

“EL MANEJO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y
EVIDENCIA FÍSICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO”

LUZ STELLA POSADA MONTOYA
FERNEY MÚNERA MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
PEREIRA
2007

“EL MANEJO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y
EVIDENCIA FÍSICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO”

LUZ STELLA POSADA MONTOYA
FERNEY MÚNERA MARTÍNEZ

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
FACULTAD DE DERECHO
PEREIRA
2007

NOTA DE ACEPTACIÓN:

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Pereira, Junio de 2.008.

Este paso más que superamos en nuestras vidas profesionales lo dedicamos a nuestras familias, a esos seres especiales que ocupan un lugar privilegiado en nosotros y que son la razón de nuestras aspiraciones y logro de nuestras metas.

AGRADECIMIENTOS.

A Dios, porque sin su iluminación y voluntad nada se realiza, a nuestros amados padres, razón de ser de nuestro existir, motivo de nuestros sueños y a quienes debemos su sacrificio, compañía, motivación y apoyo constante.

Al doctor Jairo Martínez, por su asesoría y el aporte invaluable en la realización de este proyecto, al doctor Gustavo Acevedo por su apoyo y acompañamiento metodológico.

A la universidad Libre de Pereira por brindarnos su acogida y el honor de ser profesionales de tan magno claustro.

CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	1
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
2. HIPÓTESIS	4
3. JUSTIFICACIÓN	5
4. OBJETIVOS	
4.1. Objetivo General	7
4.2. Objetivos Específicos	7
5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	9
6. CAPITULO I	
LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO	11
6.1. Principios de la prueba en el procedimiento penal Acusatorio	11
6.1.1. Principio de presunción de inocencia	11
6.1.2. Principio de legalidad	13
6.1.3. Principio de libertad probatoria	14
6.1.4. Principio de contradicción	15
6.1.5. Principio de inmediatez	16
6.1.6. Principio de concentración	18
7. CAPÍTULO II	
CONCEPTOS ESENCIALES SOBRE PRUEBAS	19
8. CAPITULO III	
PERTINENCIA, AUTENTICACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA	24

8.1.	Pertinencia	25
8.2.	Autenticidad	26
8.3.	Admisibilidad	27
8.4.	Normas de exclusión	28
9.	CAPÍTULO IV	
	CLASES DE PRUEBAS	31
9.1.	La prueba testimonial	31
9.2.	Prueba de referencia	34
9.3.	Prueba pericial	41
9.4.	Evidencia demostrativa	46
9.5.	La prueba documental	47
9.6.	La prueba de referencia	51
9.7.	Prueba de referencia múltiple	57
9.8.	La prueba anticipada	58
9.9.	La prueba ilícita	62
9.10.	Descubrimiento de la evidencia	69
10.	CAPÍTULO V	
	DIFERENCIA ENTRE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA	76
10.1.	Elementos materiales probatorios, evidencia física y Evidencia demostrativa	81
10.2.	Cadena de custodia	83
10.3.	Las evidencias y la cadena de custodia	86
10.4.	Ej. La cadena de custodia en los centros médicos	87
11.	CAPÍTULO VI	
	LA IMPORTANCIA DE LA EVIDENCIA FÍSICA Y SU MANEJO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	92
11.1.	Manejo y envío de evidencias biológicas al laboratorio De genética forense	92

11.2. Recolección, preservación y embalaje de sangre en Elementos u objetos transportables como armas (contundente, corto punzante, y de fuego), elementos de oficina (esfero, sobres de papel, CD).	95
11.3. Recolección, preservación y embalaje de elementos no transportables como superficies extensas y sólidas como paredes, pisos, superficies de autos, alfombras, cortinas, ventanas, sábanas y colchones en el lugar de los hechos	95
11.4. Actos sexuales y acceso carnal violento	102
12. CAPITULO VII	
PROTECCIÓN DE LA ESCENA DEL CRIMEN	104
12.1. Deberes personales y responsabilidades	106
12.1.1. Jefe de grupo	107
12.1.2. Fotógrafo y diario de fotografía	108
12.1.3. Especialistas	109
12.2. Investigación de la escena del crimen	111
12.2.1. Premisas básicas	111
12.2.2. Preparación	112
12.2.3. Acceso	113
12.2.4. Seguridad y protección	114
12.2.5. Vista panorámica preliminar	114
12.2.6. Evaluación de posibles evidencias físicas	115
12.2.7. Narración	115
12.2.8. Fotografía	116
12.2.9. Croquis	116
12.2.10. Registro y recolección de evidencias físicas en la Escena del crimen	117

13.CAPÍTULO VIII	
OPOSICIONES U OBJECIONES DEL ABOGADO ANTE LAS PRUEBAS	120
13.1. La admisibilidad de evidencia antes de la práctica de Pruebas	121
13.2. La decisión de objetar	127
13.3. La forma de la objeción	128
13.4. La preparación del testigo	130
13.5. Ofrecimiento de evidencia inadmisibile	132
13.6. Ocultamiento, alteración o destrucción de evidencia	132
13.7. Formular objeciones sin fundamento	133
14.CAPÍTULO IX	
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	134
15.ESTRATEGIA METODOLÓGICA	142
15.1. Tipo de investigación	142
15.2. Modalidad de la investigación	142
16.CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES	143
17.PRESUPUESTO DE COSTOS Y FINANCIACIÓN	143
CONCLUSIONES	154
BIBLIOGRAFÍA	173

INTRODUCCIÓN

La importancia de la presente investigación está relacionada con la implementación del nuevo Sistema Penal Acusatorio en Colombia, el cual nos obliga a la adquisición de nuevos conocimientos, como los contemplados en la Ley 906 del 31 de Agosto de 2004; indispensables para facilitar y garantizar la eficacia en los resultados de los procesos investigativos, en beneficio de la sociedad.

Esa eficacia se da en el proceso investigativo como la consecución de los objetivos o metas preestablecidas y cuyas instituciones deben encontrarse con la suficiente capacidad de lograr los efectos esperados en el sistema de justicia que se está aplicando; es por lo anterior, que en la actual administración de justicia se propende que exista la eficacia; pero en relación con la eficiencia de los operadores judiciales y todos los funcionarios involucrados dentro de ella; ya que la eficiencia debe aplicarse en todos los trabajos desempeñados por los servidores encargados de administrar justicia para que a través de la aplicación de los recursos humanos y técnicos se obtengan los mejores resultados y con un mínimo de errores; dando a entender el compromiso y profesionalismo en la ejecución de las tareas relacionadas con la aplicación del nuevo sistema penal en el país.

El sistema penal acusatorio Colombiano en lo relativo a la parte probatoria, especialmente en la recolección de evidencias; nos dice que la estandarización de los métodos utilizados por las diferentes instituciones investigativas tiene como finalidad agilizar y mejorar la administración y acceso a la justicia, con mejores prácticas que le garanticen a la ciudadanía la verdad y la transparencia de las instituciones.

Las pruebas determinan la base fáctica que permite reconocer y establecer la verdad jurídica, en virtud de la cual se sanciona al culpable de una conducta criminosa y se absuelve al inocente. Las pruebas evidencian los supuestos de hecho, que conducen a la consecuencia jurídica de la sanción. Por eso, también se ha dicho que la prueba es el fundamento imprescindible de la justicia.

En la presente investigación se analizan, entre otros temas, los protocolos y nuevos tratados que se han escrito sobre el manejo de los elementos materiales probatorios y evidencia física, en lo que corresponda a la fundamentación racional de la cadena de custodia en la aplicación de dichos elementos, ya que ella está llamada a demostrar la autenticidad de éstos. Su fortaleza y su adecuada y acertada utilización, propiciará el éxito de la tarea investigativa; pues, evitará la suplantación o la alteración del elemento material, garantizará que éste es el mismo que fue descubierto, identificado, recogido y embalado por el investigador y el mismo que fue examinado por el perito. Igualmente y de manera directa se adelantarán entrevistas con personal responsable de las Unidades de Reacción Inmediata y con los mismos investigadores y técnicos que relacionen sus experiencias con respecto al manejo de las evidencias físicas y de los elementos materiales probatorios.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El manejo de los elementos materiales probatorios y la evidencia física en el sistema Penal Acusatorio colombiano requiere de funcionarios capaces y preparados para darle el adecuado tratamiento a las pruebas, desde su recolección hasta su análisis, porque de ello depende que éstas determinen su autenticidad y la trascendencia dentro del caso investigado, es así como 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, generando interrogantes dentro de las partes, tales como: ¿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.

De acuerdo a esta premisa es importante la formulación de una pregunta clara y es:

¿Se está manejando adecuada o inadecuadamente los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas en la aplicación del nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano?

2. HIPÓTESIS

Los resultados de investigación adelantada en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano se ven afectados, por el desconocimiento de los aspectos relacionados con la recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física por la carencia de equipos técnicos y presupuesto requerido ya que el manejo inadecuado de las pruebas, de los elementos recolectados y de las evidencias físicas halladas, perderían valor probatorio y por ende se estaría frente a una investigación fracasada, con efectos negativos para producir convencimiento no sólo ante el Juez sino en las partes y en un público, sobre la veracidad o falsedad de los hechos del proceso, causado por la falta de estrategias, técnicas, capacitación y herramientas que mejoren la actividad de los funcionarios administradores de justicia, en lo que concierne con la metodología y uso de la oralidad, para un exitoso desenvolvimiento en el proceso investigativo.

Formulación de la Hipótesis

¿En el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio no se le están dando el manejo adecuado a los Elementos Materiales Probatorios y/o Evidencia Física?

3. JUSTIFICACIÓN

El desarrollo de este trabajo presenta una gran importancia en el campo jurídico y procesal debido a la gran trascendencia que otorgan los elementos materiales probatorios a un proceso ya que de su manejo adecuado depende en gran medida la resolución y el fallo de éste y porque al haber pasado de un Sistema Inquisitivo fuertemente arraigado en nuestro sistema jurídico procesal, a un sistema verdaderamente Acusatorio, es una tarea compleja que impone adoptar todas aquellas características inherentes a un sistema penal acusatorio, que exige en lo que respecta a las evidencias físicas y elementos materiales probatorios, darles el tratamiento correcto con su debido manejo, para ser llevadas a una interpretación de las disposiciones legales.

Estos elementos materiales y evidencias físicas, convertidos en prueba son un estado de cosas, susceptibles de comprobación y contradicción, que tienen lugar en el proceso, de conformidad con la Ley, para producir convencimiento, no sólo en el juez, sino en las partes y en el público, sobre la veracidad o falsedad de los hechos del proceso y, consiguientemente, para sustentar las decisiones. Ese estado de cosas, que puede consistir en un acto que se confiesa, en una evidencia física, en un elemento material probatorio, alguien que rinde testimonio, un experto que analiza y dictamina, un documento que dice algo o un objeto que indica o sugiere algo, se convierten en piezas clave dentro del proceso, resulta claro entonces que ese estado de cosas en el proceso al que llamamos prueba es introducido a éste a través de los llamados medios de prueba o medios probatorios.

Ahora bien, si la clave de todo proceso radica en la prueba, en el proceso penal adquiere dimensiones más trascendentales, por cuanto los resultados del proceso van a recaer en derechos de especial importancia del imputado.

Sólo la convicción firme y fundada de los elementos probatorios y evidencias físicas legalmente obtenidas sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá una aplicación de una verdadera justicia. Estos planteamientos son los que se desarrollan de manera analítica y concisa en el desarrollo del trabajo, resaltando la importancia de su elaboración.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo general

Analizar la importancia del manejo eficaz de los Elementos Materiales Probatorios y la Evidencia Física; respecto a su recolección, integridad, preservación y análisis técnico científico en el nuevo Sistema Penal Acusatorio, los cuales aportan al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la Ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.

4.2. Objetivos específicos

- Establecer cómo se afectaría el valor probatorio de las diferentes evidencias físicas y elementos materiales probatorios, obtenidos en el proceso de recolección, embalaje y almacenamiento por parte de la Fiscalía, si no se cuenta con personal idóneo para ello.
- Determinar como la investigación penal esté dirigida al logro de los fines propuestos, empleando métodos y recursos acordes al Nuevo Sistema Penal Acusatorio en Colombia tomando como referente la ciudad de Pereira.
- Aplicar un instrumento idóneo para la recolección de información que permita estudiar la realidad del manejo de los elementos materiales probatorios y/o en la Ciudad de Pereira.
- Permitir, que la verdad jurídica obtenida a través del adecuado manejo de los elementos probatorios, evidencia física y los principios de la cadena de

custodia, sean el fundamento para lo cual se sancione al culpable de una conducta criminosa o se absuelva al inocente.

- Promover la orientación por parte del Estado a sus colaboradores en la adquisición de conocimientos, indispensables para facilitar y garantizar la eficacia en los resultados de los procesos investigativos.

5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

De acuerdo a las consultas hechas en las Facultades de Derecho de las Universidades Libre, Seccional Pereira y La Gran Colombia, Seccional Armenia, no se tiene registro alguno sobre una investigación que trate el tema relacionado especialmente, con las Evidencias Físicas y los Elementos Materiales Probatorios en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Pudimos observar que en la Universidad Libre, Seccional Pereira solamente existe un trabajo de investigación que trata el tema sobre la Cadena de Custodia; la cual es un sistema documentado que se aplica a los Elementos Materiales Probatorios y Evidencia Física por las personas responsables del manejo de los mismos; trabajo éste que tiene que ver con uno de los temas que contiene nuestra investigación.

En materia de publicaciones, se destacan las investigaciones y recopilaciones adelantadas por el Dr. ÁLVARO VIVAS BOTERO, en su texto titulado: “El Lugar de los Hechos”, referencia al Sistema Penal Acusatorio, estudios de Criminalística; quien desarrolló temas de gran importancia como el “Levantado, embalaje y etiquetado de Elementos Materiales de Prueba o Evidencias Físicas”, al igual que “La Prueba y los Elementos Materiales de Prueba” y “Actos de investigación”.

De otro lado, se destaca el texto “Manual Único de Policía Judicial”, adelantado por los diferentes organismos de Policía Judicial del Estado Colombiano, a través del Consejo Nacional de Policía Judicial, con temas como: “Los medios cognoscitivos en la indagación e investigación”, “Cadena de Custodia”; manual que contribuye para que funcionarios de Policía Judicial del Estado ejecuten sus tareas de una manera estandarizada, protocolizada y eficaz.

Además, se recalca el texto: “Manual Único de Criminalística”, presentado por la Fiscalía General de la Nación, donde se recoge el conocimiento y la experiencia

de todos los grupos de criminalística del cuerpo técnico de la investigación de la Fiscalía General de la Nación y se desarrolla la observancia de los protocolos técnicos debidamente convalidados con todas las garantías de formulación para acceder al servicio de la justicia

Es de anotar, que verificadas las bibliotecas de las diferentes facultades de Derecho, en especial, las de Armenia y Pereira; no existen textos que se relacionen especialmente con el tema que nos ocupa, debido a la novedad de nuestro Sistema Penal Acusatorio, en materia de evidencia física y elementos materiales probatorios.

6. CAPITULO I

LA PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

6.1. 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 colombiano¹. 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 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:

6.1.1. 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).

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

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.

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.

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 permanente².

² STC 111/1999, citada por Manuel Jaén Vallejo en: La Prueba en el proceso penal. Ad-Hoc. Buenos

6.1.2. 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 eficacia⁶. 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). o 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 y 438 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)³.

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).

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.

6.1.3. 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.

³ 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.

6.1.4. 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:

El derecho a conocer de todos los actos de investigación y de prueba, y

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 Aroca⁷ 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 procesal⁴.

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).

6.1.5. 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.

⁴ MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch alternativa. Valencia 1997. P 143.

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).

6.1.6. 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 gravedad⁵.

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). 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.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi. 2ª edición. Noviembre 2003. p 57.

7. CAPITULO II

CONCEPTOS ESENCIALES SOBRE PRUEBAS

“El nuevo sistema penal acusatorio trae consigo un nuevo lenguaje en materia de procedimiento y pruebas. A lo largo del trabajo se explican el contenido y alcance de algunos conceptos. El siguiente es un vocabulario básico sobre el nuevo sistema probatorio”⁶.

- 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

⁶ Sociedad para Asistencia Legal, Bayamón, Puerto Rico. Taller de Litigación sobre presentación de prueba e impugnación de testigos. Directores: Licenciados Israel Hernández González, Luis {

directamente vinculados con la controversia del caso⁹. 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).
- Prueba de referencia múltiple: Es la declaración de referencia que contiene partes admisibles y partes inadmisibles. La ley ordena excluir solo la parte inadmisibles, 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)⁷.
- 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 especialísimas.

⁷ Regla de evidencia 65(E) de Puerto Rico.

- 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.”

8. CAPITULO III

PERTINENCIA, AUTENTICACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Para que una evidencia pueda ser considerada en el juicio oral debe ser previamente fundamentada ante el juez⁸. La fundamentación es requerida como señala Lubet⁹ 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 actuar o proceder

“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

⁸ En este capítulo seguiremos las explicaciones de Steven Lubet (Modern Trial Advocacy) y Ernesto Chiesa (Tratado de Derecho Probatorio).

⁹ Lubet, Steven, Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice. National Institute for Trial Advocacy. 1993. p 262.

testigo se le permitirá describir el accidente. Por supuesto no todas las fundamentaciones son así de sencillas”¹⁰.

Tres aspectos esenciales debe la evidencia demostrar para ser aceptada:

- 1 Pertinencia.
- 2 Autenticidad.
- 3 Admisibilidad.

8.1. 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:

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

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.

¹⁰ Trial Evidence. Thomas A. Mauet y Warren D. Wolfson. Aspen Law and Business. Second Edition. P.3.

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.

8.2. Autenticidad

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 vídeo que contiene las entrevistas realizadas por la defensa.

Para la presentación del vídeo, como requisito, debe asegurarse que:

La grabación en vídeo debe ser relevante (375).

La videograbadora se probó antes de usarse y estaba en condiciones normales de operación.

La videograbadora es apropiada para reproducir sonido e imagen.

Quien manejó la videograbadora es experimentado y calificado para operarla.

El testigo vio y escuchó lo que se filmaba.

Después de realizada la grabación el testigo vio y oyó la grabación y se aseguró que se grabó adecuadamente sonido e imagen.

La grabación fue identificada, sellada y guardada para evitar la manipulación, y así se ha conservado para llevar al tribunal.

La videograbadora del juzgado pueda reproducir adecuadamente sonido e imagen¹¹.

8.3. 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

¹¹ Adaptado del Taller de Litigación sobre presentación de prueba- impugnación de testigos. Lic.0 Israel Hernández y Luis M. Velásquez. Sociedad para Asistencia Legal Bayamón, Puerto Rico.

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.

8.4. 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:

Que la evidencia pueda causar grave perjuicio indebido

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.

Que la evidencia genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto o exhiba escaso valor probatorio.

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.

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:

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

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

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

9. CAPITULO IV

CLASES DE PRUEBAS

9.1. 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:

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).

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:

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

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).

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.

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?

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. Las opiniones o inferencias de los testigos no expertos (peritos) se limitan y aceptan cuando: a. Son razonablemente basadas en la percepción del testigo.

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?

9.2. 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 inadmisibile por falta de conocimiento personal sobre los mismos.

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

Interrogatorio y confrontación.

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 remitimos¹².

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.

Impugnación de testigos

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

¹² En esta explicación seguimos los libros de Ernesto Chiesa, Tratado de Derecho Probatorio y Steven Lubet, Modern Trial Advocacy.

desacreditar al testigo como una fuente confiable de información¹⁷ (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.

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:

Reiteración

Validación y Confrontación

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.

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.

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.

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

Impugnación por naturaleza inverosímil o increíble del testimonio

Esta norma fue tomada de Puerto Rico y como explica Chiesa¹³ corresponde a la regla de evidencia de ese país, que a su vez la copió de la sección 780 (b) del Código de Evidencia del Estado de California.

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 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.

¹³ CHIESA, Ernesto. Op Cit. Tomo I, p 454.

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 impugnables 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”¹⁴.

¹⁴ 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.

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.

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.

9.3. 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.

La jurisprudencia norteamericana¹⁵ 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 702¹⁶, 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:

¹⁵ LUBET, Steven- Modern Trial Advocacy- NITA. 1993. p 171

¹⁶ MAUET, Thomas. Trial Evidence. Aspen Law and Business. 2001. p 285.

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).

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.

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 víctima 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.

La opinión pericial

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

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.

Explicar los principios científicos que fundamentaron sus verificaciones los métodos aplicados a la investigación y las técnicas de orientación, probabilidad o certeza.

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

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.

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.

9.4. 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.

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.

9.5. La Prueba Documental

La evidencia documental está constituida por todo tipo de escritos, grabaciones de audio o vídeo, 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.

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.

MÉTODOS DE AUTENTICACIÓN E IDENTIFICACIÓN

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:

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.

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.

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.

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.

9.6. 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.

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 CHIESA¹⁷ 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.

¹⁷ MAUET, Thomas. Trial Evidence. Second Edition. Aspen Law and Business.2001. P 129 y 130.

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.

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 contradictorio¹⁸.

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 80 , 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.”

¹⁸ CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales). Tomo II. Publicaciones JTS®TM. República Dominicana 1998. p 615.

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, 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).

9.7. Prueba de Referencia Múltiple

La norma (439) realmente no se refiere a prueba de referencia múltiple¹⁹ 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 inadmisibile 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.

¹⁹ 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.

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.

9.8. 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).

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”²⁰.

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 procesales y sustanciales de todo rango, examen inherente al control de garantías conforme se advierte de lo que fue el trámite en primera vuelta”²¹

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:

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

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

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 1993.p 37.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 1993. p 39.

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:

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

3. 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.

4. 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.

9.9. 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 mandatorio 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 ponderación²².

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: “²³..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.

²² Herman Galán Castellanos. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Septiembre 2004. p 1372 a 1387.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP:

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)”²⁴.

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

²⁴ 39 WONG SUN vs. U.S., 371 U.S. 471 (1963) y UNITED STATES vs. CECCOLINI, 435 U.S. 268 (1978)

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 aquella²⁵.

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; teoría del vínculo atenuado y teoría del descubrimiento inevitable.

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:

Regla de exclusión general:

- 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.

²⁵ MURRAY vs. U.S., 487 U.S. 533 (1988); SEGURA vs. U.S., 468 U.S. 796 (1984)

c) Toda prueba cuya existencia solo pueda explicarse por medio de una prueba ilícita, también es ilícita y debe excluirse.

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

a) Provenzan de una fuente independiente: (455)

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 constitucional²⁶.

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.

²⁶ HAIRABEDIAN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Adhoc. Vilela Editor. Buenos Aires. 2002. p 67.

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 intermediación entre los últimos actos y el original que se obtuvo en forma ilegal.

En WONG vs. U.S43, una peona 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 había 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.

“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”²⁷.

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.

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.

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, establece sin embargo una causal de nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso en aspectos sustanciales.

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.

²⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. J.M. Bosch Editor. 2004. p 127.

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:

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.

9.10. 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 se dé la oportunidad al adversario de consultar la integridad del documento del que se ha extraído el resumen.

igualmente entregarse en copia escrita o en copia de audio o vídeo, 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. El descubrimiento debe ser oportuno

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.

10. CAPITULO V

DIFERENCIA ENTRE ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA

El Código de Procedimiento Penal no hace una distinción entre elemento material probatorio y evidencia física, indistintamente menciona estos términos juntos o alternativamente. En el Art. 275 del C.P.P. menciona cuáles son los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas, las cuales trataremos más adelante con mayor detenimiento en el desarrollo de la presente investigación.

Igualmente algunos conceptos de Fiscales e Investigadores de la Fiscalía General de la Nación han coincidido en manifestar que al tratar el tema sobre elementos materiales probatorios y evidencia física, no hay una distinción clara y al referirse al caso manifiestan que lo relacionado se trata sólo de elementos materiales y no de pruebas, puesto que en el nuevo sistema penal, estas evidencias físicas sólo se convierten en pruebas en la audiencia pública, es decir, ante el juez de conocimiento, puesto que ya la Fiscalía no tiene asignada esa función de práctica y valoración de la prueba en la etapa de investigación

Sin embargo, podemos expresar que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas son los elementos tangibles que están directamente vinculados con la controversia del caso. 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 éste y que contribuye a obtener información para el esclarecimiento de los mismos.

En cuanto al concepto de elementos materiales probatorios y evidencia física podemos señalar que constituyen la base científica-técnica para la comprobación del cuerpo del delito o del hecho. Los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas se van jerarquizando mediante un proceso de ajuste a fin de que constituyan medios de prueba que nos permitan conocer e individualizar la persona inculpada de todos los demás, reuniendo sistemáticamente y científicamente tales elementos de convicción.

La palabra "evidencia" ha sido integrada desde tiempo atrás para el orden principalmente penal, y en el orden técnico de la investigación Criminalística, se le conoce como evidencia física, evidencia material o material sensible significativo; es por ello, que el manejo inadecuado de la evidencia física conduce a su contaminación, deterioro o destrucción; por esta razón, la búsqueda, recolección de las evidencias deberán seguir los lineamientos de un protocolo seguido por las personas encargadas de su recolección.

Los Elementos Materiales Probatorios y Evidencias Físicas con la reforma al Sistema Procesal en el año 2004, cobran una especial trascendencia, pues, logran posicionarse incluso hasta el rango Constitucional, así lo prevé el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002, que sienta las bases del cambio, de manera que el numeral 3 del Artículo 250 de la Constitución Política, título VIII, Capítulo VI, señala que la Fiscalía General de la Nación deberá: “asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la Cadena de Custodia, mientras ejerce su contradicción”.

Igualmente, de una u otra forma se relacionan los Arts. 29, 90 y 124 de la Constitución Política, así:

Art. 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”. En su inciso cuarto “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra...”

Art. 90: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

Art. 124: “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

La Fiscalía General de la Nación se pronuncia con la Resolución 0-2869 de diciembre 29 de 2003, resolviendo en su artículo Primero “Expedir el manual de procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia...”; y en su artículo Segundo, expresa: “Corresponde a cada servidor público y los particulares que tengan relación con los elementos físicos materia de prueba, incluyendo el personal de servicios de salud, velar por la aplicación de los procedimientos descritos en el manual expedido con la presente resolución”.

Mediante la Ley 906 del 31 de agosto de 2004, por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal; y en relación con nuestro tema, se destacan los artículos siguientes:

Art. 275. Elementos materiales probatorios y evidencia física. “Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes:

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

Art. 276. Legalidad. “La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se hay observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes”.

Art. 277. Autenticidad. “Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia.”

Art. 278. Identificación técnico-científica. “La identificación técnico-científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte...”

Art. 279. “El elemento material y evidencia física recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa...”

Art. 280. “El elemento material y evidencia física recogidos por servidor público judicial colombiano, en desarrollo de la técnica de entrega vigilada, debidamente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa...”

Art. 281. “El elemento material probatorio y evidencia física remitidos por autoridad extranjera... será sometido a cadena de custodia...”

Art. 254. Cadena de Custodia. “Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: Identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado...”

Art. 257. “El servidor público que, en actuación de indagación o investigación policial, hubiere embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física lo custodiará”.

Art. 273. “La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe”.

Art. 380. “Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo”.

Art. 382. “Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”.

10.1. 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 caso²⁸. 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;

²⁸ 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.

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?

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.

10.2. Cadena de Custodia

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”²⁹.

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

²⁹ En esta explicación seguimos los textos de Steven Lubet “Modern Trial Advocacy” y Ernesto Chiesa “Tratado de Derecho Probatorio”.

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).

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)

El éxito de una investigación judicial depende de la custodia adecuada de todos los elementos que son considerados material probatorio es por eso que en el sistema acusatorio, el proceso investigativo y judicial se apoya de manera importante en la cadena de custodia, tal y como se desprende del artículo 254 de la Ley 906 de 2004, toda vez que es el mecanismo para demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física.

El objetivo de este segmento es brindar una aproximación sencilla sobre la importancia de la cadena de custodia en el sistema acusatorio, así como la obligatoriedad de cumplir con la norma por parte del personal en salud.

10.3. Las Evidencias y la Cadena de Custodia

Las evidencias son cualquier artículo tangible, pequeño o grande, cuyo análisis produce información que tiende a probar o a oponerse a una hipótesis sobre un punto en cuestión. Permite demostrar hechos, descartar o confirmar la comisión de hechos punibles o esclarecerlos, siendo utilizados por la autoridad en la prueba pericial.

“Para llegar a esta prueba, los elementos se obtienen inicialmente en el lugar del hecho o escena, siendo éste el lugar donde inicia la cadena de custodia, finalizando solo por orden de la autoridad competente. La escena puede ser principal, es decir donde se comete el hecho, pero pueden existir escenas asociadas, como lo son hospitales o sitios donde llegan pacientes y que se convierten en un reservorio de posibles evidencias. De ahí que la recolección y preservación de los elementos sean fundamentales para que en el momento del pronunciamiento de la autoridad competente, se haga de la forma más precisa y justa posible. La cadena de custodia, es indispensable para favorecer esta situación”.

En todo contacto entre un cuerpo y otro se intercambia evidencia física. La cadena de custodia es un método diseñado para controlar la confiabilidad de la prueba, que permite demostrar que el intercambio de evidencia ocurrió realmente en el momento del hecho. Si esto no es así, se pierde el valor probatorio de un elemento y se habla de contaminación. La cadena de custodia debe garantizar la pureza de la evidencia desde el momento mismo de la recolección, puesto que estos elementos materiales probatorios pueden finalmente convertirse en pruebas cuya legalidad debe estar garantizada para que puedan ser descubiertas y controvertidas en Juicio.

Para mantener la cadena de custodia, se deben verificar los siguientes puntos:

1. ¿Está el material apropiadamente identificado o marcado?
2. ¿Se ha preservado de destrucción o alteración?
3. ¿Se han descrito los cambios hechos en él por cada custodio?
4. ¿Se ha garantizado que sólo las personas autorizadas y registradas han tenido acceso a él?
5. ¿Está avalada la cadena de custodia mediante los respectivos recibos en cada cambio de custodia?
6. ¿Tales recibos describen adecuadamente el material, las personas comprometidas y el momento de cambio de custodia?

Como la evidencia es imprescindible en la investigación, su manipulación debe ser muy cuidadosa para evitar que el caso pueda comprometerse.

10.4. Ejemplo: La Cadena de Custodia en los centros médicos

Cuando un paciente es llevado a un hospital, los profesionales de la salud deben estar adecuadamente informados de la existencia de la norma en cadena de custodia, incluyendo el registro en la historia clínica de la cadena de custodia iniciada al elemento. La recuperación y preservación de estos elementos en los lugares de trabajo por parte del personal en salud, permitirá mejores pruebas en los casos en investigación que así lo requieran y evitará que el profesional de la salud responsable de la cadena de custodia, vea su responsabilidad comprometida por un mal manejo de la evidencia física con la cual ha tenido contacto directo.

“Al respecto es importante señalar, que el profesional de la salud podría ser investigado por el delito de Favorecimiento, tipificado en el artículo 446 del código

penal, en el cual se sanciona con pena de prisión la colaboración que se preste al presunto autor de una conducta punible sin que exista un acuerdo previo con él, para eludir la acción de la autoridad o el entorpecimiento de una investigación”.

Para tal fin, en el nuevo sistema penal acusatorio, se incluyó dentro del manual del sistema de cadena de custodia un aparte específico referente al tema en las entidades prestadoras de servicios de salud.

En la actuación como profesionales de la salud, se está en posible contacto con elementos considerados materia de prueba. Estos son aquellos recolectados en los pacientes.

Un paciente herido llega al servicio de urgencias y se sospecha que su condición clínica puede estar relacionada con la comisión de una conducta punible. Los elementos que se encuentren en su poder deben ser sometidos a cadena de custodia.

Describiremos a continuación algunos aspectos a recordar en el momento de embalarlos:

1. proyectiles

Es importante recordar que los proyectiles poseen un micro rayado que les da una caracterización única que permite cotejarlos. Por tal motivo es conveniente embalarlos individualmente. Un ejemplo es la situación que se puede vivir en salas de cirugía, donde del cuerpo de los pacientes se extraen proyectiles, que deben ser embalados por el personal de la salud allí presente.

2. Armas cortantes, punzantes y contundentes

Cuando se embalan este tipo de elementos es importante recordar que deben asegurarse con un cordón o fibra resistente.

3. Armas de fuego

El embalaje de las armas se debe hacer con precaución, evitando manipularlas para prevenir la contaminación.

4. Prendas

El manejo de prendas es común en servicios como el de urgencias. Estas deben preservarse, ya que pueden tener evidencias como manchas o huellas dejadas por proyectiles, que se podrán cotejar durante la investigación.

5. Muestras biológicas

Estas muestras pueden ser pieza fundamental en investigaciones, como por ejemplo en suicidios u homicidios buscando sustancias que permitan aclarar las circunstancias en que ocurren los hechos. Es por lo tanto importante conocer los recipientes adecuados en los cuales se deben embalar dichos elementos.

Como se mencionó anteriormente, éstos pueden traer consigo elementos (prendas, armas de fuego, armas corto punzantes, material biológico etc), que si no son adecuadamente preservados se perderán y como consecuencia de esto, el éxito de la investigación judicial puede verse comprometido. Es entonces una obligación embalarlos correctamente y rotularlos, ya que de esto dependerá la veracidad de la evidencia, y es garantía para el perito, quien puede confiar en que no ha presentado ninguna alteración durante su almacenamiento y transporte.

Cuando por ejemplo un paciente herido llega al servicio de urgencias, y se sospecha que su condición clínica puede estar relacionada con la comisión de una

conducta punible, los elementos que se encuentren en su poder deben ser sometidos a cadena de custodia para que la autoridad competente desarrolle su investigación. Lo primero que debe hacer el profesional de la salud es avisar a la policía, quien será la autoridad a la cual se le debe hacer entrega de los elementos recaudados, para que posteriormente los haga llegar al ente investigador. Mientras esto sucede, la institución debe custodiar el elemento, adecuadamente embalado, ya que solo es el perito quien puede abrirlo.

Es necesario recordar que el embalaje tiene unas características específicas según el elemento que se empaque. Además debe estar sellado, rotulado y con registro de cadena de custodia. Este registro es de suma importancia, ya que permite describir las características del elemento que se recibe, por ejemplo, si al recibirlo el sello está roto, o tiene alguna otra característica especial, debe dejarse registrada.

Igualmente es importante tener en cuenta la protección personal en el embalaje y el cuidado en el momento de manipular dichos elementos.

Cuando un elemento se embala, la norma refiere la forma de realizarlo de acuerdo al tipo de material.

Es importante señalar que durante el ejercicio profesional, es posible tener acceso a componentes anatómicos tales como órganos, tejidos, muestras, que a su vez se constituyen en evidencia física del acto médico, y de la situación clínica específica del paciente en el momento de la atención, lo que sin duda alguna en un proceso judicial puede favorecer la estrategia de defensa en aquellos casos que la responsabilidad del médico es el objeto de la investigación.

Finalmente, vale la pena hacer énfasis, en la conveniencia de que cada institución verifique el cumplimiento de la norma y genere un procedimiento para llevarla a cabo al igual que darla a conocer a los profesionales de la salud.

11. CAPITULO VI

LA IMPORTANCIA DE LA EVIDENCIA FÍSICA Y SU MANEJO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

11.1. Manejo y envío de evidencias biológicas al laboratorio de genética forense.

Tipo de muestra y condición: Sangre Líquida

Solo personal médico y de la salud calificado deberá coleccionar muestras de sangre en una persona

Recolección a Personas (víctimas, familiares y sospechosos):

Rotular los tubos y las tarjetas de FTA con la identificación completa antes de extraer la muestra.

Extraer mediante venopunción directamente la sangre venosa y disponerla en tubos con anticoagulante EDTA (etildeaminotetraacetato de potasio)de tapa color lila.

Punción capilar extraer por goteo la sangre sobre tarjetas de FTA.

Embalaje:

Inmovilizar los tubos con cinta sobre una superficie plana de un recipiente (caja o vaso de icopor).

Identificar el recipiente con un rótulo que contenga los siguientes datos(ver anexo): Fecha, dirección, diligencia, autoridad, recolectada por carnet No., enviada por carnet No. y fecha, recibida por carnet No. y fecha. Por último el número de muestras.

Preservación:

Refrigerar los tubos en una nevera de icopor o mantener en un lugar frío y seco.

Enviar al laboratorio inmediatamente.

La tarjeta de FTA se conserva a temperatura ambiente, protegida de la luz y la humedad.

Documentos:

Diligenciar acta de consentimiento de toma de muestra voluntaria (ver anexo). Si es un menor de edad debe estar acompañado por un representante del ministerio público y representante legal que deberá firmar por el menor. Escriba las anotaciones necesarias al final del acta.

Decadáctilar

Fotografía de la toma de la muestra y de la persona.

Fotocopia de la cédula de ciudadanía

Tipo de muestra y condición: Sangre coagulada

Recolección, preservación y embalaje en el Lugar de los Hechos:

Colectar el coágulo en un tubo estéril y adicione solución salina (enviar inmediatamente al laboratorio).

Ó transferir el coágulo a una gasa de tela estéril y secar a temperatura ambiente.

Colocar cada elemento en un recipiente apropiado (vaso de icopor o caja de cartón) con el rótulo correspondiente

Mantener las muestras en un lugar frío y seco.

Tipo de muestra y condición: Sangre en Mancha Húmeda

Recolección, preservación y embalaje de sangre impregnada en Prendas y Telas:
Señalizar con rótulos las posibles manchas de la prenda.

Secar a Temperatura ambiente antes de empacar la prenda.

Empacar cada elemento de manera individual y a su vez separe con hojas de papel limpio las manchas. Finalmente guarde en bolsas de papel y luego en bolsa plástica.

Rotular con la descripción completa (ver anexo)

Mantener los elementos en un lugar fresco y seco.

Recomendaciones:

No remueva y corte la mancha de sangre de la prenda.

Envíe la prenda intacta al laboratorio.

11.2. Recolección, preservación y embalaje de sangre en elementos u objetos Transportables como armas (contundente, corto punzante y de fuego), elementos de oficina (esfero, sobres de papel, CD)

Secar temperatura ambiente

Inmovilizar los elementos en contenedores como cajas de cartón o icopor, o bolsas de papel, sujetados con cordeles a una superficie de la caja, para prevenir la remisión de la mancha durante su envío

Rotule correctamente

Preservar las muestras en un lugar fresco y seco.

Enviar al laboratorio.

Enviar el objeto al laboratorio si es movable o transportable.

Elementos corto punzantes proteger las partes punzantes y cortantes con icopor, gasa o cartón.

11.3. Recolección, preservación y embalaje de elementos no transportables como superficies extensas y sólidas como paredes, pisos, superficies de autos, alfombras, cortinas, ventanas, sábanas y colchones en el lugar de los hechos:

Soportes Absorbentes:

Señalizar con rótulos las manchas presentes en las superficies.

Secar a Temperatura ambiente el soporte

Cortar la mancha dejando parte de la zona de soporte libre

Empacar cada Fragmento en papel de manera individual y posteriormente en bolsa plástica.

Rotular con la descripción completa (ver anexo)

Mantener los elementos en un lugar fresco y seco.

Soportes No Absorbentes:

Señalizar con rótulos las manchas presentes en las superficies.

Impregnar en gasas o escobillones estériles

Seleccionar una muestra blanco o patrón

Secar a temperatura ambiente (antes de embalar)

El embalaje apropiado es colocar el escobillón con el copo de algodón en el interior de un tubo seco estéril o en bolsas de papel estéril, identificado previamente con el lugar donde se recolectó la muestra. No utilice bolsas plásticas. Igualmente mantenga las muestras en un lugar frío y seco.

Enviar al laboratorio inmediatamente con el rótulo correspondiente.

Tipo de Muestra y condición: Sangre seca

Recolección, preservación y embalaje de sangre en elementos u objetos Transportables como armas (contundente, corto punzante y de fuego), elementos de oficina (esfero, sobres de papel, CD), vasos y botellas.

Señalizar con rótulos las manchas presentes en las superficies.

Inmovilizar los elementos en contenedores como cajas de cartón o icopor, o bolsas de papel, sujetados con cordeles a una superficie de la caja , para prevenir la remisión de la mancha durante su envío

Proteger las puntas de elementos cortopunzantes con algodón, icopor o gasa para prevenir accidentes y rotura de empaques.

Recolectar el material raspado sobre sobres elaborados en hojas de papel blanco estéril.

Empacar cada caja o sobre de papel de manera individual en bolsa plástica.

Rotular con la descripción completa

Mantener los elementos en un lugar fresco y seco.

Recolección, preservación y embalaje de elementos no transportables como superficies extensas y sólidas como paredes, pisos, superficies de autos, alfombras, cortinas, ventanas, sábanas y colchones en el lugar de los hechos.

Señalizar con rótulos las manchas presentes en las superficies.

Levantarse la mancha raspando suavemente la superficie con hoja de bisturí, hoja de afeitar estériles

Recolectar el material raspado sobre sobres elaborados en hojas de papel blanco estéril.

Raspar en una zona aledaña limpia como control de sustrato

Empacar cada sobre de papel de manera individual en bolsa plástica.

Rotular con la descripción completa (ver anexo)

Mantener los elementos en un lugar fresco y seco.

Tipo de Muestra y condición: Sangre cardiaca, músculos, Orina y bilis

Recolección, preservación y embalaje en cuerpos hallados en desastres masivos:

Mantener los cuerpos refrigerados a una temperatura de 4°C (recorrir a camiones con refrigeración).

La recolección de la muestra debe ser realizada por Médicos y enfermeros, quienes se encargan de la punción cardiaca para obtención de la sangre. La sangre se transfiere a un tubo con anticoagulante EDTA o soporte como gasa, escobillones.

Para la obtención de músculo se recomienda la zona del glúteo profundo y conservar a 4°C en un recipiente plástico con alcohol.

Las muestras de orina y bilis se toman puncionando la zona de la vejiga y vías biliares. Se transfiere a un escobillón.

No dejar transcurrir mas de 12 horas para la recolección de estas muestras.

Tipo de Muestra y condición: Elementos personales.

Recolección, preservación y embalaje en cuerpos hallados en desastres masivos, NNs y desaparecidos, secuestro:

Recolectar elementos personales como cepillo de dientes, maquina de afeitar, peinilla, prendas de vestir, pañuelos, ropa íntima, dientes extraídos, mechones de cabello, cordón umbilical, pulseras de hilo, ropa de cama, esponja de baño, toallas y pelos.

Tipo de Muestra y condición: Saliva líquida y seca.

Recolección, preservación y embalaje en cuerpos hallados en desastres masivos, NNs y desaparecidos, en casos de secuestro, muestras de referencia de tipo familiar, imputados, sindicados y objetos personales:

Realizar un frotis en la mucosa bucal por duplicado con un hisopo de algodón estéril.

Levantar la mancha seca con un escobillón estéril previamente humedecido en solución salina estéril ó agua destilada.

Recolectar las colillas de cigarrillo, chiclets, vasos, sobres de papel, botellas, pitillos, cubiertos.

Recoger la prenda, embalarla y enviarla al laboratorio.

Tipo de muestra y condición: Orina líquida y en mancha.

Recolección, preservación y embalaje en cuerpos hallados en el lugar de los hechos y de personas.

Con una jeringa transferir en un tubo y refrigerar o transferir a gasas o copos de algodón y dejar secar.

La prenda de vestir, secar y enviar al laboratorio.

Tipo de muestra y condición: Tejidos blandos, huesos y diente frescos o secos.

Recolección, preservación y embalaje en cuerpos hallados en el lugar de los hechos:

Los tejidos blandos se recolectan en recipientes plásticos sumergidos en alcohol antiséptico y refrigerar inmediatamente.

Los huesos deben ir por separado, secos y empacados en hojas de papel kraf o papel periódico en blanco y luego en bolsas plásticas.

Se recomienda seleccionar de uno a dos huesos largos y planos: fémur y pelvis entre otros.

Extraer los dientes sanos, recolectar por separado en sobres de papel o recipientes plásticos. Rotular y anexar la posición de la estructura dental correspondiente.

Tipo de muestra y condición: Cabello de referencia, con tejido blando, con sangre, intacto o fragmentos.

Recolección, preservación y embalaje en el lugar de los hechos y persona:

En persona viva arrancar 10 pelos como mínimo de las cuatro regiones de la cabeza y recoger en sobres de papel, recipiente de plástico.

Secar el cabello con tejido blando a temperatura ambiente y empacar en un sobre de papel.

En el lugar de los hechos recoger con pinzas estériles los pelos y se embalan individualmente en sobres de papel o bolsas plásticas.

Tipo de Muestra y condición: Elementos de origen mineral y vegetal (Tierra, hojas, fragmentos de madera)

Recolección, preservación y embalaje en el lugar de los hechos:

Señalar con rótulos las manchas presentes en las superficies.

Secar a Temperatura ambiente

Recoger la tierra seleccionando la que contiene la mancha de sangre en recipiente de plástico estéril de boca ancha con tapa rosca.

Rotular el recipiente con los siguientes datos número, ubicación del elemento, fecha.

Las hojas y los fragmentos de madera se disponen por separado y se envuelven en hojas de papel y luego en bolsa.

Mantener los elementos en un lugar fresco y seco.

11.4 Actos sexuales y acceso carnal violento

La víctima y el agresor se someten a un examen médico en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o al centro hospitalario más cercano. En donde se colectaran las siguientes muestras:

Muestras recolectadas a la víctima y al presunto agresor:

Frotis fondo vaginal

Frotis introito vaginal Frotis anal

Frotis bucal

Frotis a zonas del cuerpo donde se presuma que hay muestra de saliva del agresor o de la víctima.

Frotis del balano prepucial

Frotis del pene

Recoger vello púbico extraño.

Para estas muestras se recomienda.

Tomar por duplicado cada frotis.

Recoger la prenda íntima, secar y empacar por separado con hojas de papel limpio.

Tomar muestras de referencia de la víctima (s) y el agresor (es): muestras sanguíneas, de saliva o cabello de los implicados de manera inmediata.

Refrigerar y enviar la muestra lo más pronto posible al laboratorio.

Protección en la escena del crimen

Deberes personales y responsabilidades.

Investigación en la escena del crimen.

Evaluación de posibles evidencias físicas.

Abandono de la escena.

Deberes personales y responsabilidades.

Investigación en la escena del crimen.

Evaluación de posibles evidencias físicas.

Abandono de la escena.

12. CAPITULO VII

PROTECCIÓN DE LA ESCENA DEL CRIMEN

El aspecto más importante de la recolección y preservación de la evidencia es la protección de la escena del crimen. Esto con el fin de guardar la evidencia sin contaminarla hasta que sea grabada y recolectada. El procedimiento exitoso de un caso puede estar relacionado con el estado físico en el que se encuentre la evidencia al momento de recolectarla. La protección de la escena comienza con la llegada del primer oficial de policía a la escena y termina cuando la escena es liberada de la custodia policial.

Todos los departamentos de policía deben realizar un entrenamiento intensivo al personal en protección de escena. El primer oficial que llega a la escena debe manejarla con cuidado y de manera metódica. En algunos casos esto no es una práctica conjunta. Este oficial puede arrestar a un sospechoso que no colabore o realizar maniobras de reanimación a la víctima, en cualquiera de estos casos el oficial debe tener las maniobras realizadas de forma escrita o en mente (Practicadas en cada situación) acerca de la condición de la escena hasta cuando llegan los oficiales y después de que se establece la escena. El oficial toma nota de los tiempos relevantes de la escena (tiempo de arribo, tiempo de salida). En un esfuerzo por disturbar lo menos posible la escena del crimen. Se debe prestar particular atención al piso ya que este guarda la mayor cantidad de evidencia y es el que más fácilmente se puede contaminar. Las anotaciones preliminares deben contener datos como el estado de las ventanas, puertas, y luces (ya sean fuertes naturales o artificiales). Si existe presencia de olores, si hay signos de actividad; como EMS o personal armado que puede alterar la escena, o cualquier cosa sobre el sospechoso (descripción, condición física, mental, intoxicación, etc.) y cualquier dato sobre la víctima. Se debe establecer si en la escena hay un área que pueda

contener evidencia (vías de acceso, andenes, etc.), cercarlas para evitar que el personal no autorizado entre y contamine la escena. El teléfono de la escena no debe ser utilizado. El jefe de seguridad debe hacer una lista de los testigos y posibles sospechosos, no discutir el caso con los testigos o los curiosos y no permitir que los testigos lo discutan, escuche atentamente pero de manera discreta y proteja la evidencia que se encuentre en peligro o pueda desaparecer fácilmente,. Cualquier acción debe ser comunicada a los investigadores.

Los diferentes tiempos de llegada del personal de apoyo pueden ocasionar problemas de protección de la escena. Solo las personas responsables de la investigación preliminar, los jefes de seguridad y los que procesan las evidencias deben estar presentes. No son esenciales los oficiales de policía, investigadores de distrito, agentes federales, policías, etc. No deben estar en la escena a no ser que sean indispensables. La manera de no permitir el acceso es que exista una sola entrada y salida a la misma y un oficial que anote los nombres de todo el que ingresa, para corroborarlos con evidencias obtenidas, como huellas, cabello, sangre, saliva, etc.

Comer, beber o fumar esta prohibido dentro de la escena, no solo porque se contamina sino porque pueden existir sustancias nocivas para la salud. Debe existir un sitio dispuesto para estas tareas lejos de las áreas de restricción, puede ser un vehículo, una mesa para picnic, una habitación de hotel, una carpa, etc.

Este sitio puede reunir al personal que no esta en la escena, un sitio para que los investigadores tomen un descanso, un sitio de comunicaciones, conferencias, central de inteligencia, etc. El mejor sitio fuera de la escena del crimen.

La protección de la escena también incluye la protección de los investigadores.

Una persona ajena a la investigación jamás debe estar sola en la escena, esto es especialmente importante si no se ha aprehendido ningún sospechoso. Hay muchas historias de sospechosos que permanecen escondidos cerca de las escenas, por esto siempre deben trabajar en las escenas dos personas una de las cuales debe tener un radio y un arma de fuego.

12.1. Deberes Personales y Responsabilidades

Las responsabilidades y deberes personales son importantes para una mejor realización en las operaciones de búsqueda. “Los siguientes numerales se concentran en la búsqueda de esfuerzos que conduzcan a una organización metódica. Es importante anotar que no es posible que una persona sea asignada a una sola labor y es muy común que deba realizar más de una”³⁰.

El entrenamiento y la experiencia solo son usados en un mejor potencial cuando el grupo posee una actitud positiva. Este lado humano de respuesta grupal se evidencia luego de largas horas de trabajo y atención a los detalles.

Las asignaciones correspondientes más comunes son:

1. Jefe de Grupo.
2. Fotógrafo y diario de fotografía.
3. Preparador de bosquejos.
4. Anotación de evidencias.

³⁰ Esta información fue adaptada de la California Commission on Peace Officer del libro de normas e instrucciones para la tecnología forense de las fuerzas que imparten la ley, teleconferencia presentada en mayo 13, 1993.

5. Especialistas.

12.1.1. Jefe de Grupo:

Asume el control. Garantiza la seguridad del personal y la seguridad de la escena. Garantiza al personal el uso de equipo protector y el seguimiento de las recomendaciones para protegerse de virus que podrían estar presentes por sangre u otro fluido del cuerpo humano.

Conducción inicial para la elaboración de exámenes preliminares, evaluar la evidencia potencial y preparar la narración descriptiva.

Determinar la búsqueda de patrones y asignar labores apropiadas a los miembros del grupo.

Designar puestos de comando y garantizar el intercambio de información entre los investigadores y el grupo de búsqueda.

Coordinar con otros grupos de ley y mantener un espíritu de colaboración.

Garantizar la existencia de equipo para el personal.

Controlar el acceso a la escena y designar una persona que cuide la entrada.

Evaluar continuamente la eficiencia de búsqueda durante el curso de la investigación.

Liberar la escena después del examen final e inventariar la evidencia encontrada.

12.1.2. Fotógrafo y Diario de Fotografía:

Fotografiar totalmente el área antes de abrir la escena.

Fotografiar a las víctimas, al público y los vehículos.

Fotografía de la escena completa, en close-up utilizando la escala más apropiada.

Fotografiar las evidencias antes de moverla, coordinar estas acciones con el dibujante, el diario de evidencias y el personal de recolección de evidencias.

Fotografiar todas las huellas latentes y otras impresiones evidentes antes de que sean levantadas.

Preparar el diario de fotografía y los bosquejos fotográficos.

Preparador de Bosquejos:

Diagrama inmediato del área de la escena y orientación del mismo.

Colocar la mayor cantidad de objetos en el bosquejo.

Designar y etiquetar las áreas para encerrarlas y avisar al jefe de grupo y a los miembros del equipo la nomenclatura de cada área.

Obtener asistencia apropiada para realizar mediciones correctas.

Garantizar el suministro de información, aún cuando la escala sea desconocida, anotarlo en el dibujo.

Diario de Evidencia:

Tener evidencia fotográfica significativa antes de coleccionarla.

Describir la evidencia y su localización en una bolsa o sobre apropiado.

Etiquetar y fechar la evidencia contenida y mantenerla en custodia.

Recolectar y empacar apropiadamente la evidencia con la máxima integridad posible.

Llevar un diario de evidencia.

Utilizar equipo de protección adecuado (guantes) y métodos cuando se trate con evidencia potencialmente infecciosa(sangre).

12.1.3. Especialistas:

En ocasiones es necesario contar con la ayuda de un experto que no pertenece al grupo investigador. El campo de las ciencias forenses es muy liberal hoy en día ya que no todos los organismos de investigación poseen servicios especializados en todos los campos.

Generalmente los especialistas se encuentran trabajando en la industria, las comunidades académicas, laboratorios científicos privados y empresas relacionadas.

Cuando se requieren especialistas externos es importante tener en cuenta:

- ✓ La competencia y confiabilidad del mismo.
- ✓ La habilidad del especialista para trabajar en la escena dentro de las leyes establecidas.
- ✓ El papel del mismo para presentar su testimonio experto en la corte.
- ✓ Los especialistas deben identificarse antes de necesitarse en un caso actual y esta lista debe mantenerse de ser posible. La agencia debe determinar entre esta lista cual es el más apto para el trabajo, seguir los planes, operaciones y actividades.

La siguiente lista provee ejemplos de especialistas que deben considerar:

- ✓ Antropólogo.
- ✓ Analista de patrones sanguíneos.
- ✓ Técnico en explosivos.
- ✓ Criminalista.
- ✓ Ingeniero.
- ✓ Entomólogo
- ✓ Médico examinador.
- ✓ Odontólogo.
- ✓ Inspector.

12.2. Investigación de la Escena del Crimen

La investigación en la escena del crimen debe ser: planeada, coordinada y la investigación legal por las entidades oficiales para la localización de la evidencia física.

Se deben utilizar los siguientes vínculos de guía para conducir la investigación en la escena del crimen³¹:

Premisas básicas

Preparación

Acceso

Seguridad y protección

Vista panorámica preliminar

Evaluación de posibles evidencias físicas

Narración

Fotografía

Croquis (plano)

Investigación de la escena del crimen, registro y recolección de evidencia física

Vista panorámica final

Abandono de la escena.

12.2.1. Premisas Básicas

Las mejores opciones de investigación son típicamente más difíciles y llevan tiempo

La evidencia física no puede ser sobredocumentada.

Solamente se puede investigar una escena una vez apropiadamente.

Existen dos acercamientos (accesos) a la investigación

La conducta debe ser cautelosa en las áreas visibles evitando perder evidencias o contaminar y

Luego de la investigación cautelosa, conducir una investigación vigorosa de las áreas ocultas.

³¹ Ibidem

12.2.2. Preparación

Obtener autorización de investigación si es necesario

Discutir la investigación con el personal involucrado antes de arribar a la escena, si es posible.

Establecer una oficina central para comunicaciones y hacer (tomar) decisiones en escenas de crimen de mayor importancia o investigaciones complicadas.

Hacer asignaciones preliminares de personal antes de arribar a la escena, si es posible..

Asegurar que las asignaciones están en concordancia con la actitud, aptitud, capacitación y experiencia del personal. Al personal se le asigna dos o más responsabilidades

Persona a cargo

Seguridad de la escena

Administración de bitácora

Vista panorámica preliminar

Descripción escrita

Resolución de problemas

Toma de decisiones finales

Fotografía

Fotografía y bitácora

Topógrafo

Croquis y bitácora

Registrar evidencia

Custodia evidencia y bitácora.

Establecer comunicación entre examinadores médicos, personal de laboratorio y fiscales para resolverles las preguntas que surjan en la escena del crimen.

Coordinar en concordancia con todas las agencias en investigaciones de crímenes que tienen multijurisdicciones.

Acumular materiales para recolección y embalaje, y equipos de evidencia.

Preparar papelería de trabajo para documentos de investigación.

Proveer elementos de bioseguridad, comunicación, iluminación, refugio, transporte, equipos, comida, agua, asistencia médica y seguridad para el personal.

En investigaciones prolongadas, hacer turnos con dos o más equipos. Transferir trabajos y responsabilidades de una manera planeada de un equipo al próximo.

12.2.3. Acceso

Estar alerta a la evidencia.

Tomar notas extensivas

Considerar la seguridad de todo el personal.

12.2.4. Seguridad y protección

Tener control de la escena inmediatamente

Determinar la extensión para que la escena sea protegida. Obtener información con el personal que tenga conocimiento de las condiciones originales.

Designar una persona encargada para tomar decisiones finales y resolver problemas.

Tomar notas continuas

Mantener fuera el personal autorizado

Registrar quien entra y sale de la escena.

12.2.5. Vista Panorámica Preliminar

La vista panorámica es el estado organizacional de planeación de la investigación.

Caminar cautelosamente a través de la escena.

Mantener el control administrativo y emocional

Seleccionar una técnica de narración tal como, escritura, audio o vídeo.

Tomar fotografías preliminares

Delinear la extensión del área de investigación, usualmente se extiende el perímetro inicial.

Organización de métodos y procedimientos

Reconocer problemas especiales del área

Identificar y proteger la evidencia física

Determinar el personal y equipos necesarios, hacer asignaciones específicas

Desarrollar una teoría general del crimen

Tomar notas extensivas para documentar la escena, física y condiciones ambientales y movimientos de personal.

12.2.6. Evaluación de posibles evidencias físicas

Esta evaluación comienza cuando se arriba a la escena y se hace detallada, según el estado de la vista panorámica.

Asegurar que los materiales y equipos de embalaje son suficientes.

Identificar la primera evidencia que podría perderse. Dejar la evidencia menos importante (efímera) de último.

Asegurar todo el personal considerando las posibles variedades de evidencia, no únicamente las evidencias dentro de sus especialidades.

Investigar áreas de fácil acceso y lugares que se encuentren fuera de la vista. Ver elementos ocultos.

Evaluar si la evidencia aparece movida inadvertidamente.

Evaluar si la escena aparece ideada.

12.2.7. Narración

La narración es una descripción corrida de la escena del crimen

Usar un acercamiento sistemático en la narrativa.

Nada es insignificante para registro si este llama nuestra atención.

Bajo algunas circunstancias, no recolectar la evidencia durante la narración.

Utilice fotografías y croquis como complemento, no substituyen la narración.

La narración incluye:

Identificación del caso

Fecha, hora y localización

Identificación y asignación del personal y

Condición y posición de evidencias.

12.2.8. Fotografía

Fotografiar la escena del crimen tan pronto como sea posible

Preparar la bitácora de registro de todas las fotografías y una descripción y localización de la evidencia

Establecer vistas fotográficas panorámicas, semiconjunto y fuera de la escena del crimen

Fotografiar desde un nivel ojo para representar una vista normal

Fotografiar primero las áreas más frágiles de la escena

Fotografiar todos los estados de la escena del crimen investigada, incluyendo los descubrimientos.

Fotografiar la condición de la evidencia antes de la recolección

Fotografiar la evidencia en detalle e incluir una escala, fecha.

Cuando se utiliza escala, primero tomar una fotografía sin escala

Fotografiar el interior de la escena del crimen utilizando lentes de ángulo amplio.

Fotografiar el exterior de la escena, establecer la localización de la escena con un set de fotografías incluyendo un punto de referencia. Tomar fotografías teniendo 360 grados de cubrimiento. Considerar utilizar fotografía aérea.

Fotografiar entradas y salidas.

Fotografiar evidencias importantes dos veces:

Una a media distancia que muestre la evidencia y su posición con otra evidencia

Una fotografía close-up que incluya una escala y llenar el marco

Adquirir fotografías previas, mapas de la escena.

12.2.9. Croquis

El croquis establece un registro permanente de elementos, condiciones y relaciones de tamaños, de distancia.

Croquis como complemento de fotografías

Croquis puede ser coordinado con la bitácora de evidencias según el número designado.

Los croquis normalmente, no se pintan a escala. Sin embargo el croquis puede tener medidas y detalles para hacer un diagrama a escala si es necesario.

El croquis debe incluir

Identificación del caso

Fecha, hora y localización

Condiciones de temperatura y luminosidad

Identificación y asignación del personal

Dimensiones de habitaciones, mobiliario, puertas y ventanas.

Distancias entre objetos, personas, cuerpos, entradas y salidas.

Medidas mostrando la localización de evidencias. Cada objeto debe ser localizado por dos medidas desde elementos no movibles tales como puertas o ventanas y Llaves, leyendas, orientación (brújula), escala(escala rechazada o una combinación de estas características)

12.2.10. Registro y recolección de evidencias físicas en la escena del crimen

Utilice un patrón de investigación tal como un enrejado, banda, senda o espiral.

Investigar desde lo general a lo específico para la evidencia

Estar alerta a todas las evidencias

Investigar entradas y salidas

Fotografiar todos los elementos antes de recolectarlos y anotar en la bitácora

Marcar la localización de la evidencia en el plano

Completar la bitácora de evidencia con notas para cada una. Si es posible colocar una persona para custodiar las evidencias

Dos personas observaran la evidencia en el lugar, durante la recolección y las marcan para identificación. Si es factible marcar directamente en la evidencia.

Utilizar guantes para evitar dejar huellas.

Evitar manipular excesivamente la evidencia después de recolectada.

Sellar las bolsas de evidencia en la escena del crimen

Obtener estándares conocidos como muestras de fibras de una carpeta conocida.

Hacer una evaluación completa de la escena.

Vista Panorámica Final

Es una revisión de todos los aspectos de la investigación

Discutir la investigación con todo el personal

Asegurar que toda la documentación esta correcta y completa

Fotografiar la escena mostrando la condición final

Asegurar que todas las evidencias están seguras

Asegurar que todos los equipos están recuperados

Asegurar que lugares posteriores o áreas de difícil acceso no fueron pasadas por alto

Abandono de la Escena

Abandonar la escena del crimen después de la vista panorámica final

Relacionar la documentación de la escena incluyendo hora y fecha de quienes la abandonan

Asegurar que la evidencia es recolectada de acuerdo a los requerimientos legales, documentales y marcar para identificación

Considerar la necesidad de especialistas tales como analistas de patrón de sangre o examinadores médicos para observar la escena antes de abandonarla

Una vez la escena ha sido abandonada para reentrar podrá requerirse una autorización

La escena puede ser dejada una vez que todo el personal este satisfecho que la escena fue investigada correcta y completamente.

13. CAPITULO VIII

OPOSICIONES U OBJECIONES DEL ABOGADO ANTE LAS PRUEBAS.

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 prueba³² 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 inadmisibile.

¿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).

³² LUBET, Steven. Op Cit.

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:

13.1. La admisibilidad de evidencia antes de la práctica de pruebas.

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

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 inadmisibile. 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 interroga 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).

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 de 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).

13.2. 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 sería 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.

13.3. 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.

Rol ético del defensor en la prueba.

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.

13.4. 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”³³.

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

³³ En este capítulo seguiremos el libro de Steven Lubet. MODERN TRIAL ADVOCACY, ya citado.

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.

13.5. Ofrecimiento de Evidencia Inadmisibile

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 inadmisibile.

¿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.

13.6. 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.

13.7. 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).

14-CAPITULO IX
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
DE PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

1.	NÚMERO DE SENTENCIA	PROCESO NO 26186
2.	TIPO DE SENTENCIA	Recurso extraordinario de casación instaurado por el defensor, contra el fallo de segundo grado que el 4 de mayo de 2006 profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por cuyo medio confirmó la condena de 214 meses de prisión impuesta al sentenciado como pena principal
3.	FECHA DE SENTENCIA	Bogotá, D. C., dieciséis de mayo de dos mil siete.
4.	MAGISTRADO PONENTE	Magistrado Ponente: DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ Aprobado Acta N° 73

5.	MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO	NO HAY SALVAMENTO DE VOTO
6.	MAGISTRADOS QUE ACLARARON EL VOTO	NO HUBO ACLARACIÓN DE VOTO
7.	ACTOR O ACCIONANTE	CARLOS EMILIO TABARQUINO CALVO
8.	HECHOS O ELEMENTOS FÁCTICOS	<p>En pretérita oportunidad, cuando la Corte mediante auto del 9 de noviembre del pasado año inadmitió uno de los cargos formulados por el censor contra la sentencia impugnada, y respecto del restante -el primero- decidió superar los defectos de argumentación en su sustentación a efecto del desarrollo de la jurisprudencia en tema trascendente para la Sala y que suscitó la inconformidad del libelista, por la posible afectación del debido proceso y el derecho a la defensa en tratándose de impedimentos y recusaciones en el juicio, habiendo tenido ya ocasión en la audiencia de formulación de acusación el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, los resumió de la siguiente manera:</p> <p>“Los acontecimientos a los que se contrae la presente actuación, tuvieron su origen en la fonda ‘Los Volcanes’ sita en el sector de Villegas del corregimiento de Cerritos, comprensión municipal de Pereira, Risaralda, a eso de las 10:30 de la mañana del 21 de agosto de 2005, tras breve discusión suscitada entre Wilfredo Tabarquino Cruz y Jaime Aguirre Sánchez en razón del extravío de la billetera de propiedad del primero, la cual éste echó de menos al despertar de la ingesta etílica que transitoriamente doblegó su voluntad, y que el segundo por dar información de la persona en cuyo poder se hallaba pidió como recompensa la suma de \$100.000. Seguidamente Tabarquino Cruz se ausentó de allí, para a poco retornar en compañía de su</p>

		<p>progenitor, CARLOS EMILIO TABARQUINO CALVO, quien en su pretina portaba oculta un arma de fuego.</p> <p>“Los reclamos por la desaparición de la billetera no se hicieron esperar; padre e hijo convidaron a Aguirre Sánchez a la parte posterior del establecimiento donde prosiguieron con el altercado, e intempestivamente se escuchó una primera detonación y prontamente otra, para, en seguida, verse rodar por el piso, en el exterior del local, cuando emprendía la retirada, a Aguirre Sánchez letalmente herido por proyectil de arma de fuego en región cervical, y con arma cortopunzante en región lumbar. Trasladado al Hospital de Cuba y posteriormente al de San Jorge de la ciudad de Pereira, dos días después de ser internado murió.</p> <p>“En desarrollo de la contienda, también resultó lesionado con arma blanca TABARQUINO CALVO, sin consecuencias graves que lamentar.”</p>
<p>9.</p>	<p>NORMAS CONSTITUCIONALES OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO</p>	<p>Criterio que la actuación está plagada de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, al punto que se desconocieron normas cuya observancia hubiera dado lugar a que se corrigieran. El Art. 457 establece como causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, postulado que, naturalmente, se halla consagrado en el Art. 29 constitucional.</p> <p>En materia de regulación de impedimentos y recusaciones de la Ley 906/04 existe un vacío legal respecto de los peritos, le corresponde a la jurisprudencia de la Sala referirse al tema. En efecto, si la causal de impedimento establecida en el Art. 56-15 ibidem para los jueces y fiscales</p>

		se hace extensiva, por disposición legal, a los peritos, el Art. 63
10.	PROCEDIMIENTOS ANTERIORES	<p>Solicitada por la Fiscalía audiencia preliminar, la cual se llevó a cabo el 3 de octubre de 2005 ante el Juez Penal Municipal con funciones de control de garantías, se declaró la legalidad de la aprehensión de CARLOS EMILIO TABARQUINO CALVO, a quien se le formuló imputación por los delitos de homicidio simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.</p> <p>La Fiscalía presentó el escrito de acusación pertinente, cuya formulación hizo ante la Juez 1ª Penal del Circuito con funciones de conocimiento en audiencia celebrada el 15 de noviembre, y el siguiente 7 de diciembre se llevó a cabo la audiencia preparatoria. El 30 de enero de 2006 se instaló la audiencia de juicio oral, el 27 de febrero se anuncia el sentido del fallo, al que se le dio lectura el 14 de marzo, de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia, el cual fue confirmado por el Tribunal en la que es objeto de este recurso extraordinario.</p>
11.	PROBLEMA JURÍDICO DE LA SENTENCIA	La norma constitucional en el acto legislativo 03 de 2002 que modificó el art. 250 Superior, ordena de manera perentoria que en el evento de presentarse escrito de acusación el fiscal o sus delegados deberán suministrar por conducto del juez de conocimiento todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los favorables al procesado; quiere decir ello que existe una verdadera garantía fundamental para el procesado, cuya regulación legal se hizo en el Art. 339 al tratarse del trámite de la audiencia de formulación de acusación. Es justamente en

		esta diligencia donde igualmente las partes se encuentran facultadas para expresar, si las hubiere, las causales de impedimentos, recusaciones y nulidades.
12.	DECISIÓN	No prospera la censura. NO CASAR el fallo impugnado.
13.	DOCTRINA DEL CASO CONCRETO EN LA DECISIÓN MAYORITARIA (TESIS)	De la extensa reseña jurisprudencial que viene de hacerse, necesaria por cierto en orden a adoptar la decisión pertinente en este caso, incuestionable resulta predicar la total ausencia de violación de garantía alguna.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1.	NÚMERO DE SENTENCIA	<input type="checkbox"/> Sentencia C-1194/05, Referencia expediente D-5727
2.	TIPO DE SENTENCIA	Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 208, 326, 344 y 351 de la Ley 906 de 2004
3.	FECHA DE SENTENCIA	Bogotá D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil cinco (2005). Mediante Auto del 12 de abril de 2005
4.	MAGISTRADO PONENTE	Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
5.	MAGISTRADOS QUE SALVARON EL VOTO	El magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA

6.	ACTOR O ACCIONANTE	Actora: Blanca Stella Ortega Rodríguez
7.	HECHOS O ELEMENTOS FÁCTICOS	La demanda presentada contra los artículos 208, 326 y 351, por encontrar que la misma no cumplía con los requisitos de fondo exigidos por la ley y la jurisprudencia. Como la actora no corrigió la demanda, el Despacho, mediante Auto del 22 de abril de 2005, la rechazó respecto de dichos artículos, por lo que la demanda únicamente se tramitó respecto de los cargos formulados contra el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.
8.	NORMAS CONSTITUCIONALES OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO	Artículo 344. "Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.
9.	PROCEDIMIENTOS ANTERIORES	"El descubrimiento de los elementos, materiales probatorios, evidencia física e información en poder de la Fiscalía. La Corte reiteró que con la introducción de un nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, la etapa del juicio cobró vital importancia, al convertirse en el eje del proceso penal y tener preponderancia sobre la fase de investigación. En este sentido, se precisó que el trabajo de la Fiscalía es más que todo preparatorio del juicio que es donde se practicarán y valorarán en forma pública y con participación del imputado, las pruebas que se hubieren recaudado conforme a los principios de inmediación y contradicción de la prueba. Señaló que en esto consiste el principio de concentración, en

		<p>virtud del cual, las pruebas se evalúan en su integridad y globalmente en el juicio, de manera que el juez tenga una visión de conjunto que permita fundamentar sus decisiones en la totalidad de las pruebas que existan. De ahí que la Corte haya advertido que en la etapa de investigación realmente no se practican pruebas sino que se recaudan evidencias o elementos materiales probatorios tanto por la Fiscalía como por el imputado. Es en el escrito de acusación que se presenta ante el juez de conocimiento en el curso de la audiencia de formulación de acusación, donde el fiscal debe descubrir las pruebas de cargo y será en el juicio público donde se presenten y se puedan controvertir con todas las garantías procesales”.</p>
<p>10.</p>	<p>PROBLEMA JURÍDICO DE LA SENTENCIA</p>	<p>La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.</p> <p>El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación.</p> <p>Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba”.</p>

11.	DECISIÓN	La Corte declaró exequible por los cargos formulados,
12.	DOCTRINA DEL CASO CONCRETO EN LA DECISIÓN MAYORITARIA (TESIS)	Por tal razón, La Corte declaró exequible por los cargos formulados, las expresiones “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía” contenidas en el numeral 2 del artículo 288 de la Ley 906 de 2004.
13.	DOCTRINA DEL CASO CONCRETO PARA EL SALVAMENTO DE VOTO	El magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA salvó el voto por considerar que los elementos probatorios que recaude la Fiscalía no pueden mantenerse reservados una vez que se hace pública la imputación, puesto que con esto se quebrantan los principios de publicidad de la prueba, juicio público y contradictorio y desconoce el derecho de defensa. A su juicio, la norma ha debido ser declarada inexecutable.

15. ESTRATEGIA METODOLOGICA

Obtención , procesamiento y análisis de la investigación.

Originaria y fundamentalmente, se obtuvo de los textos de derecho procesal penal, que contienen en el tiempo , las normas que tratan del tema, las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, al igual que la redacción de las normas que pretenden solucionar los problemas jurídicos y sociales que van de la mano con el procedimiento vigente, en la materia objeto del estudio

15.1- Tipo de Investigación

La investigación implementada es de tipo cualitativo y está inscrita en el enfoque empírico analítico.

15.2- Modalidad de la Investigación

La investigación implementada es de tipo descriptivo, con énfasis en investigación socio-jurídica.

16. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

Tiempo	MES 1	MES 2	MES3	MES4	MES 5
Actividad					
TITULO	→				
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	→				
JUSRIFICACION	→				
OBJETIVOS	→				
MEDIOS DE REFERENCIA	→				
DISEÑO METODOLOGICO	→				
ANALISIS	→	→			
CONCLUSIONES		→			
BIBLIOGRAFIA	→				

17.PRESUPUESTO DE COSTOS Y FINANCIACION.

CONCEPTO Y DETALLE	COSTO	FINANCIACION
Libros de consulta	\$ 100.000,00	Recursos Propios.
Fotocopias	\$ 50.000,00	Recursos Propios.
Digitación. Normas icontec.	\$ 300.000,00	Recursos Propios.
Encuadernación del trabajo	\$ 60.000,00	Recursos Propios.
Digitación, impresión y argollad, presentación final.	\$ 300.000,00	Recursos Propios
VALOR TOTAL	\$810.000,00	Recursos Propios.

**UNIVERSIDAD LIBRE – SECCIONAL PEREIRA
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS**

**ENCUESTA SOBRE MANEJO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES
PROBATORIOS Y/O EVIDENCIA FÍSICA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL
ACUSATORIO**

FECHA _____ DÍA _____ MES _____ AÑO _____ CIUDAD _____

1. ¿TIENE USTED CONOCIMIENTO DE LO QUE ES UN ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y/O EVIDENCIA FÍSICA?

SI ____ NO ____

¿Por qué?

Por mi trabajo y la capacitación recibida

2. - ¿CONSIDERA USTED IMPORTANTE QUE EN LA NUEVA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, SEAN SOMETIDOS A CADENA DE CUSTODIA LOS EMP Y/O E.F.

SI X NO ____

3. ¿CON CUÁLES PRINCIPIOS SE RELACIONA EL SISTEMA DE CADENA DE CUSTODIA. ENUMERAR SIMPLEMENTE LOS QUE RECUERDE?.

MISMICIDAD

4. CÓMO CONSIDERA USTED QUE SE ESTÉN MANEJANDO LOS EMP Y/O EF EN LA ESCENA O LUGAR DE LOS HECHOS?

En nuestro caso bien, siguiendo los debidos protocolos.

5. REALMENTE ESTE COMPONENTE DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO SI HA LOGRADO OBTENER LA IMPORTANCIA QUE LE CONCEDIÓ EL LEGISLADOR EN LA LEY 906 DE 2004.

SI ____ NO ____

Por qué? Porque obliga a quienes intervienen en el proceso a cumplir con los protocolos, de lo contrario la evidencia puede ser objetada.

6. LA CAPACITACIÓN PARA LOS NUEVOS OPERADORES QUE INTERACTÚAN CON ESTOS EMP Y/O EF HA SIDO BUENA?

SI _____ NO _____

Por qué? Yo diría que regular, debido a que el tema es amplio y hay demasiadas situaciones a tener en cuenta. Además el tipo de evidencias es diverso por lo que requieren manejos específicos y técnicos en muchos casos.

7. ¿CON QUÉ TIPO DE INSTRUMENTOS SE CUENTA HOY EN DÍA PARA EL MANEJO ADECUADO DE DICHS ELEMENTOS?.

Elementos de protección personal, sobres y bolsas para embalaje, formatos, cintas con logo para sellado, etc.

8. ¿CONOCE USTED EL PROCEDIMIENTO PARA ROTULAR Y EMBALAR LOS EMP Y/O EF QUE SE PRETENDEN INCORPORAR EN EL PROCESO INVESTIGATIVO?

SI _____ NO _____

Por qué? Por la capacitación recibida y por conocimientos adquiridos en la práctica.

9. ENCUENTRA RELACIÓN ENTRE EMP Y/O EF, CADENA DE CUSTODIA Y ALMACÉN DE EVIDENCIA?

SI _____ NO _____

Por qué? Totalmente, debido a que son las EMP y/o EF los que someten al protocolo de cadena de custodia, las cuales quedan su custodia en el almacén evidencias.

10. ESTABLEZCA UN PORCENTAJE DE UNO A DIEZ, DENTRO DEL CUAL USTED CALIFIQUE LA RELACIÓN QUE TIENE CON LOS EMP Y/O EF EN UNA INVESTIGACIÓN Y LA IMPORTANCIA QUE USTED COMO OPERADOR JURÍDICO LES CONCEDE.

Debido a que son las EMP y/o EF pilares en un proceso investigativo, con las cuales se sustenta la participación o no de un indiciado en un hecho delictivo.

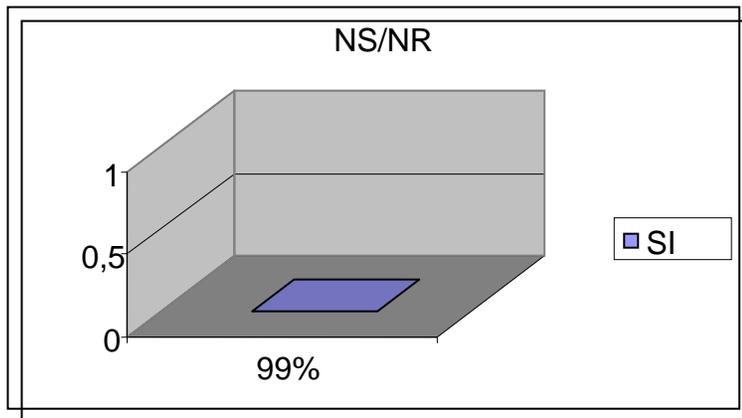
RESULTADOS ENCUESTA
UNIVERSIDAD LIBRE – SECCIONAL PEREIRA
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS

**ENCUESTA SOBRE MANEJO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES
PROBATORIOS Y/O EVIDENCIA FÍSICA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL
ACUSATORIO**

FECHA _____ DÍA 15 MES 11 AÑO 07 CIUDAD PEREIRA

1- ¿TIENE USTED CONOCIMIENTO DE LO QUÉ ES UN ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y/O EVIDENCIA FÍSICA?

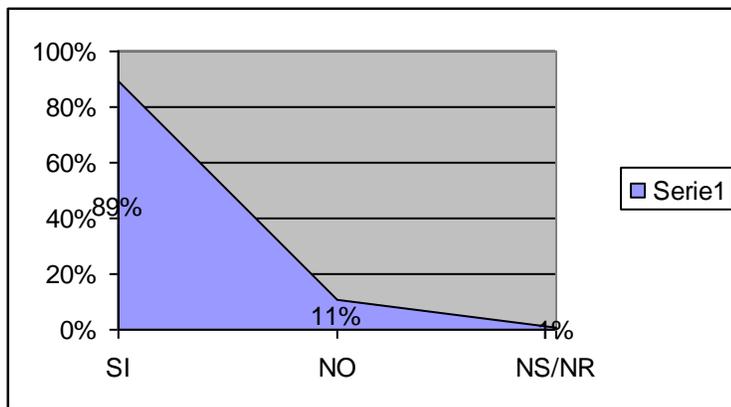
SI	99%
NO	0,64%
NS/NR	1%%



Por mi trabajo y la capacitación recibida, y porque es necesario tenerlo claro dentro de las funciones de Policía Judicial.

2. ¿CONSIDERA USTED IMPORTANTE QUE EN LA NUEVA ESTRUCTURA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO, SEAN SOMETIDOS A CADENA DE CUSTODIA LOS EMP Y/O E.F.

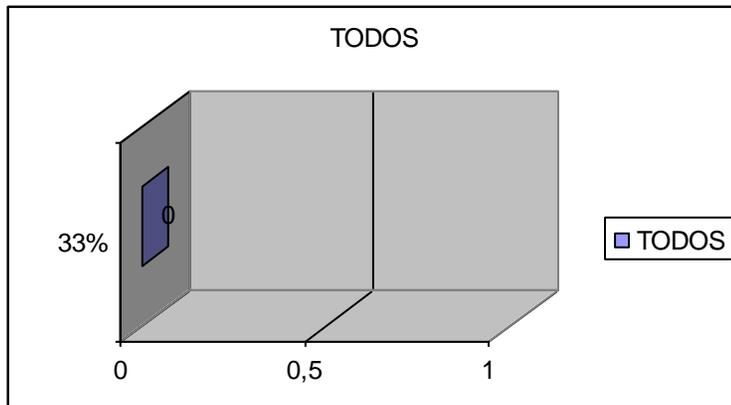
SI	89%
NO	11%
NS/NR	1%



La respuesta mayoritaria es positiva de acuerdo a que de esta manera se garantiza la preservación, autenticidad y seguridad de los elementos materiales probatorios y/o Evidencias físicas.

3.. ¿CON CUÁLES PRINCIPIOS SE RELACIONA EL SISTEMA DE CADENA DE CUSTODIA. ENUMERAR SIMPLEMENTE LOS QUE RECUERDE?.

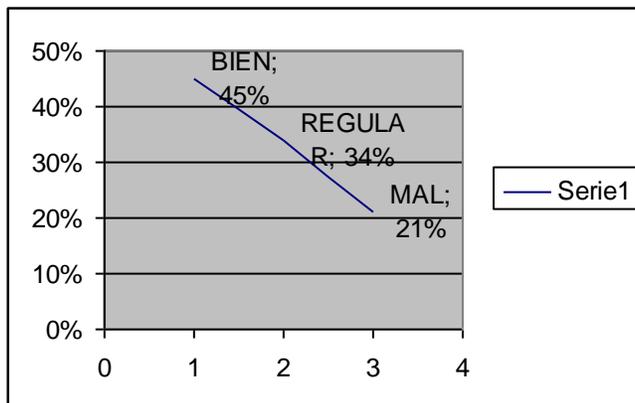
IDENTIDAD	33%
SEGURIDAD	33, 1%
REGISTRO	33%
TODOS	T



La mayoría de las respuestas aciertan en su contenido sobre todas las opciones propuestas en la pregunta, teniendo como primera opción la seguridad, el registro y el almacenamiento.

4. CÓMO CONSIDERA USTED QUE SE ESTÉN MANEJANDO LOS EMP Y/O EF EN LA ESCENA O LUGAR DE LOS HECHOS?

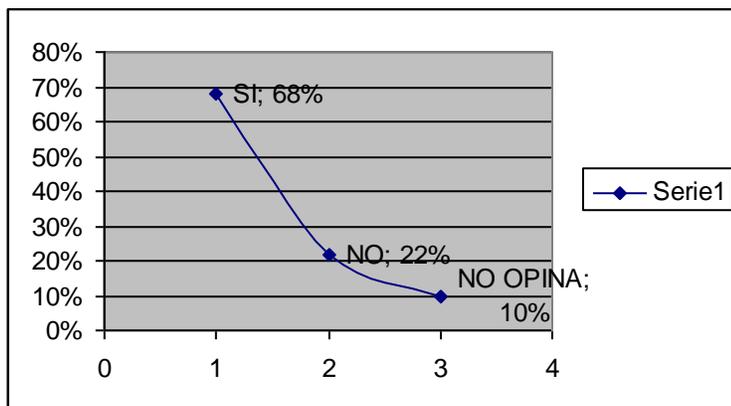
BIEN	45%
REGULAR	34%
MAL	21%



Es relativo de acuerdo a cada funcionario de Policía Judicial porque los uniformados de policía nacional en ocasiones no siguen los protocolos debido.

5. REALMENTE ESTE COMPONENTE DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO SI HA LOGRADO OBTENER LA IMPORTANCIA QUE LE CONCEDIÓ EL LEGISLADOR EN LA LEY 906 DE 2004.

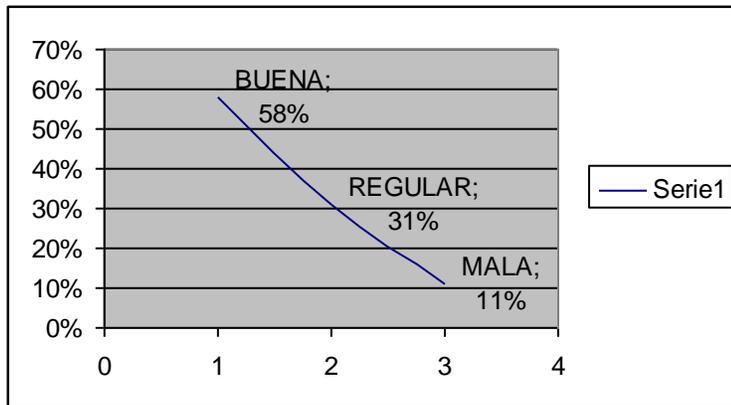
SI	68%
NO	22%
NO OPINA	10%



Pese a que la gran mayoría opina que ha logrado tener la importancia debida, algunos tienen objeciones como a que no se encuentra ajustado a nuestro sistema, o que no existe una conciencia clara en este procedimiento.

6. LA CAPACITACIÓN PARA LOS NUEVOS OPERADORES QUE INTERACTÚAN CON ESTOS EMP Y/O EF HA SIDO BUENA?

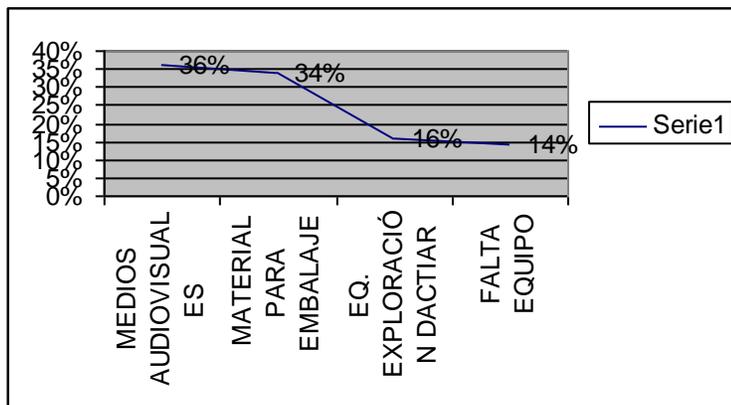
BUENA	58%
REGULAR	31%
MALA	11%



La mayoría responde que es buena, aunque algunos dicen que regular, debido a que el tema es amplio y hay demasiadas situaciones a tener en cuenta. Además el tipo de evidencias es diverso por lo que requieren manejos específicos y técnicos en muchos casos.

7. ¿CON QUÉ TIPO DE INSTRUMENTOS SE CUENTA HOY EN DÍA PARA EL MANEJO ADECUADO DE DICHOS ELEMENTOS?

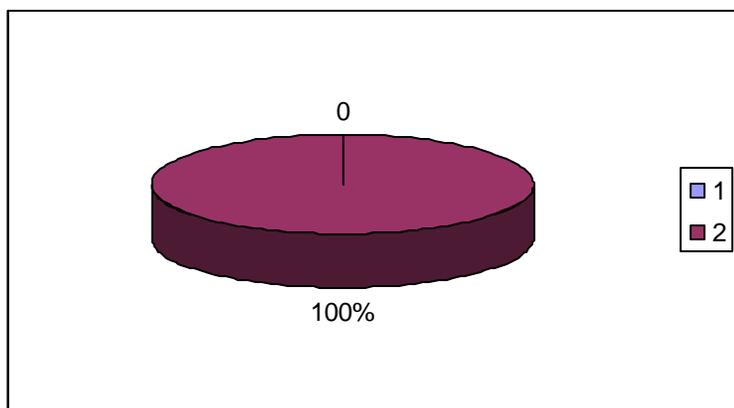
MEDIOS AUDIOVISUALES	36%
MATERIAL PARA EMBALAJE	34%
EQ. EXPLORACIÓN DACTIAR	16%
FALTA EQUIPO	14%



Todas las respuestas coinciden en que faltan muchos instrumentos tecnológicos para desarrollar una función adecuada e la recolección y análisis de los elementos materiales probatorios.

8..¿CONOCE USTED EL PROCEDIMIENTO PARA ROTULAR Y EMBALAR LOS EMP Y/O EF QUE SE PRETENDEN INCORPORAR EN EL PROCESO INVESTIGATIVO?

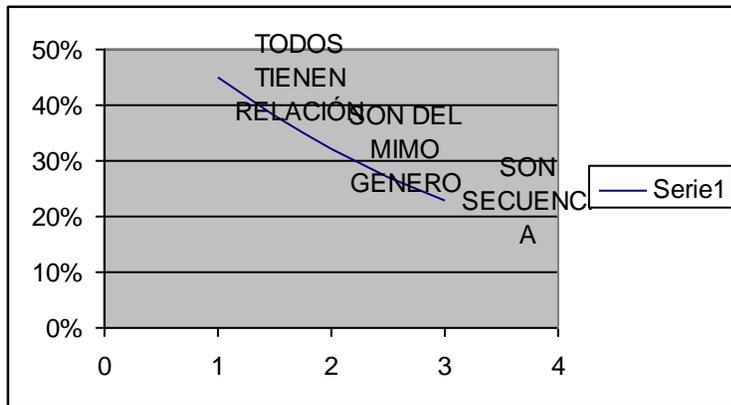
SI	100%



La respuesta es positiva en sentido general debido a la capacitación recibida y por conocimientos adquiridos en la práctica.

9..ENCUENTRA RELACIÓN ENTRE EMP Y/O EF, CADENA DE CUSTODIA Y ALMACÉN DE EVIDENCIA?

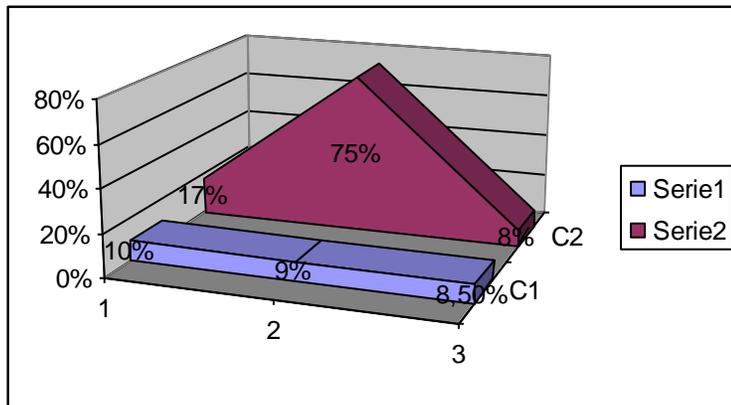
TODOS TIENEN RELACIÓN	45%
SON DEL MIMO GENERO	32%
SON SECUENCIA	23%



La respuesta general es que tienen relación, debido a que son las EMP y/o EF los que someten al protocolo de cadena de custodia, las cuales quedan su custodia en el almacén evidencias.

10. ESTABLEZCA UN PORCENTAJE DE UNO A DIEZ, DENTRO DEL CUAL USTED CALIFIQUE LA RELACIÓN QUE TIENE CON LOS EMP Y/O EF EN UNA INVESTIGACIÓN Y LA IMPORTANCIA QUE USTED COMO OPERADOR JURÍDICO LES CONCEDE.

10%	17%
9%	75%
8,50%	8%



La respuesta en porcentaje es superior a 9% debido a que son las EMP y/o EF pilares en un proceso investigativo, con las cuales se sustenta la participación o no de un indiciado en un hecho delictivo.

CONCLUSIONES

Con la llegada de un sistema penal acusatorio, que impuso los juicios orales y por lo tanto promueve un ejercicio mucho más activo de la confrontación probatoria, obligará a que las maneras tradicionales de ejercer el Derecho Penal, tanto en la defensa como en la acusación, se vean impactadas e influenciadas por paradigmas nuevos.

Seguramente, los abogados se verán asediados por ofertas pedagógicas y llamados de toda índole para que actualicen estrategias, técnicas y herramientas que mejoren sus habilidades para desenvolverse, exitosamente, en los juicios orales.

Igualmente, las facultades de Derecho, deberán comenzar a replantear sus contenidos curriculares tradicionales, para dar al futuro abogado los conocimientos del sistema acusatorio como modalidad del ejercicio del Derecho Penal y la posibilidad de familiarizarse con la metodología y la técnica del uso de la oralidad en el quehacer profesional, específicamente en las audiencias públicas.

“Este tipo de entrenamiento, que desarrolla destrezas nuevas, será útil para los abogados penalistas, para otros litigantes que se muevan en el campo del Derecho Penal e indudablemente para cualquier estudiante de Derecho”³⁴.

³⁴ Dra. María Dolores Sánchez Prada -Médica Especialista en Medicina Forense U. Nacional de Colombia. Especialista en Cooperación Internacional y Proyectos para el Desarrollo. U. Externado de Colombia. Profesora Facultad de Medicina. U. Nacional de Colombia. Profesora Facultad de Derecho U. Externado de Colombia. Ex Subdirectora de Servicios Forenses del Instituto de Medicina Legal. Consultora Forense International Criminal Investigative Training Assistance Program.(ICITAP).Department of Justice U.S.

Pero esta fase debe ser precedida por una etapa formal de aprendizaje de conocimiento fresco, pues el solo uso de las herramientas, sin una visión distinta de la situación nueva y sin el desarrollo de conceptos diferentes a los tradicionales, no proporcionará los efectos deseados, en cuanto a capacitación, para desenvolverse con éxito en el nuevo sistema acusatorio.

Si a un individuo inteligente, le enseñamos a mover las fichas en un tablero de ajedrez y le aconsejamos que practique bastante, al cabo de cierto tiempo y después de haber jugado muchas partidas, tendremos a un hábil aficionado al ajedrez, pero indudablemente no estaremos frente a un campeón del juego ciencia.

De igual manera, si un sujeto, aficionado a este deporte, se dedica durante un tiempo considerable a leer muchos libros de teoría del ajedrez, jugando solamente algunas partidas, llegará a ser un buen teórico de las aperturas, de los ámbitos y de los finales exitosos y será capaz de reproducir con bastante facilidad las partidas notables, jugadas por los grandes maestros, pero el mismo, tampoco será un campeón.

Si después de haber aprendido la "teoría del tablero" y de haber comprendido muy bien los elementos fundamentales del movimiento de las fichas, una persona aficionada, se dedica a jugar muchas partidas de campeonato, al tiempo que va leyendo uno tras otro, primero los manuales y luego los libros de ajedrez, mientras que desarrolla un plan de entrenamiento con un equipo interdisciplinario de profesionales, llegará a ser finalmente un campeón.

Colombia, al implementar el sistema acusatorio en la búsqueda de una alternativa nueva para la mejora de la justicia penal, necesita muchos campeones de la investigación criminal y del ejercicio del Derecho Penal.

Uno de los puntos prioritarios en que se centra el juzgamiento consiste en determinar primero, si el hecho motivo de la acusación sucedió de la manera como el acusador afirma que aconteció, para luego entrar a determinar otras condiciones del actor y finalmente su responsabilidad.

Este primer paso se denomina técnicamente “la reconstrucción de los hechos”, el cual se inicia desde la re-construcción de la escena primaria, y de todas las otras escenas que se declaren, secundariamente, como tales.

Esta sería la hipótesis sobre la cual se fundamenta la acusación.

Tradicionalmente se han homologado los conceptos de “lugar de los hechos” y de “escena del crimen”, presentándolos como sinónimos. No obstante, pensamos que es necesario diferenciarlos, en aras de dar claridad al concepto y, sobretodo, de ampliar, en la práctica, los horizontes de la exploración de las escenas, en búsqueda de la evidencia³⁵.

Se denomina escena a cualquier “lugar en donde se sospeche presencia de evidencia”³⁶

Existen varias formas de clasificar la escena del crimen, para nuestros propósitos, utilizaremos aquella basada en la localización original del lugar donde se cometió el delito.³⁷

³⁵ Dr. Ricardo Mora Izquierdo- Médico Cirujano, Especialista en Psiquiatría. U. Nacional de Colombia. Profesor de la Facultad de Medicina Universidad Nacional y de la Facultad de Derecho Universidad Externado de Colombia. Ex Director General del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia. Consultor Forense de la Agencia Internacional para el Desarrollo AID.

³⁶ Geberth, Vernon J. *Practical Homicide Investigation*. Third Edition. CRC Press. 1996. capítulo 1

³⁷ Lee, Henry. *Crime Scene Handbook*. Academy Press First Edition 2001.pag 2.

Denominamos "Escena Primaria" al sitio donde se supone que ocurrieron los hechos investigados; dice el prestigioso investigador Vernon Geberth : "aquel lugar donde la intención se convierte en acción"³⁸, por ejemplo un cuarto de hotel, en donde un individuo violó a su víctima, será la escena primaria y llamamos "Escena Secundaria" a otro lugar diferente, también relacionado con los hechos, como la calle frente al hotel, en donde el violador depositó, en una caneca, el preservativo usado durante el acceso carnal perpetrado.

El "lugar de los hechos" comprendería, todas las escenas involucradas en lo sucedido y, por supuesto, al comienzo de la investigación aún no está definido claramente.

Es necesario tener claros estos conceptos, para planear y ejecutar la pesquisa y para tomar las medidas de preservación y protección de la evidencia física, pertinentes y poder así, contar con un arsenal probatorio suficiente, que apoye eficazmente la acusación.

La efectividad de la investigación criminal se mide por su capacidad de presentar al expediente judicial de ahora y al juicio oral futuro, una "reconstrucción de los hechos" fundamentada en la demostración de que lo dicho por el investigador sucedió tal cual se plantea.

En el sistema acusatorio, el tema sobre el cual la defensa y la acusación deben trabajar, es precisamente la demostración de la veracidad de la hipótesis que se presenta al juzgador, pues no es suficiente realizar una simple controversia (entendida como la discusión larga y reiterada sobre dos opiniones opuestas), sino

³⁸ Geberth, Vernon, *op cit.*

que se debe confrontar (entendido como “poner a dos personas o cosas una frente a otra para comparar sus asertos”)³⁹ la evidencia presentada por la contraparte y contra argumentar directamente sobre la hipótesis planteada por ella.

Lo anterior significa que el acusador debe hacer su papel con pruebas verdaderamente demostrativas y el defensor debe estar en capacidad de controvertirlas, para tratar de hacer prevalecer su propia hipótesis y contradecir la contraria.

La Constitución Política de Colombia,⁴⁰ en su artículo 29, reiteró el principio de presunción de inocencia, que venía de tiempo atrás y este hecho obligará a la Fiscalía a probar su hipótesis, mas allá de la duda razonable, pero también permitirá, en varios casos, que la defensa técnica se construya sobre una estrategia que trate de resaltar un nivel de incertidumbre tal, que lleve al juzgador a dudar sobre el grado de certeza que acompaña a la acusación.

Como es obvio, en estos casos deberá aplicarse el principio de “in dubio pro reo” . Es precisamente este punto el que hace imprescindible “reconstruir los hechos” con base en evidencia física, y no solamente en testimonios, pues se genera mayor credibilidad, cuando también se fundamentan las hipótesis en elementos tangibles, analizados por la ciencia, denominados por varios autores “evidencia real”⁴¹

Independientemente de las habilidades y las destrezas nuevas que deba desarrollar un litigante, este es ya un primer asunto que señala diferencias

³⁹Pequeño Larouse ilustrado. Ediciones Larouse.1991.

⁴⁰ Constitución Política de Colombia.1991

6 Chiesa Aponte Ernesto L.” Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”. Editorial Forum. 1995.Volumen III.pg 368.

importantes entre el saber del abogado de nuestro sistema judicial actual y el del abogado que acusa o defiende en un sistema acusatorio futuro.

El investigador deberá aprender a realizar su tarea de acuerdo con los métodos de la investigación criminal moderna, que sigue los pasos metodológicos de la investigación científica y volviéndose experto en la guarda de la cadena de custodia, en el manejo de la evidencia y en la presentación de ella ante los jueces en los juicios orales.

Tendrá la gran responsabilidad de colaborar con la acusación en la presentación del caso, por eso no serán suficientes su inteligencia, su perspicacia, su sentido común, su lógica, su intuición y su “malicia indígena”, sino que además de poseer en alto grado estas cualidades deberá haber aprendido a investigar realmente, es decir deberá ser capaz de producir un conocimiento cierto y nuevo sobre los hechos sucedidos.

Si ello no fuese de esta manera la interpretación que el investigador hace de sus hallazgos, por supuesto, también carecería de credibilidad.

La metodología de la Investigación judicial moderna, presenta interesantes y novedosos puntos de vista para enriquecer el litigio , incluyendo por supuesto, el respeto al principio fundamental de la objetividad como regla de oro del investigador.

Reside aquí pues, un tema fundamental del aprendizaje: “solamente aquello que se puede verificar desde la razón (no desde la emoción) es aceptado como objetivo”.⁴²

⁴² Sabino ,Carlos. “El proceso de investigación” El Cid Editores. Talleres de Gráficas Modernas 1989.

El acusador deberá perfeccionar y aprender nuevos métodos, técnicas y procedimientos para que le sea posible demostrar al juez y ante un defensor confrontador, que cada elemento utilizado como fundamento para reconstruir los hechos y representar la escena, es auténtico, está libre de contaminación, cumple con estándares que garantizan la calidad de los análisis, ha sido manipulado por personal idóneo en su manejo y, en fin, deberá ser capaz de actuar solventemente en todo aquello que afiance la confianza sobre la verdad de la hipótesis que el ha elaborado, sobre el caso.

De otro lado, el defensor, en un sistema acusatorio, para poder ejercer efectivamente su tarea, también debe aprender cosas nuevas...o sea debe aprender tanto o mas que el acusador pero con una visión distinta!

De tal manera que las observaciones acuciosas de los investigadores respaldadas únicamente en descripciones escritas, puede que no resistan el cuestionamiento de la defensa que exigirá el cumplimiento, por lo menos, de la característica fundamental de lo "objetivo" cual es la verificación.

De acuerdo con lo postulado, la EVIDENCIA FÍSICA resulta de gran valor, como herramienta para asegurar la "objetividad" de un relato. Por ello la evolución histórica y el desarrollo de los métodos investigativos en el mundo ya han abandonado técnicas basadas en ayudas subjetivas y se han centrado en el uso y documentación de la evidencia física y en la interconexión de sistemas de información, para descubrir a los criminales y para anticiparse a sus fines delictivos.

Anteriormente enseñábamos a nuestros estudiantes el paradigma de que si no se tenía una evidencia física con la cual comparar otra, no era procedente realizar el

análisis, sino almacenar la evidencia, con todas las condiciones técnicas del caso y bajo la cadena de custodia, hasta tanto resultase una nueva evidencia contra la cual compararla.

Ese era el momento oportuno de realizar el análisis.

Por ejemplo en el caso de un proyectil extraído del cuerpo de un occiso, no valía la pena adelantar estudios con miras al cotejo, y debería guardarse sin analizar, hasta que se descubriera e incautara un arma sospechosa, con la cual hacer un disparo de prueba, para comparar el proyectil experimental, contra el proyectil incriminado.

Aunque hoy día esto sigue siendo parcialmente vigente, es necesario contarle al estudiante que existen sistemas informáticos interconectados, de bibliotecas de resultados del análisis de evidencias, que permiten localizar el arma sospechosa con un antecedente de un análisis efectuado y guardado dentro de la memoria del sistema.

Ahora, es pertinente saber que Colombia cuenta con Bases de Datos de Evidencia Forense⁴³, capaces de almacenar en su memoria las características individualizantes de algunas evidencias, que permiten hacer búsquedas automatizadas para correlacionarlas entre sí, o para vincular casos criminales que, de otra forma, sería imposible encontrar su conexión.

Por ejemplo, el proyectil extraído del cuerpo de una víctima en el Instituto de Medicina Legal, es analizado y su resultado incorporado a la base de datos

⁴³Garner, Daniel. Sánchez Prada María Dolores. "Las Bases de Datos de Evidencia Forense, una experiencia Colombiana..." Trabajo presentado en el XI Congreso Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Manizales 2002.

balística, denominada Sistema de Información Balística, IBIS, el cual está conectado de manera inalámbrica con los sistemas IBIS del DAS, la DIJIN y la Fiscalía, en donde alimentan diariamente estas bases de datos con registros de proyectiles disparados por armas incautadas en operativos de rutina y con información correspondiente a proyectiles encontrados en diferentes escenas.

Estos sistemas de bases de datos interconectados hacen búsquedas automáticas y cotejan permanentemente las características individuales de los proyectiles y las armas, para proveer información acerca de dos o más proyectiles encontrados en casos diferentes, pero disparados por la misma arma, o proyectiles disparados por armas registradas en el sistema de cualquiera de las entidades mencionadas.

Sistemas similares se usan para huellas dactilares (AFIS) , perfiles genéticos (CODIS), y para cotejar las imágenes o características de seguridad de los documentos cuestionados (QD).

Así pues, Colombia cuenta con herramientas muy valiosas en la lucha contra el crimen y por supuesto, útiles para el fortalecimiento de la Justicia, pero es necesario consolidar los nuevos conceptos criminalísticos, como el de evidencia física, para que sirvan de base fundamental en la teoría de la investigación criminal y en el ejercicio del Derecho Penal y soporten ideológicamente el uso práctico de las herramientas mencionadas, que finalmente, deberán incorporarse en nuestra cultura judicial e investigativa.

Aunque hace ya bastante tiempo que expusimos la importancia del manejo de la evidencia física⁴⁴, el concepto aún no ha sido incorporado en la legislación

⁴⁴ Mora Izquierdo, Ricardo. "El Manejo de la Evidencia Física." en Revista del Instituto Nacional de Medicina Legal de Colombia Volumen VIII. 1986.pg 101-115

vigente⁴⁵, pero el mismo, cobra gran actualidad a la luz de la implementación y la práctica del sistema acusatorio nuevo y se hace necesario un ejercicio de acción, reflexión y aprendizaje, al respecto, pues de no ser así, ni el investigador, ni el fiscal, ni el defensor podrán realizar un trabajo efectivo en la búsqueda de la verdad del hecho.⁴⁶

El significado particular que en este escrito se da a la expresión, es tomado literalmente del diccionario Inglés⁴⁷ en donde la palabra "EVIDENCE" significa: "base objetiva de una observación".

Al término compuesto "evidencia física" se le atribuye entonces el significado de: "elemento tangible que permite objetivar una observación"⁴⁸

Si aceptamos el significado propuesto, es menester diferenciarlo de la expresión "prueba", dado que nuestra cultura judicial tradicionalmente ha otorgado significado similar a las dos expresiones.

Aunque algunas evidencias una vez procesadas, analizadas y valoradas pueden adquirir la fuerza probatoria necesaria para demostrar la autoría de un hecho relevante en la investigación, es decir, convertirse en prueba, no por ello esta pareja de términos son sinónimos.

Resulta importante estudiar los pasos metodológicos de la investigación criminal, para comprender la diferencia conceptual entre un término y el otro, lo que

⁴⁵ Código de Procedimiento Penal Colombiano. Ley 600 de 2000.

⁴⁶ Mora Izquierdo, Ricardo. Sánchez Prada, María Dolores. "La Autenticidad de la Evidencia Física a la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano". Conferencia presentada en el X Simposio Internacional de Criminalística. Escuela de Policía General Santander. Bogotá. 2002

⁴⁷ Medicine based in Evidence. Working Group. (Guías de usuario de literatura médica) Revista Jama. Edición española 1997.

⁴⁸ Sánchez Prada, María Dolores. " La búsqueda de evidencia en la escena de un asalto sexual" en Revista Óptica Investigativa. Edición No 1. Seccional de Policía Judicial e Investigación. Bogotá. Policía Nacional de Colombia.

además proporcionará efectividad en el uso que el investigador da a la evidencia física y cual deberá dar a la prueba.

El proceso investigativo, en su etapa inicial se fundamenta en acciones de observación, inspección, descubrimiento, recolección y documentación de los vestigios y rastros que fueron dejados durante la comisión del hecho punible, por ello se afirma que la posibilidad de realizar una “reconstrucción objetiva del hecho” depende de la habilidad que tenga el investigador para “reconocer evidencia” 49

En esta etapa, esos vestigios aún no representan prueba, pues ni tan siquiera existe la hipótesis que se requiere probar, son solamente elementos valiosos que ayudan al investigador a objetivar sus observaciones y a documentarlas, (por ejemplo con fotografías) para luego estar en capacidad de demostrar que son correctas y que un tercero pueda verificarlas.

Ver esos elementos como evidencia que guía la investigación y que permite relacionar sospechosos, víctimas, lugares y objetos, tiene ya en si misma una potencialidad de generar acciones investigativas que no se producirían dentro de la limitada y tradicional visión del “elemento material de prueba” pues, como se explicó anteriormente, la preocupación por probar puede llegar a obnubilar la mente del investigador hasta el punto de llevarlo a desechar evidencia importante, que al analizarla, contribuiría a formular una hipótesis interesante para el proceso de llevar la verdad al juez. 50

Es más fácil expresar esta idea que actuarla, pues el paradigma que confunde la “evidencia” con la “prueba”, influye con gran eficiencia para dejar ver al

⁴⁹ Sánchez Prada, María Dolores. “Aplicación del método científico a la investigación del delito en Colombia” Tesis de grado para optar el título de Especialista en Medicina Forense. Universidad Nacional de Colombia.2001.

investigador únicamente aquello que le serviría para probar algo que él intuye en ese momento, pero cobra un alto costo al “enceguecerlo” e impedirle que reconozca otros elementos que, al ser recolectados y analizados, lo llevarían a un nuevo descubrimiento.

Tal como lo afirma Stephen Covey⁵¹, los resultados de las personas dependen de sus acciones y ellas dependen de la manera como las personas ven el mundo, o sea, que el investigador actúa en la escena según su propia manera de ver, y ello determina la efectividad de los resultados.

Así las cosas, si la visión con la cual se aborda una inspección de escena está regida por la concepción de valorar solamente aquellos elementos que sirven para probar, a éste investigador le van a resultar imperceptibles una buena cantidad de elementos físicos que le hubiesen inspirado una serie de acciones o que quizás le hubiesen sido útiles para desmontar el testimonio de un falso testigo.

Quizás, también lo priven de la posibilidad de conducir un interrogatorio de forma objetiva y hasta de lograr que el sindicado confrontado con la evidencia, admita hechos o inclusive confiese.

Reflexión idéntica aplica para el defensor, quien mejorará sus resultados cuando, al cambiar sus paradigmas, vea claramente, comprenda lógicamente y actúe efectivamente, la diferencia entre “controvertir una prueba” y “confrontar una evidencia”.

La controversia probatoria es un proceso de discrepancia lógica que se da entre dos opiniones diferentes y contradictorias, la confrontación es la materialización de

⁵⁰ Mora Izquierdo, Ricardo. Sánchez Prada, María Dolores. “La autenticidad de la Evidencia... op.cit.

dicha controversia y se basa en el enfrentamiento de una aseveración o de una hipótesis con base en la evidencia presentada oral y públicamente ante el juez y el jurado.

Si no se da importancia a hacer claridad de los significados, se entorpece la efectividad de las acciones.

El tratadista chileno Humberto Maturana, experto en biología del conocimiento, sostiene que "lo que hace humano al humano, es el lenguaje"⁵², motivo por el cual, bien vale la pena atender el significado de las palabras.

Realizar análisis del "acto verbal" lleva a formulas de mejoramiento del rendimiento de grupos de trabajo, sostiene el profesor Eduardo Villar Concha, Psiquiatra Organizacional, al afirmar "El lenguaje no solo describe la realidad, sino que hace que ella exista"⁵³

Por ello nuestra convicción cuando afirmamos que el abogado, en este proceso de transición de sistema judicial, debe comenzar con una fase de aprendizaje cognitivo y conceptual antes de exponerse a la etapa de aprendizaje de destrezas y habilidades.

Durante los últimos años los análisis realizados en los laboratorios de genética forense se han convertido en una valiosa herramienta para la investigación de casos como homicidios, N.Ns y desaparecidos, delitos sexuales, desastres masivos, filiaciones por paternidad y maternidad entre los más importantes.

⁵¹ Covey Stephen. "Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva" Ed Paidos, Barcelona 1997

⁵² Maturana , Humberto. " La democracia es una obra de arte".Cooperativa Editorial Magisterio.

El ácido desoxirribonucleico ADN presente en todas las células del cuerpo se analiza en los fluidos corporales, manchas y otros tejidos biológicos recuperados en los elementos físicos de prueba. Los resultados del análisis del ADN de muestras biológicas en estudio son comparados con los resultados del análisis del ADN de muestras conocidas. Estos resultados sirven para relacionar restos humanos con un grupo familiar, asociar a la víctima y/o sospechoso uno con el otro o con el lugar de los hechos.

Es fundamental que todas las prácticas empleadas en el lugar de los hechos donde se encuentran muestras biológicas, estén encaminadas a garantizar la autenticidad y correcta preservación de los mismos y de esa manera conseguir óptimos resultados a partir del análisis de ADN.

El laboratorio de Genética Forense del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación encargado de practicar los análisis moleculares de ADN a partir del material biológico vinculado a investigaciones judiciales, pone a disposición de los funcionarios judiciales, investigadores y técnicos de los organismos de policía judicial, el siguiente manual sobre los procedimientos planificados y organizados que se deben llevar a cabo para el manejo y recolección de los elementos biológicos presentes en el lugar de los hechos.

La recolección de elementos físicos de prueba es uno de los retos más importantes para los organismos de policía judicial. La habilidad de un laboratorio forense de proveer una adecuada interpretación científica depende del reconocimiento, recolección y documentación de los elementos encontrados en el lugar de los hechos. Mientras se mantenga la originalidad e integridad de la evidencia en todas las fases de este proceso, será mayor la probabilidad de

⁵³ Villar Concha, Eduardo. Taller "Herramientas conversacionales para el trabajo en equipo". Instituto de Medicina Legal. Noviembre 2000.

conducir exámenes útiles que arrojará resultados claros y transparentes que conlleven finalmente a la disminución de la impunidad en Colombia.

Principios generales de manejo de los elementos físicos de prueba (EFPs) presentes en el lugar de los hechos, para evitar la contaminación, pérdida y alteración de muestras biológicas.

Ingresar al lugar de los hechos utilizando vestuario apropiado.

Restringir el tránsito del personal en el lugar de los hechos, hasta que los elementos no hallan sido asegurados y fijados.

Minimizar la manipulación y el contacto con los EFPs

Recolectar, empacar y sellar cada elemento físico en empaques individuales

Tener material suficiente para empacar

Señalar y enumerar los elementos físicos encontrados en el lugar de los hechos

No dejar elementos personales en el lugar de los hechos, tales como: Guantes usados, alimentos, empaques, colillas de cigarrillo.

Guardar los elementos en condiciones ambientales controladas como temperatura baja, sin exposición a la luz solar y sin humedad, mientras se envían al laboratorio.

Pasos generales para la búsqueda de EFPs

De acuerdo a las circunstancias del caso, las condiciones ambientales y el poder de discriminación de las diferentes pruebas se deben seleccionar los métodos de detección, recolección y preservación de las muestras biológicas.

Determinar la extensión del lugar y aquellos lugares cercanos que también deben ser protegidos.

Asegurar el lugar de los hechos

Hacer un reconocimiento preliminar del lugar de los hechos

Determinar patrón de búsqueda

Enumerar los posibles elementos físicos de prueba

Preparar descripción narrativa del lugar

Fijar fotográfica y topográficamente el lugar según la enumeración establecida.

Iniciar una búsqueda detallada EFP e iniciar un registro de recolección de estos elementos

Establecer la técnica adecuada de empaque y preservación de los elementos

Inspeccionar por última vez el lugar de los hechos.

Mantener la cadena de custodia en todas sus fases.

Normas de Bioseguridad en el lugar de los hechos

Advertencias:

Todos los fluidos corporales, secreciones y tejidos orgánicos deben considerarse como si estuviesen infectadas con el virus de la Hepatitis B (VHB), Hepatitis C (VHC) y el virus de inmunodeficiencia humana VIH.

Las sustancias químicas son potencialmente peligrosas, estas pueden ser explosivas, comburentes tóxicas, nocivas, fácilmente inflamables, corrosivas, e irritantes.

Riesgos:

Exposición directa a sangre humana, fluidos o secreciones corporales potencialmente infecciosos, así como accidentes generados por el contacto con agujas hipodérmicas, vidrios rotos, objetos corto punzantes.

Inhalación de microorganismos suspendidos en el aire (Aerosoles) generados por cuerpos en estado de descomposición.

Inhalación, ingestión o absorción a través de la piel de sustancias químicas peligrosas que pueden generar trastornos orgánicos de carácter grave o incluso la muerte. También algunos compuestos de tipo comburente pueden favorecer los incendios.

Prevención:

Ingresar al lugar de los hechos usando el equipo de protección el cual incluye guantes desechables nuevos, overoles de tela desechable, gorros, tapabocas, gafas, polainas, mascarar con filtros (sustancias químicas).

Los instrumentos utilizados durante la recolección de muestras deben estar esterilizados

Descontaminar el equipo de trabajo después del uso con blanqueador de casa diluido al 80% y alcohol diluido al 70%

Colocar los elementos en empaques apropiados, principalmente si se trata de elementos corto punzantes contaminados

Rotular los recipientes con la advertencia de peligro biológico

No comer, tomar, fumar, o aplicarse cosméticos donde la sangre, fluidos del cuerpo u otros materiales infecciosos están presentes

Lavarse las manos antes y después de manipular los elementos de origen biológico y químico

Descartar (bolsa roja) los guantes usados y demás elementos desechables utilizados durante la inspección. El material cortopunzante se descarta en recipientes de paredes duras.

Procurar no producir salpicaduras con las muestras

No hablar, toser o estornudar sobre las muestras biológicas.

BIBLIOGRAFIA

ACUSATORIO Colombiano. Nuevo Manejo de la prueba. Autores Varios. Tomo I. Ediciones Jurídicas

ADAPTADO del Taller de Litigación sobre presentación de prueba- impugnación de testigos. Lic.0 Advocacy. 1993. p 262.

ARIAS DUQUE, Juan Carlos. La prueba técnica y la no autoincriminación. El proceso Penalblanch alternativa. Valencia 1997. P 143.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO Penal, Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2005.

CONSEJO NACIONAL DE POLICÍA JUDICIAL, Manual Único de Policía Judicial. Primera edición. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. 2005.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA de Colombia, Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2005.

CORTE Constitucional. Sentencia C-1092 de 1993. p 39.

CORTE Constitucional. Sentencia C-1092 de 1993.p 37.

CORTE Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

CORTE Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia Julio 8 de 2004. Rad. 18451. MP: edición. Noviembre 2003. p 57.

CHIESA, Ernesto. Tratado de Derecho Probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales).

FISCALIA GRAL. DE LA NACION, Manual Único de Criminalística. Primera edición. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia 2007.

FLORS MATIES, José. Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Civil para acceso a las

HERMAN Galán Castellanos. En Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Septiembre 2004. p 1372 a 1387.

HUELLAS, Informativo interno de la Fiscalía No. 49, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Noviembre de 2004.

HUELLAS, Informativo interno de la Fiscalía No. 50, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Febrero de 2005.

ISRAEL Hernández y Luis M. Velásquez. Sociedad para Asistencia Legal Bayamón, Puerto Rico.

LUBET, Steven, Modern Trial Advocacy. Analysis and Practice. National Institute for Trial

MAUET, Thomas. Trial Evidence. Second Edition. Aspen Law and Business.2001. P 129 y 130.

MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo

MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Editorial Hammurabi. 2ªP.3. Tomo II. Publicaciones JTS®TM. República Dominicana 1998. p 615.

STC 111/1999, citada por Manuel Jaén Vallejo en: La Prueba en el proceso penal. Ad-Hoc. Buenos

TRIAL Evidence. Thomas A. Mauet y Warren D. Wolfson. Aspen Law and Business. Second Edition.

USAID, Consejo Superior de la Judicatura. El Rol de Jueces y Magistrados en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá: 2005.

USAID, Consejo Superior de la Judicatura. Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Primera edición. Bogotá: 2005.

VIVAS BOTERO, Álvaro. El lugar de los hechos. Primera edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2006.