública. Se privilegia la confidencialidad en ciertas relaciones sobre la relevancia probatoria de la declaración (385).

{Estipulaciones}: Son los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias, sobre los cuales no haya controversia sustantiva, y que no impliquen la renuncia de derechos constitucionales (10 y 356).

{*Escrito de pasada memoria*}: Es la declaración contenida en un escrito o grabación con relación a la materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero que al momento no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria."[10]

[10] Regla de evidencia 65(E) de Puerto Rico.

Capítulo 3

Pertinencia, admisibilidad y autenticación de la prueba

Pertinencia, autenticación y admisibilidad de la prueba[11]

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral debe ser previamente fundamentada ante el juez. La fundamentación es requerida como señala Lubet[12] en interés tanto de la eficiencia como de la equidad. A fin de respetar el tiempo del juez, la evidencia no será oída a menos que primero se demuestre su relevancia y admisibilidad. La equidad además manda que el adversario tenga derecho a conocer las bases de la evidencia que se ofrece, antes de que la prueba sea practicada, para ejercer libremente el derecho a la contradicción.

En consideración al volumen de testimonios, la fundamentación es tan obvia que es muchas veces apreciada como un aspecto formal del juicio. Por ejemplo la fundamentación básica para el testigo ocular, o perceptivo, debe ser que el testigo observó eventos relevantes y tiene la capacidad de recordarlos. Esta fundamentación es típicamente establecida como una condición para presentar al testigo, virtualmente como una manera de actual o proceder. Por ejemplo:

> **PREGUNTA: ¿Dónde estaba usted al mediodía del 9 de enero de 2005?**
>
> *RESPUESTA: En la esquina de la vía España y vía Brasil.*
>
> **PREGUNTA: ¿Que vió usted?**
>
> *RESPUESTA: Un accidente automovilístico.*

Se ha demostrado que el testigo tiene conocimiento personal de los hechos relevantes. Sobre la base de esta fundamentación y la ausencia de objeciones al testigo se le permitirá describir el accidente. Por supuesto no todas las fundamentaciones son así de sencillas.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

(1) pertinencia.
(2) autenticidad.
(3) admisibilidad.

1. Pertinencia

Es la correspondencia directa o indirecta entre la evidencia ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso.

La evidencia debe pasar dos test para ser pertinente:[13]

El primero relativo a la ley sustancial impone que la evidencia se refiera directa o indirectamente a:

[11] En este capítulo seguiremos las explicaciones de Steven Lubet (Modern Trial Advocacy) y Ernesto Chiesa (Tratado de Derecho Probatorio).
[12] Lubet, Steven, Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice. National Institute for Trial Advocacy. 1993. p 262.
[13] Trial Evidence. Thomas A. Mauet y Warren D. Wolfson. Aspen Law and Business. Second Edition. P.3.

- *Los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, y*
- *A la identidad o la responsabilidad penal del acusado.*

El segundo ordenado por la lógica, la experiencia y el comportamiento humano debe tender a demostrar que los hechos controvertidos sean más o menos probables.

La relevancia de la mayoría de las evidencias es generalmente clara u obvia deducida del contexto del caso, pero ocasionalmente debe ser demostrada con el establecimiento de los hechos que la fundamentan.

La pertinencia debe ponerse de presente ante el juez de conocimiento al hacer la solicitud u ofrecimiento de prueba en la audiencia preparatoria (Art 357 CPP), a fin de que este la admita y pueda practicarse en el juicio oral.

2. Autenticidad

La autenticidad se refiere a que la evidencia ofrecida es realmente lo que el proponente demanda que es. La evidencia no será admitida hasta que previamente se muestre que ésta es una "cosa real". El juez decide cuando un ítem de evidencia ha sido suficientemente autenticado, y el criterio varía de acuerdo con la naturaleza de la evidencia involucrada.

Generalmente se piensa en la autenticación como aplicable a la evidencia física como documentos, objetos o fotografías. ¿Es este el documento que las partes firmaron? ¿Es este el vehículo que produjo el daño? ¿Muestra la fotografía justa y adecuadamente la escena del accidente? Antes de que cualquier evidencia pueda recibir fundamentación debe ser establecido que adecuadamente cumple con la petición de autenticidad del proponente.

El requerimiento de autenticidad apoya única y exclusivamente la admisibilidad de la evidencia, pero no determina *per se* su valor probatorio. El oponente puede controvertir su validez, y el juez estimar o no esta evidencia para apoyar su decisión.

El requerimiento de autenticidad sin embargo no se limita a objetos tangibles. También es propio de cierta evidencia testimonial. Por ejemplo, un testigo generalmente no puede declarar sobre una conversación telefónica sin primero establecer sus bases para el reconocimiento de la voz de la persona al otro lado de la línea. Esto es que la identidad del otro conversador debe ser autenticada.

Los artículos 267 a 272 otorgan facultades a la defensa en materia de investigación, a efectos de recolectar evidencia para apoyar su teoría del caso. Deben cumplirse las reglas de la cadena de custodia. El siguiente es un ejemplo de la presentación de un video que contiene las entrevistas realizadas por la defensa[14].

Para la presentación del video, como requisito, debe asegurase que:

a) La grabación en video debe ser relevante (375).
a) La videograbadora se probó antes de usarse y estaba en condiciones normales de operación.
a) La videograbadora es apropiada para reproducir sonido e imagen.
a) Quien manejó la videograbadora es experimentado y calificado para operarla.
a) El testigo vió y escuchó lo que se filmaba.
a) Después de realizada la grabación el testigo vió y oyó la grabación y se aseguró que se grabó adecuadamente sonido e imagen.
a) La grabación fue identificada, sellada y guardada para evitar la manipulación, y así se ha conservado para llevar al tribunal.
a) La videograbadora del juzgado pueda reproducir adecuadamente sonido e imagen.

[14] Adaptado del Taller de Litigación sobre presentación de prueba- impugnación de testigos. Lic. Israel Hernández y Luis M. Velásquez. Sociedad para Asistencia Legal Bayamón, Puerto Rico.

a) El testigo puede reconocer e identificar voces y personas del video.

Ejemplo de la autenticación y admisibilidad de un video elaborado por la Defensoría Pública

Defensa: **Testigo, ¿usted a qué se dedica?**

Testigo: *Soy investigador de la Unidad Piloto de Defensa Pública de Manizales*

Defensa: **¿Hace cuánto trabaja allí**?

Testigo: *Tres años*

Defensa: **¿Ha tomado cursos de investigación?**

Testigo: *Muchos*

Defensa: **¿Como parte de su trabajo, intervino en la investigación de este caso?**

Testigo: *Si, con el doctor Francisco Fuentes, Defensor Público.*

Defensa: **¿Y cuál fue su participación?**

Testigo: *Entrevisté testigos, tomé fotos y grabé un video.*

Defensa: **¿Qué grabación realizó y dónde?**

Testigo: *Grabé en la Plaza de la Catedral y el Hotel El Carretero.*

Defensa: **¿Cuándo grabó?**

Testigo: *El 4 de febrero de 2005.*

Defensa: **¿Probó la videograbadora antes de usarla y estaba en condición de uso normal?**

Testigo: *Si*

Defensa: **¿Y la videograbadora era capaz de reproducir imágenes y sonidos?**

Testigo: *Si*

Defensa: **¿Usted, qué experiencia tiene en grabación?**

Testigo: *Tengo 2 años de experiencia y he tomado cursos.*

Defensa: **¿Luego de tomar la grabación, usted la vió y escuchó?**

Testigo: *Si*

Defensa: **¿Usted, qué medio utilizó para conservar la grabación?**

Testigo: *La identifiqué, la embalé y la archivé.*

Defensa: **¿Para qué la guardó?**

Testigo: *Para conservarla, para asegurarme que no se editó ni manipuló.*

Defensa: **¿Puede usted identificar imagen y voces?**

Testigo: *Si*

3. Admisibilidad

El tercer requisito para aceptar la prueba es que cumpla con las condiciones de admisibilidad. La regla general es que toda evidencia pertinente es admisible (Art 376 CPP), y por lo tanto evidencia que no es pertinente no es admisible. O como resume Chiesa *"La pertinencia es condición necesaria pero no suficiente para la admisibilidad de todo medio de prueba"*.

Sin embargo, como explica Lubet, la admisibilidad específica de cada tipo de evidencia depende de sus normas particulares, que condicionan su ingreso al proceso. Por ejemplo, al solicitarse la admisión de una evidencia fundada en una de las excepciones de la prueba de referencia (art 438 CPP), es indispensable antes de admitirla, el comprobar los supuestos de hecho que se alegan: pérdida de memoria corroborada pericialmente, prueba del secuestro o desaparición forzada, de la enfermedad, etc.

Normas de exclusión:

Así aunque sea pertinente no es admisible la evidencia. El artículo 376 del CPP contempla las siguientes normas de exclusión de evidencia pertinente:

a) Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido. (literal a)

La finalidad de presentar evidencia en un proceso adversarial es causar perjuicio a la contraparte, pero se trata de un perjuicio debido, razón mismo, del proceso. El perjuicio indebido a que se hace mención es el que de alguna forma afecte la imparcialidad del juez por tener esa evidencia un valor objetivo menor al que se pretende presentar.

Chiesa trae como ejemplo la evidencia demostrativa presentada por la fiscalía de la ropa ensangrentada de la víctima de asesinato. Su presentación y autenticación no logran un gran valor probatorio sobre la culpabilidad del procesado, pero si afectan *"el potencial inflamatorio en el ánimo del juez"*. Lo mismo sucede con la presentación de fotografías del cadáver, en el cual debe determinarse si se busca un efecto ilustrativo relevante o se trata de crear un prejuicio en el juzgador.

Otro ejemplo que se presenta con el uso de los adelantos tecnológicos en la presentación de evidencia demostrativa por los peritos es la simulación por computador de las condiciones y particularidades de la comisión del delito, que son recreadas a manera de película, lo que hace la presentación bastante sugestiva e influye en la imparcialidad del juez. Su valor probatorio no compensa el perjuicio que se causa.

a) Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio. (literal b))

La probabilidad de confusión de la prueba ofrecida debe observarse frente a los hechos que se pretenden probar, frente al desgaste administrativo que implica de una prueba compleja que cause confusión y frente a la dilación del procedimiento que pueda acarrear.

Esto se presenta mucho en el campo de la prueba pericial, con los dictámenes densos y cargados de terminología científica que siembran confusión en el juzgador. En este caso deben primero cumplirse estrictamente las normas de admisibilidad de la prueba científica y precisarse exactamente el objeto de la prueba que se permite practicar. Al juez puede solicitarse la admisibilidad parcial de la evidencia frente a los puntos centrales de debate en el proceso.

La prueba que exhibe escaso valor probatorio, de otro lado, es por ejemplo la prueba superflua o acumulativa, que ni da ni quita al proceso, que es innecesaria porque ya se practicaron en el proceso suficientes pruebas para dar certeza sobre un hecho determinado.

a) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento

Como criterio de eficiencia en el proceso, el juez debe analizar si el proceso de formación y práctica de la prueba se compensa con el valor probatorio de la misma, o si su valor es inferior al tiempo que demora la práctica de ésta. Por ejemplo, la petición de la Fiscalía al juez para que otorgue más tiempo a fin de ubicar un testigo de cargo, frente al perjuicio que se ocasiona por la prolongación de la detención preventiva del acusado afectando sus derechos fundamentales, y el principio de eficiencia del proceso penal.

También es dilatoria del procedimiento la prueba superflua o acumulativa, es decir la que no agrega nada al proceso, es innecesaria porque lo que se pretende probar ya se tiene con otros medios de conocimiento. Ejemplo solicitar cinco testimonios sobre un hecho.

Otras normas de exclusión probatoria son:

a) Los privilegios excepciones constitucionales (385). Se explicarán al estudiar la prueba testimonial.

a) La prueba de referencia (437), por ser excepción al principio de inmediación. Se explicará en capítulo aparte.

a) La prueba ilícita (23 y 455). Violatoria del principio de legalidad, también se explica en capítulo independiente.

Ejercicio sobre pertinencia, admisibilidad y autenticidad

Martha Durango está acusada de suministro de droga. El coacusado Virgilio Palomeque realizó un preacuerdo con la Fiscalía, donde aceptó cargos por distribución y ahora es testigo en el juicio contra Martha Durango. La teoría del caso de la defensa es que no existió distribución y que Martha es solo un consumidor de Palomeque.

Al ser interrogado por la Fiscalía, en declaración jurada, previa al juicio, Palomeque declara que el trabajaba en conjunto con Martha en la venta de bazuco. Un detective del CTI declaró que en el allanamiento a la casa de Palomeque se encontraron residuos de la preparación del bazuco tanto en su casa como en la basura, pero que en la residencia de Martha, no se encontró nada.

Hace cinco años (2001) Martha Durango fue condenada por suministro de marihuana. Dentro de la audiencia preparatoria, el fiscal manifiesta querer utilizar este antecedente en el juicio oral.

El defensor objeta.

1. ¿Cuáles pueden ser los motivos para objetar?
2. ¿Con qué argumentos puede el defensor apoyar la oposición?
3. ¿Qué podría argumentar el Fiscal para pedir al juez que no la acepte?
4. ¿De qué otra manera podría resolverse esta situación?

Capítulo 4

La prueba testimonial

La prueba testimonial

La prueba más común e importante en el sistema probatorio es el testimonio. Con la vigencia del nuevo sistema de los principios de inmediación, contradicción y concentración, el testimonio escrito o de referencia ya no son la regla sino la excepción, precisamente por limitar el derecho de contradicción, de confrontación y el derecho fundamental de defensa.

Los requisitos de toda prueba testimonial son los siguientes:

1. Capacidad del testigo

La regla general es que toda persona está en capacidad de rendir testimonio, siempre que pueda percibir, recordar y relatar la información de la que tenga conocimiento personal, sepa distinguir entre la verdad y la mentira y comprenda el compromiso adquirido al declarar bajo juramento.

Cuando está en discusión la capacidad del testigo, es necesario practicar un interrogatorio preliminar a fin de cualificarlo. Este interrogatorio es llevado a cabo por quien ofrece la prueba o directamente por el juez. Asunto que deberá ventilarse antes de la audiencia de juicio oral durante la audiencia preparatoria.

Al testigo menor de doce años la ley lo exime de prestar juramento, y obliga que sea asistido en su declaración por su representante legal, o por un pariente mayor de edad. Su testimonio, a discreción del juez, puede practicarse fuera de la sala de audiencia (383).

1. Obligación de declarar

Toda persona está obligada a rendir testimonio, bajo juramento (383), salvo las excepciones constitucionales y legales. Esta obligación está acompañada de medidas compulsivas:

a. En caso de que el testigo se niegue a concurrir. Este será aprehendido y conducido a la sala de audiencia (384).

a. Si es renuente a declarar se le castiga con arresto hasta por veinticuatro (24) horas, y si persiste en su negativa, se le procesa (385).

a. Si su comportamiento afecta el orden y la marcha de los procedimientos, puede ser sancionado por desacato por el juez (10).

Privilegios

Como excepciones al deber de declarar se encuentran los privilegios. Estos se fundamentan en consideraciones de política pública. Prima el interés en favorecer las relaciones y comunicaciones confidenciales frente a la relevancia de las evidencias que en ellas se encuentran.

Los privilegios se establecen como garantías tanto para el imputado como para el testigo, algunas con fundamento constitucional y otro legal.

1. Conocimiento personal

El testigo únicamente puede declarar sobre los hechos que percibió, observó o experimentó en forma directa y personal (402). Es el conocimiento de primera mano. El conocimiento personal requiere de fundamentación antes de que el testigo exponga los hechos que percibió o experimentó. Es decir ¿ Cómo el testigo sabe lo que el testigo dice saber?[15].

Ejemplo:

Fiscalía:	**¿Usted dónde se encontraba ese domingo 4 de febrero, hacia el medio día?**
Testigo:	*Me encontraba en la tienda de Adiela, tomándome una avena.*
Fiscalía:	**¿Y qué sucedió?**
Testigo:	*Hubo una riña violenta.*

Con esta parte del testimonio se acredita el conocimiento personal del testigo. Si se discute la distancia, visibilidad, o condiciones de percepción, podría ahondarse en la fundamentación.

El problema que presenta la exposición del conocimiento personal como toda declaración de testigo es hasta donde el testigo expone los hechos que percibió y hasta donde desde su conocimiento realiza inferencias u opiniones sobre estos. En la vida diaria, en las conversaciones la gente inconscientemente mezcla los hechos con las opiniones cuando se comunica.

Si por ejemplo se pregunta sobre la condición en que lucía el agresor, podría decir desequilibrado, con una mirada de odio, lo que propiamente no es un hecho sino una deducción de lo observado.

Un criterio que permite distinguir entre la declaración de hechos y las opiniones lo traen las reglas de evidencia federales (RFE 701). Las opiniones o inferencias de los testigos no expertos (peritos) se limitan y aceptan cuando:

a. Son razonablemente basadas en la percepción del testigo.

a. Ayudan a un claro entendimiento de la declaración del testigo o la determinación del hecho en controversia.

Este control se lleva a cabo en la manera como se formulan las preguntas en el interrogatorio, y para el defensor o el fiscal esto se garantiza con el uso de las objeciones u oposiciones.

Así si en el ejemplo arriba expuesto se pregunta *¿por qué desenfundó el machete Juan Botero?*, es una pregunta especulativa que conduce a la conjetura, y sujeta a oposición. Podría en su lugar preguntarse ¿qué sucedió después?

Prueba de referencia

La regla del conocimiento personal excluye la prueba de referencia. Por ejemplo el testigo va a declarar sobre lo que escuchó hablar a un tercero sobre los hechos. La declaración es inadmisible por falta de conocimiento personal sobre los mismos .

En el capítulo de prueba de referencia se explica con amplitud esta circunstancia.

1. Interrogatorio y confrontación.

[15] MAUET, Thomas, Trial Evidence. Op.cit. p 59.

La presentación del testimonio en el juicio oral es a través del interrogatorio del testigo. Las técnicas de planeamiento del interrogatorio, el tipo de preguntas, su secuencia, y estrategias que debe crear la defensa se explican en el manual del defensor, al cual nos remitimos.

En el mismo sentido se encuentra el ejercicio del derecho de confrontación a través del contra interrogatorio y el ejercicio de las facultades de oposición también descritas y explicadas en ese manual.

1. Impugnación de testigos[16]

Mientras el contra interrogatorio buscar refutar lo que el testigo ha declarado o resaltar sus imprecisiones o inconsistencias, la impugnación de testigos se dirige a desacreditar al testigo como una fuente confiable de información[17] (403). La impugnación se realiza de todos modos dentro del contra interrogatorio.

El artículo 403 describe 6 aspectos sobre los cuales se puede impugnar el testimonio, que podemos agrupar así:

a. Impugnación por características propias del testigo

La impugnación se fundamenta en que el testigo posee un trato inherente o unas características, no relacionadas con el caso sometido a controversia, que hacen el testimonio poco creíble.

El testigo no tiene capacidad para percibir, recordar, o comunicar cualquier asunto en su declaración (403 # 2), bien por un defecto de memoria, inmadurez, trastorno mental, etc. En el contra interrogatorio pueden resaltarse los defectos o limitaciones del testigo, ya sea mediante las preguntas, o mediante el aporte de evidencia de impugnación sobre los antecedentes del testigo o peritajes específicos.

Otra forma de impugnación puede ser por el carácter o patrón de conducta que lo hace ver como una persona con tendencia a mentir (403 # 5). Se deben acreditar como prueba de impugnación los testimonios que expresen que el testigo ha mentido en otras ocasiones. La prueba debe ser específica de conducta mendaz, en determinados hechos, y circunstancias.

No caben las afirmaciones indeterminadas. Tampoco los vicios o actos de inmoralidad son parte de la impugnación a menos que indiquen mendacidad. El testigo por ejemplo ha mentido en sus declaraciones de renta, omitiendo declarar la totalidad de sus bienes, o ha evadido el pago de retenciones al régimen de seguridad social, o ha sido incurso en falsificación o estafa. Deben tratarse no sólo de conducta específica sino además trascendente.

a. Impugnación por parcialidad

Cuando el testigo tiene algún interés específico con el resultado del caso puede ser también impugnado por falta de credibilidad. Puede tener interés directo en el resultado del proceso, o relación con una de las partes, ya sea por parentesco, amistad, relaciones románticas o sexuales, relaciones laborales, sociales, interés económico, temor, etc.

La impugnación como parte del derecho a confrontación puede realizarse en el contra interrogatorio, para descubrir el interés o parcialidad del testigo. También puede llevarse prueba extrínseca de la parcialidad, otorgando al impugnado el derecho a controvertirlas igualmente. Por ejemplo documentos, videos, fotografías.

[16] En esta explicación seguimos los libros de Ernesto Chiesa, Tratado de Derecho Probatorio y Steven Lubet, Modern Trial Advocacy.
[17] LUBET, Steven. Modern Trial Advocacy. P 111.

a. Manifestaciones anteriores del testigo

Es la forma más común de impugnar. Se invoca la falta de credibilidad del testigo porque su comportamiento o historia ha cambiado. Puede tratarse de manifestaciones anteriores hechas a terceros, o declaraciones, entrevistas, interrogatorios o declaraciones juradas, o acciones u omisiones que comprueben un cambio de comportamiento.

Dependiendo de la naturaleza y seriedad del cambio del testigo este puede ser mostrado como evasivo, oportunista, con inclinación al error, o mentiroso.

La manera de realizar la impugnación por manifestaciones anteriores del testigo tiene normalmente tres pasos:

1) Reiteración
1) Validación y
1) Confrontación

1) Reiteración. Su propósito es reafirmar la respuesta del testigo, su declaración presente en el juicio oral, y resaltarla. La mejor manera es realizando la pregunta sugestiva en el contra interrogatorio.

1) Validación de la anterior declaración o comportamiento. Su finalidad es establecer cuando el testigo realizó la primera declaración y como la realizó. Las preguntas del contra interrogatorio en esta materia no deben ser ambiguas, sino directas, estableciendo hechos consistentes.

1) Confrontación. El último paso es confrontar al testigo con su anterior declaración. El propósito de la confrontación es que el testigo admita que la primera declaración realmente se hizo. No se requiere de agresividad al confrontar al testigo, debe conducirse la confrontación de una manera clara y concisa que evite que el testigo pueda salirse por alguna rendija para evadir o argumentar.

La manera más fácil es leerle al testigo sus propias palabras. Hay dos reglas prácticas que sugiere Lubet se deben tener muy en cuenta:

- No le pida al testigo que lea su declaración en voz alta. Esto equivale a realizar una pregunta abierta en el contra interrogatorio, porque no se sabe la manera como el testigo leerá su declaración, si dará una determinada entonación, omitirá algunas partes o se perderá el control sobre el testigo quien empezará a argumentar. La sensación dramática de que el propio testigo lo lea puede ser perjudicial.

- Jamás pida al testigo que explique su inconsistencia. Es decir no pregunte por qué, igual que en el contra interrogatorio esto es abrir la puerta y arruinar la impugnación con una explicación.

Ejemplo de impugnación por manifestaciones anteriores

Defensor: **Señor Roa, usted manifestó en su interrogatorio que acababa de llegar a la tienda de Adiela, cuando sucedieron los hechos ¿no es cierto?**

Testigo: *Si, señor.*

Defensor: **¿Y que apenas acababa de pedir un vaso de avena y una almojábana, correcto?**

Testigo: *Así es.*

Defensor: **¿Y manifestó que el señor Botero llegó a la puerta del local e inmediatamente desenfundó su machete y se vino encima del señor Pedro Álvarez?**

Testigo: *Así fue*

Defensor: **Cuando los hechos sucedieron inmediatamente usted habló con el agente Julián Godoy, del CTI ¿no es cierto?**

Testigo: *Si, así fue.*

Defensor: **¿Y usted entendió lo importante que era para el agente del CTI que usted le contara exactamente lo que había sucedido?**

Testigo: *Por supuesto.*

Defensor: **¿Y cómo los hechos acababan de suceder usted tenía clara su memoria?**

Testigo: *Si.*

Defensor: **¿Y el agente Godoy tomó su declaración, la cual usted después leyó y firmó, no es cierto?**

Testigo: *Si, el tomó una notas, que yo leí y firmé.*

Defensor: **Por favor observe la evidencia # 9 de la Defensa, y dígame ¿reconoce la firma al final de la página?**

Testigo: *Si, es mi firma.*

Defensor: **¿Es esta la entrevista que usted firmó al agente Godoy?**

Testigo: *La misma.*

Defensor: **Por favor léala un momento y dígame cuando haya terminado.**

Testigo: *Ya terminé.*

Defensor: **No dice su entrevista que: "Había llegado a la tienda de Adiela dos horas antes con Alberto Jiménez y Camilo Huertas a tomar cerveza".**

Testigo: *Si, eso dice.*

Defensor: **Y dice más adelante: " Juan tomó el perrero que llevaba debajo de la ruana y se vino a perseguir a Pedro".**

Testigo: *Si, eso también.*

Así se acreditan los tres pasos para fundamentar la impugnación del testigo por manifestaciones anteriores.

a. <u>Impugnación por naturaleza inverosímil o increíble del testimonio</u>

Esta norma (403 #1) fue tomada de Puerto Rico y como explica Chiesa corresponde a la regla 44(B) de evidencia de ese país, que a su vez la copió de la sección 780 (b) del Código de Evidencia del Estado de California[18].

Se explica la disposición señalando que si el testimonio dada su naturaleza o carácter es inverosímil o increíble, este se auto impugna, pues no merece ninguna credibilidad.

El ejemplo de testimonio inverosímil, es el "testimonio estereotipado", propio de los agentes encubiertos, que se limitan a explicar hechos necesarios únicamente para establecer el

[18] CHIESA, Ernesto. Op Cit. Tomo I, p 454.

comportamiento ilícito. Se trata de los testigos profesionales que recitan incansablemente el mismo testimonio de juicio a juicio.

Corresponde al Defensor mediante el contra interrogatorio, resaltar las debilidades, lagunas, contradicciones que muestren la falta de consistencia o la preparación calcada de los testigos de cargo, con frecuente uso en la práctica judicial.

a. Contradicciones en el contenido de la declaración

Consideramos que esta norma es más propia del contra interrogatorio, porque hace más relación al contenido que a la condición misma del testigo. Es una norma de carácter general para admitir como impugnable todo tipo de contradicción relevante que no esté contemplada en los cinco numerales anteriores.

El imputado testigo

El fin de llevar a conocimiento del juez todos los hechos controvertidos del proceso crea la necesidad de conocer la versión de los mismos de quien se persigue penalmente.

De un procedimiento inquisitivo donde sin apremio de juramento se escuchaba la versión del imputado en la indagatoria, y se formulaban los cargos y preguntas únicamente por el funcionario instructor, se pasa en el nuevo sistema acusatorio a que el imputado sea un medio de prueba testimonial.

Esta mutación se explica por la naturaleza esencialmente garantista del sistema acusatorio. El imputado, como se explicó en el capítulo de principios, goza en primer lugar del privilegio de no auto incriminación, del que se desprenden los derechos a no ser obligado a declararse culpable, ni a declarar contra el círculo familiar más cercano, a guardar silencio y que este no sea interpretado en su contra y a no estar obligado a colaborar con la administración de justicia[19].

A este privilegio personalísimo puede renunciar el imputado y optar por declarar. Esa facultad de declarar debe ser libre y voluntaria. Libre porque no puede provenir de la coacción física, moral, del engaño, o de una promesa ilegítima de alguna ventaja. Y voluntaria porque no puede ser inducida, eliminada o menoscabada por ningún método que afecte la libertad de decidir.[20]

Una vez decide declarar y lo hace bajo juramento y a través del interrogatorio de su defensor (391,392), está sometido, como todo testigo a ser contra interrogado (393), e impugnado (403) por la Fiscalía, o a ser preguntado por el Juez o el Ministerio Público (397) sin que pueda en ese instante alegar el privilegio de no auto incriminación para evitar la confrontación con el acusador.

La defensa debe evaluar desde el primer momento que se hace presente en la investigación si la garantía de no auto incriminación ha sido preservada y si es conveniente para los derechos del defendido renunciar a ella, y en que oportunidad como estrategia de su teoría del caso.

[19] ARIAS DUQUE, Juan Carlos. La prueba técnica y la no autoincriminación. El proceso Penal Acusatorio Colombiano. Nuevo Manejo de la prueba. Autores Varios. Tomo I. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2005, p 193 a 205.
[20] MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I . Fundamentos. Ediciones del Puerto. 2004. p 666.

Ejercicio de prueba testimonial

Juan Botero está acusado del homicidio de Pedro Álvarez. El día de los hechos el entró a la tienda de Adela, diagonal a la plaza principal de Cajamarca, allí se tomó dos cervezas con José Maria Ocampo, cuando observó que Pedro Álvarez, que se encontraba al interior del local, lo señalaba con el índice y se reía. Entonces sacó el machete de su funda y agredió a Álvarez, quien fue herido en la pierna y murió al llegar al hospital.

Botero, huyó y fue capturado en su finca La Mojicona, seis horas después, por el agente Julio Poveda, de la Policía Nacional. En el momento de su aprehensión el masculló: " Debería haberlo matado. A mi nadie me mama gallo ni se burla de mí, no lo quise chuzar, solo rayarlo para que aprenda con quien se mete".

En el juicio oral, la defensa interroga al agente Poveda:

Defensor: **¿En el momento de su captura usted entrevistó al señor Botero?**

Agente: *No.*

Defensor: **¿Cuando lo llevaban a la estación de Anaime, él dijo algo?**

Agente: *Si.*

Defensor: **Por favor díganos qué manifestó Botero.**

Fiscal: *Objeción, señor Juez.*

Juez. **Sírvase sustentar la oposición.**

Con estos antecedentes:

1. ¿Qué objeción podrá el Fiscal presentar?
2. ¿Con qué argumentos la podría sustentar?
3. ¿Con qué argumentos se opondría usted como defensor?
4. ¿Cuáles son las normas jurídicas aplicables a la objeción y el testimonio de este caso?
5. ¿Qué otros eventos podrían presentarse y como los resolvería como defensor de Botero?

Capítulo 5

La prueba pericial

Prueba pericial

Necesidad: La prueba pericial es necesaria cuando se requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados para determinar un hecho dentro del debate procesal, o auxiliar al juez a entender la evidencia presentada. (405). El apoyo al juzgador se centra exclusivamente en la materia especializada, sin sustituir sus facultades y competencias jurisdiccionales.

Si el testigo lego declara sobre su conocimiento personal por haber percibido, observado o experimentado, el perito no está limitado al conocimiento personal, y su opinión puede ir más allá de las percepciones, y versar sobre las causas o consecuencias de los hechos, la interpretación de las acciones de otras personas, y emitir conclusiones sobre los diversos eventos, con el único propósito de servir al litigio judicial específico.[21]

La jurisprudencia norteamericana[22] sobre el contenido y alcance del peritaje o declaración de un testigo experto, y frente a la función del juez, ha tenido un particular desarrollo que le permitió identificar principios de la prueba pericial, que facilitan su labor. Estos principios se derivan de las decisiones en los casos fallados por la Corte Suprema de Justicia *Daubert, Joiner,* y *Kumho Tire,* que revisaron el criterio estricto de no admitir pruebas noveles consagrado en el fallo *Frye.* La modificación de diciembre 1 de 2000 de la regla federal de evidencia FRE 702, reflejó el cambio, y puntualizó los principios que bien pueden ser base de la interpretación de la prueba pericial en nuestro ordenamiento jurídico:

1. El testimonio del experto deber estar basado en suficientes hechos y datos.

2. El testimonio debe ser producto de principios y métodos confiables, y

3. El testigo debe aplicar los principios y métodos confiables a los hechos del caso.

Admisibilidad del testimonio pericial:
Para que la evidencia pericial pueda ser admitida requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. La prueba pericial debe ser relevante y conducente a los hechos que se quieran acreditar o interpretar (407).

2. El testimonio pericial debe servir de ayuda al juez en razón del conocimiento técnico, científico, artístico o especializado que se requiere (405).

3. El perito debe estar cualificado por sus antecedentes que acreditan su conocimiento teórico o práctico en la ciencia, técnica o arte del que es experto, o por el uso de instrumentos o medios sobre los cuales conoce y tiene habilidades (408, 409 y :417 # 1,2 y 3).

4. El peritaje debe tener una base de opinión sustentada. Esta opinión puede estar vertida en un informe resumido (415) o rendida directamente en el debate oral (416).

Estos requisitos se acompañan previamente en la audiencia preparatoria con la presentación del informe del perito y una certificación que acredite su idoneidad. (413 y 414). Si es admitida la evidencia pericial, el perito deberá rendir su opinión en el debate oral (415).

[21] LUBET, Steven- Modern Trial Advocacy- NITA. 1993. p 171
[22] MAUET, Thomas. Trial Evidence. Aspen Law and Business. 2001. p 285.

Lo anterior es sin perjuicio de que en el interrogatorio deba acreditarse la idoneidad del perito, antes de rendir su dictamen calificado (417).

Los requisitos 2 y 3 corresponden a la acreditación del perito frente al juez; ¿Quién es?, ¿Cuál es su cualificación profesional su experiencia práctica y sus antecedentes en la materia.

El siguiente es un ejemplo de acreditación del perito mediante el interrogatorio.

Ejemplo de interrogatorio de perito en caso de lesiones personales.

Fiscalía: **Por favor doctor Huertas, sírvase presentarse, su nombre y especialidad.**

Perito: *Mi nombre es Esteban Huertas. Soy doctor en Medicina de la Universidad del Cauca. Especializado en Ortopedia en la Universidad de Barcelona, España. Trabajo independiente y también para el Seguro Social en Ibagué.*

Fiscalía: **¿Usted trató al señor Tulio Camacho, en el Hospital Federico Lleras Acosta, el 4 de febrero de 2005?**

Perito: *Si, señor.*

Fiscalía: **¿Y usted supervisó su tratamiento y rehabilitación?**

Perito: *Si.*

Fiscalía: **Hablemos un poco de sus conocimientos y experiencia. ¿Usted estudió medicina en la Universidad del Cauca ?**

Perito: *Si, me gradué en 1989.*

Fiscalía: **¿Y se especializó en ortopedia en España?**

Perito: *Si, me especialicé en Ortopedia en la Universidad de Barcelona, en el año 1993.*

Fiscalía: **¿Cuéntenos en qué consistió la especialización?**

Perito: *La ortopedia es una rama de la medicina que se ocupa de tratar las enfermedades y lesiones relacionadas con los huesos, músculos y articulaciones. Es una especialización de dos años de teoría y dos de práctica en salas de urgencias de diversos hospitales de Cataluña. Esos dos últimos años de internado son supervisados por personal ampliamente calificado y se adquieren profundos y amplios conocimientos en el diagnóstico y tratamiento de pacientes.*

Fiscalía. **Y al regresar al país, ¿cuál fue su experiencia médica?**

Perito: *Dirigí por dos años el área de ortopedia del Hospital San José, y constituí mi consultorio particular como ortopedista. Luego en 1996 comencé a dirigir el área de residencia en Ortopedia de la Universidad del Rosario hasta el año 2002, cuando me trasladé a vivir a Ibagué.*

Fiscalía: **¿Y en Ibagué en qué se ocupa?**

Perito: *Soy el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad del Tolima y Director del Área de Ortopedia del hospital Federico LLeras Acosta.*

Fiscalía: **¿En su experiencia práctica por cuanto tiempo ha ejercido como ortopedista?**

Perito: *Contando la experiencia en Barcelona, son 12 años sin interrupciones en esta especialidad.*

Fiscalía: **¿Ha tratado en su experiencia pacientes con traumas en las rodillas producto de heridas corto punzantes?**

Perito: *Por supuesto.*

Fiscalía: **En el caso particular del señor Camacho el sufrió una herida con machete en su rodilla izquierda. ¿Ha tratado usted ese tipo de heridas?**

Perito: *Varias veces. Estas lesiones ocurren generalmente por riñas entre agricultores o campesinos, especialmente los fines de semana.*

Fiscalía: **¿Desde que se graduó como ortopedista en 1993, cuántas lesiones de esa especie ha tratado?**

Perito: *No puedo darle una cifra exacta, pero realizando un cálculo aproximado diría que unas cien lesiones de ese tipo.*

Hasta aquí se han sentado las bases de la declaración del perito, con una introducción sobre quien es, cual es su experiencia teórica y práctica en el campo específico de la lesión sometida a dictamen (417 # 1,2 y 3) y el perito queda listo para entrar a rendir su opinión calificada sobre la lesión y sus secuelas.

Fuentes de la opinión pericial

El testimonio calificado de opinión puede provenir de varias fuentes o hechos que el perito ha considerado como:

- La observación directa, o de primera mano por ejemplo de la víctima o del acusado, mediante la práctica de exámenes, o la observación de la evidencia física proveniente del investigador (416).

- Por la percepción en el juicio de la declaración del acusado, la viítima o el testigo o la evidencia que se presenta, dentro de la facultad que se otorga por el artículo 396.

- Hechos o datos que no constituyen evidencia como opiniones de otros expertos o científicos en el campo particular objeto del dictamen (417# 4).

La opinión pericial

La técnica aconseja adelantar tres pasos esenciales para obtener el testimonio calificado del perito:

1. Conocer primero la conclusión u opinión del perito.

   Que la opinión del perito en el juicio oral, se manifieste, antes de la explicación de las bases de su opinión es aconsejable porque es más interesante y entendible conocer el resultado a fin de fijar la atención del juzgador. Lo que no sucede si se procede primero con la explicación teórica y técnica que puede llevar a la distracción o el aburrimiento, y luego con el cansancio conocer la conclusión.

2. Explicar los principios científicos que fundamentaron sus verificaciones (417 #4) los métodos aplicados a la investigación (417 #5) y las técnicas de orientación, probabilidad o certeza (417#7).

   El perito debe fundar su base teórica que sustente el análisis realizado, según las corrientes técnico científico de su especialidad.

3. Detallar la naturaleza de su investigación y sus deducciones y cálculos.

Es la explicación motivada de la información obtenida, con los exámenes, tests, y demás herramientas utilizadas, así como la diferenciación teórica o conceptual con los demás peritos convocados al debate oral.

Se permite al perito la utilización de evidencia demostrativa para ilustrar su dictamen (423), y la consulta de documentos, notas, o publicaciones a fin de fundamentar sus respuestas (417).

Publicaciones científicas y admisibilidad específica de la evidencia novel.
Cuando se trata de aspectos científicos o técnicos nuevos en el conocimiento, se requiere por la ley procesal (422) además de los requisitos generales de admisibilidad arriba reseñados, el cumplimiento de por lo menos uno de los siguientes requisitos o criterios:

1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.

2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.

3. Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.

Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.

Este criterio de ponderación de la evidencia científica y novel es traída de la discusión jurisprudencial en los Estados Unidos en los fallos arriba mencionados que han evolucionado de un criterio restringido de aceptación de nuevas teorías científicas hacia un criterio moderado que permite la innovación de peritajes conformes con la dinámica moderna de la ciencia y la tecnología.

Ejercicio de evidencia pericial

Identificación del homicida[23]

Su defendido es acusado de homicidio. El problema jurídico es la identificación.

En enero de 2005, una joven mujer, Rosa Padilla, fue asesinada. Su cuerpo fue hallado en la carretera, semidesnuda, con una camiseta, sin brasier, con marcas de una mordedura en su seno izquierdo. Fue brutalmente golpeada en su cara, su cabeza y asesinada por estrangulación manual.

Un año más tarde, una oficial de policía, Carmen Rivera, se detuvo cuando el carro del acusado se había varado a un lado de la carretera. Ella le practicó una prueba de ebriedad, el acusado la tomó del cuello, estrangulándola hasta que perdió el sentido, y luego la violó.Cuando despertó se encontró que había sido golpeada en su cara y cabeza y mordida en su barbilla y senos. El acusado se declaró culpable de acceso carnal violento y lesiones personales.

La investigación que realizó la Policía Judicial sobre la muerte de Rosa Padilla advirtió las coincidencias físicas con el caso de la violación de Rivera. Ahondando en la investigación (que incluyó análisis de las marcas de mordida que concluyeron que pudieron ser causada por los dientes del acusado), la Fiscalía formuló acusación contra el procesado y descubrió la siguiente evidencia para ser admitida en la audiencia preparatoria:

1. Copias del proceso de acceso carnal violento y lesiones personales en Carmen Rivera.
2. Evidencias pericial del doctor Hernán Posada, experto en el análisis de *modus operandi* y delitos.

Posada analizó los dos delitos y determinó que el homicidio de Rosa Padilla y la violación de Carmen Rivera tienen quince características física comunes consistente que no ha observado al comparar otros delitos. Por ejemplo ambas víctimas son mujeres adultas, ambas fueron asaltadas de noche, ambas fueron violadas y les fue rasgado las misma piezas del vestido, ambas tuvieron marcas de dientes en sus senos, etc. Utilizando el "*análisis linkage*", Posada determinó que la probabilidad de que dos personas distintas hayan cometido los dos delitos, teniendo quince características en común es altamente improbable.

La certificación que presentó la Fiscalía con el informe de Posada, muestra que este es investigador retirado del CTI, durante sus quince años de trabajo en el CTI, hizo parte de la unidad de ciencias del comportamiento que analiza delitos por patrones o perfiles. Estos perfiles ayudan a los investigadores a identificar delincuentes en casos no solucionados. Él había investigado más de 3000 delitos cuando trabajó en el CTI. Posada ha sido uno de los pocos peritos con otros del CTI y Medicina Legal quienes han desarrollado el análisis linkage. Estos análisis han sido publicado en algunas revistas forenses de América Latina.

El juez antes de decidir concede la palabra a la defensa:

1. ¿Qué objeciones podría usted realizar?

2. ¿Con qué argumentos podría sustentar?

3. ¿Cómo podría la Fiscalía oponerse a las objeciones?

4. ¿De qué otra forma podrían resolverse los asuntos?

[23] Traducido y adaptado de MAUET, Thomas y Wolfson Warren. Trial Evidence. Aspen and Business 2001. Ejercicios del Capítulo 9, ejercicio.

Capítulo 6

Prueba física y prueba demostrativa

Elementos materiales probatorios, evidencia física y evidencia demostrativa

Evidencia física o real y elementos materiales probatorios son los objetos tangibles que están directamente vinculados con la controversia del caso[24]. Son los productos o instrumentos del delito que pueden ser presentados en el juicio oral. La evidencia física finalmente es toda cosa tangible con la que se ha cometido el hecho o es resultado de este y que contribuye a obtener información para el esclarecimiento de los mismos.

El Código de Procedimiento Penal, no distingue entre elementos materiales probatorios y evidencia física, indistintamente menciona estos términos juntos o alternativamente, para significar lo mismo.

El artículo 275 establece a manera enunciativa los siguientes:

a) *Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva;*

b) *Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva;*

c) *Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva;*

d) *Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal;*

e) *Los documentos de toda índole hallados en diligencia investigativa de inspección o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados allí;*

f) *Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público;*

g) *El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen;*

h) *Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General, por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente*

La evidencia material debe ser relevante y auténtica. ¿Qué papel juega el objeto en los hechos del caso? ¿Qué asunto tiende a probar en el proceso? ¿Es el objeto realmente lo que se está hablando? ¿Si esas condiciones se reúnen la evidencia será admitida?

[24] Sociedad para Asistencia Legal, Bayamón, Puerto Rico. Taller de Litigación sobre presentación de prueba e impugnación de testigos. Directores: Licenciados Israel Hernández González, Luis M Velásquez y Nadia Altieri.2003. P 1.

La relevancia de los elementos materiales probatorios o evidencia física se establece del contexto del caso, y normalmente no requieren atención adicional al establecer la fundamentación.

No pasa lo mismo con la autenticación. Esta debe establecerse cuidadosamente porque es la autenticidad la que cualifica la evidencia como evidencia material. En algunos casos el testigo puede reconocer la evidencia material cuando le es mostrada. En otros casos se requiere de una más detallada y compleja fundamentación, a través de la cadena de custodia.

Las bases para que la evidencia física pueda ser admisible son las siguientes:

1. El testigo acredita que observó o conocía el objeto previamente.
2. El testigo afirma que puede describirlo y reconocerlo de volverlo a ver.
3. El testigo reconoce que el objeto marcado como identificación es el mismo que observó previamente.
4. El testigo acredita que el objeto marcado como identificación está en la misma condición como lo había observado previamente.

Ejemplo de presentación, identificación y admisión de evidencia material.

Fiscal:	**¿Qué sucedió cuando llegaron a la tienda de Adiela?**
Testigo:	*Todos pedimos cerveza o aguardiente para festejar.* *Fue en ese momento que Juan Botero, llegó y sacó el machete, lo alzó y retó a Pedro a salir a la calle a pelear.*
Fiscal:	***¿Y qué sucedió?***
Testigo:	*Tratamos con Alberto Jiménez y Camilo Huertas de desarmarlo, y fue cuando resulté herido en el brazo y la pierna izquierda.*
Fiscal:	**¿Podría usted describir el machete?**
Testigo:	*Si, es uno de esos tres canales, de unas doce pulgadas, de mango negro, como puntudo de tanto sacarle filo.*
Fiscal:	**¿Podría usted reconocer el machete si lo vuelve a ver?**
Testigo.	*Eso creo.*
Fiscal:	**Señor Juez, solicito se marque como identificación # 1 de la Fiscalía el siguiente objeto.**
Juez:	*Señor secretario sírvase proceder a marcar la evidencia y luego de marcarla, sírvase devolverla al señor Fiscal.*
Fiscal:	**Para efectos del registro señor Juez, que quede constancia que estamos mostrando la evidencia # 1 al defensor.**
Juez:	*Que así conste, señor secretario.*
Fiscal:	**Señor Juez, solicito permiso para mostrar al testigo la evidencia.**
Juez:	*Proceda.*
Fiscal:	**Señor Juvenal ¿podría usted decirme qué es esta evidencia que le estoy mostrando?**

Testigo: *Es un machete.*

Fiscal: **¿Lo había visto antes?**

Testigo: *Es el mismo, es de doce pulgadas, mango negro y puntudo.*

Fiscal: **¿Cómo compara la condición que el machete tenia el día de los hechos y la condición actual?**

Testigo: *Está lo mismo.*

Fiscal: **Señor Juez, solicito a usted sea admitida la evidencia presentada.**

Juez: Señor Defensor, ¿cuál es su posición frente a lo solicitado?

Defensa: *No hay objeción, señor Juez.*

Juez: Se admite la evidencia. Señor secretario sírvase marcarla como evidencia #1 de la Fiscalía.

Cadena de Custodia[25]

La cadena de custodia establece la ubicación, manejo y estado de preservación y cuidado de un objeto desde el momento en que es recuperado y el momento del juicio oral. La cadena de custodia debe ser mostrada cuando:

- la evidencia física no puede ser reconocida como única, y no ha sido marcada, o
- sus propiedades físicas son motivo del debate.

Muchos objetos no son identificables inherentemente, y el testigo no tiene la posibilidad de reconocer el objeto relevante con cierto nivel de certeza, por ejemplo una parte de un automotor, un instrumento quirúrgico, etc. Otros no pueden ser marcados por su propia naturaleza como los líquidos, narcóticos, o son necesarios para pruebas de laboratorio o análisis. Estos por ejemplo son pasados por muchas manos antes de ir al juicio oral.

Por la necesidad de evitar la alteración o contaminación de la evidencia se hace indispensable asegurar su posesión y cuidado entre el momento que es recolectada y su presentación al debate oral.

El propósito de la cadena de custodia es demostrar la autenticidad de la evidencia física, acreditando que el objeto presentado en la sala de audiencias durante el juicio, es el mismo y no ha sido alterado (mismidad) que se relaciona en los hechos sometidos a debate. Debe autenticarse el elemento explicando a través de los testigos toda la cadena de posesión del elemento de mano a mano, el tiempo que duró guardado, y las condiciones de preservación que tuvo. En algunos casos es necesario presentar varios testigos para acreditar toda la cadena de custodia.

El procedimiento reglado de cadena de custodia se encuentra desarrollado en detalle en el capítulo V del libro II del Código de Procedimiento Penal:

1. Se inicia en el lugar donde se descubren, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios (254), donde el servidor público encargado de la indagación o investigación, lo identifica, comprueba su estado original, lo recolecta, lo embala , lo rotula y da inicio a su custodia (257-254-255).

2. El funcionario de Policía Judicial que recolectó la evidencia física, la traslada al laboratorio correspondiente, y asegura el recibo del material ante el funcionario competente (258).

[25] En esta explicación seguimos los textos de Steven Lubet " Modern Trial Advocacy" y Ernesto Chiesa "Tratado de Derecho Probatorio".

3. Ya dentro del laboratorio el material probatorio es entregado al perito y que corresponda según la especialidad (259).

4. El perito dejará constancia del estado en que se encuentra la evidencia, realizará sus investigaciones y análisis y enviará a la menor brevedad posible, el informe pericial al fiscal correspondiente (260).

5. El elemento material o sus remanentes será preservados en el almacén destinado para ese laboratorio, continuando con la custodia hasta que sean requeridos o dispuestos por orden de autoridad judicial. (262)

En el siguiente ejemplo un vendedor de estupefacientes fue capturado mientras vendía la sustancia. Debe acreditarse la cadena de custodia sobre la sustancia. El primer testigo es el detective que realiza la captura.

Ejemplo

Fiscalía: **¿Dónde se encontraba usted ese día 4 de febrero de 2005, detective Cifuentes?**

Testigo: *Estábamos con el agente Umaña, haciendo seguimiento a unos vendedores de drogas en la Escuela Anexa. Llevábamos varios días tras ellos, y sabíamos que llegaban al momento de finalizar las clases, como a las 4 de la tarde.*

Fiscalía: **¿Qué sucedió luego?**

Testigo: *En el momento en que el sujeto que ya conocíamos como el Gato estaba vendiendo una papeleta de bazuco a una menor de edad, en la esquina, procedimos a su captura.*

Fiscalía: **¿Qué encontraron al capturarlo?**

Testigo: *Le encontramos 15 papeletas de bazuco y una bolsa con aproximadamente 3 gramos de marihuana.*

Fiscalía: **¿Qué hizo usted luego con las sustancias?**

Testigo: *Procedí conforme al reglamento de la Fiscalía a identificar preliminarmente la sustancia, la embalé en dos bolsas de papel manila, las rotulé y marqué con mi nombre, número de cédula y la identificación de mi cargo. La evidencia física la llevé una hora después a laboratorio de Medicina Legal, ubicado en el Edificio de la Fiscalía en el Papayo.*

El detective del CTI ha completado la primera parte de la cadena de custodia. El siguiente testigo es el perito de Medicina Legal.

Fiscalía: **¿Qué material le fue entregado para su análisis y dictamen?**

Perito: *Recibí dos sobres de manila, cerrados, y sellados firmados por el detective Anselmo Cifuentes. Me fueron entregados por la almacenista de evidencia, Clara Calle.*

Fiscalía: **¿Y qué análisis realizó?**

Perito: *Identifiqué los tipos de sustancias estupefacientes. La del primer sobre eran 15 papeletas de bazuco y la de la segunda bolsa eran 5 gramos de marihuana.*

La cadena de custodia aquí está suficientemente acreditada para autenticar la sustancia estupefaciente en poder de la Fiscalía. Más detalles podrían darse si está en discusión el tipo de sustancia y la posibilidad de alteración de la misma.

Evidencia Demostrativa (423-435)
Es la evidencia que sin ser el objeto tangible, lo representa. Se utiliza para ilustrar, clarificar, o explicar otro testimonio, peritaje o evidencia material. Cuando la evidencia demostrativa es suficientemente exacta o conducente, puede ser admitida como evidencia.

Ejemplos de evidencia demostrativa son:

Mapas	Películas
Tableros	Diagramas
Fotografías	Tablas
Planos	Maquetas
Esquemas	Dibujos
Modelos a escala	Resúmenes
Diapositivas	Simulaciones por computador.

La línea que diferencia la evidencia demostrativa de la ayuda audiovisual no es fácil de identificar, y depende mucho del grado de precisión y exactitud en su elaboración. Los modelos a escala, las maquetas, mapas, diagramas, son de extremada precisión y pueden considerarse evidencia demostrativa, el dibujo a mano alzada en un tablero o en hoja de papelógrafo es una ayuda, pero su falta de precisión lo hace más una ayuda audiovisual que una evidencia demostrativa.

Ejemplo de la presentación, identificación y autenticación de una fotografía

Requisitos para la presentación. El defensor deberá evaluar que la evidencia cuente con los siguientes requisitos que se acreditarán en el interrogatorio del testigo:

a) La foto debe ser pertinente (375-357).

b) El testigo debe estar familiarizado con la foto (402).

c) La foto es adecuada y muestra la escena como aparecía el día de los hechos (375).

d) El valor probatorio de la foto excede su valor perjudicial (376).

Defensor: **Testigo ¿usted ha estado en la intersección entre la vía España y la vía Brasil?**

Testigo: *Si.*

Defensor: **¿Cuantas veces ha estado allí?**

Testigo: *Muchísimas. Yo trabajo hace cuatro años en la librería Exedra Books que queda en la esquina.*

Defensor: **¿Estaba usted familiarizado de cómo lucía la intersección para el 9 de enero de 2005?**

Testigo: *Si.*

Defensor: **Señor Juez, solicito se marque el documento como identificación # 1 de la defensa. Señor Juez, estoy mostrando la identificación al señor Fiscal. Solicito permiso para acercarme al testigo y entregarle la identificación # 1 de la defensa.**

Juez: Proceda.

Defensor: **¿Qué es lo que le he entregado?**

Testigo: *Una foto.*

Defensor: **¿Reconoce la escena que tiene la foto?**

Testigo: *Si.*

Defensor: **¿Le es familiar ?**

Testigo: Si.

Defensor: **¿Cómo compara lo que refleja la foto con relación a la escena que usted describió para la fecha de los hechos?**

Testigo: *Es igual.*

Defensor: **Solicitamos se admita la foto como evidencia y se marque como prueba # 1 de la defensa.**

Obsérvese cómo el defensor dentro del interrogatorio primero establece la relación del testigo con el lugar de los hechos, fin de introducir el conocimiento personal del testigo sobre el lugar, luego debe proceder a marcar la evidencia, entregarla al fiscal oponente, y al testigo, previa autorización del juez. El oponente puede objetar la admisión de la evidencia porque no corresponde fielmente al lugar, porque las condiciones en que fue tomada la fotografía no son confiables, etc. El juez define si admite la evidencia, y luego se procede a autenticarla con el testigo preguntándole si esta evidencia demostrativa corresponde a la condición del lugar el día de los hechos. Solo allí si el testigo consiente, se da la autenticación de la evidencia, y puede continuar el interrogatorio sobre los hechos sucedidos y utilizar la foto para explicar al juez el dicho del testigo.

Ejercicio sobre evidencia física[26]

Al acusado se le imputa el delito de hurto calificado en un almacén de ropa. El asunto en controversia es la identificación.

El almacén fue robado por un hombre enmascarado y armado con una pistola. El ladrón tomó dinero de la registradora y antes de abandonar el local agarró un montón de camisas del estante y se las llevó. Al llegar la policía un transeúnte fuera de la tienda le dijo a la policía que el ladrón era el acusado.

La Policía fue al apartamento del acusado, que está cerca y lo capturó al poco tiempo. Dentro del apartamento la policía encontró cinco camisas en la sala. Las camisas se veían nuevas, tenían las etiquetas del fabricante, pero no tenían marquillas o etiquetas del almacén robado, ni la policía pudo encontrarlas en el apartamento.

Antes del juicio, el transeúnte que había identificado al acusado como el ladrón, se retractó de su testimonio y la Fiscalía decidió no llamarlo como testigo.

El proceso está ahora en el juicio oral. El dueño del almacén es llamado como primer testigo de la Fiscalía. Durante el interrogatorio sucede lo siguiente:

Fiscal: **Señor Rodríguez ¿qué clase de camisas fueron robadas de su almacén?**

Testigo: *Todas eran camisas de corbata, de varios colores y tallas. Todas estaban colgadas en el estante al lado de la caja registradora. Yo pienso que unas seis fueron sustraídas.*

Fiscal: **Señor Rodríguez, le estoy mostrando ahora cinco camisas, que han sido marcadas como evidencia No 3 de la Fiscalía. Por favor mírelas y dígame si puede identificarlas.**

Defensa: *Objeción, Señor Juez.*

1. ¿Qué objeciones puede hacer el defensor?
2. ¿Con qué argumentos puede sustentarlas?
3. ¿Qué argumentos puede tener la Fiscalía para oponerse?
4. ¿Qué normas regulan ese conflicto?
5. ¿De qué otra forma podría resolverse este asunto?

[26] Ejercicio traducido y adaptado de MAUET, Thomas. Trial Evidence cases. Case 10.2.

Capítulo 7

La prueba documental

La prueba documental

La evidencia documental está constituida por todo tipo de escritos, grabaciones de audio o video, grabaciones de diversos sistemas de información, fotografías, reportes de exámenes médicos o cualquier objeto similar o análogo a estos (424).

Así como la evidencia física guarda valor por lo que ésta *es*, y se percibe a través de los sentidos, la evidencia documental es valorada y admitida en razón de lo que ella *dice*[27]. La evidencia documental tiene significado jurídico intrínseco por haber sido creada y tener la capacidad de probar eventos pasados, de una manera que el testimonio no puede hacerlo. Un ejemplo es que la defensa en su teoría del caso funde la ausencia del lugar de los hechos de su defendido con una coartada, que sin duda será atacada por la Fiscalía. La prueba documental del sello en el pasaporte de su salida o llegada a otro destino ese día, o del pasabordo del avión tiene un mayor valor probatorio que el de un testimonio.

La importancia de los documentos para la defensa hace prioritario que en su investigación busque el descubrimiento de toda la documentación relevante, no solo de fuente de la Fiscalía, sino de terceras fuentes que contengan información favorable.

Admisibilidad y autenticidad
A fines de la admisibilidad el Código define qué es un documento auténtico y determina unos casos específicos de documentos que presume auténticos.

Regla general: Auténtico es todo documento del que se tiene certeza sobre la persona que lo elaboró o produjo (425).

Se presumen auténticos también, salvo prueba en contrario (425)

1. La moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los documentos reconocidos notarial o judicialmente, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales y los documentos o instrumentos públicos.

2. Los títulos-valores, los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los documentos de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o simple autenticación, las etiquetas comerciales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, y

3. Todo documento de aceptación general de la comunidad. Como los tiquetes de transporte terrestre o aéreo, los recibos de cajero automático, los de parqueadero, etc.

<u>Métodos de autenticación e identificación</u>
El artículo 426 establece cuatro métodos de autenticación de documentos, no taxativos, lo que da margen para utilizar otros métodos, dada la limitación evidente de los cuatro. Esto no riñe con el artículo 430 que nos habla de los documentos anónimos, ya que los métodos si son idóneos, similares a los descritos por el 426 y no vulneran derecho o garantía alguna pueden ser aceptados por el juez.

Los métodos son:

[27] Lubet, Steven. Op cit. p 290.

1. Reconocimiento de la persona que los ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido.

   Es el reconocimiento directo por quien lo elaboró, la manera más efectiva de comprobar su autenticidad.

Ejemplo:

Fiscal:	**Señor Investigador ¿realizó usted algún informe como investigador de campo, el día de los hechos?**
Investigador:	Si lo hice.

El fiscal toma el informe marcado, lo muestra al defensor y solicita autorización al juez para aproximarse al testigo.

Fiscal:	**Señor investigador, le estoy mostrando la evidencia # 4 de la Fiscalía ¿Usted la reconoce?**
Investigador:	Si señor, es el informe de investigación de campo que hice ese día.

Aquí el fiscal ha traído el informe policial elaborado por el investigador para refrescar la memoria del testigo, y antes de preguntar sobre el informe debe procederse a su autenticación.

Reconocimiento de la parte contra la cual se aduce. Por lo general se utiliza en la confrontación del testigo en el contra interrogatorio o en la impugnación de testigos.

2. Certificación expedida por la entidad certificadora de firmas digitales de personas naturales o jurídicas:
   La entidad certificadora es la persona jurídica pública o privada de origen nacional o extranjero autorizada por la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer las funciones de emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer y facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, y demás funciones relacionadas con las firmas digitales[28].

3. Informe de experto en la respectiva disciplina sugerida en el artículo 424.
   El carácter de informe del experto debe ser admitido con las mismas condiciones del perito, ya que su certificación contiene una opinión calificada (431), a menos que las partes hayan acordado en estipulaciones la admisión de la evidencia sin requerir la presencia del experto (356).

   Regla de la mejor evidencia

   Como criterio específico de admisibilidad del documento, la ley exige que debe presentarse su original como mejor evidencia de su contenido (433).

   Trae sin embargo el Código siete excepciones a la regla y una excepción a estas excepciones (433 y 429):

   1. Los documentos públicos no son sometidos a la regla de mejor evidencia. Las copias o certificaciones expedidas por funcionarios competentes son suficientes.

   2. Los duplicados auténticos, o copias autenticadas (429-433), por lo que casi cualquier copia del original es admisible.

[28] Ley 527 de 1999

3. Documentos cuyo original se haya extraviado o no fuere posible presentar su original (429-433). Se requiere la fundamentación previa del extravío o de la causa de imposibilidad de entrega, a fin que el juez decida sobre su admisibilidad.

4. Los documentos que se encuentran en poder de uno de los intervinientes. Deberá fundamentarse esta condición ante el juez y afirmarse la negativa del interviniente a entregar la evidencia.

5. Los documentos voluminosos de los que sólo se requiera una porción o fracción del mismo. Por criterio práctico se omite la presentación de la integridad del documento si se requiere apenas una parte del mismo. Sin embargo, de conformidad con el principio de descubrimiento total y el principio de contradicción al oponente debe facilitarse la consulta y el conocimiento integral del documento para ejercer su derecho a confrontar la evidencia, previa a la presentación del documento en juicio. No es suficiente con la facultad de contra interrogar porque la evidencia no estaría siendo descubierta en su integridad.

6. El documento que causare grave perjuicio a su poseedor si se le priva del original (429).

7. El documento que las partes acuerden en las estipulaciones como innecesario aportar el original (434).

Las siete excepciones traen a su vez una excepción: Cuando se requieran realizar sobre el documento estudios técnicos de grafología y documentología, o sean parte de la cadena de custodia, es imperativo el original del documento. En este caso la admisibilidad y autenticidad del documento requiere como en el caso de la evidencia física la comprobación de la cadena de custodia y la fundamentación del dictamen pericial conforme a las reglas del testimonio experto.

Ejemplo de presentación de un documento en el juicio oral

Presentación de un documento privado, un cheque.

Requisitos del documento

1. Que el cheque sea pertinente.
2. Que el testigo manifieste que llenó y firmó el cheque original.
3. Que el documento esta en condiciones similares a las de la fecha en que se emitió.

Defensor: **Señor juez, solicito se marque el documento como evidencia # 1 de la defensa.**

Juez: *Proceda señor Secretario.*

Defensa: **Señor juez, paso a mostrar el documento a la señora Fiscal.**

Juez: Proceda.

Defensor: **Señor juez solicito que se entregue el documento al testigo.**

Juez: Proceda señor Secretario.

Defensor: **¿Qué se le ha entregado?**

Testigo: Una copia de un cheque.

Defensor: **¿Le es conocido?**

Testigo: Si señor.

Defensor: **¿Lo había visto antes?**

Testigo: Si

Defensor: **¿Por qué le es conocido?**

Testigo: Es la copia de un cheque que yo firmé.

Defensor: **¿Por qué usted lo reconoce?**

Testigo: Es mi letra y recuerdo bien cuando lo llené y lo firmé.

Defensor: **¿Este documento ha variado en algo en relación con el que usted firmó?**

Testigo: No señor.

Defensa: **Señor juez solicito que el documento sea admitido como prueba y se marque como evidencia documental #1 de la defensa.**

El documento ya ha sido autenticado y aceptado como evidencia. Aquí ya el defensor puede entrar a trabajar el contenido del documento, para conocer su contenido.

Ejercicio sobre evidencia documental[29].

La defendida está acusada del homicidio de su pequeño hijo. Su teoría del caso es que el niño falleció por causas accidentales.

Dos semanas después de su nacimiento el hijo de su defendida, Daniel, ingresó al hospital. El exámen del doctor encontró una fractura en el cráneo, y creyó que era consistente con el trauma del nacimiento, en lugar del maltrato infantil. Daniel sufrió ataques repetidos, y los doctores descubrieron una fractura adicional cuatro semanas después. Los doctores que lo trataron no estaban de acuerdo de si se trataba de una nueva fractura o sólo de una fractura derivada de la fractura anterior.

El punto de discusión esencial en el juicio es si la segunda fractura era parte o por el contrario era separada y distinta de la primera. La Fiscalía tenía bajo su custodia la radiografía (rayos x) original cuando Daniel fue admitido por primera vez al hospital. De ese original se hicieron varias copias adicionales.

Antes de la audiencia preparatoria los fiscales trataron de remover algunas marcas grasosas de lápiz a fin de observar mejor la fractura. Tratando de remover la marca de grasa la Fiscalía borró la emulsión de la radiografía, dañándola. La Fiscalía ahora intenta presentar en el juicio oral una de las copias adicionales hechas a la radiografía.

La defensora ha objetado la admisibilidad de esa copia. El juez le pregunta:

Juez. Señorita Defensora, he escuchado su objeción. Aunque la radiografía original fue dañada

por la Fiscalía ¿por qué una copia hecha de ese original no puede ser admitida en el juicio?

1. ¿Qué objeciones puede realizar la defensa?

2. ¿Con qué argumentos podría sustentarlas?

3. ¿Qué argumentos tiene la Fiscalía para oponerse a la objeción?

4. ¿Qué normas sustentan este conflicto?

5. ¿De qué otra manera se podría resolver?

[29] Traducido y adaptado de MAUET, Thomas. Problems on Trial Evidence. Cases. Case 10.15.

Capítulo 8

Prueba de referencia

Prueba de referencia

La llamada prueba de referencia es una excepción al principio de inmediación (379), en razón a que la declaración que se quiere hacer valer en el juicio se produjo por fuera de él, el juez no tiene la oportunidad de ver y escuchar al declarante en el momento de su declaración, ni como realmente el declarante percibe y recuerda, ni puede tomarle juramento, y sobre todo su declaración no puede ser sometida a contra interrogatorio.[30]

Este frágil medio probatorio hace que la regla general sea su exclusión, precisamente por apartarse de los principios rectores de un juicio oral, público, contradictorio, y concentrado. Y que solo en cinco eventos el Código de Procedimiento Penal permita su admisibilidad.

a. **Finalidad**
La finalidad de la prueba de referencia como anota CHIESA[31] es recibir como evidencia una declaración que se hizo fuera de la vista o juicio en la que se ofrece, justamente para probar que tal declaración es verdadera.

b. **Elementos**
Para que una evidencia se constituya en prueba de referencia se requiere (art 438 CPP):

1. Que la declaración haya sido realizada fuera del juicio oral
La norma señala que se trata de toda declaración, por lo que podemos entender entrevista, declaración juramentada, interrogatorio o en cualquier medio escrito, de video o audio que la contenga.

2. Que esté destinada a probar o excluir cualquier aspecto sustancial objeto del debate procesal
El artículo 438 de manera enunciativa menciona como aspectos sustanciales los elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado.

3. Que sea imposible practicarla en el juicio
La imposibilidad de su práctica se deriva de una condición del declarante que debe ser absoluta como lo determinan los literales del artículo 438:

a) Afirma bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente esta afirmación.

El peritaje y la condición mental del declarante como requisito de admisibilidad deben someterse a confrontación. El dictamen pericial debe recaer sobre la condición actual del declarante y no sobre los hechos que declara o sobre la condición en el momento que declaró, lo que lo tornaría especulativo (arts 417 y 418 del CPP).

b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar.

c) Padece grave enfermedad que le impide declarar. Esta condición debe igualmente ser comprobada pericialmente.

d) Ha fallecido.

[30] MAUET, Thomas. Trial Evidence. Second Edition. Aspen Law and Business.2001. P 129 y 130.
[31] CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales). Tomo II. Publicaciones JTS®TM. República Dominicana 1998. p 615.

Termina el artículo señalando una quinta clase de prueba de referencia: las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Esta última clase que no se relaciona con una condición del declarante sino con declaraciones vertidas en documentos, debe cumplir con la condición de imposibilidad real de obtener el testimonio en el juicio oral. Lo contrario es facilitar el ejercicio muy manido del traslado de declaraciones escritas de un expediente a otro, la presentación de testigos de dudosa identidad y la preservación del régimen inquisitivo sin debido contradictorio.

El papel del juez en ese aspecto debe ser muy activo exigiendo al acusador evidencia de la imposibilidad de practicar la declaración en juicio, y comprobación de las diligencias investigativas de ubicación del testigo.

¿Qué son los escritos de pasada memoria?

El concepto "escritos de pasada memoria" proviene de la regla 65 e) de Puerto Rico y de la regla Federal de Evidencia FRE 803 (5), traída a nuestro ordenamiento procesal.

El escrito de pasada memoria es "*la declaración contenida en un escrito o grabación con relación a la materia sobre la cual el testigo una vez tuvo conocimiento, pero que al momento no recuerda lo suficiente para permitirle testificar en forma precisa, si el escrito o grabación fue hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria*."[32]

Para que el escrito sea admitido como evidencia de referencia, debe reunir los siguientes requisitos:

- Que el testigo una vez tuvo conocimiento personal sobre la materia objeto de la declaración.
- Se requiere que haya tenido conocimiento personal, base fundamental de todo testimonio, y sobre el objeto específico solicitado en admisión.
- Que el declarante al presente no recuerda lo suficiente sobre el asunto para poder declarar en forma precisa.

La condición hace relación a la falta de memoria, que no es total, sino insuficiente, lo que evita la precisión de su dicho.

El defensor debe analizar antes de solicitar la admisibilidad del escrito como de pasada memoria como prueba de referencia, si en su lugar lo utiliza para refrescar la memoria del testigo, en su interrogatorio. Si esto no es efectivo ahí si podrá solicitar su admisión como prueba de referencia. Esto si se trata de su testigo de defensa.

Si por lo contrario el testigo es hostil , la mejor manera de desacreditarlo es utilizar las declaraciones del escrito para impugnar su declaración en el juicio oral, o desacreditar su memoria.

- Que el escrito o grabación haya sido hecho o adoptado por el testigo cuando la materia estaba fresca en su memoria.
- Hace relación al momento en que el testigo realizó la declaración, no a la ocurrencia de los hechos. De todas maneras no debe existir un largo lapso de tiempo entre los hechos y la declaración vertida en documento.

No es indispensable que el testigo haya elaborado el documento o realizado la grabación del mismo, sino que puede haber firmado la declaración elaborada por otro, o estar de acuerdo con el documento o grabación. Por ejemplo el transeúnte que observa la huida del carro que acaba de asaltar o secuestrar a una persona y describe las características del vehículo y placa

[32] Regla de evidencia 65(E) de Puerto Rico.

momentos después ante el jefe de seguridad del almacén, y luego con el paso del tiempo no recuerda la placa o el color del carro.

¿Qué son los archivos históricos?

Por archivo se entiende, según la ley general de archivos (ley 594 de 2000):

> *El "conjunto de documentos, sea cual fuere su fecha, forma y soporte material, acumulados en un proceso natural por una persona o entidad pública o privada, en el transcurso de su gestión, conservados respetando aquel orden para servir como testimonio e información a la persona o institución que los produce a los ciudadanos, o como fuentes de la historia. También se puede entender como la institución que está al servicio de la gestión administrativa, la información, la investigación y la cultura."* [33]

Por lo tanto puede entenderse como archivo histórico, a los efectos del artículo 438, el que reposa en poder de una persona natural o jurídica, pública o privada, conservado en cualquier forma material que permita su consulta o reproducción. Puede tratarse de archivos judiciales, archivos públicos, o archivos empresariales, o particulares que conserven la declaración.

Pertinencia y admisibilidad de la prueba de referencia.
No por ser una excepción a la inmediación la prueba de referencia está exenta de los juicios de pertinencia y admisibilidad aplicables a toda evidencia (Art 441 CPP).

El solicitante debe comprobar ante el juez la relación de la prueba de referencia con su teoría del caso, y además que es admisible por no causar perjuicio grave e indebido, ni crear confusión o dilación en el proceso (441 y 376).

Además la prueba de referencia debe cumplir con las condiciones de admisibilidad específica de la prueba testimonial y los de la prueba documental (426).

Prueba de referencia múltiple
La norma (439) realmente no se refiere a prueba de referencia múltiple[34] sino mixta, donde en una misma declaración existen apartes admisibles bajo las normas de excepción (438) y apartes inadmisibles por la regla general.

El efecto lo que la norma trae es excluir lo inadmisible a menos que la declaración se torne imposible de entender, y en este caso deberá excluirse toda.

Inconvenientes con la prueba de referencia.
La prueba de referencia es una institución de amplio desarrollo legal y jurisprudencial en las cortes estatales y federales de Norteamérica. Su complejidad ha llevado a su continua adaptación con la fijación de múltiples causales de excepción que condicionan su admisibilidad.

Desafortunadamente la adaptación de la figura al ordenamiento procesal colombiano ha sido limitada, lo que de seguro generará múltiples inconvenientes en su aplicación, que deberá solucionar la jurisprudencia.
El limitado campo de interpretación por tratarse de excepciones a la exclusión y ser taxativas y de interpretación restrictiva, ahonda más el problema de encuadrar múltiples formas de prueba de referencia que se presentan en la práctica.

[33] Artículo 3.
[34] La prueba de referencia múltiple, en cambio (Regla 66 de Puerto Rico y 805 Federal) hace relación a varias pruebas de referencia en relación de subordinación o dependencia, y sobre las cuales deben recaer reglas de excepción para su admisibilidad.

Ejercicio de Prueba de Referencia

Juan Díaz es acusado de lesiones personales de tránsito. La víctima Jorge Ocampo, estaba esperando una buseta en la Calle 19 con Avenida Caracas junto con su señora Lilia y su pequeño hijo Roberto. De un momento a otro fue atropellado por un automóvil. En el momento de ser subido a la ambulancia, un señor que afirmó ver el accidente le entregó un papelito afirmando que esa era el número de la placa del vehículo que lo había atropellado. Jorge entregó el papelito al CTI al formular el denuncio. El número de placa corresponde a un carro de propiedad de Juan Diaz. Jorge y su esposa Lilia reconocieron a Juan como el hombre que manejaba el vehículo.

El proceso se encuentra en el juicio oral. Durante el interrogatorio de Jorge Ocampo, testigo de la Fiscalía, sucede lo siguiente:

Fiscal: **Señor Ocampo, después de ser atropellado ¿alguien se acercó a auxiliarlo?**

Testigo: *Si, un señor vino me ayudó a acomodarme en la ambulancia y me dio un papel con la placa del vehículo que me atropelló.*

Fiscal: **¿Cuánto tiempo después de que lo atropellaran?**

Testigo: *Como unos diez minutos, más o menos.*

Fiscal: **El señor que le dio el número ¿usted lo conocía?**

Testigo: *No.*

Fiscal: **¿Cómo era?**

Testigo: *Era alto, acuerpado, moreno y con cicatrices de acné en la cara.*

Fiscal: **¿Qué le dijo él a usted?**

Defensor: *Objeción, señor Juez.*

Juez: Por favor acérquense al estrado ¿Qué va a manifestar el testigo?

Fiscal: **Señor juez, el va a manifestar que le dijo haber visto como el carro lo atropelló, y el escribió el número de placa.**

Juez: ¿Y solicitará usted la admisión del papel como evidencia?

Fiscal: **Por supuesto señor Juez. El CTI registró el papel como evidencia cuando se lo entregó el señor Ocampo.**

Juez: ¿Alguna objeción señor defensor?

Defensor: *Si señor juez.*

Juez: Sírvase fundamentarla.

1. ¿Qué objeciones (oposiciones) podrían hacerse?
2. ¿Cómo las sustentaría de la mejor manera?
3. ¿Qué argumentos tendría para oponerse a las objeciones?
4. ¿Qué normas del código regulan la solución a estas objeciones? ¿Por qué?
5. ¿De qué otra manera se podría resolver este asunto?

Capítulo 9

La prueba anticipada

La prueba anticipada

Es una excepción al principio de inmediación porque se forma antes del juicio oral y ante el juez de garantías y no ante el juez de conocimiento.

1. Oportunidad

La prueba anticipada se puede practicar durante la investigación y hasta antes de la instalación del juicio oral. Si es solicitada a la presentación del escrito de acusación, debe quien la solicita debe informar al juez de conocimiento.

2. Iniciativa

Puede ser solicitada por la Fiscalía, la Defensa o el Ministerio Público**.** En este último caso cuando ejerza o haya ejercido funciones como Policía Judicial (Art 112).

3. Competencia del juez de control de garantías

El juez de garantías ha sido concebido por la Corte Constitucional como una institución jurídica creada *"para compensar o encontrar equilibrio entre la eficacia de la justicia representada en el amplio poder instructivo que a través de la reforma se asigna a la Fiscalía General de la Nación y la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio de dicha facultad, como mandato constitucional ineludible".*[35]

El control de estos jueces, al decir de la Corte se presenta de una manera amplia e integral, destinada a la verificación de la pertinencia y la protección de los derechos humanos.

Sobre el alcance de la función de control de garantías en la materia específica de la prueba estableció la Corte en la mencionada providencia: *" Cabe señalar que la prueba no solo se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos de carácter formal para su aducción, que son los mismos a que aludió el Constituyente en el séptimo debate como requisitos de validez, sino además al cumplimiento de requisitos materiales que exigen que la prueba sea obtenida con pleno respeto de normas procésales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control de garantías conforme se advierte de lo que fue el trámite en primera vuelta"*[36]

4. Elementos de procedibilidad de la prueba anticipada

Quien solicite la práctica de una prueba anticipada debe acreditar ante el juez de control de garantías los requisitos generales de toda prueba:

a. **Pertinencia.** La prueba solicitada debe orientarse a probar hechos o circunstancias relacionadas con la existencia del delito y con la responsabilidad del defendido.

[35] Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 1993.p 37.
[36] Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 1993. p 39.

Quien solicita la prueba anticipada debe presentar al juez de garantías su teoría del caso, que relaciona la prueba solicitada con los hechos relevantes y los efectos jurídicos que pretende demostrar. Solo así el juez puede evaluar de manera íntegra la pertinencia de la prueba.

b. **Admisibilidad.** El juez de garantías debe realizar un doble juicio de admisibilidad, uno positivo y otro negativo (arts 284 y 373 CPP).

El positivo:

1. El solicitante debe acreditar que existan motivos fundados y de extrema necesidad para la práctica de la prueba antes del juicio oral y

2. que la prueba se practica para evitar su pérdida o alteración.

Los motivos fundados van más allá de la simple afirmación del peticionario. La extrema necesidad debe respaldarse en actos de investigación o en evidencia que se lleve ante el juez de garantías que demuestren la ostensible urgencia que obliga a practicar la prueba antes del juicio oral. El artículo 221 CPP describe que sustento probatorio deben tener los motivos fundados a efectos de fundamentar la orden de registro y allanamiento, perfectamente predicables para la prueba anticipada.

La pérdida o alteración del medio probatorio, también debe comprobarse como por ejemplo las condiciones especiales del testigo en relación con su vida amenazada por enfermedad o peligro evidente, el deterioro de la evidencia física o de la escena del delito por factores ambientales o de seguridad pública.

El negativo:

La prueba anticipada solicitada a pesar de su urgencia y necesidad no debe cumplir ninguno de los requisitos negativos que determina el art. 376 CPP:

1. No deber causar grave perjuicio indebido,
2. Ni generar confusión,
3. Ni exhibir escaso valor probatorio,
4. Ni ser dilatoria del procedimiento .

Estos elementos se explicaron al desarrollar el tema de pertinencia y admisibilidad.

5. Estrategia de la Defensa

Si quien solicita la prueba anticipada es la Fiscalía, nace una oportunidad para la defensa de conocer la teoría del caso que orienta el proceso de acusación, y de observar la fuerza probatoria de las evidencias de la Fiscalía, que justificarían adelantar un proceso de negociación o continuar hacia el juicio oral. También es una oportunidad para conocer otras evidencias que saldrían a la luz al sustentarse la teoría del caso del fiscal ante el juez.

Es también una oportunidad para oponerse a la práctica de la prueba por irrelevante, sino se reúnen los requisitos explicados, o inadmisibles, si su urgencia o necesidad no compensan ni por su materialidad o por su eficacia la intervención excepcional y temprana del juez de garantías antes del juez de conocimiento. Esto obviamente con el fin de debilitar la acusación y fortalecer la teoría del caso de la defensa.

Si la prueba anticipada es una prueba necesaria para la defensa, debe medirse su peso frente a su teoría del caso, su pertinencia y las condiciones de admisibilidad. El descubrimiento anticipado de la estrategia de defensa puede fortalecer a la Fiscalía y llevarla a completar su teoría del caso, o a corregirla con miras a aumentar su poder de negociación o a prever una mejor organización del juicio oral.

6. Práctica de la prueba anticipada

Admitida la prueba anticipada por el juez, su práctica es igual a la de la prueba en audiencia pública del juicio (Art. 284 CPP). Está sujeta a los principios de contradicción, oralidad y concentración. Por lo tanto no pueden existir como en el anterior sistema pruebas a espaldas de la defensa. La prueba anterior al juicio oral, cuenta en el nuevo sistema con todas las garantías (Art 125 num 4).

La ley además ordena la repetición de la prueba anticipada si las circunstancias que motivaron su práctica no se cumplieron o desaparecieron. Es un deber y no una facultad del juez que confirma que se trata de un medio realmente excepcional.

Ejercicio de Prueba Anticipada

El defensor en un proceso por homicidio solicita la práctica de una prueba anticipada de un testimonio de quien sufre cáncer gástrico avanzado. El testigo es la única persona que puede declarar que estuvo la noche de los hechos departiendo con el acusado, en su residencia, jugando cartas y tomando aguardiente y que él de allí no se movió.

Describa que elementos requerirá el defensor para la admisibilidad y práctica de esta prueba y redacte el memorial de solicitud al juez de control de garantías.

Capítulo 10

La prueba ilícita

La prueba ilícita

Prueba ilícita es la obtenida con violación de las garantías fundamentales, es decir la que vulnera el principio de legalidad en sentido amplio, concebido como sometimiento de las actuaciones públicas a la integridad del ordenamiento jurídico.

La prueba ilícita por previsión constitucional, es nula de pleno derecho (art. 29 constitucional) y por lo tanto es mandatario su exclusión del proceso.

Como lo explica ampliamente la Corte Constitucional, en la sentencia SU-159 de 2002, en el derecho comparado se identifican tres grandes grupos de sistemas o tendencias sobre la naturaleza y alcance de la prueba ilícita:

- La tradición anglosajona donde existe una regla general de exclusión de la prueba ilícita con dos tendencias: La de Estados Unidos donde la regla de exclusión es imperativa y no hay margen de discrecionalidad para el juez; y la de Gran Bretaña, Canadá y Australia, donde el juez cuenta con discrecionalidad para sopesar la prueba y aplicar factores de ponderación.

- La tradición Romana, ejemplificada con Francia e Italia, donde la legislación procesal establece un rígido sistema de nulidades sustanciales y procedimentales que exigen una debida fundamentación del juez al aplicarlas, y

- La tradición Germánica donde no existe ni regla general de exclusión ni un sistema de nulidades sino un sistema en el que el juez tiene el poder para determinar en cada caso cuando una prueba obtenida con violación de derechos debe desestimarse, aplicando un método de ponderación de factores múltiples jurídicamente relevantes.

En nuestro país nos hemos inclinado por un sistema de regla general de exclusión, como explica la Corte Suprema de Justicia :

> *"... en nuestro ordenamiento jurídico, las pruebas inconstitucionales, están sometidas a la regla de exclusión, bajo el sistema de la nulidad de pleno derecho sin que al respecto exista discrecionalidad judicial, como ocurre en el derecho comparado, ni sin que se pueda alegar como excepción, la prevalencia del interés general, puesto que tratándose de derechos fundamentales, inherentes a la dignidad humana, la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales*[37].

[37] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP: Herman Galán Castellanos. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Septiembre 2004. p 1372 a 1387.

La exclusión de las pruebas derivadas

La discusión jurisprudencial y doctrinal más compleja como lo han resaltado la Corte Constitucional (Sentencia SU-159 de 2002) y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia citada de 8 de Julio de 2004), se centra en determinar si las pruebas derivadas de la prueba principal obtenida ilícitamente, son válidas o se afectan del mismo vicio.

Identifica la Corte Suprema en la sentencia citada, en el derecho comparado tres sistemas sobre la invalidez de la prueba derivada:

- "*..el que le concede al juez plena libertad para apreciar la prolongación de los efectos de la invalidez de la prueba principal, inconstitucionalmente obtenida* (Inglaterra-Francia)"
- "*al que sienta, como principio general , que la invalidez de la prueba primaria no se puede extender a otras que le sean relacionadas o casualmente vinculadas* (Alemania)"
- "*y otro intermedio, conforme al cual los efectos de la exclusión de la prueba constitucionalmente ilícita se extienden a las pruebas derivadas de ellas, con algunas excepciones o distinciones* (Estados Unidos)".

Para la Corte, el inciso final del artículo 29 constitucional exige la exclusión estricta de la prueba constitucionalmente ilícita (principal) y eventualmente de la derivada, de entidad también constitucional, que tiene su fuente en esta prueba básica principal. Se acoge así la tendencia norteamericana sobre prueba ilícita y sus derivadas.

Esta doctrina es la que se ha incorporado al procedimiento penal colombiano, y tiene su origen en la jurisprudencia constitucional norteamericana de la primera mitad del siglo XX. Se denominó *doctrina del árbol envenenado.* Se enuncia diciendo que la ilicitud de la prueba no solo la afecta a ella sino que se refleja y afecta a las pruebas obtenidas o derivadas de aquella.

A partir de este enunciado, la jurisprudencia norteamericana desarrolló algunas excepciones fundadas como toda norma probatoria, en la lógica y la experiencia práctica: teoría de la fuente independiente[38]; teoría del vínculo atenuado[39] y teoría del descubrimiento inevitable[40].

Esta teoría ha sido adoptada por la legislación y jurisprudencia en países como España, Argentina y Costa Rica.

El Código de Procedimiento Penal, asimiló esta doctrina foránea consagrando los siguientes principios y características:

<u>Regla de exclusión general: (23)</u>

a) Toda prueba violatoria de las garantías fundamentales del proceso es nula y debe excluirse.
b) Toda prueba derivada (nexo causal) de una prueba ilícita es también nula y debe excluirse.
c) Toda prueba cuya existencia solo pueda explicarse por medio de una prueba ilícita, también es ilícita y debe excluirse.

<u>Excepciones</u>: Conservan su validez y por lo tanto pueden ser sujetas a los juicios de pertinencia y admisibilidad las pruebas que:

a) <u>Provengan de una fuente independiente</u>: (455)

[38] MURRAY vs. U.S, 487 U.S. 533 (1988); SEGURA vs. U.S., 468 U.S. 796 (1984)
[39] WONG SUN vs. U.S., 371 U.S. 471 (1963) y UNITED STATES vs. CECCOLINI, 435 U.S. 268 (1978)
[40] NIX vs. WILLIAMS, 467 U.S. 431 (1984)

Funciona cuando la prueba derivada tiene independencia de la prueba ilícita de la que se origina, se rompe el vínculo casual y se mira la primera como de fuente independiente.

Al acto ilegal o sus consecuencias se puede llegar por medios probatorios legales presentes que no tienen conexión con la violación constitucional.[41]

El ejemplo clásico en la jurisprudencia norteamericana y española es el caso de las interceptaciones telefónicas que se hacen con violación a las garantías fundamentales, y por lo tanto la evidencia obtenida en ellas es nula.

La fuente independiente nace cuando el procesado en el juicio oral, decide libre y espontáneamente confesar los hechos delictivos que son los mismos obtenidos por la prueba ilícita. El resultado probatorio se obtiene con independencia de la prueba que vulneró los derechos fundamentales.

b) Tengan un vínculo atenuado (455)

Si el vínculo o nexo causal entre la prueba ilícita y entre la prueba de ella derivada se presenta en forma atenuada, se acepta que esta última es independiente y lícita.

Las violaciones constitucionales que han tenido derivaciones en actos posteriores, pero la propagación del vicio se ha atenuado, diluido o eliminado por falta de inmediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal.[42]

En WONG vs. U.S[43], una persona acusada fue arrestada ilícitamente, y luego de ser puesta en libertad, se presentó voluntariamente en el departamento de narcóticos donde fue interrogada, con todas sus garantías, realizando una confesión con hechos autoincriminatorios que se aceptaron para ser acusada y condenada.

En U.S. vs CECCOLINI, un testigo que habia sido ubicado con información obtenida en un allanamiento ilegal a una floristería, fue aceptado como evidencia, sobre la base que ese testigo (la dueña de la floristería), de manera espontánea colaboró al delatar a su empleado y dependiente.

c) El descubrimiento inevitable (455)

Como una derivación de la teoría de la fuente independiente, se elabora la teoría del descubrimiento inevitable. En el caso NIX vs. WILLIAMS, durante un interrogatorio ilegal el imputado confesó ser el culpable de un homicidio y condujo a la policía al lugar donde había enterrado el cadáver de la víctima. La confesión se excluyó de la evidencia, más no así el cuerpo de la víctima. Se afirmó que el cuerpo habría sido descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la confesión por más de doscientos voluntarios, por un plan que contemplaba la zona donde se ubicó el cadáver.[44]

El descubrimiento inevitable permite entonces la admisibilidad de la evidencia obtenida mediante otra prueba o procedimiento ilícito, porque de todas maneras habría sido obtenida por otros medios probatorios o vías legales legítimos e independientes de la conducta ilícita original.[45]

[41] HAIRABEDIAN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Ad-hoc. Villela Editor. Buenos Aires. 2002. p 67.
[42] HAIRABEDIAN, Maximiliano. Op cit. p 85.
[43] 371 U.S. 471 (1983)
[44] 467 U.S. 431 (1984)
[45] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. 2004. p 127.

La diferencia con la fuente independiente es que en ésta la prueba alternativa o independiente se requiere que sea actual, en cambio en el descubrimiento inevitable que sea hipotéticamente factible.[46]

Prueba ilícita como consecuencia de la violación de garantías fundamentales

El Código aunque regula de manera limitada y taxativa la nulidad e ineficacia de los actos procesales[47] , establece sin embargo una causal de nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso en aspectos sustanciales (457).

Esta causal de anulación de los actos procesales, es una oportunidad para que la defensa, con fundamento en la interpretación constitucional, busque el amparo de los derechos del procesado con un criterio más amplio y garantista, apoyado por ejemplo en la doctrina de la Corte Constitucional y los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

La Corte Constitucional ha descrito las condiciones de aplicabilidad para determinar cuando existe una violación al debido proceso que traiga como consecuencia la exclusión probatoria:[48]

1. Debe determinarse si la irregularidad es de tal entidad que afecta el debido proceso. La irregularidad debe atentar contra derechos sustanciales del procesado, contra la integridad del sistema judicial, o contra el goce efectivo de los derechos fundamentales.

2. Debe considerarse el alcance del debido proceso. Este involucra en la constitución colombiana no únicamente las normas procesales sino las garantías que dan efectividad a los derechos de las personas frente a la arbitrariedad de las autoridades.

3. Debe considerarse el rol del derecho penal en el Estado social de derecho. Este se orienta no únicamente a garantizar los derechos del procesado, como el derecho de defensa, el debido proceso y la imparcialidad sino los derechos constitucionales a la vida, la integridad y la libertad que se protegen sancionando a quien viola el Código Penal .

4. La exclusión de la prueba significa que ésta no puede ser parte ni de la acusación ni de la sentencia. Su exclusión efectiva del expediente es la garantía del efecto de nulidad de pleno derecho.

[46] HAIRABEDIAN, Maximiliano. Op. Cit. p 73.
[47] Titulo VI, Libro III
[48] Sentencia SU-159 de 2002.

Ejercicio sobre prueba ilícita

La Fiscalía ordena un allanamiento para ubicar los expendedores de bazuco que viven en un inquilinato en el centro de la ciudad. Aunque la orden de allanamiento identifica que este se realizará en la residencia del señor Ulises Avendaño, en el momento de practicar la diligencia la Policía Judicial decide allanar todo el inquilinato aduciendo que la nomenclatura urbana señalada en la orden le permite inspeccionar todas las habitaciones.

En la habitación de Carlos Ahumada ubicada en un piso arriba de la de Avendaño, se encuentran dos kilos de marihuana, razón por la cual se procede a capturar a Ahumada y a su esposa Juliana Gaviria.

En la audiencia preliminar ante el juez de control de garantías, el fiscal además de argumentar que la orden determinaba una nomenclatura urbana, y eso le permitía allanar todo el inmueble, manifiesta que el artículo 225 #2 le permitía a la Policía Judicial extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en situaciones de flagrancias.

El defensor de Carlos Ahumada y Juliana Gaviria solicita al juez la exclusión de la evidencia por tratarse de prueba ilícita.

1. ¿Qué argumentos puede presentar la defensa?
2. ¿Qué base jurídica puede invocar el defensor?
3. ¿Qué argumentos adicionales puede traer la Fiscalía?

Capítulo 11

Descubrimiento de la evidencia

Descubrimiento de la evidencia

El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344) y a la Defensa en la audiencia preparatoria (356) de dar a conocer de manera integra la evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y el de lealtad procesal.

Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2) el defensor debe conocer, por intermedio del juez todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

Esta etapa, previa al juicio oral debe ser aprovechada por el defensor con dos propósitos:

- El primero conocer el contenido de toda evidencia incriminatoria en contra de su defendido y así anticipar la teoría del caso del acusador y ajustar la de la defensa. Para ello debe ser muy acucioso en solicitar toda la evidencia de la Fiscalía, con el mayor detalle posible, que le permita identificar las fallas en el proceso previo de formación de la prueba con miras a la confrontación en el juicio.

- El segundo propósito es utilizar el conocimiento de los medios descubiertos en la audiencia preparatoria, para oponerse a la admisibilidad de evidencia ofrecida por la Fiscalía. Del uso debido de las oposiciones en esta audiencia podrá lograr el rechazo, la exclusión o la inadmisibilidad de medios de conocimiento relevantes de la Fiscalía que no llegarán al juicio oral y que debilitan sustancialmente su teoría del caso.

Características del descubrimiento

1. El descubrimiento debe ser total

   Esto significa que deben entregarse o exhibirse todos los medios de conocimiento que se tengan en poder: evidencia material, documental, entrevistas, declaraciones, deposiciones, interrogatorios, informe base de la opinión pericial, etc.

   Significa además que los medios cognoscitivos deben entregarse completos no parcialmente, ni mutilados o transcritos fragmentariamente de cualquier manera que limiten el conocimiento pleno del adversario sobre su estado y contenido.

   Así por ejemplo la evidencia material debe exhibirse a solicitud de parte en la audiencia preliminar (358), y acreditar si es necesario su cadena de custodia, que demuestre su autenticidad y preservación (254).

   Con la prueba documental sucede lo mismo, los documentos por muy voluminosos que sean deben ponerse a disposición del adversario (337-d) , cumpliendo además con la regla de mejor evidencia (433-434). Los resúmenes, diagramas, y otras pruebas demostrativas o ayudas que faciliten la presentación de documentos ante el juez deben ser admitidos en la audiencia preparatoria, a fin de que se demuestre su correspondencia con los originales y sé dé la oportunidad al adversario de consultar la integridad del documento del que se ha extraído el resumen.

Las entrevistas, declaraciones, deposiciones, exposiciones o interrogatorios deberán igualmente entregarse en copia escrita o en copia de audio o video, según el medio que se haya utilizado para registrarlas, a fin de que la defensa tenga la posibilidad de evaluar no sólo lo dicho sino las condiciones y mecanismos en que estos medios de investigación se realizaron. Deben entregarse los nombres, direcciones y datos personales de los testigos (337#5-c)

Que no puede descubrirse (345). La norma enuncia las excepciones al descubrimiento probatorio.

1. La información proveniente de privilegios, como las conversaciones entre el abogado y su cliente.

2. La información sobre hechos no relacionados con la acusación y a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba. Como por ejemplo una declaración que hace parte de un privilegio o exclusión constitucional. ¿Estos últimos como cuáles serían? ¿Los notorios, públicos?

3. Los documentos de preparación de la teoría del caso tanto de la defensa como de la Fiscalía, siempre que no se refieran a la manera como se realizaron entrevistas o deposiciones.

4. Cuando la información que se pide descubrir pueda ocasionar perjuicios a investigaciones posteriores o en curso.

5. Cuando se afecte la seguridad del Estado con la información.

En estos dos últimos eventos se realizará la práctica de pruebas fuera de la sala de audiencia para garantizar la privacidad y a las partes se les impondrá el deber de reserva.

2. <u>El descubrimiento debe ser oportuno</u>

El deber de lealtad procesal exige que la parte ante la que se descubre la prueba tenga la oportunidad de preparar la contradicción de la evidencia que se le pone de presente.

Por lo tanto la ley fija una oportunidad para la Fiscalía (344) y otra para la defensa (356) a fin de que descubran la evidencia que llevarán a juicio.

Aunque la norma del 344 pareciera concebir un descubrimiento a instancia de la defensa sobre las pruebas de la Fiscalía y viceversa, debe entenderse que el procedimiento es el siguiente:

1. La Fiscalía al presentar su escrito de acusación con los documentos anexos, descubre la evidencia que relaciona como soporte de la acusación.(337)

2. La defensa puede solicitar al juez, que la Fiscalía descubra determinado medio de prueba de que tenga conocimiento. (344). Creemos que no se limita a la evidencia física como menciona el artículo, sino a todo medio de prueba, ya que el descubrimiento no es sólo sobre algunos tipos de evidencia.

3. La Fiscalía también puede solicitar al juez de conocimiento el descubrimiento de los medios de conocimiento de la defensa, que se descubrirán en la audiencia preparatoria (344 y 356).

4. La defensa está obligada, si va a hacer uso de la inimputabilidad como estrategia de defensa, a hacer entrega de los exámenes periciales que han sido practicados al acusado (344).

5. Constituye un deber especial del juez, procurar que el descubrimiento sea lo más completo posible (344).

6. Sobre la evidencia pericial existe norma especial que permite que el informe base de la opinión del perito pueda ser puesto en conocimiento de las partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la fecha de la audiencia donde declarará el experto. (415). Consideramos que esta norma viola la garantía de contradicción y defensa oportuna.

   Si a la defensa se le otorga el derecho a disponer del tiempo y medios razonables para preparar el debate (125#2), no se explica la excepción en la prueba pericial. Corresponde al defensor y al fiscal cuando sea del caso, solicitar al juez un tiempo razonable para preparar la contradicción de esta evidencia.

Excepción a la oportunidad de descubrimiento

El inciso final del artículo 344 autoriza excepcionalmente a presentar en el juicio evidencia no ofrecida con anterioridad. Esta norma debe de interpretarse en conjunto con el artículo 346 sobre exclusión de evidencia no descubierta oportunamente, a fin de extraer los elementos de la excepcional admisión:

1. El primer deber del juez es rechazar la evidencia por no presentarse en la oportunidad y con los requisitos que se establecen. Esto preserva las garantías y la igualdad en el debate procesal frente a maniobras engañosas que busquen sorprender al adversario en el juicio.

2. El juez sólo admitirá la evidencia no descubierta antes del juicio si cumple los siguientes requisitos:

   a. Debe solicitarse por una las partes . No puede el juez por conocimiento personal decretarla, ya que se trataría de una prueba de oficio, prohibida legalmente (361).

   b. Previa comprobación que fue encontrada luego de la oportunidad legal para descubrirla. Porque si la evidencia ya existía no solo debe rechazarse, sino que además deben aplicarse sanciones disciplinarias (143) y penales por ocultamiento de evidencia (Art 454B CP),

   c. Que la omisión en presentarse oportunamente no es imputable a la parte afectada. (346). Porque la parte a quien favorece la prueba no puede verse afectada por las maniobras del adversario, que fuera de ocultar evidencia se vería premiado con su exclusión del debate.

   d. Debe ser evidencia muy significativa. Su valor probatorio debe ser esencial para la decisión del conflicto. Si no lo es, por tratarse de evidencia irrelevante o superflua debe rechazarse.

   e. El juez debe ponderar la afectación al derecho de defensa y la integridad del juicio. Cumplidos los anteriores requisitos el juez debe escuchar a las partes para definir sobre la admisibilidad de la evidencia y ponderar si hubo afectación del derecho de defensa y la integridad del juicio que impidan la admisión de la evidencia, o por el contrario no se han afectado garantías y la evidencia debe ser admitida.

Ejercicio de descubrimiento de evidencia

En un proceso por el delito de concusión, la Fiscalía ha ofrecido presentar tres (3) cassettes de audio como evidencia de que el acusado presionaba a los participantes en una licitación para que le pagaran una suma de dinero a fin de favorecerlos con la adjudicación. La Fiscalía al descubrir la prueba entrega unos resúmenes de las transcripciones de los casetes.

Al iniciarse el juicio oral, la Fiscalía presenta al Perito experto en identificación de voces y medios de audio, este presenta el contenido íntegro de las grabaciones, con las transcripciones completas que destacan nuevos hechos que la defensa no conocía.

El defensor objeta la presentación de esta evidencia.

1. ¿Qué objeciones puede realizar el defensor?

2. ¿Qué argumentos puede tener para la exclusión de esta evidencia?

3 ¿Qué disposiciones pueden alegar para sustentar su solicitud?

4 ¿Qué argumentos tendría la Fiscalía para oponerse?

5 ¿De que otra manera podrá solucionarse el conflicto?

Capítulo 12

Oposiciones u objeciones

Oposiciones u objeciones

El defensor en el proceso adversarial debe contar con el suficiente conocimiento, buen juicio y preparación para el debate. Para intervenir en el proceso de formación de la prueba (15) no sólo debe conocer la teoría de las normas probatorias sino valerse de destrezas y habilidades que logren la persuasión del juez. Necesita capacidad de decisión oportuna, adaptabilidad a la dinámica del juicio y bastantes reflejos. Las objeciones son una técnica que requiere de esa preparación y agilidad mental.

¿Qué son las oposiciones?
Las oposiciones u objeciones son el mecanismo por el cual se muestran y se resuelven los conflictos sobre la evidencia en el juicio oral.

La oposición u objeción es la solicitud que se hace al juez para que decida sobre la admisibilidad de determinada evidencia. El propósito de objetar es prevenir la introducción o consideración de información inadmisible[49]

¿Qué se objeta?
El Código de Procedimiento Penal consagra las oposiciones únicamente en el interrogatorio de testigos, cuando alguna de las preguntas viole alguna de las reglas para su recepción o incurra en prohibiciones (395).

Sin embargo, consideramos que las oposiciones tienen un ámbito más amplio y constituyen el medio de oposición más frecuente a la admisión de toda evidencia, y en la práctica de las pruebas. Se objeta:

1. <u>La admisibilidad de evidencia antes de la práctica de pruebas.</u>
   Las partes y el Ministerio Público tienen la facultad de solicitar al juez de conocimiento la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de evidencia en la audiencia preliminar, lo que constituye una forma de oposición (359).

   La oposición en la audiencia preliminar es bastante amplia. Se puede objetar cualquier medio probatorio, entre otros, por:

   - Inadmisible. Porque no reúne los requisitos generales de admisión del 376, o los específicos del medio probatorio como en la evidencia pericial los que se requieren para la admisión del informe (414) o de la evidencia científica o novel (422).

   - Impertinente. Cuando no se relaciona directa o indirectamente con los hechos materia del proceso o a la credibilidad de un testigo o perito (375).

   - Inútil. Porque no sirve o aprovecha a los fines del proceso, o a la teoría del caso de las partes, a dar claridad a los hechos que se buscan probar.

   - Repetitivo: Porque están destinados a establecer algún hecho que se probará por otro medio probatorio, o ya se ha establecido. El medio repetitivo es el mismo superfluo (139#1).

[49] LUBET, Steven. Op Cit.

- Por tratarse de hechos que no requieren prueba como los hechos notorios.
- Por provenir de la reserva que preside las manifestaciones preacordadas, la mediación, la conciliación, la suspensión condicional o la aplicación del principio de oportunidad.
- Privilegio. Que como excepción constitucional para el imputado y el testigo, se permite no declarar (385).
- Prueba de referencia. Es objetable si no está dentro de las causales excepcionales de admisibilidad (437 y 438).
- La prueba ilícita. Por ser nula de pleno derecho como se explicó (360,455).
- La prueba de oficio. Por ser una prueba prohibida por la ley (361).
- En general todo medio probatorio que vulnere el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales, y las garantías fundamentales (457).

Esta facultad también puede ser ejercida ante el juez de control garantías, cuando se solicita la práctica de una prueba anticipada, ya que está en el deber de atender primero a la admisibilidad antes de su práctica (284-376-377).

También se puede ejercer cuando se solicita la admisibilidad excepcional en el juicio oral de la evidencia no descubierta oportunamente (344).

2. La admisibilidad de evidencia en la práctica de pruebas

Durante la práctica de pruebas las oposiciones también se realizan a fin de evitar la introducción de evidencia inadmisible. Las oposiciones se realizan durante la práctica del interrogatorio o el contra interrogatorio a los testigos o peritos que declaran en el juicio oral con el fin de que el derecho de contradicción se ejerza plenamente, con respeto y lealtad al adversario y observando siempre una conducta ética en ello.

En el interrogatorio pueden presentarse por entre algunas las siguientes objeciones:

- Falta de autenticación. Cuando la evidencia se presenta al juicio y se comienza a describir su contenido pero no ha sido previamente autenticada (426). La base de la admisibilidad en juicio es la autenticidad y pertinencia, esta debe acreditarse antes que el testigo comience a declarar sobre los hechos.
- Falta de fundamentación. Cuando al testigo por ejemplo se le pregunta sobre los hechos, pero previamente no se ha establecido su permanencia en el lugar ni la razón de ello, para acreditar su conocimiento personal (402).
- Mejor Evidencia. En el caso de evidencia documental cuando no se presenta el documento original y no se está frente a las excepciones (433 y 434).
- Falta de acreditación o acreditación insuficiente del perito. Los antecedentes del perito son presentados para su citación, mediante certificaciones de idoneidad (413), pero esto no obsta para que dentro del juicio oral, cuando se interrogue sobre los antecedentes de su conocimiento (417 # 1,2 y 3) se objete por falta de acreditación de conocimientos teóricos o prácticos sobre el dictamen que presentará, o insuficiencia de los mismos.

Objeción a preguntas

En el interrogatorio se objetan con frecuencia preguntas que evitan que el testigo declare en forma concreta, espontánea y directa sobre los hechos que se busca probar. Ejemplos de estas objeciones son:

- Pregunta Sugestiva: Como en interrogatorio quien declara sobre los hechos es el testigo, las preguntas deben ser siempre abiertas: qué, cómo, cuándo, dónde, y después

que sucedió, etc. Dando la oportunidad a que el testigo explique su dicho. Las preguntas sugestivas son las que afirman hechos para que simplemente el testigo corrobore, lo que ubica al abogado interrogador en la posición de declarante. Son las preguntas más objetables en el interrogatorio porque insinúan el sentido de las respuestas(391 y 392 lit b)).

Ejemplo:
¿Estaba usted suficientemente cerca para observar los hechos?

¿El procesado iba a exceso de velocidad?

- Pregunta Narrativa: Las preguntas que inducen a un relato amplio y no se relacionan con hechos específicos, son objetables. (392 lit a))

  Ejemplo:
  Diga todo cuanto le conste de los hechos del presente proceso.

  ¿Cuéntenos lo que sucedió durante ese día?

- Pregunta capciosa: Es la que emplea el artificio o el engaño contra el testigo o el juez para desdibujar la evidencia o buscar un provecho indebido (392 lit b)

  Ejemplo:
  ¿Conoce al abogado defensor del acusado?

  ¿Se ha entrevistado usted con el abogado defensor, antes de venir a esta audiencia?

  Estas preguntas de común ocurrencia que formula el fiscal o el juez, con la pretensión de disminuir la credibilidad del testigo o insinuar la preparación antiética del testigo, son objetables.

  Como manifestación del derecho de defensa técnica y material el defensor debe preparar el interrogatorio de sus testigos al igual que el fiscal, bajo las bases éticas, sin que esto sea ilegítimo o irregular.

- Pregunta confusa: Es la pregunta que genera confusión en el testigo o en el juez, o que no sirve para hacer claridad sobre los hechos(392 lit b).

  Ejemplo:
  ¿Sabe el motivo por el cuál se encuentra en esta diligencia?

  Esta pregunta de tradición judicial es confusa porque no se relaciona con los hechos que declarará y el testigo tiene pleno conocimiento del motivo por el que se le cita, lo que la hace superflua.

- Pregunta que pide opinión al testigo no calificado: La base del testimonio es la descripción de hechos por conocimiento personal objeto del juicio o relacionados con la credibilidad del testigo (391). A diferencia del perito a quien se le pide una opinión calificada sobre lo que observa o deduce (405).

  Ejemplo:
  ¿Cómo considera el comportamiento del acusado en ese momento?

  ¿Era cierto lo que el acusado dijo cuando lo amenazó?

  ¿Antes de sacar el arma el acusado se veía paranoico?

- Pregunta que induce al testigo a una conclusión: El testigo declara sobre hechos y las conclusiones corresponden a los argumentos de las partes y a la decisión del juez.

Ejemplo:

¿Trató el acusado de matar a Julio en esa ocasión?

- Preguntas hipotéticas o especulativas: Son objetables porque colocan al testigo en una situación hipotética, eventual para que opine o concluya.

  Ejemplo:
  ¿No es posible que el acusado lo observara cuando usted digitaba la clave en el cajero?

  ¿Si usted no hubiera sido distraído por esa bicicleta, usted podía haber evitado el accidente?

- Pregunta compuesta: Es objetable porque contiene dos o más hechos sobre los que se pide que el testigo conteste, sin saber si la respuesta se relaciona con uno de ellos o con ambos. Lo propio es formular una pregunta concreta cada vez.

  Ejemplo:
  ¿Estaba el conductor dando reversa con las luces intermitentes prendidas?

  ¿Sabía el contratista que usted trabajaba para el Ministerio y era el interventor de ese contrato?

- Pregunta argumentativa: El argumento es la base de los alegatos de conclusión y no de la práctica de pruebas donde se van a demostrar los hechos. La pregunta es objetable porque crea una deducción de los hechos con efectos de argumento conclusivo.

  Ejemplo:
  En un homicidio donde se discute si el acusado actuó con dolo eventual o con culpa con representación, se pregunta:

  Como usted conduce hace más de veinte años, iba ese día a 40 km/h , la carretera estaba despejada, y usted vio que la señora cruzaba la vía. ¿usted confió en su pericia para evitar atropellarla, no es cierto?

En el contra interrogatorio las preguntas que se formulan para refutar lo declarado en el interrogatorio se enmarcan dentro de los temas abordados en este (391) y para impugnar la credibilidad del testigo (403). Como se trata de testigos de la parte adversa se permiten las preguntas sugestivas, que buscan confrontar al testigo.

También se permiten preguntas que induzcan a conclusión, y aun las argumentativas porque al ejercer el contradictorio se está precisamente dejando ver las contradicciones y falencias del testigo y su testimonio, lo que no es desleal ni incorrecto.

Las preguntas capciosas, las especulativas, las que provienen de prueba ilícita, prohibida, las que tienden a ofender al testigo (392), y en general las impertinentes o inconducentes, no son aceptables y por lo tanto son susceptibles de oposición.

Objeción a respuestas.
No solo son motivo de oposición las preguntas. Las respuestas también pueden serlo, en razón a los medios probatorios deben orientarse a la obtención de la verdad y en la contradicción es donde ésta se percibe.

La principal causa de objeción a las respuestas es la no contestación de lo que se pregunta, porque el testigo evade, duda o señala algo distinto de lo que se está preguntado. Esta objeción

es muy importante porque también a efectos de la apreciación del testimonio su comportamiento al declarar en el juicio oral ante el juez es importante que quede el registro (404).

La decisión de objetar

La decisión de objetar se fundamenta en el peso que puede tener la objeción frente a la teoría del caso del oponente o la propia. No debe objetarse únicamente por la forma si ésta no causa ningún daño al planteamiento de la defensa, y si en cambio podría distraer o crear un clima no favorable frente al juzgador. El juzgador puede llegar a pensar que no hubo preparación para el debate, que no hay ninguna teoría del caso seria de la defensa o que se quiere entorpecer la labor del acusador impidiendo la presentación de su caso o la controversia de los testigos adversos.

Cuando se objeta la admisibilidad de evidencia en la audiencia preparatoria, hay tiempo para preparar la oposición y sus argumentos y el debate se circunscribe a si la evidencia pasa o no al juicio oral. En cambio cuando se objeta dentro del debate oral, la decisión de objetar es inmediata y es la preparación previa y la concentración la que permite en segundos decidir la objeción.

En este proceso de decisión se reconocen tres etapas:

1. Reconocer cual es la parte sujeta a objeción. La práctica y el conocimiento a fondo del caso permiten distinguir rápidamente al escuchar un planteamiento sujeto a oposición.

2. Evaluar si tácticamente es conveniente objetar o no. Allí es donde debe pensarse si es trascendental la objeción para su teoría del caso, y si puede causar un efecto persuasivo en el juez.

3. Formular una oposición válida. Como medio de contradicción la oposición se funda en el principio de legalidad, y al objetar debe sustentarse la clase de objeción con la disposición que impide su admisibilidad. Una oposición sin fundamento jurídico serio es desastrosa frente al juez.

Realizada la objeción puede ser aceptada o no. Si lo es, debe estarse atento a las demás preguntas porque el oponente puede reformular la pregunta más adelante. Si no es aceptada, la objeción con su fundamento deben quedar bien claras en el registro de la audiencia, pues ésta es la base para ejercer los recursos ordinarios (359) y sustentar ante el superior la razón de inadmisibilidad invocada en la oposición (177 # 4 y 5)

¿Cómo se debe objetar?

Como la oposición es una destreza el defensor debe manejar muy bien la forma en que objeta en el juicio oral a fin de lograr un resultado favorable a ella.

Oportunidad para objetar

Debe objetarse inmediatamente se escuche la pregunta, antes de que el testigo conteste, a fin de que el juez decida. Si se objeta luego de la respuesta del testigo, su respuesta ya está fijada en la mente del juez y como se dice ya no puede devolverse el sonido de la campana. La oportunidad de actuar de inmediato es esencial en la objeción.

La forma de la objeción

Para objetar hay que ponerse de pie, dirigirse al juez y decir: "Objeción señor Juez" u "Oposición señor Juez", o "Pregunta argumentativa", "Testimonio de referencia". Debe ser algo muy breve que escuche el juez y detenga la secuencia del interrogatorio o contra interrogatorio.

Realizada la objeción debe sustentarse sucintamente, por ejemplo "el fiscal está sugiriendo la respuesta al testigo", "el fiscal está argumentando", "lo dicho por el testigo es de referencia", " la pregunta viola el privilegio entre médico y paciente". Los argumentos excesivos deben evitarse, el planteamiento es breve y así la respuesta del juez.

El juez por lo general entiende la objeción con su simple planteamiento, y decide inmediatamente si ésta es o no fundada (395). Otras veces pide mayor sustentación, otras le solicita al oponente que señale su posición frente a la objeción o lo invita a reformular la pregunta, esto también brevemente.

Lo decidido por el juez sobre la oposición cierra la controversia en ese momento y continúa la presentación de la evidencia. Si no se está de acuerdo lo único es asegurarse que la objeción y su decisión han quedado registradas para ejercer la impugnación ante el superior. Insistir en la objeción en ese momento o pelear con el juez no es conveniente, porque perjudica el resto del juicio. Se puede si en una nueva pregunta resurge el motivo de la objeción realizarla nuevamente.

Cuando es al defensor a quien se objeta, no hay que dejarse intimidar por la objeción, porque perder el control en el interrogatorio o contra interrogatorio es perjudicial ya que demuestra debilidad o no preparación. Lo aconsejable tan pronto se objeta es responder rápido y seguro ante el juez de manera sucinta. Debe evitarse dirigirse al oponente, porque quien preside y decide es el juez.

Finalmente no hay que dormirse como ya se dijo cuando prospera la objeción. Un litigante hábil reformula la pregunta y obtiene la contestación que fue antes objetada.

Ejercicio sobre objeciones

Vistas ya las diversas clases de evidencia con sus requisitos de pertinencia, admisibilidad y autenticación formule cinco objeciones que pueden presentarse, dos en la audiencia preparatoria y tres en el juicio oral.

Capítulo 13

Rol ético del defensor en la prueba

Rol ético del defensor en la prueba[50]

La actividad del defensor en procura de garantizar los derechos de su representado se encuentra enmarcada dentro de los principios y valores éticos que ordenan la profesión de abogado. Presentamos algunos eventos donde surge el conflicto ético entre preservar los intereses del defendido, dentro de la confidencialidad que involucra la relación abogado-cliente y los valores propios del sistema de administración de justicia.

La preparación del testigo

Un tema de gran controversia se relaciona con la facultad del abogado para asistir al testigo en preparar o mejorar su testimonio.

Aparte de constituir un delito, es absolutamente antiético participar en la creación del falso testimonio. El abogado no puede concertar con el testigo para inventar hechos . Subyace dentro del sistema adversarial de justicia que los abogados actúan como guardianes del sistema para evitar ofrecer evidencia con perjurio. Sin esta seguridad, la verdadera justificación del sistema adversarial está debilitada, sino destruida.

En la preparación del testigo se ha considerado en sistemas como el nuestro que es antiético que el abogado se reúna con el testigo, antes del juicio, por la posibilidad de contaminar su testimonio. En los sistemas penales adversariales el punto de vista es distinto. En estos es considerado incompetente al abogado que falla en reunirse y preparar al testigo antes de que su testimonio se reciba. La práctica de la preparación del testigo está tan generalizada y consolidada como para ser atacada.

Se justifica en teoría que los testigos, y en especial los clientes, dan derecho al abogado para ayudarlo a asegurar que su testimonio es presentado con precisión y es persuasivo. La justificación es convincente. El testigo, dejado sólo, puede ser olvidadizo, inarticulado, o no está consciente del significado de los hechos que relata u omite. Las personas van al abogado precisamente porque ellos quieren y le otorgan el poder para asistirlos en la presentación de sus demandas o defensas. No puede abandonarse al cliente a que sea interrogado o contrainterrogado sin revisar previamente su potencial testimonio.

Más dificultades se presentan cuando el abogado ayuda a refrescar los recuerdos, a llenar vacíos en su historia o a sugerir posibles alternativas. Esta práctica se justifica de nuevo porque es necesario asegurar que la verdad fluya plenamente. Los testigos pueden ser olvidadizos, especialmente cuando no son conscientes de la importancia legal de ciertos hechos.

La clave para el abogado es preparar al testigo explícita e implícitamente para dar su propio testimonio, y no el testimonio que el abogado quiera favorecer o prefiera. La mayoría de los esfuerzos para asistir o empoderar al testigo son éticos. Los esfuerzos para sustituir o fabricar el testimonio, no importa como sean hechos, son antiéticos.

[50] En este capítulo seguiremos el libro de Steven Lubet. MODERN TRIAL ADVOCACY, ya citado.

Ofrecimiento de evidencia inadmisible

Es antiético ofrecer evidencia sabiendo que no hay bases razonables para su admisibilidad. Aun cuando el oponente sea negligente en objetar, y aun cuando el juez yerre en decretarla. El sistema adversarial no se extiende hasta permitir el uso intencional de evidencia inadmisible.

¿Cuándo el abogado tiene un conocimiento razonable de que la evidencia es admisible? Esta determinación descansa en el proceso individual de cada abogado. La disciplina y el análisis acucioso de la evidencia permite al abogado conocer la admisibilidad en cada caso. El litigante debe preguntarse por qué es admisible la evidencia, y no solamente contestar que ayuda a mi teoría del caso, sino que tiene bases jurídicas ciertas.

Ocultamiento, alteración o destrucción de evidencia

No es ético tampoco ocultar, alterar o destruir evidencia para que no sea llevada a juicio o hallada por el ente acusador.

Aunque la carga de la prueba se encuentra en la Fiscalía General de la Nación y la Defensa no está obligada a aportar evidencia (125# 8), esto no significa que la defensa cuente con la potestad para ocultar, alterar o destruir evidencia.

La labor de la defensa debe enmarcarse en el respeto a la administración de justicia y por tanto no puede aconsejar a los testigos y defendido para que oculten la evidencia incriminatoria, la alteren, contaminen o destruyan. Su facultad de no estar obligada a descubrir y presentar evidencia no se extiende hasta allí.

Previendo la vigencia del nuevo sistema acusatorio, el legislador anticipó la reforma al Código Penal, al dar rango de delito a esta conducta. Dice la disposición:

Artículo 454B. Ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio. El que para evitar que se use como medio cognoscitivo durante la investigación, o como medio de prueba en el juicio, oculte, altere o destruya elemento material probatorio de los mencionados en el Código de Procedimiento Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Formular objeciones sin fundamento

Así como es antiético presentar evidencia no admisible, lo es también formular objeciones que carecen de base jurídica para prosperar.

Se utilizan con la finalidad de entorpecer la labor del oponente, y romper el flujo de un exitoso interrogatorio o contra interrogatorio. Son las llamadas objeciones tácticas cuya finalidad no es evitar la admisión de evidencia, sino simplemente dañar la presentación de prueba o la contradicción que realiza el oponente.

El litigante se ve expuesto no sólo a poner en contra al juzgador cuando objeta sin bases, sino además a ser objeto de las sanciones disciplinarias previstas en el Código de Procedimiento Penal (143 #4 y 7).

Ejercicio de ética en el juicio oral

En un proceso por homicidio, el acusado dentro de la confidencialidad que conlleva la relación con su abogado le cuenta que él cometió el homicidio cuando estaba en una discoteca y quiso bailar con una mujer atractiva que estaba en otra mesa. Al oponerse el novio, él le disparó y lo mató.

Le dice además a su defensor que él declarará en el proceso, y manifestará que él no disparó, sino fue uno de sus escoltas, con quien ya ha hablado y quien confesará el delito, alegando una legítima defensa. Él por su parte se hará cargo de la familia del escolta mientras él esté detenido.

1. ¿Cómo resuelve el defensor este dilema ético entre el perjurio que se presentará en el juicio y su deber de confidencialidad?